



CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis

Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren

Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis

Ein Online-Tool der EKF: www.frauenkommission.ch > Publikationen

Teil 3 Geltung und Anwendung des Übereinkommens in der Schweiz

Das Wesentliche im Überblick

Verbindlichkeit Das Übereinkommen CEDAW ist wie alle völkerrechtlichen Übereinkommen mit der Ratifizierung Teil der Schweizer Rechtsordnung geworden. Seine Bestimmungen sind damit für alle Behörden in der Schweiz (d.h. für Gesetzgebung und Rechtsanwendung) verbindlich. So hat das Bundesgericht etwa ausdrücklich festgehalten, dass den kantonalen Gesetzgebungsbehörden Handlungspflichten zur Förderung der Gleichstellung von Frau und Mann erwachsen, die aus Art. 8 Abs. 3 BV und dem Übereinkommen CEDAW abzuleiten sind (BGE 137 I 305).

Direkte Anwendbarkeit Das Bundesgericht hat bis jetzt aus dem Übereinkommen keine direkt anwendbaren Rechte abgeleitet. Die zurückhaltende Praxis der Bundesbehörden wurde vom Ausschuss CEDAW und in der Literatur allerdings kritisiert. Sollen also konkrete, subjektive Unterlassungs- oder Leistungsansprüche im Einzelfall direkt auf das Übereinkommen gestützt werden, bedarf dies jedenfalls sorgfältiger Begründung. Wenn ein individuelles Mitteilungsverfahren vor dem CEDAW-Ausschuss ins Auge gefasst wird, ist es aufgrund der Rügepflicht unabdinglich, sich in schweizerischen Verfahren ergänzend zu schweizerischen Normen (zum Beispiel zu Art. 8 BV oder zum Gleichstellungsgesetz) auch direkt auf die Bestimmungen des Übereinkommens zu stützen (vgl. dazu auch Teil 6 des Leitfadens).

Völkerrechtskonforme Auslegung Schweizerische Normen, zum Beispiel das Diskriminierungsverbot, familienrechtliche Normen oder Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes müssen völkerrechtskonform ausgelegt werden. Damit öffnet sich ein Feld von Möglichkeiten, die Bestimmungen des Übereinkommens CEDAW (und anderer Übereinkommen) für die Gleichstellung der Geschlechter zu nutzen. Unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln müssen auch im Lichte der CEDAW-Bestimmungen ausgelegt werden. Die CEDAW-Bestimmungen können die rechtliche Argumentation im Sinne der Gleichstellung stärken.

Inhalt Teil 3

[3.1 Völkerrecht als Teil der Schweizer Rechtsordnung](#)

[3.2 Die direkte Anwendbarkeit](#)

[3.3 Sind die CEDAW-Normen in der Schweiz direkt anwendbar?](#)

[3.4 Die völkerrechtskonforme Auslegung](#)

[3.5 Welches Recht hat Vorrang im Konfliktfall?](#)

3.1 Völkerrecht als Teil der Schweizer Rechtsordnung

Geltendes Recht

In der Schweiz werden völkerrechtliche Übereinkommen grundsätzlich mit ihrer Ratifizierung geltendes Recht («monistische» Theorie). Es braucht keinen zusätzlichen innerstaatlichen Rechtsakt, um internationalen Verpflichtungen in der Schweiz Gültigkeit zu verleihen. Damit sind das Übereinkommen CEDAW und das Zusatzprotokoll (wie auch alle anderen Menschenrechtsübereinkommen) seit der Ratifizierung als Teil der Schweizer Rechtsordnung für eidgenössische, kantonale und kommunale Behörden und Gerichte verbindlich. Dies gilt unabhängig von der Frage, ob die Bestimmungen direkt anwendbar und in Gerichtsverfahren justiziabel sind.

Vorbehalte

Allerdings hat die Schweiz im Zeitpunkt der Ratifizierung drei Vorbehalte angebracht, welche die Geltung des Übereinkommens im Bereich des bewaffneten Militärdienstes, hinsichtlich des Familiennamens und im Bereich des (altrechtlichen) Ehegüterrechtes einschränkten. Der erste Vorbehalt wurde 2004 zurückgezogen. Das neue Namensrecht, das seit 1. Januar 2013 in Kraft ist, hat es dem Bundesrat erlaubt, auch den zweiten Vorbehalt zurückzuziehen. Der dritte Vorbehalt bleibt als einziger in Kraft, ist heute aber kaum mehr relevant, da er nur einen kleinen Teil der vor 1985 geschlossenen Ehen betrifft.

Pflicht zur Verwirklichung

Für die von der Schweiz ratifizierten internationalen Menschenrechtsübereinkommen gilt grundsätzlich auch Art. 35 Abs. 2 Bundesverfassung, der sich auf verfassungsmässige Grundrechte bezieht: Wer staatliche Aufgaben wahrnimmt, ist an sie gebunden und verpflichtet, zu ihrer Verwirklichung beizutragen. Zudem sollen die Behörden laut Abs. 3 dafür sorgen, dass die Rechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden.

3.2 Die direkte Anwendbarkeit

Justiziable Normen

Die direkte Anwendbarkeit betrifft die Frage, ob sich eine gültige völkerrechtliche Norm nur an den Staat richtet oder ob sie direkt für natürliche oder juristische Personen Rechte und Pflichten begründet, welche in gerichtlichen oder administrativen Verfahren eingefordert werden können. Normen gelten als direkt anwendbar («self-executing», justiziabel), wenn sie genügend konkret und bestimmt sind, so dass natürliche oder juristische Personen direkt Rechte und Pflichten aus ihnen ableiten und vor Verwaltungs- und Gerichtsbehörden geltend machen können. Sofern ein internationales Übereinkommen keine Regelung dazu enthält, sind es grundsätzlich die Staaten selbst, welche entscheiden, ob Normen direkt anwendbar sein sollen oder ob die Verpflichtungen auf andere Weise erfüllt werden sollen. Da das Übereinkommen CEDAW sich dazu nicht äussert, sind dafür die Vertragsstaaten zuständig. Allerdings macht die Allgemeine Empfehlung des CEDAW-Ausschusses von 2015 zum Zugang von Frauen zur Justiz deutlich,

dass die Anerkennung der Justiziabilität der CEDAW-Garantien oder die Verankerung entsprechender justiziabler Ansprüche im Landesrecht wichtige Voraussetzungen dafür sind, dass de jure und de facto Gleichheit gerichtlich durchgesetzt werden können.

Allgemeine Empfehlung No. 33/2015, CEDAW/C/GC/33, para 15 a-c, para 42 b

<http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx>
X

Handlungspflicht des Gesetzgebers

Sind die CEDAW-Bestimmungen nicht direkt anwendbar, verpflichten sie den Gesetzgeber und die politischen Behörden, die Rahmenbedingungen für die Umsetzung zu schaffen. Das Bundesgericht hat beispielsweise aus Art. 2 lit. a CEDAW in Verbindung mit Art. 8 Abs. 3 BV eine Handlungspflicht des (kantonalen) Gesetzgebers abgeleitet, wenn es auch den Entscheid über die Art der zu treffenden Massnahmen in das Ermessen des betreffenden Kantons stellte (BGE 137 I 305).

«Grundsätzlich direkt anwendbar»

Gemäss Art. 5 Abs. 4 BV haben Bund und Kantone das Völkerrecht zu beachten. Wie der Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 präzisiert, heisst das nicht nur, dass staatliche Behörden die völkerrechtlichen Normen nicht verletzen dürfen, sondern dass sie dafür sorgen sollen, die Normen innerstaatlich zur Anwendung zu bringen: «Diesem Anliegen dient eine der direkten Anwendbarkeit freundliche Praxis. Sie trägt dazu bei, die konkrete Bedeutung des Völkerrechts im Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger stärker zu verankern und dadurch im Ergebnis dessen Verwirklichung zu fördern. (...) Die Normen des Völkerrechts sind in der Schweiz deshalb grundsätzlich direkt anwendbar.» Dies verdeutlicht Art. 95 des Bundesgesetzes über das Bundesgericht, welcher die Verletzung von Völkerrecht als Beschwerdegrund für eine Beschwerde an das Bundesgericht ausdrücklich nennt.

Im Einzelfall beurteilen

Jedenfalls ist die Frage, ob Private direkt aus völkerrechtlichen Bestimmungen Rechte ableiten können, eine Frage der Auslegung durch die rechtsanwendenden Behörden und die Gerichte: Die Bestimmungen müssen nach übereinstimmender Auffassung von Bundesgericht und Bundesrat «im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrags betrachtet unbedingt und eindeutig genug formuliert sein, um eine direkte Wirkung zu erzeugen und in einem konkreten Fall angewendet werden bzw. die Grundlage für eine Entscheidung darstellen zu können» (BBl 2010, S. 2303). Ob eine Norm direkt anwendbar ist, entscheidet sich demnach je nach ihrer Ausgestaltung im Einzelfall.

Reiche Rechtsprechung

Wie der erwähnte Bericht festhält, ist die Abgrenzung zwischen direkt und nicht direkt anwendbaren völkerrechtlichen Bestimmungen in der Praxis nicht immer einfach. Das Bundesgericht hat in den letzten Jahrzehnten eine reichhaltige Rechtsprechung zur Bestimmung der direkten Anwendbarkeit entwickelt (BGE 140 II 185 E. 4.2, 136 I 297 E.8.1 und BGE 133 I 286 E.3.2, BGE 129 II 249, S.257, E.3.3; BGE 124 III 90, S.91, E 3a., mit vielen Hinweisen). Die Unterscheidungskriterien decken sich weitgehend mit jenen, die

das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Legalitätsprinzip verwendet: Ein hohes Individualschutzinteresse spricht demnach eher für die direkte Anwendbarkeit. Eher dagegen sprechen eine unpräzise Formulierung, grosse Auswirkungen für den gesamten Staat, das Vorliegen komplexer Verhältnisse, die im Rahmen einer fallbezogenen richterlichen Beurteilung nur schwer erfassbar sind, sowie grössere finanzielle Auswirkungen auf den Staatshaushalt. Ebenso übt das Bundesgericht Zurückhaltung, wenn die direkte Anwendbarkeit politische Wertungen oder die Klärung von Grundsatzfragen bedingt. In diesen Fällen ist es laut Bundesgericht nicht Aufgabe der rechtsanwendenden Behörden, sondern jene des Gesetzgebers, den internationalen Verpflichtungen Nachachtung zu verschaffen.

Zum Verhältnis Völkerrecht – Landesrecht vgl. die Broschüre des EDA: https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/publications/Voelkerrecht/Verhaeltnis-von-Voelkerrecht-und-Landesrecht_de.pdf

Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht», BBl 2010 2264, bes. S. 2303ff
<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/2263.pdf>

Daniel Wüger, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005.

Wachsendes Bedürfnis

Wie der Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010 in seiner Analyse verschiedener Rechtssysteme festhält, scheint heute das Bedürfnis zu wachsen, eine direkte innerstaatliche Anwendung des Völkerrechts zu ermöglichen, und zwar in dem Masse, als auf internationaler Ebene Rechtsdurchsetzungsmechanismen wie Gerichte oder gerichtsähnliche Instanzen entstehen und ausgebaut werden (BBl 2010 2300). Nur so können interne gerichtliche Kontrollen die korrekte Auslegung und Anwendung des Völkerrechts ermöglichen und Kollisionen beider Rechtssysteme verhindern. Dies trifft wohl in besonderem Masse auf jene menschenrechtlichen Übereinkommen zu, welche wie das Zusatzprotokoll CEDAW Individualbeschwerden vorsehen.

Praxis des Bundesgerichts

Die Praxis des Bundesgerichts teilt die Menschenrechte grundsätzlich in zwei Gruppen ein. Während die Justiziabilität bürgerlicher und politischer Rechte, wie sie in der EMRK und oft fast gleichlautend im UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte verankert sind, nicht in Frage gestellt wird, versagt das Bundesgericht den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten die direkte Anwendbarkeit grundsätzlich (vgl. BGE 139 I 257, 264) und damit auch mit Bezug auf das darin enthaltene Diskriminierungsverbot. Diese Praxis stützt sich nicht zuletzt auf die Botschaft des Bundesrates von 1991 zum UNO-Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Damals vertrat der Bundesrat die Auffassung, die Garantien dieses Vertrages würden in der Schweiz generell nur einen Auftrag an die Gesetzgeber und keine subjektiven, einklagbaren Rechte begründen. Dies deckte

und deckt sich mit der reservierten Haltung der Bundesbehörden gegenüber der Europäischen Sozialcharta sowie der schwachen Verankerung dieser Rechte in der Schweizer Bundesverfassung, welche mit einzelnen Ausnahmen (Kinder- und Jugendschutz in Art. 11 BV, Recht auf Hilfe in Notlagen in Art. 12 BV, Anspruch auf Grundschulunterricht in Art. 19/62 BV) nur «Sozialziele» und keine «Sozialrechte» kennt (vgl. Art. 41 BV). Immerhin hat sich das Bundesgericht in einem Entscheid zur Frage der Erhöhung der Studiengebühren an der Universität Basel dazu bereit erklärt, den Gehalt der Rechte des Paktes im Rahmen einer Auslegung des Gesamtzusammenhangs mit zu berücksichtigen (BBI 1991 I 1202, BGE 126 I 240, BGE 130 I 113). Der neueste Vierte Staatenbericht der Schweiz von 2018 zum Pakt I bestätigt im Wesentlichen die bisherige Haltung der Bundesbehörden.

Vierter Bericht der Schweiz zur Umsetzung des Internationalen Paktes über die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte (UNO-Pakt I), vom 14. Februar 2018, ad Empfehlung 5, Rz. 13ff

<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/51262.pdf>

Internationale Kritik

Das Übereinkommen CEDAW verbietet die Diskriminierung mit Bezug auf bürgerliche und politische wie auch auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Die Zurückhaltung des Bundesgerichts – und die internationale Kritik daran – ist in diesem Sinne auch für das vorliegende Übereinkommen relevant. Die restriktive Haltung des Bundesgerichts wurde bereits im Jahre 1998 vom Ausschuss für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (Ausschuss CESCR) in seinen Abschliessenden Bemerkungen zum ersten Staatenbericht der Schweiz als unzutreffend gerügt. Diese Kritik wird auch in den Abschliessenden Bemerkungen zum Zweiten/Dritten Staatenbericht von 2010 wiederholt:

«The Committee regrets the State party's persistent position that most of the provisions of the Covenant merely constitute programmatic objectives and social goals rather than legal obligations. According to that position, some of those provisions cannot be given effect in the domestic legal order of the State party and cannot be directly invoked before domestic tribunals and courts of the State party.

The Committee reiterates that, bearing in mind the provisions of article 28 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the principal responsibility for Covenant implementation lies with the federal Government of the State party. The Committee recommends that the State party: take steps to agree upon a comprehensive legislation giving effect to all economic, social and cultural rights uniformly between the federal Government and the cantons; establish an effective mechanism to ensure the compatibility of domestic law with the Covenant; and guarantee effective judicial remedies for the violations of the rights enshrined in the Covenant. (...). The Committee draws the attention of the State party to the Committee's general comments No. 3 (1990) on the nature of States parties' obligations, and No. 9 (1998) on the domestic application of the Covenant.»

Das Thema der direkten Anwendbarkeit bzw. Justiziabilität der Sozialrechte erscheint auch wieder auf der Liste der Themen, welche der Wirtschafts- und Sozialrechtsausschuss mit der Schweizer Delegation bei der Behandlung des Vierten Staatenberichts 2019 besonders besprechen will.

List of issues in relation to the fourth periodic report of Switzerland, 15 November 2018

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2fCHE%2fQ%2f4&Lang=en

Abschliessende Bemerkungen des Ausschusses CESCR 2010 zum Zweiten/Dritten Staatenbericht der Schweiz

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2fCHE%2fCO%2f2-3&Lang=en

Vgl. auch die **Abschliessenden Bemerkungen 1998** des Ausschusses CESCR zum Ersten Staatenbericht

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2f1%2fAdd.30&Lang=en

Differenzierte internationale Praxis

Nach Auffassung der internationalen Vertragsorgane ist die Frage der direkten Anwendbarkeit von Sozialrechten differenziert anzugehen. Tatsächlich sieht Art. 2 des Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vor, dass die hier verankerten Rechte «nach und nach» zu verwirklichen sind. Dies bedeutet aber nicht, dass den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten deshalb grundsätzlich jede direkte Anwendbarkeit abgeht. Die eben zitierte Allgemeine Empfehlung Nr. 3 des zuständigen Ausschusses über die Natur der Staatenverpflichtungen aus Art. 2 des Paktes unterscheidet zwischen progressiven und sofortigen Verpflichtungen der Staaten. Zu ersteren gehören jene, die unter Berücksichtigung der finanziellen Mittel eines Vertragsstaats nach und nach zu verwirklichen sind. Zu den sofortigen Verpflichtungen zählt der Ausschuss die Pflicht zur diskriminierungsfreien Gewährleistung der Rechte sowie die Verpflichtung, umgehend Schritte in die Wege zu leiten («to take steps»), um die volle Verwirklichung der Rechte aus dem Pakt nach und nach zu erreichen. Darüber hinaus definiert der Ausschuss die Kernverpflichtungen («minimum core obligations»), die von jedem Vertragsstaat sofort und unabhängig von seinem Entwicklungsstand beachtet werden müssen.

Justiziable Dimensionen

Der Ausschuss CESCR hielt in seinen Allgemeinen Bemerkungen No. 9/1998 zur innerstaatlichen Anwendung des Paktes fest, dass viele der Paktbestimmungen direkt anwendbar sind und wichtige justiziable Gehalte aufweisen. Der Ausschuss betont, dass die Justiziabilität einer Bestimmung nicht einfach verneint werden könne, weil mit der Anwendung der Bestimmung finanzielle Auswirkungen verknüpft seien. Würde man die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte gänzlich der Zuständigkeit der Gerichte entziehen, wäre dies mit der grundsätzlichen Unteilbarkeit und Interdependenz der Menschenrechte nicht vereinbar. Es würde auch die Möglichkei-

ten der Gerichte drastisch reduzieren, die Rechte von besonders benachteiligten Gruppen zu schützen. Der Ausschuss verweist im Weiteren auf die historische Auslegung des Paktes: Eine Bestimmung, welche den Pakt als Ganzes als «non-self-executing» bezeichnet hätte, war in der Ausarbeitung des Paktes auf starken Widerstand gestossen und hat keinen Eingang in den schliesslich verabschiedeten Text gefunden. Eine A-priori-Vermutung, wonach die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte nicht direkt anwendbar wären, sei deshalb zu vermeiden.

CESCR General Comment No. 9/1998, N. 10f.

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2f1998%2f24&Lang=en

**Keine
Generalisierung**

Die internationale menschenrechtliche Doktrin und die internationale Praxis gehen heute davon aus, dass wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Allgemeinen zwar positive staatliche Massnahmen erfordern, aber unter Umständen auch direkt anwendbar sind. Bürgerliche und politische Rechte sind ebenfalls in vielerlei Hinsicht auf ressourcenintensive staatliche Massnahmen, z.B. in der Form von funktionierenden Gerichten angewiesen. Damit ist der Unterschied zwischen den Kategorien ein gradueller. Aus dieser Perspektive ist die Haltung des Bundesgerichts, den wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten generell die direkte Anwendbarkeit zu versagen, nicht gerechtfertigt. Es braucht eine differenziertere Auseinandersetzung mit den einzelnen Rechten.

Verpflichtungsschichten

Wie bereits erwähnt, werden die Verpflichtungen, die sich aus jedem einzelnen Recht ergeben, in der neueren internationalen Praxis und Doktrin in drei Schichten oder Ebenen gegliedert: Achtung, Schutz und Verwirklichung. Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte hängt wesentlich davon ab, auf welche dieser Verpflichtungsebenen sich das Rechtsschutzbegehren im Einzelfall richtet. Geht es um die Ebene der Achtung (d.h. um den Verzicht der Behörden auf direkte Eingriffe), wird die Justiziabilität einer Rechtsverletzung tendenziell zu bejahen sein, da der Staat zur Umsetzung seiner Achtungspflichten in der Regel weder erhebliche finanzielle Mittel aufwenden, noch gesetzgeberisch tätig werden muss. Es geht vielmehr darum, dass er ein bestimmtes Verhalten unterlässt. Das Diskriminierungsverbot, wie es im CEDAW-Übereinkommen für verschiedene Lebensbereiche verankert ist, entfaltet im Bereich der Achtungspflichten sicher ebenfalls direkte Wirkung.

**Diskriminierungsverbot
direkt
anwendbar**

Aber auch Schutz- und Verwirklichungspflichten, die zu einem Tun anhalten, können nach heutiger Auffassung justiziabel sein, besonders in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot: Sind Massnahmen zum Schutz oder zur Erfüllung von sozialen Rechten (etwa Gesundheitsleistungen, Sozialhilfe, Arbeitslosengeld) ergriffen worden, müssen sie den Bedürftigen diskriminierungsfrei zugutekommen, zumindest in Höhe eines absoluten Minimalstandards. Das Diskriminierungsverbot sollte in diesem Sinne immer direkt anwendbar sein.

Links

Jakob Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, Studie des Deutschen Instituts für Menschenrechte, Berlin 2004.

http://www.institut-fuer-menschenrechte.de/uploads/tx_commerce/studie_die_justiziabilitaet_wirtschaftlicher_sozialer_u_kultureller_menschenrechte.pdf

Walter Kälin / Jörg Künzli, Universeller Menschenrechtsschutz, 4. Auflage, Basel, Nomos 2019, mit zahlreichen weiterführenden Hinweisen.

Themendossier zu den Sozialrechten auf der Informationsplattform

www.humanrights.ch: http://www.humanrights.ch/home/de/Themendossiers/Sozialrechte/Recht/idcatart_6861-content.html und <http://www.humanrights.ch/de/Themendossiers/Sozialrechte/Schweiz/index.html>

3.3 Sind die CEDAW-Normen in der Schweiz direkt anwendbar?

Relevanz der allgemeinen Praxis

Das Übereinkommen CEDAW verbietet die Diskriminierung in verschiedenen Lebensbereichen, sowohl mit Bezug auf wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte als auch hinsichtlich bürgerlicher und politischer Rechte. Es ist deshalb auch für das Übereinkommen gegen Frauendiskriminierung von grosser Bedeutung, wie die Schweizer Behörden mit der direkten Anwendbarkeit und mit der internationalen Kritik an ihrer Praxis (vgl. das vorangehende Kapitel) generell umgehen.

«überwiegend programmatisch»

Das Übereinkommen CEDAW ist in den Augen des Bundesrates überwiegend programmatischer Natur. In den beiden Botschaften des Bundesrates zur Ratifizierung des Übereinkommens (1995) und des Fakultativprotokolls (2006) wird davon ausgegangen, dass nur vereinzelte Bestimmungen direkt anwendbar sind. In diesem Sinne wurde in der Botschaft von 1995 zumindest nicht ausgeschlossen, dass gewisse Teilgehalte der Artikel 9 CEDAW (Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit) und 15 CEDAW (Rechtsgleichheit, Rechts- und Geschäftsfähigkeit im Zivil- und Prozessrecht, Recht auf Freizügigkeit und Wohnsitzwahl), möglicherweise auch die Artikel 7 CEDAW (politisches und öffentliches Leben) und 16 CEDAW (Ehe und Familie), vom Bundesgericht als direkt anwendbar qualifiziert werden könnten. Nach Auffassung des Bundesrates ist denn auch die Zuständigkeit des Ausschusses für die Entgegennahme von individuellen Mitteilungen auf direkt anwendbare Rechte (in der restriktiven Auslegung des Bundesrates) beschränkt.

Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung des Übereinkommens, vom 23. August 1995, BBl 1995 IV 901

<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/viewOrigDoc.do?id=10053660>

Botschaft des Bundesrates über die Genehmigung des Fakultativprotokolls vom 6. Oktober 1999 zum Übereinkommen, vom 29. November 2006, BBl 2006, 9787, S. 9800, S. 9813

<http://www.admin.ch/ch/d/ff/2006/9787.pdf>

Praxis des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hat sich nur in wenigen Einzelfällen explizit mit den Verpflichtungen, die der Schweiz aus dem Übereinkommens CEDAW erwachsen, auseinandergesetzt. In BGE 137 I 305 und in BGer-Urteil 1C_504/2016 äussert sich das Bundesgericht recht detailliert zu den Handlungspflichten, welche für den kantonalen Gesetzgeber – in diesem Fall den Kanton Zug – aus der Bundesverfassung und aus dem Übereinkommen CEDAW abzuleiten sind. Es geht davon aus, dass das Übereinkommen den allgemein gehaltenen Art. 8 Abs. 3 BV (im Sinne der völkerrechtskonformen Auslegung) ergänzt und konkretisiert. Im Urteil 2C_364/2010 verneint das Bundesgericht in einem Wegweisungsfall einer getrennt lebenden Ehefrau die direkte Anwendbarkeit von Art. 16 Abs. 1 lit.c des Übereinkommens CEDAW, welcher gleiche Rechte und Pflichten während der Ehe und nach ihrer Auflösung verankert. Im Urner Quotenentscheid (BGE 125 I 21) befasste es sich mit dem Konzept der temporären Sondermassnahmen (Art. 4 CEDAW) und hielt schliesslich ohne weitere Begründung fest, dass aus dem Übereinkommen «keine konkrete Verpflichtung» für die Einführung von Quoten abzuleiten seien. Dies wurde in der Lehre verschiedentlich kritisiert, wie auch weitere Urteile des Bundesgerichts zu politischen und beruflichen Quotenregelungen, die keinen direkten Bezug auf das Übereinkommen nahmen.

Vgl. dazu im Einzelnen **Teil 5**.

Kritik des Ausschusses

In den Abschliessenden Bemerkungen zum Dritten Staatenbericht von 2008 (N.16) wie auch zum Vierten/Fünften Staatenbericht von 2016 (N.12 und 13) wiederholte der Ausschuss CEDAW seine bereits im ersten Berichtszyklus formulierte Kritik an dieser Haltung der Schweizer Behörden. Er forderte die Schweiz auf, die Frage der direkten Anwendbarkeit der Bestimmungen des Übereinkommens in der innerstaatlichen Rechtsordnung genauer zu klären bzw. gesetzgeberisch tätig zu werden, um die Einklagbarkeit der CEDAW-Rechte zu gewährleisten. Der Ausschuss empfiehlt der Schweiz immer wieder, den Frauen die nötigen Mittel in die Hand zu geben, um sich vor Gericht gegen Verletzungen dieser Rechte zur Wehr zu setzen.

Der Ausschuss empfahl zudem Aufklärungskampagnen über das Übereinkommen, die sich an Richterinnen und Richter, Anwältinnen und Anwälte sowie an die breitere Öffentlichkeit richten. Er ermutigte die Schweiz zudem, Anwältinnen und Anwälte sowie Richterinnen und Richtern regelmässig Fortbildungen über den Geltungsbereich und die Bedeutung des Übereinkommens anzubieten und sie damit zu motivieren, das Übereinkommen in Gerichtsverfahren zu verwenden. Das Übereinkommen und das

dazugehörige Fakultativprotokoll soll Pflichtfach in der rechtswissenschaftlichen Ausbildung für Richterinnen und Richter, Anwältinnen und Anwälte sowie Staatsanwältinnen und Staatsanwälte werden.

Concluding observations on the combined fourth and fifth periodic reports of Switzerland, 15 November 2016, N. 12ff,

https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f4-5&Lang=en

Text der **Abschliessenden Bemerkungen** des Ausschusses zum Vier-

ten/Fünften Staatenbericht der Schweiz, in deutscher Übersetzung auf

<https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html>, unter «Dokumente»

Concluding observations on the third report of Switzerland, 7 August 2009

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fCHE%2fCO%2f3&Lang=en

Text der **Abschliessenden Bemerkungen des Ausschusses zum Dritten**

Staatenbericht in deutscher Übersetzung auf [https://www.ebg.ad-](https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html)

[min.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html](https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html), unter «Dokumente»

Abschliessende Bemerkungen zum Ersten/Zweiten Bericht, No. 22, vgl.

Text in deutscher Übersetzung des EBG auf [https://www.ebg.ad-](https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html)
[min.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html](https://www.ebg.admin.ch/ebg/de/home/themen/recht/internationales-recht/uno/cedaw.html), unter «Dokumente»

Sorgfältige Begründung

Sollen im konkreten Einzelfall Ansprüche vor Schweizer Gerichten direkt auf das Übereinkommen gestützt werden, bedarf dies vor dem Hintergrund der zurückhaltenden Praxis des Bundesgerichtes zu den Ansprüchen aus dem Übereinkommen CEDAW sorgfältiger Begründung. Ein wesentliches Argument ist die auch in der Praxis des Bundesgerichts anerkannte direkte Anwendbarkeit des Diskriminierungsverbotes gemäss Art. 8 Abs. 2 und 3 der Bundesverfassung: Das Übereinkommen CEDAW hat ja die Bekämpfung von Diskriminierung und nicht etwa die Schaffung neuer Rechte (nur) für Frauen zum Ziel. Es ist umso wichtiger, sich in schweizerischen Verfahren ergänzend zu schweizerischen Normen auch direkt auf internationale Bestimmungen wie jene aus dem Übereinkommen CEDAW (im Besonderen auf die Verpflichtungen aus Art. 2 CEDAW in Verbindung mit themenspezifischen CEDAW-Bestimmungen) zu stützen, wenn ein individuelles Mitteilungsverfahren vor dem Ausschuss CEDAW ins Auge gefasst wird.

3.4 Die völkerrechtskonforme Auslegung

Systematische Auslegung

In einem monistischen System wie demjenigen der Schweiz gelten völkerrechtliche und landesrechtliche Bestimmungen als Teil einer einheitlichen Rechtsordnung nebeneinander. Im Interesse der Rechtssicherheit ist es deshalb grundsätzlich notwendig, das Normensystem zu harmonisieren und Konflikte zwischen widersprechenden völkerrechtlichen und landesrechtlichen Bestimmungen von vornherein zu vermeiden. Dazu dient die völkerrechtskonforme Auslegung. Sie ist Teil der systematischen Auslegung, welche die Bedeutung der Normen im Gesamtzusammenhang des Rechtssystems zu eruieren sucht. Sie hat das Ziel, Völkerrecht und Landesrecht miteinander in Einklang zu bringen, in Analogie zur verfassungskonformen Auslegung des Landesrechts.

Vermeidung von Konflikten

Die völkerrechtskonforme Auslegung dient nicht der Lösung von Konflikten, sondern ihrer Vermeidung. Nach geltender Auffassung kann die Pflicht, das Landesrecht völkerrechtskonform auszulegen, aus Art. 5 Abs. 3 und 4 Bundesverfassung abgeleitet werden. Dies bedeutet, dass bereits die Gesetzgebung auf mögliche Unvereinbarkeiten zwischen völkerrechtlichen Vorgaben und neuen Bestimmungen auf Gesetzes- oder Verordnungsebene zu achten hat. Wie der Bericht des Bundesrates von 2010 zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht (BBL 2010 2264) ausdrücklich erwähnt, erfasst die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung nicht nur das Bundesrecht, sondern auch das kantonale Recht und das Gemeinderecht und richtet sich an den Gesetzgeber und an rechtsanwendende Behörden und Gerichte.

Vertrautes Instrument

Die Schweizer Gerichte sind mit dem Instrument der völkerrechtskonformen Auslegung in vielerlei Hinsicht vertraut. So hat das Bundesgericht etwa potentielle Konflikte zwischen der alten Bundesverfassung von 1874, welche noch keine Verfahrensgarantien kannte, und den Vorgaben der EMRK vermieden, indem eine Reihe von Verfahrensgarantien aus dem Gebot der allgemeinen Rechtsgleichheit von Art. 4 BV abgeleitet wurden.

Weites Feld der Anwendung

Mit der Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung öffnet sich auch für den Schutz vor Geschlechterdiskriminierung ein weites Feld von Möglichkeiten, die Bestimmungen des Übereinkommens CEDAW (und anderer Übereinkommen) zu nutzen. Dies ist grundsätzlich unabhängig von der Frage, ob aus den CEDAW-Bestimmungen direkt Rechte abgeleitet werden können. Die Verpflichtungen der Schweiz aus dem Übereinkommen CEDAW, wie sie der Ausschuss in seinen verschiedenen Äusserungen (Allgemeine Empfehlungen, Abschliessende Bemerkungen zu den Länderberichten, besonders jenen der Schweiz, und Auffassungen zu individuellen Mitteilungen) präzisiert hat, können ohne weiteres für die Interpretation

von offenen Rechtsbegriffen in der Schweizer Rechtsordnung herbeigezogen werden (vgl. dazu die Modellbeispiele in Teil 4).

3.5 Welches Recht hat Vorrang im Konfliktfall?

«Pacta sunt servanda»

Widersprechen sich eine internationale Bestimmung und eine landesrechtliche Norm und ist eine harmonisierende Auslegung nicht möglich, entsteht ein Konflikt. Auf völkerrechtlicher Ebene hält die Wiener Vertragsrechtskonvention von 1969 (SR 0.111) den Grundsatz «pacta sunt servanda» fest (Art. 26) und statuiert, dass sich Vertragsstaaten nicht auf ihr innerstaatliches Recht berufen können, um die Nichterfüllung vertraglicher Pflichten zu rechtfertigen (Art. 27). Verletzt ein Vertragsstaat seine vertraglichen Pflichten, bleibt er auf internationaler Ebene dafür verantwortlich.

Innerstaatlicher Vorrang?

In der innerstaatlichen Hierarchie hat die Bundesverfassung grundsätzlich Vorrang vor Bundesgesetzen und Verordnungen des Bundesrates und das kantonale Recht ist dem Bundesrecht untergeordnet (auch wenn der Vorrang aufgrund von Art. 190 BV nicht in allen Fällen durchgesetzt werden kann). Während der Vorrang des Bundesrechts vor dem kantonalen Recht in Art. 49 Bundesverfassung explizit geregelt ist, ist der Vorrang des Völkerrechts in der Bundesverfassung nicht ausdrücklich festgehalten. Art. 5 Abs. 4 Bundesverfassung hält aber fest, dass Bund und Kantone das Völkerrecht beachten müssen. Nach gängiger Auffassung gehen damit völkerrechtliche Normen grundsätzlich den landesrechtlichen vor; das bedeutet jedoch nicht, dass damit der Vorrang des Völkerrechts vorbehaltlos anerkannt wäre. Nach Auffassung des Bundesrates lässt sich daraus keine allgemeingültige Regel zur Lösung von Konflikten zwischen Landesrecht und Völkerrecht ableiten. Gleiches gilt für Art. 190 BV, welcher die Gerichte und die rechtsanwendenden Behörden zur Anwendung von Bundesgesetzen wie auch von Völkerrecht verpflichtet.

Keine volle Klarheit

Der Bundesrat hält in seinem Bericht zum Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht fest, dass es in der Gerichtspraxis wie in der Lehre keine umfassende und in allen Teilen klare Antwort zur Frage des Rangs von Völkerrecht in der Normenhierarchie der Schweizer Rechtsordnung gibt. Unumstritten ist, dass der Vorrang des Völkerrechts grundsätzlich anerkannt wird, dass insbesondere zwingendes Völkerrecht dem gesamten Landesrecht vorgeht und dass das Völkerrecht dem kantonalen Recht und dem Verordnungsrecht des Bundes vorgeht (BBl 2010 S.2264ff).

Vorrang vor Verfassung und Gesetzen?

Ob nicht-zwingende völkerrechtliche Bestimmungen einen Vorrang vor der Bundesverfassung und den Bundesgesetzen geniessen, wirft nach der Einschätzung des Bundesrates «einige heikle Fragen auf», beispielsweise die Frage, «wer das letzte Wort über die Tragweite der internationalen Verpflichtungen der Schweiz haben soll: nationale oder internationale Gerichte, der Gesetzgeber, der Verfassungsgeber?» (BBl 2010 S. 2308).

Grundsatz und Ausnahmen
(Schubert-Praxis)

Laut der Praxis des Bundesgerichts geht das Völkerrecht dem Bundesrecht grundsätzlich vor. Dies gilt auch für jüngere Bundesgesetze, ausser wenn der Gesetzgeber sich bewusst über die entgegenstehenden internationalen Normen hinweggesetzt hat (sog. Ausnahme der «Schubert-Praxis»; vgl. BGE 99 Ib 39 E. 3 und 44, BGE 125 II 417 E. 4d S. 425 ["PKK"]; 133 V 367 E. 11.1.1; BGE 136 III 168 E. 3.3.4). Aus völkerrechtlicher Sicht bedeutet diese Praxis, dass eine Verletzung einer völkerrechtlichen Pflicht bewusst in Kauf genommen werden kann, soweit die Verpflichtungen nicht neu ausgehandelt oder gekündigt werden können.

Vorrang für Menschenrechte

Die Frage des Vorrangs stellt sich nach Auffassung des Bundesrates in besonderer Weise für Verträge mit eigenen Kontrollorganen, welche für die Vertragsstaaten verbindliche Entscheidungen treffen können und eine dynamische Rechtspraxis entwickeln, die für die Vertragsstaaten im Augenblick der Ratifizierung nur schwer voraussehbar war (zum Beispiel die Praxis zur EMRK). Damit können neue Konflikte zwischen völkerrechtlichen Normen und (ursprünglich völkerrechtskonformen) Bundesgesetzen entstehen.

Seit einigen Jahren hat das Bundesgericht in einer Reihe von Entscheiden eine Gegenausnahme zum Ausnahmefall der «Schubert-Praxis» entwickelt, die auch für das Übereinkommen CEDAW relevant sein könnte. Im Falle eines Konflikts zwischen Landesrecht und einer Bestimmung des Völkerrechts, die dem Schutz der Menschenrechte dient, geht Völkerrecht demnach prinzipiell vor, und zwar unabhängig davon, ob die betreffende landesrechtliche Bestimmung vor oder nach der Ratifizierung des völkerrechtlichen Vertrags erlassen worden ist («PKK-Rechtsprechung»; BGE 125 II 417, S.424 E.4d; 131 II 352, S.355, E.3.1; BGE 133 V 365, S.388, E.11.2; 139 I 16, S.28ff).

Bericht des Bundesrates vom 5. März 2010, «Das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht»: <http://www.admin.ch/ch/d/ff/2010/2263.pdf>

Redaktionsschluss Teil 3: 1. Januar 2019

Impressum

CEDAW-Leitfaden für die Rechtspraxis. Das Übereinkommen CEDAW und sein internationales Mitteilungsverfahren. Nützliches und Wissenswertes für die Anwaltspraxis. Ein Online-Tool der EKF. Bern, erste elektronische Veröffentlichung 2012, aktualisiert 1. Januar 2019.

Herausgeberin: Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF.

Erarbeitet von Dr. iur. Erika Schläppi, Rechtsanwältin, in enger Zusammenarbeit mit den Rechtsexpertinnen und Rechtsanwältinnen Dr. iur. Kathrin Arioli, lic. iur. Jeanne DuBois, lic. iur. Myriam Grütter, lic. iur. Christina Hausammann, lic. iur. Charlotte Iselin, Prof. Dr. iur. Regula Kägi-Diener, Dr. iur. Stephanie Motz, Dr. iur. Caterina Nägeli, DAS in Law Luzia Siegrist und Prof. Dr. iur. Judith Wyttenbach.

Veröffentlichung ausschliesslich auf: www.frauenkommission.ch > Publikationen
Verfügbar auf Deutsch und Französisch.