

Soziale Sicherheit und ihre Rechtswege

SUSANNE LEUZINGER-NAEF*

* Dr. iur., Bundesrichterin.

auch Sozialziele des Kantons und der Gemeinden. Diese setzen sich im Weiteren für Eltern vor und nach der Geburt eines Kindes, die inner- und ausserfamiliäre Betreuung von Kindern und ältere Menschen ein, und sie sorgen für Sozialhilfe.⁸⁷

Die Kantone haben zur Umsetzung des Bundesrechts⁸⁸ Einführungsgesetze zu den Bundesgesetzen, insbesondere zu den Sozialversicherungsgesetzen zu erlassen, in denen sie die erforderlichen Strukturen bereitstellen und die Wahrnehmung der ihnen durch das Bundesrecht auferlegten Aufgaben bestimmten Behörden zuordnen. So werden im Einführungsgesetz AHVG/IVG des Kantons Zürich gemäss Art. 61 AHVG und Art. 54 IVG die kantonale Sozialversicherungsanstalt als selbständige öffentliche Anstalt errichtet, ihre Aufgaben umschrieben und ihre Organe mit deren jeweiligen Aufgaben benannt.⁸⁹ Im Einführungsgesetz KVG des Kantons Zürich werden insbesondere die Zuständigkeit zur Kontrolle der Versicherungspflicht gemäss Art. 3 ff. KVG und die Prämienverbilligung gemäss Art. 65 f. KVG geregelt.⁹⁰ Des Weiteren bestimmen die Kantone allfällige über die bundesrechtlich vorgeschriebenen Minima hinausgehende Leistungen, so der Kanton Zürich im ZLG Leistungen, die über die Ansätze gemäss ELG hinausgehen.⁹¹

Schliesslich haben alle Kantone ein Sozialhilfegesetz erlassen, in dem sie die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegende Sozialhilfe regeln. In den welschen Kantonen bleiben bedeutende Zuständigkeiten bei den Kantonen. In den Kantonen der Deutschschweiz liegt das Schwergewicht dagegen eher bei den Gemeinden, wobei das Spektrum von der gänzlichen Kantonalisierung bis zur vollständigen Kommunalisierung reicht.⁹²

Die Gemeinden schliesslich regeln die ihnen im Rahmen des kantonalen Rechts verbleibenden Materien.

Bezüglich Justiziabilität gilt das für das Bundesrecht Gesagte analog.

III. Internationales Recht

1. Sozialversicherungsabkommen

a. Bilaterale und multilaterale Abkommen (mit einzelnen Staaten)

Da die Sozialversicherungen nationalstaatlich organisiert sind, erleiden Personen, die von einem Staat zum andern migrieren und damit nicht dauernd dem

87 Präambel, Art. 19 und 111 (101).

88 Art. 46 BV.

89 831.1; gemäss § 5 obliegen dem Aufsichtsrat spezifische Aufgaben, während die Anstalt gemäss § 7 unter der Aufsicht des Bundes und seinen Weisungen steht, soweit sie nicht übertragene kantonale Aufgaben wahrnimmt.

90 832.01.

91 Zusatzleistungsgesetz (ZLG, 831.3), vgl. Art. 2 ELG.

92 CYRIELLE CHAMPION/GIULIANO BONOLI, Politisch-administrative Strukturen und Umsetzungsprozesse der Sozialpolitik, in: Ladner/Chappelet/Emery/Knoepfel/Mader/Soguel/Varone (Hrsg.), Handbuch der öffentlichen Verwaltung in der Schweiz, Zürich 2013, S. 710 ff., S. 721.

gleichen Sozialversicherungssystem unterstellt sind, regelmässig Nachteile in ihrer sozialen Stellung. Gelegentlich benachteiligt das Landesrecht ausländische Versicherte, weil Sozialversicherungen teilweise aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.

Die Schweiz hat mit 38 Staaten bilaterale Abkommen abgeschlossen⁹³. Es sind dies hauptsächlich diejenigen Staaten, aus denen viele Erwerbstätige in die Schweiz eingewandert sind oder in denen viele schweizerische Staatsangehörige tätig sind.⁹⁴ In den Abkommen werden die Beziehungen zwischen der Schweiz und dem andern Staat auf dem Gebiet der sozialen Sicherheit geregelt. Ziel ist insbesondere die Gleichbehandlung der Staatsangehörigen der Vertragsparteien, die Bestimmung der anwendbaren Gesetzgebung, die Leistungserbringung im Ausland und die Aufrechterhaltung der Ansprüche beim Wechsel von einem Sozialversicherungssystem zum andern (z.B. Totalisierung und Proratisierung aller in- und ausländischen Versicherungszeiten) bzw. Verhinderung der Bevorzugung infolge Zugehörigkeit zu mehreren Systemen (keine Mehrfachanrechnung von Versicherungszeiten). Die Abkommen regeln auch die Amts- und Rechtshilfe der Durchführungsorgane der Vertragsstaaten.⁹⁵

Mit Deutschland, Liechtenstein und Österreich wurde zudem das Übereinkommen im Bereich der sozialen Sicherheit⁹⁶ und mit Belgien, Deutschland, Frankreich, Luxemburg und den Niederlanden das Übereinkommen über die soziale Sicherheit der Rheinschiffer⁹⁷ abgeschlossen.

Die Bestimmungen der zwischenstaatlichen Sozialversicherungsabkommen sind grundsätzlich unmittelbar anwendbar. Dies wird in der Rechtsprechung kaum thematisiert, sondern als selbstverständlich vorausgesetzt.⁹⁸

b. Freizügigkeitsabkommen mit der EG und ihren Mitgliedstaaten

Die Personenfreizügigkeit als eine der vier Grundfreiheiten der Europäischen Union (nachfolgend: EU) wird beeinträchtigt, wenn Nachteile beim Wechsel von einem Sozialversicherungssystem in ein anderes Arbeitnehmende davon abhalten, von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch zu machen. Die EU hat deshalb schon bald nach ihrer Gründung Rechtsakte erlassen, welche die Systeme der sozialen Sicherheit ihrer Mitgliedstaaten koordinieren, damit die

93 SR 0.831.109.(Ländernummer).

94 TSCHUDI (Fn. 13), S. 123 f., der auf die verfassungsmässige Verpflichtung der Schweiz zur Förderung der Beziehung der Auslandschweizerinnen und -schweizer zur Schweiz verweist (vgl. Art. 40 BV).

95 SUSANNE LEUZINGER-NAEF, Sozialversicherungsgerichtsbarkeit und Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EG, SJZ 99 (2003), S. 193–202, S. 195.

96 SR 0.831.109.136.2.

97 SR 0.831.107.

98 BGE 110 V 72 E. 2 und 3, betreffend Rheinschifferabkommen vgl. Urteil K 149/01 vom 14. Mai 2003; PIERRE-YVES GREBER, Les conventions bilatérales de sécurité sociale conclues par la Suisse, Cahiers genevois de sécurité sociale, 1986/1, S. 5 ff., S. 15 f.

Grundfreiheit der Personenfreizügigkeit ohne sozialrechtliche Nachteile ausgeübt werden kann. Die Rechtsakte bezwecken nicht die Harmonisierung, sondern die Koordinierung der Sozialversicherungssysteme. Die Schweiz hat sich mit dem FZA⁹⁹ zur Übernahme des im Abkommen näher bezeichneten gemeinschaftsrechtlichen Rechtsbestandes im Zeitpunkt der Abkommensunterzeichnung verpflichtet, wobei Anpassungen an die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts vom Gemischten Ausschuss¹⁰⁰ beschlossen worden sind.¹⁰¹ Angesichts der Bedeutung der sozialen Sicherheit im Rahmen des FZA kann dieses (auch) als Sozialversicherungsabkommen bezeichnet werden

Die Justiziabilität der Normen des FZA ist nie in Frage gestellt worden.

c. *Übereinkommen zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA)*

Im Rahmen des zwischen der Schweiz, Island, Liechtenstein und Norwegen geltenden EFTA-Übereinkommens wurde die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit wie im Rahmen des FZA durch Verweis auf die Rechtsakte der EG vorgenommen.¹⁰² Auch hier ist die Justiziabilität nie in Frage gestellt worden.

2. *Normative Übereinkommen im Bereich der sozialen Sicherheit*

a. *Internationale Arbeitsorganisation*

Die Verfassung der Internationalen Arbeitsorganisation (nachfolgend: IAO) vom 28. Juni 1919, nunmehr eine Sonderorganisation der Vereinten Nationen, beginnt mit folgendem Satz: «Der Weltfriede kann auf die Dauer nur auf sozialer Gerechtigkeit aufgebaut werden».¹⁰³ Zu diesem Zweck erlässt die IAO Übereinkommen über Mindestnormen in verschiedenen Bereichen der sozialen Sicherheit. Zu nennen sind insbesondere das Übereinkommen Nr. 102 vom 28. Juni 1952 über die Mindestnormen der sozialen Sicherheit¹⁰⁴, das Übereinkommen Nr. 128 vom 29. Juni 1967 über Leistungen bei Invalidität und Alter und an Hinterbliebene¹⁰⁵, das Übereinkommen Nr. 159 vom 20. Juni 1983 über

99 Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.142.112.681).

100 Vgl. Kap. I.II.1.b.

101 Beschluss Nr. 1/2006 vom 6. Juli 2006 des Gemischten Ausschusses Schweiz-EU zur Änderung des Anhangs II (Soziale Sicherheit) des Abkommens (AS 2006 5851), Beschluss Nr. 1/2012 vom 31. März 2012 des Gemischten Ausschusses zur Ersetzung des Anhangs II dieses Abkommens über die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit (AS 2006 2345).

102 Abgeschlossen am 4. Januar 1960, konsolidierte Fassung vom 21. Juni 2001, in Kraft getreten am 1. Juni 2002 (SR 0.632.31), Art. 21.

103 SR 0.820.1.

104 SR 0.831.102.

105 SR 0.831.105.

die berufliche Rehabilitation und die Beschäftigung der Behinderten¹⁰⁶ und das Übereinkommen Nr. 168 vom 21. Juni 1988 gegen Arbeitslosigkeit¹⁰⁷. Neben sozialen Zwecken und der Vermeidung der Diskriminierung von Wanderarbeitern haben solche internationalen Konventionen über Sozialversicherung auch das Ziel, den Vertragsstaaten zur Verhinderung ungerechtfertigter Vorteile im wirtschaftlichen Konkurrenzkampf einheitliche Mindeststandards vorzuschreiben.¹⁰⁸

Ob die Bestimmungen unmittelbar anwendbar sind oder der Umsetzung durch die Gesetzgebung bedürfen, wird in der Rechtsprechung sehr sorgfältig geprüft, je nach Norm mit unterschiedlichen Ergebnissen. Mit Blick auf die einheitliche Doktrin und die Entwicklung der innerstaatlichen Gesetzgebung wurde beispielsweise im grundlegenden BGE 119 V 171 entschieden, dass die Bestimmungen des Übereinkommens Nr. 128 der IAO (sowie der Europäischen Ordnung der Sozialen Sicherheit) zur Kürzung von Versicherungsleistungen bei Berufsunfällen hinreichend bestimmt und klar sind, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheids zu bilden, sodass sie unmittelbar zur Anwendung kommen.

b. Europarat

Im Rahmen des Europarates wurde die auch von der Schweiz ratifizierte Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit vom 16. April 1964 geschaffen.¹⁰⁹ Sie enthält Mindestnormen, die über den Mindestnormen des IAO-Übereinkommens Nr. 102 liegen. Es besteht auch ein Europäisches Übereinkommen über den sozialen Schutz der Landwirte.¹¹⁰

Bezüglich Justiziabilität gilt das zu den Übereinkommen der IAO Gesagte.

3. Menschenrechtsübereinkommen mit ausdrücklich sozialrechtlichen Bestimmungen

a. Allgemeines

Die Menschenrechte lassen sich in drei Kategorien einteilen, die nacheinander entstanden sind, sodass man von Menschenrechten der ersten, zweiten und dritten Generation spricht, ohne dass zwischen ihnen eine Hierarchie besteht. Die Menschenrechte der ersten Generation sind die Freiheitsrechte gegenüber dem Staat (z.B. Meinungsfreiheit). Menschenrechte der zweiten Generation sind die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (z.B. Recht auf Bildung). Menschenrechte der dritten Generation stehen Menschengruppen oder ganzen

106 SR 0.822.725.9.

107 SR 0.837.475.

108 TSCHUDI (Fn. 13), S.122.

109 SR 0.831.104.

110 SR 0.831.108.

Gesellschaften zu (z.B. Recht auf eine saubere Umwelt).¹¹¹ Nach neuerem Verständnis sind die Menschenrechte unteilbar, denn die Menschenwürde ist nicht gewährleistet in einer Welt, in der politische und bürgerliche Freiheiten geschützt und soziale Rechte missachtet werden; auch die Menschenrechte der ersten Generation wie etwa das Recht auf unentgeltliche Rechtspflege können den Staat zu einer Leistung verpflichten.¹¹²

Die nachfolgend genannten, von der Schweiz ratifizierte(n) Übereinkommen betreffen nicht ausschliesslich oder jedenfalls nicht schwergewichtig, wohl aber in einzelnen Bestimmungen die soziale Sicherheit.

b. Vereinte Nationen

Bereits in der Präambel der Charta der Vereinten Nationen vom 26. Juni 1945¹¹³ erklären die Völker der Vereinten Nationen ihre Entschlossenheit, den sozialen Fortschritt und einen besseren Lebensstandard in grösserer Freiheit zu fördern. Entsprechend setzen sich die Vereinten Nationen in Art. 1 der Charta das Ziel, eine internationale Zusammenarbeit herbeizuführen, um internationale Probleme sozialer Art zu lösen. In Kapitel IX, Art. 55 ff. wird die Zusammenarbeit näher umschrieben und in Kapitel X, Art. 61 ff. der Wirtschafts- und Sozialrat eingesetzt.

In Art. 22 und 25 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10. Dezember 1948 wird das Recht von allen auf Sicherheit im Falle von Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität oder Verwitwung, im Alter sowie bei anderweitigem Verlust der Unterhaltsmittel durch unverschuldete Umstände anerkannt. Zusammen mit den nachfolgend genannten UNO-Pakten I und II bildet sie die «International Bill of Rights».¹¹⁴

aa. Flüchtlingskonvention

Gemäss Art. 23 des Abkommens vom 28. Juli 1951 über die Rechtsstellung der Flüchtlinge¹¹⁵ gewähren die vertragsschliessenden Staaten den sich auf ihrem Gebiet rechtmässig aufhaltenden Flüchtlingen die gleiche Fürsorge und öffentliche Unterstützung wie den Einheimischen und gemäss Art. 24 Ziff. 1 lit. b die Gleichbehandlung in Bezug auf soziale Sicherheit (mit hier im Einzelnen nicht interessierenden Vorbehalten). Analoges wurde mit Art. 24 des Übereinkommens vom 28. September 1954 über die Rechtsstellung der Staatenlosen¹¹⁶ vereinbart.

Die Bestimmungen der Flüchtlingskonvention sind in der sozialversicherungsrechtlichen Rechtsprechung als self-executing anerkannt.¹¹⁷

111 KERSTIN ODENDAHL, *Völkerrecht in a nutshell*, Zürich 2012, S. 94 f.

112 EBERHARD EICHENHOFER, *Soziale Menschenrechte*, SZS 2014, S. 1 ff., S. 16 f.

113 SR 0.120.

114 ODENDAHL (Fn. 111), S. 97.

115 SR 0.142.30.

116 SR 0.142.40.

117 BGE 139 II 1, 136 V 33 E. 3.2, RKUV 2005 Nr. KV 315, 25.

bb. UNO-Pakt I

Laut Art. 9 des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I)¹¹⁸ anerkennen die Vertragsstaaten das Recht eines jeden auf soziale Sicherheit unter Einschluss der Sozialversicherungen. Gemäss Art. 2 verpflichten sich die Vertragsstaaten, Massnahmen zu treffen, um nach und nach mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen, die volle Verwirklichung der im Pakt anerkannten Rechte zu erreichen. Sie verpflichten sich auch zu gewährleisten, dass die im Pakt verkündeten Rechte hinsichtlich Rasse, Hautfarbe, Geschlecht, Sprache, Religion, politischer und sonstiger Anschauungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Vermögen, Geburt oder sonstigem Status diskriminierungsfrei ausgeübt werden können.

Gemäss dem grundlegenden BGE 121 V 246 E. 2 (bestätigt in BGE 135 I 161 E. 2.2) sind die genannten Bestimmungen nicht direkt anwendbar. Sie geben dem innerstaatlichen Gesetzgeber lediglich Leitlinien und Ziele vor und lassen ihm eine grosse Freiheit, mit welchen Mitteln er die Ziele verwirklicht. Unter Hinweis auf die Rechtsprechung in andern Bereichen und die Literatur wurde den genannten Bestimmungen kein self-executing-Charakter zuerkannt. Für andere Bestimmungen des Paktes wurde dies aber nicht generell ausgeschlossen. Die unterschiedliche Rechtsnatur von Pakt I und Pakt II – dem der self-executing-Charakter zukomme – zeige sich auch daran, dass Pakt I als internationales Durchsetzungsinstrument lediglich die Prüfung der Staatenberichte vorsehe, während der UNO-Pakt II ein fakultatives Staatenbeschwerdeverfahren und ein fakultatives Individualbeschwerdeverfahren kenne.¹¹⁹ Art. 9 UNO-Pakt I sei sehr allgemein gehalten und könne deshalb keine Rechtsgrundlage für eine sozialversicherungsrechtliche Leistung bilden. Gleich entschieden wurde in BGE 121 V 229 E. 3 bezüglich Art. 3 von Pakt I, wonach sich die Vertragsstaaten verpflichten, die Gleichberechtigung von Mann und Frau bei der Ausübung aller im Pakt festgelegten wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte sicherzustellen. Im Urteil 2P.77/2000 vom 30. November 2000 E. 5 betreffend Abstufung kantonrechtlicher Kinderzulagen entsprechend der Kaufkraft im Wohnsitzstaat des Kindes wurde die direkte Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbots gemäss Art. 2 Abs. 2 von UNO-Pakt I dagegen offen gelassen, da die kantonale Norm nicht diskriminierend im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV war. In BGE 139 I 257 wurde im Zusammenhang mit dem Anspruch auf eine Witwenrente der AHV die selbständige Anrufung des Diskriminierungsverbots dagegen verneint.

Der für die Überwachung des UNO-Paktes I zuständige Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte¹²⁰ beanstandet die restriktive Rechtsprechung des Bundesgerichts bezüglich der direkten Anwendbarkeit der inter-

118 In Kraft getreten für die Schweiz am 18. September 1992 (SR 0.103.1).

119 Vgl. Kap. I.IV.1.

120 Vgl. Kap. I.IV.1.

nationalrechtlichen Garantien (und der Sozialziele der Bundesverfassung).¹²¹ Die Kritik wird von der jüngsten schweizerischen Lehre geteilt.¹²² So weist Wilson darauf hin, dass der Ausschuss das Diskriminierungsverbot und das Gleichbehandlungsgebot als sofort anwendbar erklärt hat, und geht davon aus, dass die Einführung des Individualbeschwerderechts an den Ausschuss aufgrund des ersten Fakultativprotokolls die Zweifel an der unmittelbaren Anwendbarkeit ausräumen sollte.¹²³ Es wird auch daran erinnert, dass nach schweizerischem Verständnis Rechtsgleichheit und Diskriminierungsverbote justiziable Garantien sind, weshalb kein Grund für eine andere Einschätzung der Diskriminierungsverbote des UNO-Paktes I ersichtlich sei.¹²⁴ Ausserhalb des Bundessozialversicherungsrechts wurde der Self-executing-Charakter des UNO-Paktes I in jüngerer Zeit vermehrt offen gelassen, da sich der allenfalls anwendbaren Norm des Paktes nichts anderes entnehmen liess als aufgrund des Landesrechts ohnehin gewährleistet ist.¹²⁵

Es liegt auf der Hand, dass aus dem UNO-Pakt I nicht ein Anspruch auf eine in bestimmter Art ausgestaltete Sozialversicherungsleistung abgeleitet werden kann. Mit Blick auf die jüngere bundesgerichtliche Rechtsprechung ausserhalb des Bundessozialversicherungsrechts stellt sich aber die Frage, ob im Sozialversicherungsrecht an der bisherigen restriktiven Rechtsprechung festgehalten werden soll. Zwei Gründe sprechen dafür, die Frage in Zukunft auch im Sozialversicherungsrecht zumindest offen zu lassen. Zum einen sind seit dem Erlass des grundlegenden BGE 121 V 229 auch für den UNO-Pakt I das fakultative Staatenbeschwerdeverfahren und das fakultative Individualbeschwerdeverfahren eingeführt worden.¹²⁶ Zum andern hat sich in den andern Rechtsgebieten

121 JÖRG KÜNZLI/ANJA EUGSTER/ANDREAS KIND/ALEXANDER SPRING/EVELYNE STURM, Umsetzung der Menschenrechte in der Schweiz, Eine Bestandesaufnahme im Bereich Freiheitsentzug, Polizei und Justiz, Schriftenreihe SKMR, Bern 2013, S. 69–71 m.H.

122 GREGOR T. CHATTON, Vers la pleine reconnaissance des droits économiques, sociaux et culturels, Genf/Zürich/Basel 2013, S. 498–501; weitere Literaturhinweise bei KRADOLFER (Fn. 80), S. 544, vgl. bereits DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, S. 421 ff.; EDGAR IMHOF, Die Bedeutung menschenrechtlicher Diskriminierungsverbote nach EMRK, UN-Pakt I und II, KRK, FDK und RDK, Rz 62 ff., jusletter 7. Februar 2005.

123 BARBARA WILSON, L'applicabilité des droits économiques, sociaux et culturels garantis par le Pacte ONU I, AJP 2010, S. 1503–1515, S. 1509 und S. 1515.

124 KRADOLFER (Fn. 80), S. 544.

125 BGE 125 III 277 E. 2 betreffend Streikrecht; nachdem bezüglich Studiengebühren die Anwendbarkeit in BGE 120 Ia 1 und 126 I 240 verneint worden war, wurde die Frage in BGE 130 I 113 und 133 I 156 (Transportkosten) sowie im Urteil 2C_738/2010 vom 24. Mai 2011, EuGRZ 2011, S. 692, betreffend Homeschooling offen gelassen; bezüglich Lohnzahlung für Feiertage an Angestellte im Stundenlohn wurde die Anwendbarkeit in BGE 136 I 290 verneint.

126 Den Zusammenhang zwischen Individualbeschwerdeverfahren und Self-executing-Charakter stellt der Bundesrat im Antrag vom 22. August 2012 auf Ablehnung der Motion 12.3623 von Nationalrätin Amherd betreffend Ratifizierung des dritten Fakultativprotokolls zur Uno-Kinderrechtskonvention her: «Die Schweiz vertritt namentlich im Bereich von wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Menschenrechten traditionell die Haltung, dass solche Rechte wegen ihrer programmatischen Natur keine direkt einklagbaren Ansprüche begründen. Würden die Uno-

gezeigt, dass die schweizerische Gesetzgebung die internationalen Verpflichtungen aus dem Pakt respektiert. Es ist denn auch allseitig unbestritten, dass das innerstaatliche Recht nicht wenige der im Pakt grundsätzlich garantierten, aber nicht präzise umschriebenen Sozialrechte gewährleistet.¹²⁷

cc. Spezifische Menschenrechtsübereinkommen

Gemäss Art. 26 des Übereinkommens vom 20. November 1989 über die Rechte des Kindes (nachfolgend: UNO-Kinderrechtskonvention)¹²⁸ anerkennen die Vertragsstaaten das Recht jedes Kindes auf Leistungen der sozialen Sicherheit einschliesslich der Sozialversicherung und treffen die erforderlichen Massnahmen, um die volle Verwirklichung dieses Rechts in Übereinstimmung mit dem innerstaatlichen Recht sicherzustellen. Nach der Rechtsprechung können daraus ohne Umsetzung durch den innerstaatlichen Gesetzgeber keine Sozialversicherungsansprüche abgeleitet werden, da die Bestimmung nicht ausreichend konkret bestimmt und deshalb nicht unmittelbar anwendbar ist.¹²⁹ Die Rechtsprechung betont aber, dass die schweizerische Gesetzgebung den Anliegen von Art. 23 des Übereinkommens ausreichend Rechnung trägt.¹³⁰

Gemäss Art. 11 Abs. 1 lit. e des Übereinkommens vom 18. Dezember 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (nachfolgend: CEDAW)¹³¹ treffen die Vertragsstaaten alle geeigneten Massnahmen zur Beseitigung der Diskriminierung der Frau im Berufsleben, um ihr auf der Grundlage der Gleichberechtigung von Mann und Frau gleiche Rechte zu gewährleisten, insbesondere das Recht auf soziale Sicherheit und dort insbesondere auf Leis-

Überprüfungsorgane auch solche Beschwerden prüfen können, so könnte dies Konsequenzen für die Rechtsordnung des Bundes und der Kantone haben.» Trotzdem überwies der Ständerat am 17. März 2014 die Motion aus dem Nationalrat (<www.parlament.ch>).

127 KÜNZLI/EUGSTER/KIND/SPRING/STURM (Fn. 121), S. 74–77, 87 f.

128 In Kraft getreten für die Schweiz am 26. März 1997 (SR 0.107).

129 Vgl. z.B. Zusammenstellung der Bestimmungen der Kinderrechtskonvention mit und ohne self-executing-Charakter im Urteil 8C_295/2008 vom 22. November 2008, SZS 2010, S. 357, E. 4.2.1. Gemäss BGE 136 I 297 E. 8 betreffend Nichtausrichtung von Familienzulagen für Kinder mit Wohnsitz in einem Staat, mit welchem die Schweiz kein entsprechendes Sozialversicherungsabkommen abgeschlossen hat, handelt es sich bei Art. 3 Abs. 1 wonach das Kindeswohl bei allen Kinder betreffende Massnahmen ein vorrangig zu berücksichtigender Gesichtspunkt ist, um einen Leitgedanken, eine Interpretationsmaxime, die bei Erlass und Auslegung der Gesetze zu beachten ist.

130 Für das Sozialversicherungsrecht: Urteile I 267/04 vom 18. März 2005, SVR 2006 IV Nr. 7, S. 27, E. 2.5 betreffend den Anspruch auf Sonderschulbeiträge der IV, 8C_295/2008 vom 22. November 2008, SZS 2010, S. 357, E. 4.2 betreffend den Anspruch auf Hilfsmittel der IV und BGE 137 V 167 E. 4 betreffend die Erfüllung der versicherungsmässigen Voraussetzungen für den Anspruch auf Eingliederungsmassnahmen.

Art. 12 betreffend persönliche Anhörung des Kindes ist direkt anwendbar (BGE 124 III 90). In BGE 133 I 156 betreffend Übernahme der Transportkosten für den Besuch des Untergymnasiums wurde die Anwendbarkeit von Art. 28 Abs. 1 offen gelassen, da die Bestimmung jedenfalls keine über das Landesrecht hinaus gehenden Ansprüche vorsieht. Vgl. auch Fn. 126.

131 Für die Schweiz in Kraft getreten am 26. April 1997 (SR 0.108).

tungen bei Eintritt in den Ruhestand, bei Arbeitslosigkeit, Krankheit, Invalidität und im Alter oder bei sonstiger Arbeitsunfähigkeit. Die Schweiz hat das Fakultativprotokoll für die Zulassung von Individualbeschwerden an den Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau ratifiziert.¹³² Im Zusammenhang mit dem Witwenrentenanspruch der AHV vor Erreichen des 45. Altersjahrs der Witwe wurde in BGE 139 I 257 E. 6 so weit ersichtlich erstmals im Sozialversicherungsrecht dann aber entschieden, dass das Verbot der Ungleichbehandlung von Mann und Frau im Bereich der sozialen Sicherheit gemäss Art. 9 CEDAW nicht self-executing sei.¹³³ Angesichts der Anerkennung des Individualbeschwerderechts durch die Schweiz sollte dies überprüft werden.

Das Übereinkommen vom 21. Dezember 1965 zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung gewährleistet in Art. 5 (e-iv) den diskriminierungsfreien Zugang zur sozialen Sicherheit.¹³⁴ So weit ersichtlich, sind dazu keine Urteile ergangen.

Gemäss Art. 28 des Übereinkommens über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006 anerkennen die Vertragsstaaten das Recht von Menschen mit Behinderungen auf sozialen Schutz und verpflichten sich, geeignete Schritte zum Schutz und zur Förderung der Verwirklichung dieses Rechts unternehmen.¹³⁵ Auch hierzu gibt es noch keine Rechtsprechung.

c. *Europarat*

Die Europäische Sozialcharta wurde von der Schweiz unterzeichnet, aber bisher nicht ratifiziert.

4. *Menschenrechtsübereinkommen ohne ausdrücklich sozialrechtliche Bestimmungen*

a. *Vereinte Nationen*

Der Internationale Pakt vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II)¹³⁶ gewährt kein ausdrückliches Recht auf soziale Sicherheit. Dennoch sind die Bestimmungen von den innerstaatlichen Gerichten auch bei sozialrechtlichen Streitsachen zu beachten. Ob daraus Leistungs-

132 Fakultativprotokoll vom 6. Oktober 1999, für die Schweiz in Kraft getreten am 29. Dezember 2008 (SR 0.108.1).

133 Ausserhalb des Sozialversicherungsrechts wurde dem Übereinkommen in BGE 137 I 305 eine weitergehende Bedeutung zuerkannt und ein Kanton verpflichtet, einen Ersatz für eine frühere Kommission für die Gleichstellung bzw. die Chancengleichheit von Frau und Mann vorzusehen; REGULA KÄGI-DIENER, Die Bedeutung internationaler Diskriminierungsverbote, insbesondere CEDAW, für die schweizerische Rechtsprechung, in: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen (Hrsg.), Frauenfragen 32 (2009), Nr. 1, S. 42–50.

134 Für die Schweiz in Kraft getreten am 29. Dezember 1994 (SR 0.104).

135 Für die Schweiz in Kraft getreten am 15. Mai 2014 (SR 0.109).

136 Für die Schweiz in Kraft getreten am 18. September 1992 (SR 0.103.1).

pflichten abgeleitet werden können, ist auf dem Wege der Auslegung zu ermitteln. In BGE 138 I 205 E. 5 wurde dies in Anwendung von Art. 27 UNO-Pakt II, wonach in Staaten mit ethnischen Minderheiten deren Angehörigen nicht das Rechts vorenthalten werden darf, gemeinsam mit anderen Angehörigen ihrer Gruppe ihr eigenes kulturelles Leben zu pflegen, mit Hinweis auf die Empfehlungen des für die Überwachung des Abkommens zuständigen Menschenrechtsausschusses bejaht: Im Falle einer zur Gemeinschaft der Fahrenden gehörenden Person wäre die Bemessung des Invalideneinkommens anhand allgemeiner statistischer Daten diskriminierend, soweit dieses Vorgehen dazu beiträgt, die versicherte Person der Bevölkerungsmehrheit anzugleichen.

b. Europarat

Die unmittelbare Anwendbarkeit der Konvention vom 4. November 1950 zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (nachfolgend: EMRK)¹³⁷ ist unbestritten. Zurückhaltend ist die bundesgerichtliche Rechtsprechung bezüglich der Frage, inwiefern aus ihr ausschliesslich Abwehrrechte oder auch Schutzpflichten im Sinne einer positiven Leistungspflicht des Staates abgeleitet werden können.¹³⁸

D. Besonderheiten der Sozialversicherungsgerichtsbarkeit

I. Einleitung

Das schweizerische System der sozialen Sicherheit ist in verschiedener Hinsicht äusserst komplex. Zum einen wurden im Laufe der Zeit für unterschiedliche soziale Risiken Sozialversicherungsgesetze geschaffen, die zum Teil gleichartige Leistungen kennen. Des Weiteren sind die Träger zum Teil öffentlich-rechtlich und zum Teil privatrechtlich organisiert. Und schliesslich sind für den Vollzug teilweise kantonale Behörden und teilweise Behörden des Bundes zuständig.¹³⁹ Im Rahmen dieser anspruchsvollen Organisation sind vielfältige Konflikte denkbar, deren Lösung die Schaffung unterschiedlicher Rechtswege

137 Für die Schweiz in Kraft getreten am 28. November 1974 (SR 0.101).

138 Zusammenfassung der Rechtsprechung bei SUSANNE LEUZINGER-NAEF, Tragweite des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8 EMRK) und auf Eheschliessung (Art. 12 EMRK) im schweizerischen Sozialversicherungsrecht, Festschrift Schwenzer, Bern 2011, Band II, S. 1049 ff. Jüngere Urteile BGE 139 I 265, 272, 138 I 331, 137 I 113 und 136 I 254 betreffend Sozial- und Nothilfe; BGE 137 I 86 betreffend Heilbehandlung; BGE 139 I 155 und 137 V 334 betreffend Leistungen der Invalidenversicherung; BGE 138 I 225 betreffend Ergänzungsleistungen; BGE 140 I 77 und 139 I 257 betreffend Leistungen der AHV.

139 CHAMPION/BONOLI (Fn. 92), S. 709 weisen ergänzend zur Bundes- und Kantonsebene auf die interkantonale Ebene (z.B. Schweizerische Konferenz für Sozialhilfe SKOS), die regionale kantonsübergreifende Ebene (Regionale Ärztliche Dienste RAD) und die regionale innerkantonale Ebene (Regionale Arbeitsvermittlungszentren RAV) hin.

Der Bundesrat äussert sich zur Frage der Aufrechterhaltung der zwei Standorte nicht, nachdem er in der Botschaft zur Totalrevision darauf hingewiesen hatte, mit der von ihm beantragten Teilintegration verbleibe ein Teil der obersten Gerichtsbarkeit in Luzern. Bei der Schaffung der erstinstanzlichen Gerichte des Bundes hat der Gesetzgeber ganz allgemein auf eine föderalistische Verteilung geachtet, indem das Bundesstrafgericht seinen Sitz in Bellinzona und das Bundesverwaltungsgericht sowie das Bundespatentgericht den Sitz in St. Gallen haben.²⁸⁷

Aus institutioneller Sicht sollten längerfristig alle Abteilungen des Bundesgerichts am Sitz in Lausanne vereinigt werden. Hierfür sprechen mehrere Gründe. So hat im Verständnis der Bevölkerung «Lausanne» die Bedeutung des obersten Gerichtes. Für die der Einheit der Rechtsordnung verpflichtete Rechtsprechung wäre die Vereinigung vorteilhaft. Die Kommunikation unter den für die Rechtsprechung Verantwortlichen würde intensiviert, die Freizügigkeit und die Aushilfe unter den Abteilungen würde erleichtert, und die Zuständigkeiten und Organisation der Abteilungen könnten ohne Rücksicht auf die örtliche Distanz optimal auf die Bedürfnisse der Rechtsprechung ausgerichtet werden.

Es versteht sich von selbst, dass die Integration längerfristiger Vorbereitung bedarf, dies insbesondere mit Rücksicht auf die Interessen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter am jetzigen Standort Luzern. Auch müssen am Sitz des Bundesgerichts die räumlichen Voraussetzungen für die mit der Vollintegration verbundene Erhöhung der Arbeitsplätze geschaffen werden.

I. Internationale Überwachungs- und Streitbeilegungsorgane

I. Einleitung

Das Sozialrecht ist Gegenstand auch des internationalen Rechts. Soweit internationalrechtliche Vorschriften ohne vorherige Umsetzung durch die Gesetzgebung vollzugsfähig bzw. self-executing sind, können sie vor schweizerischen Gerichten direkt angerufen werden.²⁸⁸ Einige Abkommen überlassen die Überwachung der Einhaltung der durch das Abkommen garantierten Rechte indes nicht ausschliesslich den Vertragsstaaten. Vielmehr werden in den Abkommen Organe eingesetzt, welche die Einhaltung überwachen und in geeigneter Form zu deren Verwirklichung beitragen.

International verbindliche Durchsetzungsmechanismen können in Konflikt mit der nationalen Souveränität geraten.²⁸⁹ Auf internationaler Ebene stehen

287 Für jedes Gericht wurden inzwischen die räumlichen Voraussetzungen für die Tätigkeit an einem einzigen Standort geschaffen.

288 Vgl. Kap. C.III

289 SAMANTHA BESSON/STEPHAN BREITENMOSER/MARCO SASSÒLI/ANDREAS R. ZIEGLER, Völkerrecht, 2. Aufl., Zürich 2013, S. 314.

deshalb Verfahren und Gremien im Vordergrund, die eine einvernehmliche Beilegung von Streitigkeiten ermöglichen sollen. Kommt keine Einigung zustande, kennen aber auch internationale Abkommen Gerichte und Schiedsgerichte, die über Streitigkeiten autoritativ entscheiden können und deren Entscheide von den Vertragsstaaten vollzogen werden müssen.

Nachfolgend werden die mindestens teilweise mit Sozialrechten befassten Organe dargestellt.

II. Sozialversicherungsabkommen

1. *Gemischte Kommissionen, Gemischte Ausschüsse*

Die Gemischten Kommissionen bezwecken die ordnungsgemässe Durchführung der Abkommen. Sie können nicht von den unter den persönlichen Geltungsbereich der Abkommen fallenden Personen angerufen werden, sondern dienen unter anderem der Beilegung allfälliger Konflikte zwischen den Vertragsstaaten, die sich aus der Anwendung der Abkommen ergeben.

a. *Bilaterale und multilaterale Abkommen (mit einzelnen Staaten)*

Die Mehrheit der von der Schweiz mit andern Staaten abgeschlossenen Sozialversicherungsabkommen enthält eine Klausel, wonach sich aus der Durchführung des Abkommens ergebende Schwierigkeiten von den zuständigen Behörden der Vertragsstaaten im gegenseitigen Einverständnis geregelt werden, *ohne* dass hierfür ein eigenes Gremium geschaffen wird. Gemäss den Abkommen mit Italien und Spanien – aus denen viele Staatsangehörige in die Schweiz eingewandert sind – und gemäss dem Abkommen über die soziale Sicherheit der Rheinschiffer bestellen dagegen die Regierungen der Vertragsstaaten eine *Kommission*, welche die richtige Durchführung der Abkommen überwacht, mögliche Streitfälle aus deren Anwendung regelt, weitere Probleme der sozialen Sicherheit erörtert und Vorschläge für die Revision der Abkommen unterbreiten kann.²⁹⁰

b. *Freizügigkeitsabkommen Schweiz-EG*

Das FZA sieht einen aus Vertretern der Vertragsparteien bestehenden Gemischten Ausschuss vor, der für die Verwaltung und die ordnungsgemässe Anwendung des Abkommens verantwortlich ist («Gemischter Ausschuss EU-Schweiz

290 Vgl. Kap. C.III.1.a; Art. 22 des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Italienischen Republik über soziale Sicherheit, SR 0.831.109.454.2; Art. 29a des Abkommens zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Spanien über soziale Sicherheit, SR 0.831.109.332.2; Art. 71 f. und 86–88 des Übereinkommens über die soziale Sicherheit der Rheinschiffer, SR 0.831.107 («Zentrale Verwaltungsstelle»); wegen der Aussetzung der bilateralen Sozialversicherungsabkommen im Anwendungsbereich des FZA sind die Gemischten Kommissionen dieser Abkommen heute allerdings nicht von praktischer Bedeutung.

für Freizügigkeit»). Im Bereich der sozialen Sicherheit wird der Gemischte Ausschuss von einer «Arbeitsgruppe für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit» unterstützt. Er beschliesst einvernehmlich. Die Vertragsparteien können den Gemischten Ausschuss mit allen Streitigkeiten über die Auslegung oder die Anwendung des Abkommens befassen; er kann die Streitigkeit beilegen.²⁹¹

Die Schweiz wird im Gemischten Ausschuss grundsätzlich vom Bundesrat mit Delegationsmöglichkeit an ein Departement oder Amt vertreten. Je nach Inhalt und Tragweite der vom Gemischten Ausschuss behandelten Angelegenheit ist alsdann eine parlamentarische Genehmigung erforderlich, und gegebenenfalls sind die Kantone zu konsultieren.²⁹² Anders als in fast allen andern bilateralen Abkommen²⁹³ ist kein Organ vorgesehen, das den Streit autoritativ und verbindlich für die Vertragsstaaten entscheiden kann. Für den Fall des Scheiterns der Schlichtungsbemühungen bleiben den Vertragspartnern die allgemeinen völkerrechtlichen Möglichkeiten wie einseitige Schutzmassnahmen (Retorsionsmassnahmen) oder die Suspendierung der Abkommen (wegen der Guillotine-Klausel mit Auflösung aller Abkommen von 1999).²⁹⁴

c. *EFTA-Übereinkommen*

Für die Verwaltung und die ordnungsgemässe Anwendung des EFTA-Übereinkommens richtet der aus einer gleich grossen Vertretung jedes Mitgliedstaates bestehende Rat einen Ausschuss für den freien Personenverkehr ein, der Empfehlungen abgeben kann und im Falle schwerwiegender wirtschaftlicher oder sozialer Probleme auf Begehren eines Mitgliedstaates zusammenkommt, um angemessene Massnahmen zu prüfen und Abhilfe zu schaffen.²⁹⁵

2. *Schiedsgerichte*

a. *Bilaterale und multilaterale Abkommen (mit einzelnen Staaten)*

Für den Fall, dass Streitigkeiten der Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung der Abkommen nicht von den Staaten selbst oder von der in den Abkommen eingesetzten Gemischten Kommission beigelegt werden, setzen

291 Vgl. Kap. C.III.1.b; Art. 8, 14, 19, 20 FZA; Beschluss Nr. 1/2003 des Gemischten Ausschusses EG-Schweiz für Freizügigkeit vom 10. Juli 2003 zur Annahme seiner Geschäftsordnung und zur Einsetzung zweier Arbeitsgruppen.

292 Aide-mémoire Integrationsbüro EDA/EVD, Direktion für Völkerrecht EDA, Bundesamt für Justiz EJPD vom 6. September 2007: Kompetenzen und Vorgehen für Beschlüsse der Gemischten Ausschüsse der sektoriellen Abkommen Schweiz-EG Ziff. 3.3.a–c, Ziff. 3.4.

293 Vgl. Kap. I.II.2.

294 TOBIAS JAAG, *Europarecht – Die europäischen Institutionen aus schweizerischer Sicht*, 3. Aufl., Zürich 2010, S. 415.

295 Vgl. Kap. C.III.1.c; Art. 21 und 43 des Übereinkommens, Art. 8, 14, 15 und 18 Anhang K des Übereinkommens.

fast alle Abkommen – ausser diejenigen mit Indien und Japan und dem noch nicht genehmigten Abkommen mit Uruguay²⁹⁶ – Schiedsgerichte ein. Deren Entscheide binden die Vertragsstaaten. Die Abkommen regeln die damit zusammenhängenden Fragen wie die Bestellung der Mitglieder²⁹⁷, die Verfahren und die Kostentragung in unterschiedlicher Ausführlichkeit. Die Schiedsgerichte können nicht zum individuellen Rechtsschutz der Angehörigen der Vertragsstaaten, sondern ausschliesslich von den Vertragsstaaten selbst angerufen werden.

b. EFTA-Übereinkommen

Falls es dem Gemischten Ausschuss nicht gelingt, Streitigkeiten unter Mitgliedstaaten im Zusammenhang mit der Auslegung und Anwendung des Abkommens einvernehmlich beizulegen, kann die Streitigkeit zum Gegenstand eines Schiedsgerichtsverfahrens gemacht werden. Das Schiedsgericht entscheidet endgültig und für die beteiligten Mitgliedstaaten verbindlich.²⁹⁸

III. Normative Übereinkommen auf europäischer Ebene

1. Ausschüsse

Die von der Schweiz ratifizierte Europäische Ordnung der Sozialen Sicherheit und das Europäische Übereinkommen über den sozialen Schutz der Landwirte enthalten keine Streitbeilegungsmechanismen. Unter der Leitung des Europäischen Ausschusses für den sozialen Zusammenhalt prüft der ständige Expertenausschuss für soziale Sicherheit die Gesetzeskonformität und die Praxis im Bereich der Unterzeichnerstaaten der Ordnung.²⁹⁹

2. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Die EMRK enthält zwar kein ausdrückliches Recht auf soziale Sicherheit, aber die Menschenrechte und Grundfreiheiten sind auch in Sozialrechtsfällen zu respektieren. Sie verfügt von allen Menschenrechtsübereinkommen über die wirksamsten Durchsetzungsmechanismen, indem auf der Grundlage von Art. 19 ff. EMRK der EGMR als unabhängiger Gerichtshof geschaffen wurde. Er kann

296 Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Republik Indien über soziale Sicherheit, SR 0.831.109.423.1; Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Japan über soziale Sicherheit, SR.0.831.109.463.1; Botschaft zur Genehmigung des Abkommens zwischen der Schweiz und Uruguay über soziale Sicherheit vom 12. Februar 2014 (BBl 2014 1733 ff.).

297 Gemäss Art. 86 des Übereinkommens über die soziale Sicherheit der Rheinschiffer ist eine ständige Schiedsstelle zuständig.

298 Art. 47 f. des EFTA-Übereinkommens, Anhang T des Übereinkommens über die Errichtung und das Funktionieren des Schiedsgerichts und die Implementierung der Schiedssprüche.

299 <www.bsv.admin.ch> (Internationales, Internationale Organisationen/EU, Europarat).

mittels Individualbeschwerde von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet, durch eine Vertragspartei in einem in der Konvention anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer Beschwerde befasst werden. Zudem kann mittels Staatenbeschwerde jede Vertragspartei den Gerichtshof wegen jeder behaupteten Konventionsverletzung durch eine andere Vertragspartei anrufen. Mit einer solchen Beschwerde kann der Staat die Interessen seiner eigenen Staatsbürger und Staatsbürgerinnen wahrnehmen, und er kann auch im Interesse des Menschenrechtsschutzes im Allgemeinen auftreten. Andere Verfahren zur Streitbeilegung wegen Konventionsverletzung sind ausgeschlossen. Die Vertragsstaaten sind verpflichtet, das Urteil des Gerichtshofs zu befolgen; der Ministerrat überwacht den Vollzug.³⁰⁰

Wird die Schweiz vom EGMR wegen einer Konventionsverletzung verurteilt, kann die betroffene Person die Revision des innerstaatlichen Urteils verlangen.³⁰¹

IV. Normative Übereinkommen auf universeller Ebene

1. Ausschüsse (Vertragsorgane, Treaty Bodies)

In allen universellen Menschenrechtsübereinkommen werden Ausschüsse zur Überwachung der Vertragsanwendung durch die Vertragsorgane eingesetzt.³⁰² Sie bestehen aus 10–23 unabhängigen Sachverständigen und tagen meistens am UNO-Sitz in Genf.

Die Vertragsstaaten müssen in regelmässigen Abständen, alle 4–5 Jahre, über den Generalsekretär der UNO einen Bericht einreichen, in dem sie über die zur Umsetzung des Abkommens getroffenen Massnahmen Auskunft geben. Im sog. *Staatenberichtsverfahren* wird der Bericht in einem Dialog zwischen Ausschuss und Vertragsstaat geprüft, worauf der Ausschuss dem Vertragsstaat seine abschliessenden Beobachtungen mitteilt und Empfehlungen abgibt. In seinem nächsten Bericht hat der Vertragsstaat über die Weiterverfolgung (Fol-

300 Art. 33 ff., 46 und 55 EMRK; GRABENWARTER/PABEL (Fn. 161), S. 46; vgl. auch Protokolle Nr. 11 über die Umgestaltung des durch die Konvention eingeführten Kontrollmechanismus (SR 0.101.09) und Nr. 14 über die Änderung des Kontrollsystems der Konvention (SR 0.101.094), Europäisches Übereinkommen über Personen, welche an Verfahren vor dem EGMR teilnehmen (SR 0.101.3), Verfahrensordnung des EGMR (SR 0.101.2), Europäisches Übereinkommen über die an den Verfahren vor dem EGMR teilnehmenden Personen (SR 0.101.1).

301 Art. 122 BGG.

302 UNO-Pakt I: Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte; UNO-Pakt II: Menschenrechtsausschuss (unter dem Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte); Ausschuss für die Beseitigung der Rassendiskriminierung; Ausschuss für die Beseitigung der Diskriminierung der Frau; Ausschuss gegen Folter; Ausschuss für die Rechte des Kindes; Ausschuss zum Schutz der Rechte aller Wanderarbeitnehmer und ihrer Familienangehörigen; Ausschuss für die Rechte von Menschen mit Behinderungen; Ausschuss über das Verschwindenlassen vgl. Kap. C.III.3.

low-up) der Empfehlungen zu berichten. Einzelne Übereinkommen sehen vor, dass die Erkenntnisse, welche die Ausschüsse aus den Staatenberichten gewinnen, und ihre damit verbundenen Empfehlungen weiteren Organen der UNO und ihren Unter- und Sonderorganisationen zur Verfügung gestellt werden, damit diese in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich über die Zweckmässigkeit internationaler Massnahmen zur wirksamen schrittweisen Durchführung der Abkommen entscheiden können.³⁰³

Die Abkommen sehen Beschwerdeverfahren vor, in denen die Verletzung der im betreffenden Abkommen garantierten Rechte dem Ausschuss unterbreitet werden kann. Zum einen wird Privaten die Möglichkeit der *Individualbeschwerde* an den Ausschuss eingeräumt. Individualbeschwerderechte stärken die Menschenrechte, die in den Übereinkommen gewährleistet werden sollen.³⁰⁴ Die Schweiz hat von den sozialrechtlich in Betracht fallenden Fakultativprotokollen allerdings lediglich dasjenige zur CEDAW ratifiziert und zum Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung eine entsprechende Erklärung abgegeben.

Des Weiteren sehen die Menschenrechtsübereinkommen die *Staatenbeschwerde* vor, mit denen ein Vertragsstaat dem Ausschuss eine Beschwerde gegen einen andern Vertragsstaat unterbreiten kann, weil dieser seinen Verpflichtungen aus dem Abkommen nicht nachgekommen sei. Von der Staatenbeschwerde wurde bisher offenbar noch nie Gebrauch gemacht.

Schliesslich können die Ausschüsse nach einigen Übereinkommen von sich aus eine *Untersuchung* in die Wege leiten, wenn sie fundierte Hinweise auf schwerwiegende und systematische Verletzungen durch einen Vertragsstaat erhalten, und gestützt darauf dem Vertragsstaat Empfehlungen geben, zu denen er sich äussern kann.³⁰⁵

2. Internationaler Gerichtshof

a. Allgemeines

Der Internationale Gerichtshof ist gemäss Art. 92 der Charta der Vereinten Nationen Hauptrechtsprechungsorgan der Vereinten Nationen.³⁰⁶ Die Eidgenössischen Räte stimmten dem Beitritt zum Statut des Internationalen Gerichtshofs

303 CHRISTOPH A. SPENLÉ, Die Staatenberichtsverfahren der UNO-Menschenrechtsverträge, Zürich 2011, S. 97–102.

304 So etwa der Bundesrat in der Stellungnahme vom 22. August 2012 zur Motion 12.3623 von Nationalrätin Amherd betreffend Ratifizierung des dritten Fakultativprotokolls zur Uno-Kinderrechtskonvention (<www.parlament.ch>).

305 <www.ohchr.org/EN/HRBodies>.

306 Statut des Internationalen Gerichtshofs vom 26. Juni 1945 (SR 0.193.501). Mit Ermächtigung durch die Generalversammlung können Organe der Vereinten Nationen und Sonderorganisationen Gutachten des Gerichtshofs über Rechtsfragen anfordern, die sich in ihrem Tätigkeitsbereich stellen (Art. 96 Abs. 2). Kommt eine Streitpartei ihren Verpflichtungen aus einem Urteil des Gerichtshofs nicht nach, so kann sich die andere Partei an den Sicherheitsrat wenden; dieser

bereits 1948 zu, um ihn im Streitfall anrufen zu können und auch um die internationale Gerichtsbarkeit zu stärken und einen Beitrag zur internationalen Ordnung zu leisten.³⁰⁷

b. Internationale Arbeitsorganisation

Jeder Mitgliedstaat der Organisation kann beim Internationalen Arbeitsamt in Genf Klage gegen einen anderen Mitgliedstaat wegen unbefriedigender Durchführung eines Abkommens erheben. Falls dieser die entsprechenden Verbesserungsvorschläge nicht annimmt, hat er dem Internationalen Arbeitsamt mitzuteilen, ob er den Streitfall dem Internationalen Gerichtshof zu unterbreiten wünscht. Dieser entscheidet über die Streitfrage endgültig, ebenso über alle anderen Streitfragen und Schwierigkeiten in der Auslegung der Übereinkommen. Befolgt ein Mitglied die in der Entscheidung des Internationalen Gerichtshofes enthaltenen Vorschläge nicht, so kann der Verwaltungsrat der Delegiertenkonferenz der IAO die ihm zur Sicherstellung der Ausführung der Vorschläge zweckmässig erscheinenden Massnahmen empfehlen.³⁰⁸

c. Flüchtlinge und Staatenlose

Art. 38 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge und Art. 34 des Abkommens über die Rechtsstellung der Staatenlosen sehen vor, dass Streitfragen über die Auslegung oder Durchführung des Abkommens auf Begehren einer der beteiligten Parteien dem Internationalen Gerichtshof zu unterbreiten sind, sofern sie nicht auf andere Weise beigelegt werden können.

d. UNO-Menschenrechtsübereinkommen

Einzelne UNO-Menschenrechtsübereinkommen sehen die Anrufung des Internationalen Gerichtshofs vor (sog. kommissarische Klausel bzw. vertragsgestützte Zuständigkeit³⁰⁹). So weit einen Anspruch auf soziale Sicherheit nennend und von der Schweiz unterzeichnet, sind dies das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung und die CEDAW. Entsteht zwischen zwei oder mehr Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung des erstgenannten Abkommens eine Streitigkeit, die nicht auf dem Verhandlungsweg oder nach den in diesem Übereinkommen ausdrücklich vorgesehenen Verfahren beigelegt werden kann, so wird sie gemäss Art. 22 auf Verlangen einer Streitpartei dem Internationalen Gerichtshof zur Entscheidung vorgelegt,

kann, wenn er es für erforderlich hält, Empfehlungen abgeben oder Massnahmen beschliessen, um dem Urteil Wirksamkeit zu verschaffen (Art. 94 Abs. 2).

307 PATRICIA EGLI, Die Schweiz und der Internationale Gerichtshof: 65 Jahre Mitgliedschaft, AJP 2014, S. 77 ff., S. 78–80.

308 Art. 26, 29, 31, 33 und 37 der IAO-Verfassung.

309 ANDREAS ZIMMERMANN, Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs und Treaty Bodies, in Festschrift für Eckart Klein, Berlin 2013, S. 953–973.

sofern nicht die Streitparteien einer anderen Art der Beilegung zustimmen. Entsteht zwischen Vertragsstaaten über die Auslegung oder Anwendung der CE-DAW eine Streitigkeit, die nicht auf dem Verhandlungsweg beigelegt werden kann, so wird sie gemäss Art. 29 auf Verlangen einer Partei zum Gegenstand eines Schiedsverfahrens gemacht. Können sich die Parteien über die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens nicht einigen, so kann eine Partei die Streitigkeit dem Internationalen Gerichtshof vorlegen.

Da nur wenige Menschenrechtsübereinkommen die Zuständigkeit des Internationalen Gerichtshofs begründen, gelangten solche Fälle bisher sehr selten vor den Gerichtshof.³¹⁰

V. Würdigung

Dass Rechte geschützt und zu diesem Zweck Verfahren und Instanzen geschaffen werden müssen, ist im Rechtsstaat selbstverständlich. Die schon innerstaatlich nur unter Schwierigkeiten verwirklichte Rechtsweggarantie gerät im internationalen Bereich in Konflikt mit der staatlichen Souveränität. Trotz der traditionell grossen Bedeutung des internationalen Rechts im Bereich der sozialen Sicherheit bestehen Rechtswege zu deren Durchsetzung deshalb erst in Ansätzen. Vieles ist in Entwicklung. Es würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen, auf die Problemkreise mit Handlungsbedarf vertieft einzugehen. Einige aktuelle Fragen seien aber doch herausgegriffen:

Im Vordergrund steht die *institutionelle Fortentwicklung der Bilateralen Abkommen mit der EU*. Wie gezeigt³¹¹, ist das FZA eines der wenigen Sozialversicherungsabkommen der Schweiz ohne Streitbeilegungsmechanismus in der Form eines Schiedsgerichtes. Es liegt deshalb nahe, auch im FZA ein Schiedsgericht vorzusehen. Nun hat allerdings der Europäische Gerichtshof (nachfolgend: EuGH) gemäss Art. 19 Abs. 1 Satz 3 des EU-Vertrages die Aufgabe, im Rahmen von Vertragsverletzungsverfahren gegen einen EU-Mitgliedstaat und von Vorabentscheidungsverfahren gegenüber den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten das Recht bei der Auslegung und Anwendung der Verträge zu wahren. Gemäss Präambel des FZA haben sich die Schweiz und die andern Vertragsparteien entschlossen, die Freizügigkeit zwischen ihnen auf der Grundlage der in der Europäischen Gemeinschaft geltenden Bestimmungen zu verwirklichen. Wenn ein Schiedsgericht die gleichen Bestimmungen anders auslegen würde, wäre die Verwirklichung der Freizügigkeit auf der Grundlage dieser gleichen Bestimmungen, wie sie innerhalb der EU, d.h. zwischen den Mitgliedstaaten der EU, gelten, in Frage gestellt. Der von den EWR-Staaten gestützt auf Art. 108 Abs. 2 EWR-Vertrag eingesetzte EFTA-Gerichtshof, dem die Beurtei-

310 THOMAS BUERGENTHAL/DANIEL THÜRER, *Menschenrechte – Ideale, Instrumente, Institutionen*, Zürich 2010, S. 70.

311 Vgl. Kap. I.II.1.b und 2.a.

lung der gleichen Bestimmungen obliegt, folgt denn auch im Sinne der Homogenitätsklausel von Art. 105 Abs. 1 EWR-Vertrag – «möglichst einheitliche Auslegung des Abkommens und der gemeinschaftsrechtlichen Bestimmungen» – der Rechtsprechung des EuGH. Aus dieser Sicht hat die vom Bundesrat favorisierte Kombination der Auslegung des von der Schweiz mit dem FZA übernommenen EU-Rechts durch den EuGH und der Beilegung des Streits auf der Grundlage des EuGH-Entscheids durch den einvernehmlich entscheidenden Gemischten Ausschuss³¹² eine gewisse Logik, auch wenn der EuGH das Gericht der einen Vertragspartei ist. Letztlich wird das Interesse der Vertragsparteien an der Weiterführung des Bilateralen Weges über die Ausgestaltung des Streitbeilegungsmechanismus entscheiden.³¹³

Die Schweiz setzt sich dafür ein, dass die Rolle der in den UNO-Menschenrechtsübereinkommen eingesetzten *Ausschüsse (Vertragsorgane)* als unabhängige und glaubwürdige Kontrollinstrumente gestärkt und ihre Effizienz *verbessert* wird. Während vor einigen Jahren noch grössere institutionelle Änderungen angestrebt wurden, soll nun das Staatenberichtsverfahren mit pragmatischen und technischen Massnahmen verbessert und harmonisiert werden³¹⁴.

Die Einrichtung von *internationalen Gerichtshöfen für die sozialen Menschenrechte* mag daneben utopisch erscheinen. Dennoch wird seit längerer Zeit, nämlich bereits seit ungefähr 1970, in verschiedenen Organisationen genau darüber diskutiert. So wird im Rahmen des UNO-Menschenrechtssystems an die Schaffung eines Internationalen Menschenrechtsgerichtshofes gedacht, während für Europa im Rahmen der – von der Schweiz bisher nicht ratifizierten – Sozialcharta die Schaffung eines Europäischen Sozialgerichtshofes zur Debatte gestellt wird. Eine andere Möglichkeit wird in der Verabschiedung von Zusatzprotokollen über Sozialrechte und der damit verbundenen Ausdehnung der Zuständigkeit des EGMR für Sozialrechte erblickt.³¹⁵

J. Ergebnisse

1. Die hundertjährige Geschichte seit dem Erlass des Kranken- und Unfallversicherungsgesetzes im Jahr 1911 bis zum Inkrafttreten der Totalrevision der Bundesrechtspflege im Jahr 2007 zeigt eine *eindrückliche Entwicklung vom fehlenden zum umfassenden und klar strukturierten Rechtsschutz* im Bereich der sozialen Sicherheit. Mit der Vereinigung der erstinstanzlichen Rechtspre-

312 Aussenpolitischer Bericht 2013 vom 15. Januar 2014 (BBI 2014 1055 ff., 1066 f., 1077 ff.).

313 Vgl. etwa ANDREAS GLASER/LORENZ LANGER, Die Institutionalisierung der Bilateralen Verträge: Eine Herausforderung für die schweizerische Demokratie, SZIER 2013, S. 563 ff.

314 Aussenpolitischer Bericht 2013 vom 15. Januar 2014 (BBI 2014 1055 ff., 1108 f.).

315 Überblick bei GREGOR T. CHATTON, Une Cour européenne des droits sociaux: une utopie? Quelques pistes et réflexions, in: ders., Aspects de la justiciabilité des droits sociaux de l'Homme, Bern 2012, S. 415 ff.