



**ZUSATZBERICHT ZUR BOTSCHAFT DES BUNDESRATES
ZUR GENEHMIGUNG DES ÜBEREINKOMMENS NR. 190
DER INTERNATIONALEN ARBEITSORGANISATION
(ILO) ÜBER DIE BESEITIGUNG VON GEWALT UND BE-
LÄSTIGUNG IN DER ARBEITSWELT**

Bericht

erstellt auf Verlangen und im Auftrag der Schweizerischen Eidgenossenschaft,
vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO)

30. Juni 2024

Inhaltsverzeichnis

I. EINLEITUNG UND KONTEXT DER AUFTRAGSERTEILUNG	3
II. DIREKTE ODER NICHT DIREKTE ANWENDBARKEIT DER ILO-NORMEN IN DER SCHWEIZ IM ALLGEMEINEN	5
A. Die ILO-Instrumente, insbesondere die internationalen Arbeitsübereinkommen	6
B. Begriff der direkt anwendbaren Norm	8
1. Allgemeine Grundsätze	9
2. Spezialfälle	12
C. Bundesgerichtliche Praxis bezüglich der ILO-Normen.....	14
1. Ablehnung der direkten Anwendbarkeit	15
2. Zulassung der direkten Anwendbarkeit	20
3. Offengelassene Frage	22
III. BEURTEILUNG DER DIREKTEN ODER INDIREKTEN ANWENDBARKEIT DER ARTIKEL 1 BIS 12 DES ILO-ÜBEREINKOMMENS NR. 190 IM DETAIL.....	23
A. Begriffsbestimmungen und Geltungsbereich (Art. 1 bis 3).....	24
B. Materielle Bestimmungen (Art. 4 bis 12)	25
IV. ZUSAMMENFASSENDE BEURTEILUNG DER DIREKTEN ODER NICHT DIREKTEN ANWENDBARKEIT DER ARTIKEL 13 BIS 20 DES ILO-ÜBEREINKOMMENS NR. 190	29
V. ZUSAMMENFASSUNG	30

Mit dem Mandatsvertrag vom 26. Februar und 5. März 2024 erteilte die Schweizerische Eidgenossenschaft, vertreten durch das Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), als Auftraggeberin dem Centre d'étude des relations de travail (CERT) der Universität Neuenburg, vertreten durch Herrn Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand, Rechtsanwalt, Doktor der Rechtswissenschaften, ordentlicher Professor für schweizerisches und internationales Arbeitsrecht, als Beauftragter, das Mandat für die Erstellung eines Zusatzberichts zur Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung des Übereinkommens Nr. 190 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt.

Der Bericht sollte gemäss Artikel 2 des Mandatsvertrags auf 20 bis höchstens 30 Seiten folgende Elemente umfassen:

- Einleitung und Kontext der Auftragserteilung (**Kapitel I**);
- Direkte oder nicht direkte Anwendbarkeit der ILO-Normen in der Schweiz im Allgemeinen (**Kapitel II**);
- Detaillierte Einschätzung der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der Artikel 1 bis 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 (**Kapitel III**);
- Kurze Einschätzung der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der üblichen Schlussbestimmungen in den Artikeln 13 bis 20 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 (**Kapitel IV**);
- Zusammenfassung (**Kapitel V**).

I. Einleitung und Kontext der Auftragserteilung

Am 21. Juni 2019 nahm die Internationale Arbeitskonferenz unter dem Vorsitz des damaligen Leiters der Ressorts Internationale Arbeitsfragen des SECO, Botschafter Jean-Jacques Elmiger, das Übereinkommen Nr. 190 über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt mit Unterstützung der Schweiz an. Am selben Tag genehmigte die Konferenz auch die Empfehlung Nr. 206 betreffend die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt sowie die Entschliessung betreffend die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, beide ebenfalls mit Schweizer Unterstützung.

Das am 25. Juni 2021 in Kraft getretene ILO-Übereinkommen Nr. 190 wurde danach in rascher Folge ratifiziert. So haben per 30. Juni 2024 40 Staaten das Übereinkommen ratifiziert, darunter 17 europäische Länder (Albanien, Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Nordmazedonien, Norwegen, Moldawien, Portugal, Rumänien, San Marino, Spanien sowie Vereinigtes Königreich von Grossbritannien und Nordirland)¹.

Am 8. Mai 2022 verabschiedete der Bundesrat seine Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens Nr. 190 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt². Mit dieser Botschaft unterbreitete der

¹ Vgl. Webseite normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr > Ratification des conventions de l'OIT > Ratification par conventions > C190.

² Bundesrat, Botschaft zur Genehmigung des Übereinkommens Nr. 190 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, 18. Mai 2022, in: BBl 2022 1379.

Bundesrat der Bundesversammlung den Entwurf eines Bundesbeschlusses über die Genehmigung des Übereinkommens Nr. 190 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt. Im Wesentlichen schlägt der Bundesrat vor, dass die Schweiz das ILO-Übereinkommen Nr. 190 ratifiziert. Er ist der Meinung, dass die schweizerische Gesetzgebung und Praxis das Recht auf eine Arbeit frei von Gewalt und Belästigung konkretisiert und einen hohen und wirksamen Schutz bietet, auch im internationalen Vergleich. Im Hinblick auf die Ratifikation müssten daher keine neuen Gesetze oder Verordnungen verabschiedet oder bestehende Bestimmungen geändert werden³.

Die Empfehlung Nr. 206 betreffend die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt ergänzt das ILO-Übereinkommen Nr. 190. Der Bundesrat erklärt in seiner Botschaft, dass sie der Bundesversammlung zur Information vorgelegt wird, da es sich bei dieser Empfehlung nicht um ein rechtlich bindendes Instrument handelt⁴.

Die Botschaft des Bundesrates wurde innerhalb der tripartiten eidgenössischen Kommission für Angelegenheiten der Internationalen Arbeitsorganisation diskutiert, die sich aus Vertreterinnen und Vertretern der Bundesverwaltung und der schweizerischen Sozialpartner zusammensetzt. Die Kommission nahm von der Botschaft Kenntnis. Die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitnehmerorganisationen unterstützten die Ratifikation des ILO-Übereinkommens Nr. 190. Die Vertreterinnen und Vertreter der Arbeitgeberorganisationen trugen die Ratifikation des Übereinkommens mit.

Die Beratungen über die Annahme des Bundesbeschlusses fanden vor den zwei Eidgenössischen Kammern des Parlaments zwischen September 2022 und Dezember 2023 statt. Am 19. September 2022 lehnte es der Ständerat mit 24 zu 20 Stimmen ohne Enthaltungen ab, auf die Vorlage einzutreten⁵. Dagegen nahm der Nationalrat am 12. Dezember 2022 den Bundesbeschluss mit 124 Stimmen an, dies bei 49 Gegenstimmen und 4 Enthaltungen⁶. Nach weiteren Diskussionen innerhalb der Kommission für Rechtsfragen beschloss der Ständerat am 25. September 2023 schliesslich mit 27 gegen 13 Stimmen und bei 3 Enthaltungen, auf die Vorlage einzutreten. Noch am selben Tag stimmte der Ständerat mit 34 zu 6 Stimmen und 3 Enthaltungen einer Rückweisung an den Bundesrat zu. Der verabschiedete Text lautet wie folgt: «*Rückweisung (gemäss Art. 75 ParlG) der Vorlage an den Bundesrat mit dem Auftrag, in einem Zusatzbericht aufzuzeigen, welche Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nummer 190 direkt anwendbar und welche indirekt anwendbar sind. Anschliessend ist eine ordentliche Vernehmlassung zur ILO-Vorlage durchzuführen*»⁷. Am 12. Dezember 2023 schloss sich der Nationalrat stillschweigend der Haltung des Ständerates an⁸.

Entsprechend dem Willen des Eidgenössischen Parlaments nahm der Bundesrat das Verfassen eines Zusatzberichts zu seiner Botschaft vom 18. Mai 2022 an die Hand, in welchem die Frage bezüglich einer direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nr. 190 erörtert werden sollte. Im Hinblick auf eine

³ Vgl. Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 3 und 41.

⁴ Vgl. Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 10 f.

⁵ AB 2022 S 763.

⁶ AB 2022 N 2275.

⁷ AB 2023 S 885.

⁸ AB 2023 N 2337.

Aussensicht der Fragestellung und um eine unabhängige Expertenmeinung einzuholen, hat die Bundesverwaltung das Verfassen des Berichts dem Centre d'étude des relations de travail (CERT) der Universität Neuenburg im Rahmen des oben dargelegten Mandats übertragen.

II. Direkte oder nicht direkte Anwendbarkeit der ILO-Normen in der Schweiz im Allgemeinen

Die direkte Anwendbarkeit lässt sich definieren als Eigenschaft einer internationalen Rechtsnorm, aus sich selbst heraus – also ohne Voraussetzung einer internen Vollzugs-massnahme – für Private Rechte und Pflichten zu begründen, auf die sie sich berufen können oder denen sie gegenüber den Behörden des Staates, in der diese Norm Geltung hat, verpflichtet sind⁹. Als direkt anwendbar (justiziabel oder «*self-executing*») gelten Normen, die genügend konkret und bestimmt sind, dass natürliche oder juristische Personen daraus direkt Rechte und Pflichten ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen oder einklagen können¹⁰. Als nicht direkt anwendbar (nicht justiziabel, «*non-self-executing*» oder «*non-self-executory*» oder einfach «indirekt anwendbar») gemäss der Bezeichnung des SECO-Mandats) gelten dagegen Normen programmatischer Natur oder Bestimmungen, welche sich an den Staat als Ganzes richten. Sie müssen vom innerstaatlichen Gesetzgeber noch konkretisiert werden, bevor sie für Private Rechte und Pflichten begründen¹¹.

Die Versammlungen, welche internationale Abkommen beschliessen, äussern sich nicht über den direkt oder indirekt anwendbaren Charakter ihrer Bestimmungen in den später ratifizierenden Ländern¹². Es obliegt deshalb jedem einzelnen Staat (grundsätzlich frei) zu definieren, welche Bestimmungen eines internationalen Abkommens im Rahmen seiner internen Rechtsordnung als direkt anwendbar anzusehen sind¹³. Diese Einschätzung kann je nach Land stark unterschiedlich ausfallen¹⁴. Es ist darauf hinzuweisen, dass sich die Frage der direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit einer internationalen Rechtsnorm nur in Ländern mit einer monistischen Auffassung des Verhältnisses zwischen Landesrecht und Völkerrecht stellt. In den «dualistischen» Ländern müssen alle internationalen Rechtsnormen vom nationalen Gesetzgeber aufgenommen und konkretisiert werden und sind somit nicht direkt anwendbar¹⁵.

Nach einer kurzen Vorstellung der ILO-Instrumente (**Abschnitt A**) wird in diesem Kapitel auf die in der schweizerischen Rechtsordnung geltende Auffassung der «direkt

⁹ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger, *Droit constitutionnel suisse*, Band I, L'Etat, Bern 2021, N 1383.

¹⁰ Schweizerischer Bundesrat, *Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, Bericht vom 5. März 2010, in: BBl 2010 2263, Kap. 5.3.

¹¹ Schweizerischer Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 5.3.

¹² Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet, *Manuel de formation pour juges, juristes et professeurs de droit*, Turin 2009, S. 22.

¹³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1385.

¹⁴ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (Fn. 12), S. 20.

¹⁵ Pascal Mahon, *Droit constitutionnel*, Band I, Basel 2014, N 238.

anwendbaren Norm» eingegangen (**Abschnitt B**). Anschliessend wird untersucht, wie dies in Bezug auf die ILO-Übereinkommen konkretisiert worden ist (**Abschnitt C**).

A. Die ILO-Instrumente, insbesondere die internationalen Arbeitsübereinkommen

Die ILO hat als Organisation seit ihrer Gründung internationale Arbeitsnormen erlassen. Im Laufe der Zeit hat sich der Bereich des internationalen Arbeitsrechts stetig erweitert. Die Organe der ILO haben zahlreiche Instrumente verschiedenster Art und mit unterschiedlicher Reichweite erlassen: Verfassung, Übereinkommen, Empfehlungen, Erklärungen, Entschliessungen, Weisungen usw.¹⁶. Wir beschränken uns hier auf die Instrumente der Übereinkommen, die einer Ratifizierung unterstellt und darauf ausgelegt sind, den sie ratifizierenden Staaten Verpflichtungen aufzuerlegen¹⁷. Tatsächlich scheinen nur Übereinkommen direkt anwendbare Normen enthalten zu können.

In Anbetracht der spezifischen Eigenschaften ihres Beschlusses werden die ILO-Übereinkommen beschrieben als «*internationale Rechtstexte, die von einer Art internationalem Arbeitsparlament, bestehend aus Delegierten von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen, verabschiedet werden*»¹⁸, oder auch als «*tripartite völkerrechtliche Gesamtarbeitsverträge*»¹⁹. Die Internationale Arbeitskonferenz hat gemäss dem heutigen Stand 191 Übereinkommen verabschiedet, wovon 10 Übereinkommen (plus ein Protokoll) als «Kernübereinkommen» gelten. Die Schweiz hat rund 60 dieser Übereinkommen ratifiziert (wovon noch rund 50 in Kraft sind), darunter 8 (und das Protokoll) der 10 Kernübereinkommen²⁰.

Die ILO teilt die 191 Übereinkommen je nach deren Inhalten in drei Gruppen ein²¹. Die erste Gruppe umfasst die sogenannten Kernübereinkommen, welche die grundlegenden Arbeitsrechte regeln. Die zweite Gruppe besteht aus den sogenannten Governance-Übereinkommen, welche sich insbesondere auf die Beschäftigungspolitik und die Arbeitsinspektion beziehen. Die dritte Gruppe schliesslich sind die sogenannten «technischen» Übereinkommen, welche alle anderen Übereinkommen beinhaltet. Das Übereinkommen Nr. 190 gehört zu dieser dritten Kategorie.

Die Übereinkommen lassen sich auch anhand des mehr oder weniger prioritären Charakters der Bestimmungen oder der Art der Verpflichtungen, die sie enthalten, einteilen²².

¹⁶ Für eine Beschreibung der unterschiedlichen Instrumente vgl. Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig, *La Suisse et l'Organisation internationale du travail (OIT) – Fondamentaux et portée pratique*, Basel 2022, S. 26 ff; Jean-Michel Servais, *Droit international du travail*, Brüssel 2015, S. 48 ff; Nicolas Valticos, *Droit international du travail*, Paris 1983, NN 159 ff.

¹⁷ Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 33.

¹⁸ Jean-Michel Servais (Fn. 16), N 171. Französischer Originaltext: «*des textes législatifs internationaux, votés par une sorte de parlement international du travail, où siègent des délégués patronaux et syndicaux*».

¹⁹ Jean-Michel Servais (Fn. 16), N 172. Französischer Originaltext: «*pactes conventionnels tripartites de droit international public*».

²⁰ Vgl. Thomas Geiser, Roland Müller und Kurt Pärli, *Arbeitsrecht in der Schweiz*, Bern 2024, N 2a. Die Übereinkommen und der Stand der Ratifikationen ist auf der Webseite NORMLEX einsehbar: <https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/>.

²¹ Vgl. www.normlex.ilo.org/dyn/normlex/fr/ > Instruments > Conventions. Zu dieser Klassifikation siehe: Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 42 f.

²² Jean-Michel Servais (Fn. 16), N 115 und 1189 ff.

Die Verantwortlichen des Internationalen Ausbildungszentrums der ILO haben zudem vorgeschlagen, die in den ILO-Übereinkommen enthaltenen Normen nach der Art der dadurch den Staaten auferlegten Verpflichtungen, deren Grad der Präzisierung und deren vorhandene oder nicht vorhandene Fähigkeit, subjektive Rechte zu schaffen, deren Umsetzung von den Unterstellten unmittelbar vor den Gerichten eingefordert werden kann, zu gliedern²³.

So findet man beispielsweise in den ILO-Übereinkommen Normen, die subjektive Rechte mit eindeutig bestimmtem Inhalt bedingungslos anerkennen. Solche Bestimmungen sind grundsätzlich direkt anwendbar²⁴. Dabei kann es sich um Bestimmungen handeln, die eine Freiheit oder eine Befugnis gewähren²⁵, bestimmte Vorteile anerkennen²⁶ oder strikte Verbote zum Vorteil der Rechtssubjekte erlassen²⁷. Dies ist etwa der Fall bei Normen bezüglich eines Mindestalters zur Zulassung zur Arbeit, der Gewährung eines Mutterschaftsurlaubs von 12 Wochen, dem Verbot von Zwangsarbeit oder der Verpflichtung zur Einhaltung der Versammlungsfreiheit²⁸.

In den ILO-Übereinkommen sind auch Bestimmungen mit programmatischem Charakter zu finden, wodurch sich ein Staat zur Umsetzung einer allgemeinen Politik verpflichtet²⁹. Dies ist etwa bei Art. 2 des Übereinkommens Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958) der Fall: *«Jedes Mitglied, für das dieses Übereinkommen in Kraft ist, verpflichtet sich, eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit Methoden, die den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten angepasst sind, die Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung in Bezug auf Beschäftigung und Beruf zu fördern, um jegliche Diskriminierung auf diesem Gebiet auszuschalten»*. Dies gilt für die Mehrheit der in den ILO-Übereinkommen enthaltenen Bestimmungen. Wie das Internationale Arbeitsamt (IAA) erklärt, stellen *«die internationalen Arbeitsnormen zu allererst Werkzeuge für die Regierungen dar, um in Absprache mit den Arbeitgebern und den Arbeitnehmern eine Arbeitsgesetzgebung und eine Sozialpolitik zu erarbeiten und umzusetzen, die im Einklang mit den auf internationaler Ebene beschlossenen Normen steht»*³⁰.

Gemäss der ILO-Verfassung müssen die Mitgliedstaaten *«die erforderlichen Massnahmen zur Durchführung der Bestimmungen»* des ratifizierten Übereinkommens treffen (Art. 19 Abs. 5 Bst. d). Es wird anerkannt, dass die in den ILO-Übereinkommen enthaltenen Normen kein festgelegtes System oder Einheitslösungen verlangen. Sie sind eher darauf ausgelegt, die Einhaltung der Grundrechte der Arbeitnehmenden mit den

²³ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (Fn. 12), S. 56 ff.

²⁴ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (Fn. 12), S. 57 f.

²⁵ Z.B. Art. 2 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948).

²⁶ Z.B. Art. 4, Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 183 über den Mutterschutz (2000).

²⁷ Z.B. Art. 4 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948).

²⁸ Nicolas Valticos (Fn. 16), N 286.

²⁹ *Ibidem*, S. 59.

³⁰ Bureau International du Travail, Les règles du jeu – Une introduction à l'action normative de l'organisation internationale du Travail, Genf 2019, S. 25. Französischer Originaltext: *«les normes internationales du travail sont avant tout des outils pour les gouvernements qui, en consultation avec les employeurs et les travailleurs, cherchent à élaborer et à faire appliquer une législation du travail et une politique sociale dans le respect de normes convenues à l'échelle internationale»*.

Eigenheiten jedes einzelnen Landes in Einklang zu bringen³¹. Mehrere Übereinkommen sehen denn auch vor, dass sie nicht nur mittels einer nationalen Gesetzgebung umzusetzen sind, sondern dass dazu auch andere Mittel geeignet sein können, wie etwa Gesamtarbeitsverträge, Systeme der Lohnvereinbarung oder auch andere Instrumente³². Schliesslich garantieren die Übereinkommen Mindestschutzregeln, welche durch die betreffenden Staaten eingehalten werden müssen³³. In keinem Fall darf die Annahme eines Übereinkommens oder einer Empfehlung durch die Konferenz oder die Ratifikation eines Übereinkommens durch ein Mitglied so ausgelegt werden, als würde dadurch irgendein Gesetz, Rechtsanspruch, Gewohnheitsrecht oder Vertrag berührt, die den beteiligten Arbeitnehmern günstigere Bedingungen gewährleisten, als sie in dem Übereinkommen oder in der Empfehlung vorgesehen sind (Art. 19 Abs. 8 ILO-Verfassung). Wenn die ILO-Übereinkommen Mindestnormen festlegen, so wird anerkannt, dass die ratifizierenden Staaten keine Möglichkeit haben, Vorbehalte anzubringen, die es ihnen erlauben würden, das Schutzniveau zu senken³⁴. Die ILO greift lieber auf sogenannte Flexibilitätsklauseln zurück, welche den Mitgliedstaaten einen gewissen Ermessensspielraum bei der Umsetzung des Übereinkommens einräumen³⁵. Diese Flexibilität bezieht sich beispielsweise auf die Vollzugsmethoden oder beinhaltet die Möglichkeit, ein Instrument anders als auf Gesetzes- oder Regulierungsebene umzusetzen, etwa durch einen Gesamtarbeitsvertrag³⁶.

Die ILO-Übereinkommen sind gemäss den Artikeln 31 bis 33 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge (1969) auszulegen³⁷. Laut einem allgemeinen Auslegungsgrundsatz ist ein Vertrag nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen (Art. 3, Abs. 1). Die vorbereitenden Arbeiten und andere ergänzende Interpretationsmethoden spielen eine sekundäre und subsidiäre Rolle (Art. 32)³⁸.

B. Begriff der direkt anwendbaren Norm

In einer umfangreichen Rechtsprechung hat das Bundesgericht die Kriterien festgelegt, anhand derer bestimmt werden kann, ob eine in einem durch die Schweiz ratifizierten völkerrechtlichen Vertrag enthaltene Rechtsnorm innerhalb des schweizerischen Rechtssystem direkt anwendbar ist oder nicht. Dabei ist zwischen den allgemeinen Grundsätzen (**Unterabschnitt 1**) und den Spezialfällen (**Unterabschnitt 2**) zu unterscheiden.

³¹ Jean-Michel Servais (Fn. 16), N 252.

³² Nicolas Valticos (Fn. 16), N 732.

³³ Jean-Michel Servais (Fn. 16), N 252.

³⁴ Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 37.

³⁵ Nicolas Valticos (Fn. 16), N 278.

³⁶ Nicolas Valticos (Fn. 16), N 280.

³⁷ Siehe BG 4C.422/2004, E. 3.1.2, nicht publizierte Erwägungen des BGE 132 III 122, sowie Christine Kaufmann und Christoph Good, Die Anwendbarkeit von ILO-Recht vor Schweizer Gerichten: Potential und Grenzen, in: AJP/PJA 2016, S. 651. Das Wiener Übereinkommen trat für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft (SR 0.111).

³⁸ Vgl. Eidgenössisches Departement für auswärtige Angelegenheiten (EDA), Direktion für Völkerrecht (DV), Praxisleitfaden Völkerrechtliche Verträge, Bern 2023, NN 194-196.

1. Allgemeine Grundsätze

Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht wird in allen Staaten durch drei Elemente bestimmt: der Geltung, der Anwendbarkeit und dem Rang des Völkerrechts³⁹.

Unmittelbare Geltung eines völkerrechtlichen Vertrags

Aufgrund von Artikel 5 Absatz 4 der Bundesverfassung beachten Bund und Kantone das Völkerrecht. Gemäss der in der Schweiz geltenden monistischen Auffassung stellen das Völkerrecht und das Landesrecht lediglich zwei Elemente einer einzigen Rechtsordnung dar⁴⁰. Somit erlangen die rechtmässig vereinbarten und in Kraft getretenen völkerrechtlichen Verträge eine unmittelbare Geltung in der schweizerischen Rechtsordnung und fügen sich in das Bundesrecht ein, ohne dass eine «Transformation» durch einen internen Rechtsakt notwendig ist (sog. Adoption)⁴¹. Diese unmittelbare Geltung betrifft sowohl die direkt anwendbaren Vertragsbestimmungen (*self-executing*) als auch die nicht direkt anwendbaren Vertragsbestimmungen (*non self-executing*)⁴². Alle staatlichen Organe sind zur Einhaltung und Umsetzung der völkerrechtlichen Verträge verpflichtet⁴³.

Direkte Anwendbarkeit der Bestimmungen eines völkerrechtlichen Vertrags

Gemäss Art. 190 der Bundesverfassung sind «*Bundesgesetze und Völkerrecht (...) für das Bundesgericht und die anderen rechtsanwendenden Behörden massgebend*». Dabei ist allerdings zwischen der Frage der unmittelbaren Geltung eines völkerrechtlichen Vertrags und derjenigen der direkten Anwendbarkeit seiner Bestimmungen zu unterscheiden⁴⁴. Denn nicht jede völkerrechtliche Norm ist notwendigerweise direkt anwendbar («*self-executing*»)⁴⁵. Während die unmittelbare Geltung die Behörden zur Einhaltung und Anwendung der Verträge verpflichtet, erlaubt die direkte Anwendbarkeit den Privaten, sich gegenüber diesen Behörden darauf berufen zu können⁴⁶.

Das Bundesgericht präzisiert, dass «*das Problem der direkten Anwendbarkeit einer internationalen Rechtsnorm, welche den Inhalt des Abkommens betrifft, bei der Interpretation und der Anwendbarkeit des Letzteren in concreto entsteht. Es stellt sich die Frage, ob das Abkommen oder gewisse seiner Bestimmungen durch die internen Rechtsakteure in einem solchen Umfang direkt anwendbar ist, dass jeder, der ein Interesse daran hat, sich innerhalb eines Vertragsstaates darauf berufen kann, oder ob durch die nationalen*

³⁹ Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 5.1.

⁴⁰ BGE 144 II 376, E. 9.4.1; BGE 147 I 308, E. 4.3. Siehe René Rhinow, Markus Schefer und Peter Uebersax, Schweizerisches Verfassungsrecht, Basel 2016, N 3612.

⁴¹ BGE 112 Ib 183, E. 2a; BGE 124 II 493, E. 4b; BGE 130 I 312. Vgl. Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 8.2; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1368.

⁴² BG 4C.422/2004, E. 3.1.2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

⁴³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1368.

⁴⁴ Cf., Claudia Sciotti-Lam, L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne, Bruxelles 2004, S. 335 ff.

⁴⁵ Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 155.

⁴⁶ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1386.

Organe eine Aktivität zur Eingliederung in das nationale Recht unternommen werden muss»⁴⁷.

Wie wir festgestellt haben, ist somit zwischen zwei verschiedenen Arten von Normen zu unterscheiden⁴⁸:

- solche, die darauf ausgerichtet sind, den Staaten konkrete Verpflichtungen gegenüber den Rechtsunterworfenen aufzuerlegen und die grundsätzlich an die rechtsanwendenden Behörden, die Verwaltung und die Gerichte gerichtet sind («direkt anwendbare» oder «*self-executing*»-Normen);
- solche, die lediglich einen programmatischen Charakter haben und die an die politischen Gremien der Vertragsstaaten, insbesondere an die Legislative, gerichtet sind («nicht direkt» oder «indirekt anwendbare» bzw. «*non self-executing*»-Normen).

Der Unterschied zwischen einer direkt anwendbaren und einer nicht direkt anwendbaren Norm hängt also vom Inhalt der betreffenden Norm ab und von der Art und Weise, wie sie formuliert ist oder interpretiert wird. Ein einzelnes Abkommen kann sowohl direkt anwendbare Normen als auch Bestimmungen programmatischer Art enthalten⁴⁹. Es obliegt grundsätzlich den schweizerischen Vollzugsbehörden (Verwaltungen oder Gerichte) zu beurteilen, ob eine völkerrechtliche Norm einen direkt oder indirekt anwendbaren Charakter aufweist⁵⁰. Dies muss bei allen völkerrechtlichen Normen für jeden Artikel, jede Ziffer oder gar jeden Absatz einzeln erfolgen⁵¹.

Es besteht eine umfangreiche bundesgerichtliche Rechtsprechung über die Frage der direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit in der schweizerischen Rechtsordnung von Normen in völkerrechtlichen Abkommen, die von der Schweiz ratifiziert wurden⁵².

Sobald eine Vertragsbestimmung von einem Privaten direkt vor einer Verwaltungsbehörde oder vor einem innerstaatlichen Gericht geltend gemacht werden und von diesen unmittelbar als Hauptteil des gerichtlichen Syllogismus angewandt werden kann, dann ist diese Bestimmung als «direkt anwendbar» zu betrachten⁵³. Der Bundesrat fasst dies folgendermassen zusammen: «*Damit Private aus völkerrechtlichen Bestimmungen Rechte ableiten können, müssen diese nach übereinstimmender Auffassung von Bundesgericht*

⁴⁷ BG 4C.422/2004, E. 3.1.2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122. Französischer Originaltext: «*Le problème de l'applicabilité directe d'une norme conventionnelle internationale, qui concerne le contenu de l'accord, apparaît lors de l'interprétation et de l'application de ce dernier in concreto. Il convient de se demander si l'accord ou certaines de ses dispositions sont directement applicables par les opérateurs juridiques internes, à telle enseigne que quiconque y a intérêt peut les invoquer à l'intérieur d'un Etat contractant ou bien si une activité d'intégration dans le droit interne doit être déployée de la part des organes nationaux*».

⁴⁸ Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 5.3.

⁴⁹ Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller und Daniela Thurnherr, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich/Basel/Genf 2020, N 1894; Christine Kaufmann und Christoph Good (Fn. 37), S. 649; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1385.

⁵⁰ Pascal Mahon (Fn. 15), N 238.

⁵¹ Centre international de formation de l'OIT, sous la direction de Xavier Beaudonnet (Fn. 12), S. 22; Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 155 f; Rémy Wyler, Boris Heinzer und Aurélien Witzig, Droit du travail, Bern 2024, S. 11.

⁵² Vgl. insbesondere BGE 98 Ib 385, E. 2a; BGE 111 V 201, E. 2b; 112 Ib 183, E. 2a; BGE 119 V 171, E. 4b; BGE 124 III 90, E. 3a; BGE 133 I 286, E. 3.2; BGE 136 I 297, E. 8.1; BGE 140 II 185, E. 4.2; BGE 142 II 161, E. 4.5.1; BGE 145 I 308, E. 3.4.1.

⁵³ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1383.

und Bundesrat im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrags betrachtet unbedingt und eindeutig genug formuliert sein, um eine direkte Wirkung erzeugen und in einem konkreten Fall angewendet werden beziehungsweise die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können»⁵⁴.

Demgegenüber gelten als nicht direkt anwendbar Bestimmungen, die ein Programm formulieren, an den Gesetzgeber (d.h. nicht an die administrativen oder gerichtlichen Behörden) gerichtete Leitlinien festlegen, die Grundzüge einer Reglementierung skizzieren oder dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessensspielraum einräumen⁵⁵. Solche Bestimmungen übertragen nicht direkt Rechte und Pflichten an Private, sondern richten sich an den Staat (programmatische Normen). Wenn sie nicht «*self-executing*» sind, werden Bestimmungen eines Abkommens innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung nur dann anwendbar, wenn sie durch ein internes Gesetz konkretisiert und präzisiert worden sind⁵⁶. Sie sind damit für die Vollzugsbehörden sowie die Bürgerinnen und Bürger erst durch die nationale Gesetzgebung bindend⁵⁷.

Zusammenfassend muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine völkerrechtliche Norm, um innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung direkt anwendbar zu sein (prinzipiell kumulative Kriterien)⁵⁸:

- die rechtliche Lage von Privaten regeln;
- einen unbedingten Charakter aufweisen, bestimmt und eindeutig genug formuliert sein, um in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen zu können;
- an die (administrativen und gerichtlichen) Vollzugsbehörden und nicht an die rechtsprechenden Organe gerichtet sein;
- den Behörden keinen grossen Ermessensspielraum einräumen.

Im Allgemeinen legt das Bundesgericht eine gewisse Zurückhaltung an den Tag, wenn es darum geht, die direkte Anwendbarkeit gewisser Abkommen oder einzelner völkerrechtlicher Bestimmungen zu bestätigen, insbesondere wenn sie wirtschaftliche oder soziale Rechte betreffen⁵⁹. Wie zu sehen sein wird, gilt dies auch für die ILO-Übereinkommen.

Rang des internationalen Rechts

Die Schweiz kennt ein monistisches System mit Vorrang des Völkerrechts als einer der Grundpfeiler für die Gültigkeit des nationalen Rechts. Das Bundesgericht hat damit den Vorrang des internationalen Vertragsrechts über das innerstaatliche Recht verankert⁶⁰. In

⁵⁴ Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 8.3. Vgl. BG 4C.422/2004, E. 3.1.2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

⁵⁵ BGE 112 Ib 183, E. 2a; BGE 119 V 171, E. 4b; BGE 126 I 240, E. 2b; BG 4C.422/2004, E. 3.1.2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

⁵⁶ Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1384.

⁵⁷ BGE 111 V 201, E. 2b.

⁵⁸ Vl. Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), F. 157; Christine Kaufmann und Christoph Good (Fn. 37), S. 647 und 651; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), N 1385.

⁵⁹ Vgl. Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 158 ff; Pascal Mahon, La protection contre les licenciements antisindicaux abusifs selon l'OIT et la CEDH – Vers un changement de paradigme en droit suisse?, in: AJP/PJA 3/2019, S. 378 f.

⁶⁰ Vgl. BGE 109 Ib 173; BGE 141 II 436, E. 4.1; BGE 144 I 126; BGE 146 V 87.

der Praxis vollzieht die Schweiz jedoch einen moderaten Monismus, der zwar das Primat des Völkerrechts anerkennt, jedoch die Möglichkeit von Konflikten zwischen innerstaatlichen und völkerrechtlichen Regeln zulässt⁶¹.

2. Spezialfälle

In der Rechtsprechung sind zwei Spezialfälle zu finden: Der erste betrifft die Unterlassungspflichten der Staaten und der zweite die Möglichkeit der Berücksichtigung von nicht direkt anwendbaren Bestimmungen.

Handlungspflichten und Unterlassungspflichten der Staaten

In einem völkerrechtlichen Vertrag lässt sich unterscheiden zwischen Pflichten, die eine Handlung erfordern (*Handlungspflichten*), wie etwa die Pflicht zu Schaffung einer gesetzlichen Grundlage oder zur Ergreifung geeigneter Massnahmen, und Pflichten, die einfach einen Verzicht auf staatliches Eingreifen fordern (*Unterlassungspflichten*), wie etwa die Pflicht, die Ausübung des Rechts nicht zu behindern⁶². In der Weiterführung dieser Einteilung wird anerkannt, dass die Verwirklichung der Grundrechte drei Ebenen von Pflichten für den Staat ergibt: *Respektieren* («*Unterlassungspflicht*», Pflicht zur Vermeidung der Behinderung einer Ausübung), *Schützen* («*Schutzpflicht*», Pflicht zur Ergreifung von Massnahmen, um zu verhindern, dass die Ausübung des Rechts durch das Verhalten anderer Personen behindert wird) und *Gewährleisten* («*Gewährleistungspflicht*», Pflicht zu Ergreifung von geeigneten Massnahmen, um die zielführende Ausübung des Rechts sicherzustellen)⁶³.

So lautet Art. 3 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (1948)⁶⁴ etwa wie folgt:

«1. 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.

2. Die Behörden haben sich jedes Eingriffes zu enthalten, der geeignet wäre, dieses Recht zu beschränken oder dessen rechtmässige Ausübung zu behindern.»

Der erwähnte Art. 3 Abs. 2 entspricht offensichtlich einer Unterlassungspflicht, wie sie in völkerrechtlichen Verträgen zu finden sind. So ist das Bundesgericht in einem Entscheid von 2017 denn auch der Meinung, dass Bestimmungen, die solche Pflichten enthalten, für sich selbst als direkt anwendbar zu gelten haben⁶⁵. Unser oberstes Gericht

⁶¹ Vgl. zu dieser Frage Bundesrat, Bericht vom 5. März 2010 (Fn. 10), Kap. 5.4 und 8.4-8. Siehe auch Pascal Mahon (Fn. 15), NN 239-241; Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger (Fn. 9), NN 1369-1382; René Rhinow, Markus Schefer und Peter Uebersax (Fn. 40), NN 3615-3644a.

⁶² Balthasar Müller, Die Umsetzung positiver Schutzpflichten nach Art. 8 EMRK in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in Schweizer Recht, Zürich 2024, N 84.

⁶³ Vgl. BGE 140 I 201, E. 6.7.3. Siehe auch Giorgio Malinverni, Michel Hottelier, Maya Hertig Randall und Alexandre Flückiger, Droit constitutionnel suisse, Band II, Les droits fondamentaux, Bern 2021, NN 165 und 1671; René Rhinow, Markus Schefer und Peter Uebersax (Fn. 40), NN 1173-1181; Nesa Zimmermann, Entre innovations et résistances: la garantie des droits humains dans l'Etat fédéral suisse, in: ZSR 142 (2023) II, S. 214.

⁶⁴ Für die Schweiz am 25. März 1976 in Kraft getretenes Übereinkommen, SR 0.822.719.7.

⁶⁵ BGE 144 I 50, E. 5.3.3.2.

stützt sich dabei auf eine Botschaft des Bundesrates, worin die Regierung betont, es sei allgemein anerkannt, dass die in einem völkerrechtlichen Vertrag enthaltenen Unterlassungspflichten in den internen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten direkt anwendbar seien und dass sie ihrerseits kein gesetzgeberisches Eingreifen erforderten⁶⁶. Ebenfalls stützt es sich auf einen früheren Entscheid⁶⁷, in welchem das Bundesgericht implizit den direkt anwendbaren («*self-executing*») Charakter einer in Art. 5 des ILO-Übereinkommens Nr. 151 enthaltenen Unterlassungspflicht anerkennt⁶⁸.

Entsprechend den vorausgegangenen Überlegungen sind die Unterlassungspflichten demnach dahingehend als Spezialfall zu betrachten, dass sie grundsätzlich als direkt anwendbar einzustufen sind.

Möglichkeit der Berücksichtigung von nicht direkt anwendbaren Bestimmungen

In jüngsten Entscheiden bezüglich der Konkretisierung von Grundrechten scheint das Bundesgericht unter gewissen Umständen die Bedeutung einer Bestimmung der direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen zu relativieren.

Zwei Entscheide aus dem Jahr 2017 sind hier besonders einschlägig. Im ersten, bereits zitierten Entscheid bezüglich der Gewerkschaftsfreiheit⁶⁹ scheint das Bundesgericht eine Regel zu etablieren, dass es nicht zwingend ist zu bestimmen, inwiefern eine völkerrechtliche Norm direkt anwendbar ist, wenn sich dessen Inhalt in Teilen mit anderen internationalen Abkommen – vorliegend mit Art. 11 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)⁷⁰ oder mit Art. 22 des UNO-Pakts II⁷¹ – überschneidet, deren «*self-executing*»-Charakter bereits durch die eidgenössische Rechtsprechung bestätigt worden ist⁷².

Der zweite Entscheid betrifft die Anwendung einer Bestimmung des Übereinkommens über die Rechte des Kindes (*Convention on the Rights of the Child, CRC*)⁷³. Die Rechtsprechung zeigte sich gewohnt zurückhaltend, wenn es darum ging, die direkt anwendbare Wirkung dieses Übereinkommens zuzulassen⁷⁴. In seinem Entscheid von 2017 betont das Bundesgericht: «*Die Tatsache, dass bei einem völkerrechtlichen Abkommen keine direkte Anwendbarkeit vorliegt, bedeutet keineswegs, dass der schweizerische Richter deren Nichtexistenz einfach ignorieren kann. Dies gilt insbesondere für*

⁶⁶ Botschaft des Bundesrates über zwei Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation, in: BBl 1974 I 1633, 1655.

⁶⁷ BGE 129 I 113, E. 5.3.

⁶⁸ Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978), für die Schweiz am 3. März in Kraft getreten (SR 0.822.725.1).

⁶⁹ BGE 144 I 50, E. 5.3.3.

⁷⁰ Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (1950), für die Schweiz am 28. November 1974 in Kraft getreten, SR 0.101.

⁷¹ Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (1966), für die Schweiz am 18. September 1992 in Kraft getreten, SR 0.103.2.

⁷² Vgl. Rémy Wyler, Boris Heinzer und Aurélien Witzig (Fn. 51), S. 11 f.

⁷³ Für die Schweiz am 26. März 1997 in Kraft getretenes Übereinkommen, SR 0.107.

⁷⁴ Vgl. BGE 124 II 90, E. 3a; BGE 125 I 257, E. 3c; BGE 128 I 63, E. 3.2.2.

Menschenrechtsfragen, noch dazu in einem Bereich, bei dem es um Menschen in einer Position der Schwäche geht, beispielsweise aufgrund ihres Alters»⁷⁵.

Gemäss diesen zwei Entscheiden zur Konkretisierung von Grundrechten ist nicht ausgeschlossen, dass die schweizerische Rechtsprechung bei der Auslegung des internen schweizerischen Rechts völkerrechtliche Normen heranzieht, die nicht direkt anwendbar sind (Auslegung vereinbar mit den Grundrechten)⁷⁶.

C. Bundesgerichtliche Praxis bezüglich ILO-Normen

Im ILO-Recht gibt es kein Grundprinzip, wonach die Bestimmungen der Übereinkommen «*self-executing*» sind⁷⁷. Wie wir gesehen haben, ist die Entscheidung, ob eine Norm direkt anwendbar ist oder nicht, eine Frage der Auslegung, die jedem Staat, der das völkerrechtliche Abkommen ratifiziert hat, selbst überlassen ist⁷⁸. In der Schweiz liefert der Bundesrat in Botschaften bezüglich der Ratifizierung manchmal eine *a priori*-Beurteilung⁷⁹. So war er beispielsweise der Meinung, dass Art. 2 des Übereinkommens Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung⁸⁰ oder Art. 4 des Übereinkommens Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes⁸¹ direkt anwendbar seien. Grundsätzlich meint der Bundesrat aber, dass sich die Bestimmungen der ILO-Übereinkommen, für welche er die Ratifizierung vorschlägt, an die ratifizierenden Staaten richten und dass sie nicht direkt anwendbar sind⁸². Zudem bestehen in der Lehre verschiedene Ansichten über die allgemeine Beurteilung und die direkte Anwendbarkeit der einen oder anderen Norm. Gemäss der vorherrschenden Doktrin richten sich die Bestimmungen der ILO-Übereinkommen grundsätzlich an den Gesetzgeber und besitzen oft zu wenig klaren und bestimmten Inhalt, um als direkt anwendbar gelten zu können⁸³. Die Autoren betonen insbesondere, dass der Charakter der ILO-

⁷⁵ BGE 144 II 56, E. 5.2. Französischer Originaltext: «*Le fait qu'un traité international ne soit pas d'application directe n'implique nullement que le juge suisse puisse simplement ignorer son inexistence. Il en va spécialement ainsi dans les matières relatives aux droits de l'homme, qui plus est dans un domaine où l'on a affaire à des personnes en état de faiblesse, par exemple au regard de leur âge*».

⁷⁶ Ulrich Häfelin, Walter Haller, Helen Keller und Daniela Thurnherr (Fn. 49), N 1894; Nesa Zimmermann (Fn. 63), S. 216.

⁷⁷ Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 156.

⁷⁸ Im Kontext der ILO vgl. Aude Guillot, OIT: Quelles applications judiciaires des NIT? Chisinau 2021, S. 10 ff.

⁷⁹ Vgl. Valérie Berset Bircher und Anne Meier, L'impact du droit international en droit suisse du travail, in: Wyler (Hrsg.), Panorama III en droit du travail – Recueil d'études réalisées par des praticiens, Bern 2017, S. 596.

⁸⁰ Vgl. BBl 1974 I 1577, 1585. Diese Bestimmung legt das Mindestalter der Zulassung zur Arbeit auf 15 Jahre fest, mit einer Möglichkeit für die Staaten, deren Wirtschaft und schulische Einrichtungen ungenügend entwickelt sind, das Mindestalter anfangs auf 14 Jahre festzusetzen. Das Übereinkommen Nr. 138 ist für die Schweiz am 17. August 2000 in Kraft getreten. (SR 0.822.723.8).

⁸¹ Vgl. BBl 1974 I 1577, 1599. Diese Bestimmung lautet wie folgt: «*Die Organisationen der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber dürfen im Verwaltungswege weder aufgelöst noch zeitweilig eingestellt werden*». Das Übereinkommen Nr. 87 ist für die Schweiz am 25. März 1976 in Kraft getreten (SR 0.822.719.7). Siehe auch BBl 2012 3921, 3926, bezüglich des Übereinkommens Nr. 122 über die Beschäftigungspolitik, das für die Schweiz am 11. Februar 2014 in Kraft getreten ist (SR 0.822.722.2).

⁸² Vgl. Beispielsweise die Botschaft zum Übereinkommen (Nr. 154) über die Förderung von Kollektivverhandlungen vom 24. November 1982, in: BBl 1983 I 25, 33: «*Weil sich die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation an die ratifizierenden Staaten richten und den Privaten keine Pflichten auferlegen...*».

⁸³ Jean-Philippe Dunand und Kim Dreyer, Protection des travailleurs, in: Hertig Randall/Hottelier (Hrsg.), Introduction aux droits de l'homme, Genf/Zürich/Basel 2014, S. 216; Thomas Geiser, Roland Müller und Kurt Pärli (Fn. 20), N 2a;

Übereinkommen im Allgemeinen als promotionell in dem Sinne betrachtet wird, als sie die Staaten zu einer nachhaltigen und systematischen Politik aufrufen⁸⁴. Unter Vorbehalt einiger sehr spezifischer Bestimmungen, die einen «*self-executing*»-Charakter aufweisen können, sind sie darauf ausgelegt, auf dem Weg der nationalen Gesetzgebung umgesetzt zu werden⁸⁵. Gemäss diesen Ansichten wäre es demnach für Private illusorisch, die Schweizer Gerichte mit Berufung auf die Bestimmungen der ILO-Übereinkommen anzurufen⁸⁶.

Es obliegt indes den Gerichten (insbesondere dem Bundesgericht), die nicht an die vom Bundesrat geäusserten Ansichten (oder an die Doktrin) gebunden sind⁸⁷, diese Frage *in concreto* anlässlich der ihnen vorgelegten Streitfälle zu beurteilen. Grundsätzlich ist die schweizerische Rechtsprechung eher zurückhaltend, wenn darum geht, die direkte Anwendbarkeit einer ILO-Norm zuzulassen⁸⁸. Diese restriktive Auslegung war auch bereits Gegenstand der Kritik seitens der Lehre, insbesondere im Zusammenhang mit den ILO-Kernübereinkommen⁸⁹. Allerdings zeigte sich das Bundesgericht bereits verschiedentlich offener für die Zulassung der direkten Anwendbarkeit der ILO-Übereinkommen⁹⁰. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei hierzu auf einige Beispiele von Bundesgerichtsentscheidungen samt deren topische Erwägungen verwiesen, um die Vorgehensweise und die gewählte Argumentationsweise darzustellen. Dabei unterscheiden wir zwischen Entscheidungen, bei denen das höchste Gericht den «*self-executing*»-Charakter von ILO-Normen ablehnt (**Unterabschnitt 1**), zulässt (**Unterabschnitt 2**) oder offenlässt (**Unterabschnitt 3**).

1. Ablehnung der direkten Anwendbarkeit

In mehreren Entscheiden hat das Bundesgericht es abgelehnt, die direkte Anwendbarkeit eines ILO-Übereinkommens in seiner Gesamtheit oder in Bezug auf einzelne Bestimmungen zu bestätigen. Manchmal wählt das Bundesgericht dabei ein Vorgehen in zwei Stufen, indem es zunächst das Übereinkommen als Ganzes und anschliessend die einzelnen, von einer der Parteien angerufenen Bestimmungen erörtert⁹¹. Die diesbezüglich wichtigsten Entscheide betreffen ILO-Kernübereinkommen, konkret die Übereinkommen Nr. 98, 100 und 111.

Ullin Streiff, Adrian von Kaenel und Roger Rudolph, Arbeitsvertrag – Praxiskommentar zu Art. 319-362 OR, Zürich/Basel/Genf 2012, S. 10; Rémy Wyler, Boris Heinzer und Aurélien Witzig (Fn. 51), S. 11.

⁸⁴ Aurélien Witzig, *Droit du travail*, Genf/Zürich/Basel 2018, N 296.

⁸⁵ Valérie Berset Bircher und Anne Meier (Fn. 79), S. 596; Walter Kälin und Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Basel 2019, N 2.46; Nicolas Valticos (Fn. 16), N 745.

⁸⁶ Jean-Philippe Dunand, Pascal Mahon et al., *Studie über den Schutz der Arbeitnehmervertreterinnen und Arbeitnehmervertreter – Studie auf Anfrage und im Auftrag des Staatssekretariats für Wirtschaft (SECO) und des Bundesamtes für Justiz (BJ)*, Bern 2015, N 195.

⁸⁷ Vgl. Christine Kaufmann und Christoph Good (Fn. 37), S. 650, Fn. 11; Nesa Zimmermann (Fn. 63), S. 215.

⁸⁸ Vgl. Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 168 ff; Pascal Mahon (Fn. 59), S. 378 f.

⁸⁹ Vgl. Christine Kaufmann und Christoph Good (Fn. 37), S. 647 ff.

⁹⁰ Vgl. Jean-Philippe Dunand und Aurélien Witzig (Fn. 16), S. 195 ff.

⁹¹ Vgl. BGE 106 Ib 182; BGE 111 V 201; BG 4C.422/2004, E. 3.2.1, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (1949)⁹²

In einem Entscheid von 2005 bezüglich der Auslegung des ILO-Übereinkommens Nr. 98 wandte das Bundesgericht sein zweistufiges Vorgehen an. Es befasste sich somit in einem ersten Schritt mit der Frage der direkten Anwendbarkeit des Übereinkommens als Ganzes:

« Es ist unmittelbar ersichtlich, dass dieses Übereinkommen lediglich Leitlinien bestimmt, anhand derer jeder Mitgliedstaat einen institutionellen Rahmen für die Sozialpartnerschaft innerhalb seiner Landesgrenzen einrichten soll. Art. 3 des genannten Übereinkommens fordert ausserdem explizit, dass, soweit erforderlich, den Landesverhältnissen angepasste Einrichtungen zu schaffen seien, um den Schutz des Vereinigungsrechtes im Sinne der Art. 1 und 2 des Übereinkommens zu gewährleisten. Und Art. 4 fordert, dass den Landesverhältnissen angepasste Massnahmen zur Begünstigung des Abschlusses von Gesamtarbeitsverträgen zu treffen seien. Man sieht also, dass das fragliche Übereinkommen nicht direkt anwendbar ist (vgl. zudem Susanne Kuster Zürcher, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, Dissertation Zürich 2004, S. 152 in fine)»⁹³.

In einem zweiten Schritt erörterte das Bundesgericht sodann die Frage der direkten Anwendbarkeit von Art. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 98, wonach den Arbeitnehmer- und Arbeitgeberorganisationen in Bezug auf ihre Bildung, Tätigkeit und Verwaltung ein gebührender Schutz gegen jede Einmischung von der anderen Seite zu gewähren sei, sowohl seitens der Organisationen wie auch ihrer Vertreter oder Mitglieder (Abs. 1). Als Einmischung im Sinne dieses Artikels gelten Handlungen, die darauf gerichtet sind, von einem Arbeitgeber oder von einer Organisation von Arbeitgebern abhängige Organisationen von Arbeitnehmern ins Leben zu rufen oder Organisationen von Arbeitnehmern durch Geldmittel oder auf sonstige Weise zu unterstützen, um sie unter den Einfluss eines Arbeitgebers oder einer Organisation von Arbeitgebern zu bringen (Abs. 2):

«Dass diese Norm in der vorliegenden Form hinreichend bestimmt formuliert ist, um als Grundlage eines gerichtlichen Entscheids dienen zu können, scheint ausgeschlossen. Die erste Ziffer legt lediglich den Grundsatz zur Einrichtung eines Schutzes der Sozialpartner vor gegenseitiger Einmischung fest, während die zweite Ziffer nur den – nicht einmal abschliessenden, wie sich aus der Formulierung «oder auf sonstige Weise» ergibt – Katalog der darunterfallenden Handlungen beschreibt. Dazu kommt, dass selbst die Aufsichtsorgane der ILO die Ansicht vertreten, dass die Regierungen besondere Massnahmen, vor allem auf dem Wege der Gesetzgebung, zu ergreifen hätten, sofern der Schutz ungenügend ist oder in der Praxis Einmischungen vorkommen. Daraus folgt, dass Art.

⁹² Für die Schweiz am 17. August 2000 in Kraft getreten, SR 0.822.719.9.

⁹³ BG 4C.422/2004, E. 3.2.2.1, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122. Französischer Ursprungstext: *«Il appert d'emblée que ce traité n'énonce que des lignes directrices afin que chaque Etat contractant donne un cadre institutionnel au dialogue social à l'intérieur de ses frontières. L'art. 3 de ladite Convention dispose d'ailleurs clairement que des organismes appropriés aux conditions nationales doivent, si nécessaire, être institués pour assurer le respect du droit d'organisation défini aux art. 1 et 2 du traité. Et l'art. 4 de prescrire que des mesures adaptées aux circonstances nationales devront être prises en vue de promouvoir la négociation collective. On voit donc que la Convention en cause n'est pas directement applicable (cf. également Susanne Kuster Zürcher, Streik und Aussperrung – Vom Verbot zum Recht, thèse Zurich 2004, p. 152 in fine)».*

2 des obengenannten Übereinkommens keine durch einen Privaten direkt vor einer Justiz- oder Verwaltungsbehörde anrufbaren Rechte schafft»⁹⁴.

Weiter hielt das Bundesgericht in einer Erwägung eines Entscheids aus dem Jahr 2008 bezüglich des Mitwirkungsrechts der Gewerkschaftsorganisationen erneut fest, dass das Übereinkommen Nr. 98 keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthält:

«Das Anhörungsrecht gibt keinen Anspruch darauf, dass die von den Arbeitnehmerorganisationen eingebrachten Vorschläge vom zuständigen Gesetzgeber übernommen werden. Solches folgt auch nicht aus der Koalitionsfreiheit (Art. 28 Abs. 1 BV; BGE 129 I 113 E. 3.1 S. 121 f.) oder aus den Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (SR 0.822.719.9), Nr. 150 vom 26. Juni 1978 über die Arbeitsverwaltung (SR 0.822.725.0) oder Nr. 154 vom 19. Juni 1981 über die Förderung von Kollektivverhandlungen (SR 0.822.725.4), welche die entsprechenden Massnahmen unter den Vorbehalt der innerstaatlichen Gesetzgebung stellen und nicht unmittelbar anwendbar sind (vgl. Pra 95/2006 Nr. 107 S. 731, E. 3, 4C.422/2004)»⁹⁵.

Schliesslich bestätigte das Bundesstrafgericht in einem 2012 gefällten Entscheid über die Ausübung der Gewerkschaftsfreiheit die Schlussfolgerungen der Entscheide von 2005 und 2008 und fasste dies besonders prägnant zusammen:

«1.3.3 Die Beschwerdeführer berufen sich als Auslegungskriterium von Art. 28 BV auf die Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation. Auch wenn diese durch die Schweiz ratifiziert wurden, sind solche Übereinkommen indes nicht direkt anwendbar und können durch Private nicht direkt angerufen werden (vgl. Entscheid 4C.422/2004 vom 13. September 2005 Erw. 3.3, nicht publiziert in BGE 132 III 122). Dieses Argument der Beschwerdeführer ist folglich nicht statthaft.»⁹⁶.

⁹⁴ BG 4C.422/2004, E. 3.2.2.2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122. Französischer Originaltext: *«Il est exclu de considérer que cette norme, telle qu'elle est libellée, est suffisamment précise pour constituer le fondement d'une décision judiciaire. En effet, le premier paragraphe ne pose que le principe de la mise sur pied d'une protection des partenaires sociaux contre des actes d'ingérence réciproques, alors que le second paragraphe ne décrit que le catalogue – du reste non exhaustif comme l'indique l'utilisation de l'adverbe "notamment" – des actes qui sont pris en considération. A cela s'ajoute que les organes mêmes de contrôle de l'OIT admettent que les gouvernements sont tenus d'adopter des mesures spécifiques, notamment par voie législative, lorsque la protection est insuffisante en droit interne ou lorsque des actes d'ingérence sont perpétrés dans la pratique (FF 1999 I S. 508). Il s'ensuit que l'art. 2 de la Convention susrappelée ne crée pas de droits directement invocables par un particulier devant une autorité judiciaire ou administrative».*

⁹⁵ BGE 134 I 23, E. 6.4.

⁹⁶ BG 6B_758/2011 vom 24. September 2012, E. 1.3.3. Französischer Originaltext: *«1.3.3 Les recourants invoquent comme critère d'interprétation de l'art. 28 Cst. les conventions de l'Organisation internationale du travail. Même ratifiées par la Suisse, de telles conventions ne sont cependant pas directement applicables et ne peuvent être invoquées directement par les particuliers (cf. arrêt du 13 septembre 2005 consid. 3.3, non publié in ATF 132 III 122. Les recourants ne peuvent donc en tirer argument».*

Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (1951)⁹⁷

Gemäss dem Bundesgericht enthält dieses Übereinkommen keine direkt anwendbaren Bestimmungen:

*«Da die Schweiz zurzeit an diese zwei Übereinkommen Nr. 100 und 111 gebunden ist, kann sich die Frage stellen, welche Verpflichtungen sie durch deren Ratifizierung, gerade auch derjenigen des Übereinkommens Nr. 100, eingegangen ist. Unter Vorbehalt der Ausübung der Kompetenzen der Bundesregierung, insbesondere in Sachen des Umgangs mit dem Bundespersonal, verfügt der Bund über keinen bestimmenden Einfluss auf die Lohnfestlegung. Wenn es um die kantonalen Angestellten oder die Privatwirtschaft geht, obliegt es ihm folglich durch das Übereinkommen einzig, die Anwendung des Grundsatzes der Lohngleichheit zu fördern. Das Übereinkommen kann überdies nicht direkt in das interne Recht eingegliedert und ohne Weiteres vollzogen werden, sodass die Anwendung des Grundsatzes, den es aufstellt, sicherlich eine vorgängige Einführung von Gesetzen oder Ausführungserlassen voraussetzt (vgl. Budiner, *Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention No 100, Paris 1975, S. 57 ff; Valticos, Conventions internationales du travail et droit interne, in: Revue critique de droit international privé, 1955, Nr 2)*»⁹⁸.*

Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (1958)⁹⁹

Im Regeste eines Entscheids von 1980 hält das Bundesgericht fest: *«Das Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf enthält keine unmittelbar anwendbare ("self-executing") Regel, welche ein gleiches Pensionierungsalter für Beamte und Beamtinnen verlangt (E.3)»¹⁰⁰*. Dennoch ist es interessant, die einschlägige Erwägung zu zitieren, da sie einerseits die vom Bundesgericht angewandte Methode verdeutlicht, und da andererseits daraus abgeleitet werden kann, dass das Übereinkommen Nr. 111 gemäss dem Bundesgericht keinerlei direkt anwendbaren Bestimmungen enthält:

«Das Übereinkommen Nr. 111, das für die Schweiz am 13. Juli 1962 in Kraft getreten ist, verpflichtet die Vertragsstaaten gemäss Art. 2 im Wesentlichen, eine innerstaatliche Politik festzulegen und zu verfolgen, die darauf abzielt, mit Methoden, die den innerstaatlichen Verhältnissen und Gepflogenheiten angepasst

⁹⁷ Für die Schweiz am 25. Oktober 1973 in Kraft getreten, SR 0.822.720.0.

⁹⁸ BGE 103 Ia 517, E. 4f. Französischer Originaltext: *«La Suisse étant actuellement liée par ces deux conventions Nos 100 et 111, on peut se demander quelles sont les obligations qu'elle a juridiquement assumées par leur ratification, notamment par celle de la convention No 100. Sous réserve de l'exercice des compétences appartenant au pouvoir fédéral notamment en matière de fixation des traitements du personnel fédéral, la Confédération n'a pas d'influence déterminante sur la fixation des salaires ; il ne lui est dès lors demandé par la convention, en ce qui concerne les fonctionnaires cantonaux ou l'économie privée, que d'encourager l'application du principe de l'égalité de rémunération. La convention ne peut pour le surplus pas être incorporée directement dans le droit interne et être exécutoire comme telle, de sorte que l'application du principe qu'elle pose requiert certainement la mise en œuvre préalable de lois ou arrêtés d'exécution (cf. Budiner, *Le droit de la femme à l'égalité de salaire et la convention No 100, Paris 1975, p. 57 ss ; Valticos, Conventions internationales du travail et droit interne, in Revue critique de droit international privé, 1955, No 2)*».*

⁹⁹ Für die Schweiz am 13. Juli 1962 in Kraft getreten, SR 0.822.721.1.

¹⁰⁰ BGE 106 Ib 182, E. 3.

sind, die "Gleichheit der Gelegenheiten und der Behandlung in Bezug auf Beschäftigung und Beruf" zu fördern, um jegliche Diskriminierung auf diesem Gebiet auszuschalten. Art. 3 der Übereinkunft nennt verschiedene Massnahmen, welche die Vertragsstaaten im Rahmen der Durchführung des in Art. 2 genannten Programms zu ergreifen haben. Diesen Bestimmungen fehlt die notwendige Bestimmtheit, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides zu bilden. Sie enthalten vielmehr Leitgedanken eines Programms, zu dessen Durchführung sich die Vertragsstaaten verpflichtet haben, und wenden sich daher an die Gesetzgeber. Die notwendige Bestimmtheit des Übereinkommens Nr. 111 fehlt auch im Bereich des im vorliegenden Fall betroffenen öffentlichen Arbeitsverhältnisses, denn auch in Bezug auf die "Beschäftigungen", die der "unmittelbaren Aufsicht einer staatlichen Behörde unterstehen", haben sich die Vertragsstaaten nur verpflichtet, die in Art. 2 umschriebene "Politik" zu verfolgen (Art. 3 lit. d). Bei dieser Rechtslage muss das Übereinkommen Nr. 111 als nicht unmittelbar anwendbar, d.h. als nicht self-executing betrachtet werden. Das Bundesgericht hat im Übrigen auch in einem ähnlichen Fall, nämlich in Bezug auf das Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit festgestellt, die Bestimmungen dieses Staatsvertrages seien nicht unmittelbar anwendbar (BGE 103 Ia 524)»¹⁰¹.

Übereinkommen Nr. 154 über die Förderung von Kollektivverhandlungen (1981)¹⁰²

Laut dem Bundesgericht enthält auch das Übereinkommen Nr. 154 keine direkt anwendbaren Bestimmungen:

«In seiner Gesamtheit betrachtet, skizziert dieses Übereinkommen lediglich die Grundausrichtungen eines Programms, dessen Ausführung den Staaten obliegt, die es ratifiziert haben (vgl. BBl 1983 I S. 33 in medio). Es ist in dieser Hinsicht entscheidend, dass Art. 4 des Übereinkommens seinerseits verschiedene Methoden beschreibt, welche seine Umsetzung ermöglichen sollten, namentlich Gesamtarbeitsverträge, Schiedssprüche oder andere, den innerstaatlichen Gepflogenheiten entsprechende Wege, und bei deren Absenz die innerstaatliche Gesetzgebung. Dies ist ein augenfälliger Hinweis darauf, dass das ILO-Übereinkommen Nr. 154 in jedem Mitgliedstaat selbst durch spezifische Mittel konkretisiert werden muss, seien dies nun Sozialpartner, Justiz, staatliche oder privatrechtliche Organe oder auch der Gesetzgeber. Es ist evident, dass ein derartiges Übereinkommen keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthalten dürfte, welche Private geltend machen könnten»¹⁰³.

¹⁰¹ BGE 106 IB 182, E. 3.

¹⁰² Für die Schweiz am 16. November 1984 in Kraft getreten, SR 0.822.725.4.

¹⁰³ BG 4C.422/2004, E. 3.2.3.1, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122. Französischer Originaltext: «Cette Convention, considérée dans son ensemble, ne brosse que les orientations générales d'un programme dont l'exécution incombe aux Etats qui l'ont ratifiée (cf. FF 1983 I p. 33 in medio). Il est à cet égard déterminant que l'art. 4 du traité décrit lui-même les diverses méthodes devant permettre son application, à savoir les conventions collectives, les sentences arbitrales ou toute autre voie conforme à la pratique nationale, à leur défaut la législation nationale. Cela démontre avec éclat que la Convention OIT n° 154 a besoin d'être concrétisée dans chaque Etat contractant par des outils spécifiques, que cela soit le fait des partenaires sociaux, des organes judiciaires, étatique ou privé, ou du législateur. Il apparaît manifestement qu'une telle Convention n'est pas susceptible de contenir des dispositions directement applicables dont pourraient se prévaloir les particuliers».

2. Zulassung der direkten Anwendbarkeit

In mehreren Entscheiden hat das Bundesgericht den direkt anwendbaren Charakter von spezifischen Bestimmungen in ILO-Übereinkommen zugelassen. Zumeist betrafen solche Entscheide Übereinkommen im Bereich der sozialen Sicherheit (Übereinkommen Nr. 128 und 168) und nicht im arbeitsrechtlichen Bereich.

Übereinkommen Nr. 128 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene (1967)¹⁰⁴

Der Artikel 32, Abs. 1, Bst. e des ILO-Übereinkommens Nr. 128 a la lautet wie folgt: «Eine Leistung, auf die eine geschützte Person in Anwendung eines der Teile II bis IV dieses Übereinkommens Anspruch hätte, kann in einem vorgeschriebenen Ausmass ruhen, wenn der Fall vorsätzlich durch eine grobe Verfehlung der betreffenden Person herbeigeführt worden ist».

Nachdem das Bundesgericht in einem Entscheid von 1985 jeglichen «self-executing»-Charakter dieser Bestimmung noch verneint hatte¹⁰⁵, änderte es seine Rechtsprechung in einem Entscheid aus dem Jahr 1993. Es stützte sich dabei insbesondere auf die Tatsache, dass die Lehre die Bestimmung beinahe einstimmig für direkt anwendbar hielt:

«Vorliegend enthalten das ILO-Übereinkommen Nr. 128 sowie die EOSS¹⁰⁶ sowohl Bestimmungen, welche die Leitlinien im Bereich der sozialen Sicherheit festlegen, als auch Bestimmungen mit "self-executing"-Charakter (Berenstein, *Le droit international de la sécurité sociale* [...], S. 17). Fast alle Schweizer Autoren, die sich zu diesem Thema – insbesondere zum Entscheid Courtet – geäußert haben, stützen die Ansicht, dass der Art. 32 §1 Bst. e des ILO-Übereinkommens Nr. 128 sowie Art. 68 Bst. f der EOSS der letzteren Kategorie angehören (etwa: Berenstein, *ibidem*; Greber, *Le principe de la légalité* [...], S. 274, Nr. 55; Spira, *loc.cit.*, S. 475). Deren Argumentation vermag zu überzeugen: Gemäss den Regeln des Übereinkommens kann eine grobe, aber unabsichtliche Verfehlung keine "Suspendierung" (und damit insbesondere keine Kürzung) von Versicherungsleistungen zu begründen. Diese Regeln verlangen nicht nach einer genaueren Ausformulierung der Normen durch den nationalen Gesetzgeber; sie lassen sich im Gegenteil als solche anwenden und als Grundlage für einen konkreten Entscheid verwenden.

Folglich lässt sich die beanstandete Rechtsprechung nicht aufrechterhalten. Die völkerrechtlichen Normen sind offensichtlich direkt anwendbar. Sie haben dahingehend Vorrang vor Art. 7 Abs. 1 IVG, dass diese bundesrechtliche Bestimmung die Kürzung von Leistungen bei groben, fahrlässig verursachten Verfehlungen erlaubt»¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Für die Schweiz am 13. September 1978 in Kraft getreten, SR 0.831.105.

¹⁰⁵ BGE 111 V 201, E. 3.2.

¹⁰⁶ D.h. die Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit (EOSS) vom 16. April 1964, für die Schweiz ab dem 17. September 1978 in Kraft getreten, SR 0.831.104.

¹⁰⁷ BGE 119 V 171, E. 4b. Französischer Originaltext: «En l'espèce, la Convention OIT no 128 et le CESS contiennent tout à la fois des dispositions qui fixent des lignes directrices en matière de sécurité sociale et des règles à caractère "self-executing" (Berenstein, *Le droit international de la sécurité sociale* [...], p. 17). Presque tous les auteurs suisses

Übereinkommen Nr. 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst (1978)¹⁰⁸

In einem Entscheid von 2002 berief sich das Bundesgericht, ohne explizit auf die Frage der direkten Anwendbarkeit einzugehen, auf eines der mit dem ILO-Übereinkommen Nr. 151 verfolgten Ziele, vorliegend um den Geltungsbereich der Gewerkschaftsfreiheit zu bestimmen. Augenfällig in diesem Entscheid ist eine Ausformulierung der Unterlassungspflicht des Staates:

«Die Daseinsberechtigung der Gewerkschaften besteht im Übrigen genau daraus, dass ihnen die Eigenschaft zugesprochen wird, die Interessen ihrer Mitglieder gegenüber dem Arbeitgeber sowie – im öffentlichen Sektor – gegenüber dem Staat zu vertreten. In seiner kollektiven Komponente betrachtet, stellt daher das Recht der Gewerkschaften, Ideen und Meinungen zur Verteidigung der Interessen ihrer Mitglieder frei zu äussern und zu unterstützen, eine wesentliche Folge der Gewerkschaftsfreiheit dar (vgl. den vorgenannten Bericht des IAA, Liberté syndicale et négociation collective, S. 19/20).

Damit ein solches Recht im öffentlichen Sektor tatsächlich ausgeübt werden kann, hat der Staat fortan als Arbeitgeber den Gewerkschaftsorganisationen in seinen Beziehungen mit diesen nicht nur deren Existenz, sondern auch deren Autonomie sowie einen gewissen Tätigkeitsbereich zuzugestehen (vgl. Jean-Daniel Delley/Charles-Albert Morand, Rôle et statut constitutionnel des centrales syndicales en Suisse, in: Recueil des travaux suisses présentés au Xe Congrès international de droit comparé, Basel 1979, S. 175 ff., 187). Insbesondere darf der Staat nicht die Entstehung eines Gewerkschaftsmonopols in Form einer "Staatsgewerkschaft" begünstigen (vgl. zu Art. 11 EMRK, Jacques Velu, La Convention européenne des droits de l'homme, Brüssel 1990, S. 654). Das Anliegen wird recht eindeutig ausgedrückt in Art. 5 des ILO-Übereinkommens 151 über den Schutz des Vereinigungsrechtes und über Verfahren zur Festsetzung der Beschäftigungsbedingungen im öffentlichen Dienst, das für die Schweiz am 3. März 1982 in Kraft getreten ist (SR 0.822.725.1): "Die Verbände der öffentlich Bediensteten müssen vollständige Unabhängigkeit gegenüber öffentlichen Stellen geniessen"»¹⁰⁹.

qui se sont exprimés à ce sujet – en particulier ceux qui ont commenté l'arrêt Courtet – soutiennent que parmi cette seconde catégorie de dispositions figurent les art. 32 § 1 let. e de la Convention OIT no 128 et 68 let. f CESS (par exemple: Berenstein, ibidem; Greber, Le principe de la légalité [...], p. 274, no 55; Spira, loc.cit., p. 475). Leur opinion emporte la conviction : selon les règles conventionnelles, une faute grave non intentionnelle ne permet pas la "suspension" (et donc, en particulier, une réduction) des prestations d'assurance. Ces règles n'exigent pas l'adoption par le législateur national de normes plus précises d'exécution ; elles peuvent au contraire s'appliquer comme telles et constituer le fondement d'une décision concrète. En conséquence, la jurisprudence critiquée ne peut pas être maintenue. Les normes de droit international sont en l'occurrence directement applicables. Elles l'emportent sur l'art. 7 al. 1 LAI, dans la mesure où cette norme du droit fédéral permet, notamment, la réduction de prestations pour une faute grave commise par négligence».

¹⁰⁸ Für die Schweiz am 3. März 1982 in Kraft getreten, SR 0.822.725.1.

¹⁰⁹ BGE 129 I 113, E. 5.3. Französischer Originaltext: *«Les syndicats tirent d'ailleurs précisément leur raison d'être de la qualité qui leur est reconnue de représenter et de défendre les intérêts de leurs membres vis-à-vis notamment de l'employeur soit, dans le secteur public, de l'Etat. C'est donc un corollaire essentiel de la liberté syndicale, considérée sous sa composante collective, que le droit pour les syndicats d'exprimer et de soutenir librement des idées et des opinions en vue de la défense des intérêts de leurs membres (cf. le rapport précité du BIT, Liberté syndicale et négociation collective, p. 19/20). Afin qu'un tel droit puisse effectivement être exercé dans le secteur public, l'Etat employeur*

Übereinkommen Nr. 168 über Beschäftigungsförderung und den Schutz gegen Arbeitslosigkeit (1988)¹¹⁰

Gemäss Art. 20 Bst. c des ILO-Übereinkommens Nr. 168, können die Leistungen, auf die eine geschützte Person bei Voll- oder Teilarbeitslosigkeit oder Verdienstaufschlag infolge einer vorübergehenden Arbeitseinstellung ohne Unterbrechung des Beschäftigungsverhältnisses Anspruch gehabt hätte, in einem vorgeschriebenen Masse verweigert, entzogen, zum Ruhen gebracht oder gekürzt werden, «wenn die zuständige Stelle festgestellt hat, dass der Betreffende seine Beschäftigung ohne triftigen Grund freiwillig aufgegeben hat».

In einem Entscheid von 1998 befand das Bundesgericht, dass dieser Bestimmung ein direkt anwendbarer Charakter zukommt: «Art. 20 lit. c ist inhaltlich hinreichend bestimmt und klar, um als Grundlage eines Entscheides im Einzelfall dienen zu können; er ist daher direkt anwendbar»¹¹¹.

3. Offengelassene Frage

Bisweilen lässt das Bundesgericht die Frage der direkten Anwendbarkeit einer ILO-Norm offen, wenn es der Ansicht ist, dass keine Notwendigkeit besteht, diese Problematik im Kontext des vorliegenden Streitfalls zu erörtern. Dies war der Fall in einem Entscheid von 2016 bezüglich Art. 68 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 102 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit (1952)¹¹², der wie folgt lautet: «Einwohnern, die nicht die Staatsangehörigkeit des Wohnsitzlandes besitzen, sind die gleichen Rechte einzuräumen wie Einwohnern mit der Staatsangehörigkeit dieses Landes. Für Nichtstaatsangehörige oder ausserhalb des Gebietes des Mitglieds geborene Staatsangehörige können jedoch Sonderbestimmungen vorgeschrieben werden, soweit es sich um ganz oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln finanzierte Leistungen oder Leistungsteile sowie um Übergangsregelungen handelt».

Gemäss dem Bundesgericht kann die Frage der direkten Anwendbarkeit dieser Bestimmung im vorliegenden Fall offengelassen werden:

«Artikel 68 Absatz 1 des IAO-Übereinkommens Nr. 102 sieht den Grundsatz der Gleichbehandlung von Einwohnern vor, die nicht die Staatsangehörigkeit des Staates besitzen. Letztere müssen die gleichen Rechte haben wie Einwohner, die Staatsangehörige sind. Eine Ausnahme gilt jedoch für Leistungen oder Teile von Leistungen, die ausschliesslich oder überwiegend aus öffentlichen Mitteln

se doit dès lors, dans ses rapports avec les organisations syndicales, de leur garantir non seulement l'existence, mais aussi l'autonomie et une certaine sphère d'activité (cf. Jean-Daniel Delley/Charles-Albert Morand, Rôle et statut constitutionnel des centrales syndicales en Suisse, in Recueil des travaux suisses présentés au Xe Congrès international de droit comparé, Bâle 1979, p. 175 ss, 187). En particulier, l'Etat n'a pas à favoriser l'émergence d'un monopole syndical sous la forme d'un "syndicat d'Etat » ; la liberté syndicale présuppose au contraire une pluralité de syndicats (cf., à propos de l'art. 11 CEDH, Jacques Velu, La Convention européenne des droits de l'homme, Bruxelles 1990, p. 654). Ce souci est exprimé de manière assez nette par l'art. 5 de la Convention no 151 concernant la protection du droit d'organisation et les procédures de détermination des conditions d'emploi dans la fonction publique, entrée en vigueur pour la Suisse le 3 mars 1982 (RS 0.822.725.1), qui énonce que "les organisations d'agents publics doivent jouir d'une complète indépendance à l'égard des autorités publiques».

¹¹⁰ Für die Schweiz am 17. Oktober 1991 in Kraft getreten, SR 0.822.726.8.

¹¹¹ BGE 124 V 234, E. 3c.

¹¹² Für die Schweiz am 18. Oktober 1978 in Kraft getreten, SR 0.831.102.

finanziert werden, und im Hinblick auf die Übergangsfonds können besondere Bestimmungen für Nichtstaatsangehörige und für ausserhalb des Hoheitsgebiets eines Mitgliedstaats geborene Staatsangehörige festgelegt werden. Im konkreten Fall kann die Frage der direkten Anwendbarkeit von Artikel 68 offenbleiben [...]»¹¹³.

III. Beurteilung der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der Artikel 1 bis 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 im Detail

Die Artikel 1 bis 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 sind in sieben Kapitel gemäss der folgenden Struktur aufgeteilt:

- I. Begriffsbestimmungen (Art. 1);
- II. Geltungsbereich (Art. 2 und 3);
- III. Zentrale Grundsätze (Art. 4 bis 6);
- IV. Schutz und Prävention (Art. 7 bis 9);
- V. Durchsetzung und Abhilfemassnahmen (Art. 10);
- VI. Leitlinien, Schulungen und Sensibilisierung (Art. 11);
- VII. Durchführungsmethoden (Art. 12).

In seiner Botschaft vom 18. Mai 2022 zur Genehmigung des Übereinkommens Nr. 190 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt verfasste der Bundesrat einen eingehenden Kommentar zu den Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nr. 190 und kam zum Schluss, dass diese mit der bestehenden Gesetzgebung in der Schweiz vereinbar sei¹¹⁴. Er äusserte sich indes nicht zur Frage der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der Bestimmungen dieses Übereinkommens. Zudem scheint sich auch die Lehre bislang nicht damit auseinandergesetzt zu haben. Auf jeden Fall obliegt es der Rechtsprechung, diese Frage zu beantworten.

Es sei daran erinnert, dass das Bundesgericht gemäss seiner – erwähnten und eingehend erörterten – etablierten Rechtsprechung die Kriterien für eine direkte Anwendbarkeit einer völkerrechtlichen Norm wie folgt definiert¹¹⁵:

- Sie muss die rechtliche Lage von Privaten regeln;
- einen unbedingten Charakter aufweisen, bestimmt und eindeutig genug formuliert sein, um in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen zu können;
- an die (administrativen und gerichtlichen) Vollzugsbehörden und nicht an die rechtsprechenden Organe gerichtet sein;
- den Behörden keinen grossen Ermessensspielraum einräumen.

¹¹³ BGE 143 I 1, E. 4.3.1. Italienischer Originaltext: «L'art. 68 cpv. 1 della Convenzione OIL n. 102 prevede il principio della parità di trattamento dei residenti non cittadini dello Stato. Questi ultimi devono avere gli stessi diritti dei residenti che ne sono cittadini. Un'eccezione è prevista tuttavia per quelle prestazioni o le frazioni di prestazioni finanziate esclusivamente o prevalentemente con fondi pubblici, e per quanto concerne i fondi transitori, possono essere istituite disposizioni particolari per i non cittadini e i cittadini nati fuori del territorio di uno Stato membro. Per il caso concreto, la questione dell'applicabilità diretta dell'art. 68 può rimanere aperta [...]»

¹¹⁴ BBl 2022 1379.

¹¹⁵ Vgl. *supra*, Kapitel II.B.1.

Bei der Analyse der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der Art. 1 bis 12 empfiehlt es sich, die Bestimmungen in zwei Gruppen aufzuteilen, nämlich in Art. 1 bis 3, welche die Begriffsbestimmungen und den Geltungsbereich betreffen (**Abschnitt A**), und in Art. 4 bis 12, welche die materiellen Bestimmungen enthalten (**Abschnitt B**).

A. Begriffsbestimmungen und Geltungsbereich (Art. 1 bis 3)

Von Natur aus sind Bestimmungen zur Definition von Begriffen oder zum Geltungsbereich eines völkerrechtlichen Vertrags nicht dazu gedacht, die rechtliche Situation von Privaten innerhalb der internen Rechtsordnung eines Mitgliedstaates zu regeln. Vielmehr dienen sie dazu festzulegen, innerhalb welchen Rahmens die materiellen Bestimmungen des Vertrags Gültigkeit haben. Sie sind daher nicht auf eine direkte Anwendbarkeit ausgelegt. Als Beispiel sei daran erinnert, dass das Bundesgericht jeglichen «*self-executing*»-Charakter von Art. 2 Abs. 2 des ILO-Übereinkommens Nr. 98 ablehnte, welcher den Begriff der «Einmischung» definierte, indem es erklärte, dass diese Bestimmung lediglich einen «Katalog» von Handlungen enthalte, die unter den Begriff fallen¹¹⁶.

Artikel 1

Art. 1 Abs. 1 des Übereinkommens Nr. 190 enthält die Definitionen der Ausdrücke «*Gewalt und Belästigung*» in der Arbeitswelt (Bst. a) und «*geschlechtsspezifische Gewalt und Belästigung*» (Bst. b).

Diesen Begriffsbestimmungen wohnt offensichtlich kein direkt anwendbarer Charakter im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichts inne. Zunächst haben sie zum Ziel, die durch das Übereinkommen untersagten Verhaltensweisen und Handlungen zu beschreiben («Im Sinne dieses Übereinkommens»), und stellen keine verbindlichen Definitionen dar, die genügend bestimmt und eindeutig formuliert sind, um als Grundlage einer nationalen gerichtlichen Entscheidung in einem konkreten Fall dienen zu können. Im Rahmen der vorbereitenden Arbeiten hielt das Internationale Arbeitsamt fest, dass die im Übereinkommen gewählte Begriffsbestimmung nicht darauf ausgelegt ist, die auf nationaler Ebene bestehenden Definitionen zu ersetzen¹¹⁷. Entscheidend ist, dass die Mitgliedstaaten Rechtsvorschriften annehmen, in denen Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt definiert wird (vgl. Art. 7 des Übereinkommens). Überdies räumt Art. 1 Abs. 2 des Übereinkommens, der sich an die Gesetzgeber richtet, den Mitgliedstaaten einen grossen Ermessensspielraum in der Sache ein, da sie die Begriffe «Gewalt» und «Belästigung» in den innerstaatlichen Rechtsvorschriften «*nach einem einheitlichen Konzept oder getrennt*» definieren können (Art. 1 Abs. 2)¹¹⁸. In seinem Leitfaden zum Übereinkommen Nr. 190 erwähnt das Internationale Arbeitsamt als Beispiele die jeweils unterschiedlichen Definitionen von Belästigung am Arbeitsplatz in den Gesetzgebungen mehrerer Staaten (insbesondere Elfenbeinküste, Irland, Japan, Kanada und Mexiko)¹¹⁹.

Artikel 2

¹¹⁶ BG 4C.422/2004, E. 3.2.2.1-2, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

¹¹⁷ Internationales Arbeitsamt, Beendigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt, Bericht V(2A), Genf 2019, S. 18.

¹¹⁸ Vgl. auch Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 12.

¹¹⁹ Vgl. BIT, La violence et le harcèlement dans le monde du travail, Guide sur la convention n° 190 et la recommandation n° 206, Genf 2021, S. 10 f.

Art. 2 betrifft den persönlichen Geltungsbereich des Übereinkommens. Es beabsichtigt einen weiten Personenkreis, der unter den Schutz vor Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt gestellt werden soll, entweder gemäss ihrem Status (das «*Übereinkommen schützt...*» als Arbeitnehmende oder in Ausbildung befindliche Personen einschliesslich Praktikantinnen und Praktikanten sowie Lehrlinge (Abs. 1), oder gemäss des Tätigkeitssektors (das «*Übereinkommen gilt...*»), ob privat oder öffentlich, sowohl in der formellen als auch in der informellen Wirtschaft (Abs. 2). Diese Bestimmung regelt kaum die rechtliche Lage von Privaten oder kann in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen. Ausserdem verweist Art. 2 Abs. 1 bei der Bestimmung des Begriffs «*Beschäftigte*» auf die innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Praxis (Art. 2 Abs. 1). Art. 2 hat keine eigenständige Funktion, sondern ist ausschliesslich im Zusammenhang mit anderen Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 190 wirksam.

Artikel 3

Art. 3 betrifft schliesslich den materiellen Geltungsbereich des Übereinkommens und präzisiert, dass es sich auf Gewalt und Belästigung bezieht, «*die während, im Zusammenhang mit oder infolge der Arbeit auftreten*», an verschiedenen Orten oder unter diversen Umständen, wie sie in den Buchstaben a bis f aufzählt werden.

Art. 3 ist offensichtlich nicht an die nationalen (schweizerischen), mit der Rechtsanwendung betrauten Behörden gerichtet. Er zielt darauf ab zu präzisieren, unter welchen Umständen die materiellen Bestimmungen des Übereinkommens Geltung erlangen. So ist Art. 3 denn auch nicht eigenständig operativ, sondern nur in Verbindung mit den anderen Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 190. In diesem Kontext kann Art. 9 des Übereinkommens zitiert werden, gemäss dem die nationalen Rechtsvorschriften, welche die Arbeitgeber dazu verpflichten, geeignete Schritte zu unternehmen, um Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt zu verhindern, dem «*Grad ihrer Kontrolle*» angemessen sowie «*praktisch durchführbar*» sein müssen. Art. 9 enthält Flexibilitätsklauseln, welche den ratifizierenden Staaten des Übereinkommens Nr. 190 einen grossen Handlungsspielraum einräumen¹²⁰. Somit ist der Art. 3 nur in Verbindung mit den Rechtsvorschriften und der Praxis der Staaten, beispielsweise für die unter Art. 9 erwähnten Elemente, von Bedeutung.

B. Materielle Bestimmungen (Art. 4 bis 12)

Die Art. 4 bis 12 regeln weder die rechtliche Lage von Privaten, noch sind sie bestimmt und eindeutig genug formuliert, um in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen zu können. All diese Bestimmungen enthalten den Ausdruck «*jedes Mitglied muss*». Es handelt sich eindeutig um Normen programmatischer Natur, die sich an die Mitgliedstaaten richten, welche das Übereinkommen Nr. 190 ratifiziert haben, und nicht an die mit der Rechtsanwendung betrauten Behörden in diesen Ländern. Sie haben demnach keinen direkt anwendbaren Charakter. Wie erwähnt befand das Bundesgericht beispielsweise, dass Art. 3 des ILO-Übereinkommens Nr. 111, der eine Liste von Massnahmen umfasst, die alle Staaten, für welche das Übereinkommen in Kraft ist,

¹²⁰

Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai (Fn. 2), S. 14 ff.

ergreifen müssen, eine Bestimmung programmatischer Art darstelle, welche durch den Gesetzgeber jedes betroffenen Landes konkretisiert werden müsse¹²¹.

Nachfolgend werden die Artikel 4 bis 12 entsprechend der im Übereinkommen gewählten Kapitel kurz dargestellt.

Zentrale Grundsätze (Art. 4 bis 6)

Die Art. 4 bis 6 behandeln die Programme und Massnahmen, welche die Staaten befolgen und ergreifen müssen, um die zentralen Grundsätze des ILO-Übereinkommens Nr. 190 umzusetzen und zu fördern. Die Mitgliedstaaten, welche das Übereinkommen ratifiziert haben, müssen insbesondere:

- das Recht einer jeden Person auf eine Arbeitswelt ohne Gewalt und Belästigung achten, fördern und verwirklichen (Art. 4 Abs. 1);
- einen inklusiven, integrierten und geschlechterorientierten Ansatz zur Verhinderung und Beseitigung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt annehmen (Art. 4 Abs. 2), der verschiedene, in Art. 4 Abs.2 Bst. a bis h aufgelistete Massnahmen umfasst;
- die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit achten, fördern und verwirklichen (Art. 5);
- Rechtsvorschriften und Politiken annehmen, die das Recht auf Gleichheit und Nichtdiskriminierung in Beschäftigung und Beruf gewährleisten, insbesondere für Arbeitnehmerinnen und für Arbeitnehmende, die einer oder mehreren verletzlichen Gruppen angehören (Art. 6).

Den Mitgliedstaaten wird ein grosser Handlungsspielraum zur Umsetzung dieser Prinzipien gewährt. So kann etwa der inklusive Ansatz gemäss Art. 4 Abs. 2 den innerstaatlichen Rechtsvorschriften und Gegebenheiten angepasst und mit den repräsentativen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden abgesprochen werden. Auch dabei handelt es sich um eine Flexibilitätsklausel¹²². Ausserdem heisst es gemäss Art. 4 Abs. 3: jedes Mitglied erkennt die *«verschiedenen und komplementären Rollen und Aufgaben von Regierungen sowie von Arbeitgeberinnen und Arbeitgebern sowie Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern und ihren jeweiligen Verbänden an und trägt dabei dem unterschiedlichen Charakter und Ausmass ihrer jeweiligen Verantwortlichkeiten Rechnung»*. Diese sehr allgemeine Bestimmung verlangt nach einer Präzisierung in den jeweiligen innerstaatlichen Rechtsquellen.

Schutz und Prävention (Art. 7 bis 9)

Die Art. 7 bis 9 befassen sich mit den Bestimmungen und Massnahmen, welche die Mitgliedstaaten ergreifen müssen, um den Schutz vor und die Prävention von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt zu garantieren. Die ratifizierenden Mitgliedstaaten müssen insbesondere:

¹²¹ BGE 106 Ib 182, E. 3.

¹²² Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 23.

- Rechtsvorschriften zur Definition und zum Verbot von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt annehmen (Art. 7);
- geeignete Massnahmen zur Verhinderung von Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt ergreifen (Art. 8), insbesondere die in Art. 8 Bst. a bis c vorgeschlagenen Massnahmen;
- Rechtsvorschriften annehmen, die Arbeitgeberinnen und Arbeitgeber dazu verpflichten, geeignete Schritte zu unternehmen, um Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt zu verhindern (Art. 9), insbesondere die unter Art. 9 Bst a bis d detailliert ausgeführten Massnahmen.

Art. 9 nimmt einen zentralen Platz innerhalb des Übereinkommens ein; er räumt den Staaten einen grossen Ermessensspielraum ein. So müssen die den Arbeitgebern in den Rechtsvorschriften auferlegten «*geeigneten Massnahmen*» praktisch durchführbar und dem Grad der Kontrolle der Arbeitgeber über die entsprechenden Situationen angemessen sein. Dies entspricht ebenfalls einer Flexibilitätsklausel¹²³.

Durchsetzung und Abhilfemassnahmen (Art. 10)

Art. 10 zählt unter den Buchstaben a bis h die «angemessene Massnahmen» auf, welche die Staaten ergreifen müssen, um die Durchsetzung des Übereinkommens sicherzustellen sowie um den Opfern von Gewalt und Missbrauch in der Arbeitswelt den Zugang zu Rechts- und Abhilfemassnahmen zu ermöglichen. Die ratifizierenden Mitglieder müssen insbesondere:

- die innerstaatlichen Rechtsvorschriften gegen Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt überwachen und durchsetzen (Bst. a);
- einen leichten Zugang zu geeigneten und wirksamen Abhilfemassnahmen sowie zu sicheren, fairen und wirksamen Melde- und Streitbeilegungsmechanismen und -verfahren sicherstellen (Bst. b);
- die Privatsphäre der betroffenen Personen schützen und Vertraulichkeit wahren (Bst. c);
- Sanktionen vorsehen (Bst. d);
- einen effektiven Zugang zu Beschwerde- und Streitbeilegungsmechanismen sicherstellen (Bst. e);
- die Auswirkungen von häuslicher Gewalt auf die Arbeitswelt anerkennen, soweit dies angemessen und praktisch durchführbar ist (Bst. f);
- das Recht garantieren, sich von einer Arbeitssituation zu entfernen (Bst. g);
- sicherstellen, dass Arbeitsaufsichtsbehörden und andere massgebliche Stellen befugt sind, gegen Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt vorzugehen (Bst. h).

Wie alle materiellen Artikel des Übereinkommens zählt diese Bestimmung Grundprinzipien auf. So sieht Art. 10 Bst. b etwa vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Massnahmen ergreifen sollen, um den Zugang zu «*sicheren, fairen und wirksamen Melde- und Streitbeilegungsmechanismen und -verfahren*» sicherzustellen. Dies wird durch Art. 10 Bst. d ergänzt, gemäss dem die Mitgliedstaaten «*wo es angemessen ist, Sanktionen vorzusehen*» haben.

¹²³

Vgl. Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 5 und 26 ff.

Diese Bestimmungen sind in ihrer Gesamtheit nicht bestimmt und eindeutig genug formuliert, um in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen zu können. Sie richten sich an die Regierungen und Gesetzgeber der betroffenen Staaten. Mit der Wahl von unbestimmten Formulierungen und Flexibilitätsklauseln räumte die Internationale Arbeitskonferenz den jeweiligen Staaten einen grossen Ermessensspielraum ein:

- «geeigneten und wirksamen Abhilfemassnahmen» (Bst. b);
- «soweit dies möglich und angemessen ist» (Bst. c);
- «wo es angemessen ist» (Bst. d);
- «soweit dies angemessen und praktisch durchführbar ist» (Bst. f).

Leitlinien, Schulungen und Sensibilisierung (Art. 11)

Art. 11 betrifft die Massnahmen zur Anleitung, Schulung und Sensibilisierung im Hinblick auf die mit dem Übereinkommen Nr. 190 angestrebten Ziele. Die ratifizierenden Mitglieder müssen insbesondere «bemüht» sein sicherzustellen, dass:

- die Frage der Gewalt und Belästigung in der Arbeitswelt in den einschlägigen innerstaatlichen Politiken angegangen wird (Bst. a);
- der Zugang zu Leitlinien, Ressourcen und Schulungen zu diesem Thema gewährleistet ist (Bst. b) ;
- die Frage Gegenstand von Initiativen sowie Sensibilisierungskampagnen ist (Bst. c).

Durchführungsmethoden (Art. 12)

Dem Art. 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 kommt im Kontext unseres Berichts eine besondere Bedeutung zu, da er die «Durchführungsmethoden» der Vertragsbestimmungen betrifft. Er lautete wie folgt: «Die Bestimmungen dieses Übereinkommens werden durch innerstaatliche Rechtsvorschriften sowie durch Gesamtarbeitsverträge oder andere im Einklang mit der innerstaatlichen Praxis stehende Massnahmen umgesetzt, einschliesslich durch die Ausweitung bestehender Arbeitsschutzmassnahmen auf Gewalt und Belästigung oder deren diesbezügliche Anpassung und bei Bedarf die Entwicklung spezifischer Massnahmen».

Diese Bestimmung bestätigt explizit, dass die Internationale Arbeitskonferenz den Bestimmungen des Übereinkommens in keiner Weise einen «self-executing»-Charakter zusprechen wollte, sondern dass diese im Gegenteil durch die Mitgliedstaaten konkretisiert und präzisiert werden müssen, um Wirksamkeit zu erlangen. Den Staaten wird ihrerseits bei der Umsetzung der Bestimmungen in ihrer jeweiligen Rechtsordnung ein grosser Handlungsspielraum zugestanden. Sie können diese Bestimmungen mittels nationaler Gesetzgebung, aber auch durch Gesamtarbeitsverträge oder andere, frei wählbare Massnahmen umsetzen («im Einklang mit der innerstaatlichen Praxis»). Die Staaten können im Übrigen die bestehenden Arbeitsschutzmassnahmen anpassen und auf Gewalt und Belästigung ausweiten oder «bei Bedarf» spezifische Massnahmen entwickeln.

Art. 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 ist analog zu Art. 4 des ILO-Übereinkommens Nr. 154. Wir haben bereits darauf hingewiesen, dass das Bundesgericht deutlich festgehalten hat, dass das ILO-Übereinkommen Nr. 154 lediglich die Grundausrichtungen eines

Programms skizziert, dessen Ausführung den Staaten obliegt, die es ratifiziert haben. Entscheidend sei, dass Art. 4 des Übereinkommens verschiedene Methoden beschreibt, welche seine Umsetzung ermöglichen sollten, weshalb das ILO-Übereinkommen Nr. 154 in jedem Mitgliedstaat selbst durch spezifische Mittel konkretisiert werden müsse und somit keine direkt anwendbaren Bestimmungen enthalten könne¹²⁴.

Wie erwähnt, findet sich dieser Wille, den Mitgliedstaaten einen grossen Handlungsspielraum bei der Wahl der Mittel und der Modalitäten zur Umsetzung einzuräumen, in zahlreichen Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 190 wieder, und zwar in der Verwendung verschiedener Arten von Normen oder Verfahren, wie etwa:

- Flexibilitätsklauseln (vgl. Art. 4 Abs. 2, 9 und Art. 10 Bst. f);
- Verweise auf die nationale Gesetzgebung und Praxis (vgl. Art. 4 Abs. 2);
- Beratung mit den repräsentativen Arbeitgeber- und Arbeitnehmerverbänden (Art. 2 Abs. 2; Art. 4 Abs. 3; Art. 8 Bst. b);
- offene und unbestimmte Formulierungen (vgl. Art. 10 Bst. b, c, d und e).

IV. Zusammenfassende Beurteilung der direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit der Art. 13 bis 20 des ILO-Übereinkommens Nr. 190

Die Art. 13 bis 20 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 sind im abschliessenden Kapitel VIII «Schlussbestimmungen» zusammengefasst.

Sie betreffen die Adressaten der förmlichen Ratifikationen durch die Staaten (Art. 13), die Bedingungen des objektiven und subjektiven Inkrafttretens des Übereinkommens (Art. 14), die Bedingungen einer Kündigung (Art. 15), den Grundsatz der Information aller Mitgliedstaaten (Art. 16) und des Generalsekretärs der Vereinten Nationen (Art. 17) über die Ratifizierungen und Kündigungen durch den Generaldirektor des Internationalen Arbeitsamtes, die Möglichkeit des Verwaltungsrates des Internationalen Arbeitsamtes der Internationalen Arbeitskonferenz, über die Durchführung dieses Übereinkommens Bericht zu erstatten (Art. 18), die Konsequenzen der Annahme eines neuen Übereinkommens durch die Internationale Arbeitskonferenz, welches das Übereinkommen Nr. 190 neu fasst (Art. 19) sowie den Hinweis, dass der englische und französische Wortlaut dieses Übereinkommens in gleicher Weise verbindlich sind (Art. 20).

Dabei handelt es sich um die üblichen Schlussbestimmungen, die in allen Übereinkommen der ILO zu finden sind¹²⁵ und welche an die Staaten, die das Übereinkommen Nr. 190 ratifiziert haben, sowie an die Organe des Internationalen Arbeitsamtes gerichtet sind. Dass solche Bestimmungen somit *per definitionem* keine Bestimmungen enthalten, die in der internen Rechtsordnung eines Staates – so auch in der Schweiz – als direkt anwendbar gelten können, versteht sich von selbst.

¹²⁴ BG 4C.422/2004, E. 3.2.3.1, nicht publizierte Erwägung des BGE 132 III 122.

¹²⁵ Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 7. Vgl. auch, Bundesrat, in: BBl 1960 I, 29, 33, BBl 1974 I 1633, 1649, FF 1980 II 436, 442 und BBl 2013 6927, 6932.

V. Zusammenfassung

Im Folgenden werden die wichtigsten Elemente der in den vorangegangenen vier Kapiteln enthaltenen Ausführungen zusammengefasst.

Kapitel I – Kontext der Auftragserteilung

In seiner Botschaft vom 18. Mai 2022 nahm der Bundesrat eine umfassende und detaillierte Analyse der Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nr. 190 vor. Unsere Regierung kam dabei zum Schluss, dass diese Bestimmungen mit den aktuell in Kraft stehenden Regelungen vereinbar seien: «*Der Schutz vor Gewalt und Belästigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer wird in der Schweiz durch ein umfassendes System von mehreren Gesetzen sichergestellt, welches das Recht jeder Person auf eine Arbeitswelt ohne Gewalt und Belästigung, einschliesslich geschlechtsspezifischer Gewalt und Belästigung, anerkennt*»¹²⁶. Somit erfordere eine Ratifizierung des ILO-Übereinkommens Nr. 190 bei der derzeitigen Rechtslage weder die Verabschiedung neuer Vorschriften (Gesetze oder Verordnungen), noch eine Änderung bestehender Bestimmungen¹²⁷. Im letzten Quartal 2023 beschlossen die eidgenössischen Räte, den Ratifikationsentwurf an den Bundesrat zurückzuweisen mit dem Auftrag, in einem Zusatzbericht darzustellen, welche Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nr. 190 direkt anwendbar sind und welche nicht. Ziel des vorliegenden Berichts ist es denn auch festzustellen, inwiefern die Bestimmungen des ILO-Übereinkommens Nr. 190 im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung als direkt anwendbar oder nicht direkt anwendbar zu betrachten sind.

Kapitel II – direkte oder nicht direkte Anwendbarkeit der ILO-Normen in der Schweiz im Allgemeinen

Die direkte Anwendbarkeit lässt sich definieren als Eigenschaft einer internationalen Rechtsnorm, aus sich selbst heraus – also ohne Voraussetzung einer internen Vollzugs-massnahme – für Private Rechte und Pflichten zu begründen, auf die sie sich berufen können oder denen sie gegenüber den Behörden des Staates, in der diese Norm Geltung hat, verpflichtet sind. Gemäss der in der Schweiz geltenden monistischen Auffassung gelten das Völkerrecht und das interne Recht als zwei Elemente ein und derselben Rechtsordnung. Somit erlangen die rechtmässig vereinbarten und in Kraft getretenen völkerrechtlichen Verträge eine unmittelbare Geltung in der schweizerischen Rechtsordnung und fügen sich in das Bundesrecht ein. Dabei ist allerdings zwischen der Frage einer unmittelbaren Geltung eines völkerrechtlichen Vertrags und derjenigen der direkten Anwendbarkeit seiner Bestimmungen zu unterscheiden. Während die unmittelbare Geltung die Behörden zur Einhaltung und Anwendung der Verträge verpflichtet, erlaubt die direkte Anwendbarkeit den Privaten, sich gegenüber diesen Behörden darauf berufen zu können.

Es ist zwischen zwei unterschiedlichen Arten von Normen zu unterscheiden:

¹²⁶ Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 9.

¹²⁷ Bundesrat, Botschaft vom 18. Mai 2022 (Fn. 2), S. 40.

- Normen, die den Staaten konkrete Pflichten gegenüber den Rechtsunterworfenen auferlegen und die sich an die rechtsanwendenden Behörden richten («direkt anwendbare» oder «*self-executing*» Normen);
- Normen, die einen programmatischen Charakter haben und die an die politischen Gremien der Vertragsstaaten, insbesondere an die Legislative, gerichtet sind («nicht direkt anwendbare» oder «*non self-executing*» bzw. «*executory*» Normen).

Zusammenfassend muss gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung eine völkerrechtliche Norm, um innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung direkt anwendbar zu sein:

- die rechtliche Lage von Privaten regeln;
- einen unbedingten Charakter aufweisen, bestimmt und eindeutig genug formuliert sein, um in einem konkreten Fall als Grundlage einer gerichtlichen Entscheidung dienen zu können;
- an die (administrativen und gerichtlichen) Vollzugsbehörden und nicht an die rechtsprechenden Organe gerichtet sein;
- den Behörden keinen grossen Ermessensspielraum einräumen.

In der Mehrzahl der Fälle hält das Bundesgericht fest, dass die Bestimmungen der ILO-Übereinkommen einen programmatischen Charakter aufweisen und dass sie innerhalb der schweizerischen Rechtsordnung nicht direkt anwendbar («*self-executing*») sind.

Kapitel III – Beurteilung der direkten oder nicht direkten Anwendbarkeit der Artikel 1 bis 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 im Detail

Jeder Mitgliedstaat der ILO kann grundsätzlich frei festlegen, in welchem Umfang die Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 190, das er zu ratifizieren gedenkt, im Rahmen seiner Rechtsordnung als direkt anwendbar oder nicht zu gelten hat. Im Falle einer Ratifizierung dieses Übereinkommens durch die Schweiz obliegt es den Vollzugsbehörden (Verwaltungen oder Gerichte), sich anlässlich der ihnen vorgelegten Dossiers oder Rechtsstreitigkeiten mit dieser Frage zu befassen.

In Anbetracht der bundesgerichtlichen Rechtsprechung und den von ihm geäusserten Auslegungsgrundsätzen kommt man zum Schluss, dass die Art. 1 bis 12 des ILO-Übereinkommens Nr. 190 nicht direkt anwendbar sind. So sind die Artikel 1 (Begriffsbestimmungen), 2 (persönlicher Geltungsbereich) und 3 (materieller Geltungsbereich) nicht darauf ausgelegt, die rechtliche Lage von Privaten zu regeln oder ihnen Rechte zuzuweisen, sondern darauf, die Konzeptionen zu präzisieren und den Geltungsbereich der materiellen Bestimmungen des Übereinkommens abzustecken.

Was die materiellen Bestimmungen betrifft (Art. 4 bis 12), so enthalten sie alle den Ausdruck «jedes Mitglied muss». Sie stellen eindeutig Normen programmatischer Natur dar, welche den Einzelstaaten einen beträchtlichen Ermessensspielraum gewähren und an die Regierungen und Gesetzgeber gerichtet sind. Sie enthalten hingegen keine Bestimmungen, die bestimmt und eindeutig genug formuliert sind, um in einem konkreten Fall die Grundlage einer administrativen oder gerichtlichen Entscheidung bilden zu können. Sie sind deshalb ebenfalls nicht als direkt anwendbar zu betrachten.

Kapitel IV – Zusammenfassende Beurteilung der direkten oder indirekten Anwendbarkeit der Artikel 13 bis 20 des ILO-Übereinkommens Nr. 190

Die Artikel 13 bis 20 sind grundsätzlich nicht direkt anwendbar, da sie übliche Schlussbestimmungen aller völkerrechtlichen Abkommen enthalten.

Gesamtfazit

Zusammenfassend ist daraus zu schliessen, dass gemäss den durch das Bundesgericht festgelegten Kriterien das ILO-Übereinkommen Nr. 190 keine Bestimmungen enthält, die im Falle einer Ratifizierung durch die Schweiz im Rahmen der schweizerischen Rechtsordnung als direkt anwendbar («*self-executing*») zu betrachten sind.

Neuenburg, den 30. Juni 2024

Prof. Dr. Jean-Philippe Dunand