

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

1/2017

31. Jahrgang
Seiten 1–126

Aus dem Inhalt

Das Grundrecht auf Gesundheitsleistungen in Brasilien

Von Gabriel D. L. Machado, São Paulo

**Rehabilitation of people with disabilities in Hungary –
Questions and Results in Labour Law and Social Law**

Von Nora Jakab/Istvan Hoffman/Gyorgy Konczei, Miskolc/Budapest

**The prohibition of age discrimination in the labour market –
the case study of Finland in the context of European Union**

Von Agne Vaitkeviciute, Luxemburg/Trier

Die Reform des griechischen Arbeitsrechts durch Memoranda I, II und III

Von Dimitrios Sideris/Christos Triadafilidis, Thessaloniki

**Die Einführung des »Employment Claims Tribunals« – Erweiterte Rechts-
schutzmöglichkeiten für Manager und Führungskräfte in Singapur**

Von Pascal Brinkmann, Singapur

Die Regulierung ausländischer Nichtregierungsorganisationen in China

Von Markus Fisch, Beijing

Die Reformgeschichte des chinesischen Wohnungssystems

Von Chuanning Hu, Chongqing

**Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta –
aktuelle Entwicklungen**

Von Karin Lukas, Wien



C.F. Müller

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Heft 1, 31. Jahrgang 2017, Seiten 1–126

Inhalt

Abhandlungen

Das Grundrecht auf Gesundheitsleistungen in Brasilien <i>Von Gabriel D. L. Machado, São Paulo</i>	1
Rehabilitation of people with disabilities in Hungary – Questions and Results in Labour Law and Social Law <i>Von Nora Jakab/Istvan Hoffman/Gyorgy Konczi, Miskolc/Budapest</i>	23
The prohibition of age discrimination in the labour market – the case study of Finland in the context of European Union <i>Von Agne Vaitkeviciute, Luxemburg/Trier</i>	45
Die Reform des griechischen Arbeitsrechts durch Memoranda I, II und III <i>Von Dimitrios Sideris/Christos Triadafillidis, Thessaloniki</i>	66
Die Einführung des »Employment Claims Tribunals« – Erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten für Manager und Führungskräfte in Singapur <i>Von Pascal Brinkmann, Singapur</i>	76
Die Regulierung ausländischer Nichtregierungsorganisationen in China <i>Von Markus Fisch, Beijing</i>	86
Die Reformgeschichte des chinesischen Wohnungssystems <i>Von Chuanning Hu, Chongqing</i>	101
Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta – aktuelle Entwicklungen <i>Von Karin Lukas, Wien</i>	113
Mitarbeiter dieses Heftes	126

Ausblick auf die nächsten Hefte

Adrián Todolí Signes, Valencia: Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes durch unterschiedliches Gehalt abhängig vom Zeitpunkt des Eintritts in das Unternehmen

Das Grundrecht auf Gesundheitsleistungen in Brasilien*

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Das Problem: Grundrecht auf Gesundheit vs. beschränkter Leistungskatalog
- C. Grundrecht auf Gesundheit als kollektives Grundrecht
 - I. Der Begriff des kollektiven Rechts bzw. des kollektiven Gutes
 - II. Gesundheit als kollektives Gut?
 - III. Allgemeine Prävention als kollektives Recht
 - IV. Das Verteilungsproblem
- D. Der Vorbehalt des Möglichen
- E. Das Recht auf Gesundheitsleistungen
 - I. Die sachliche Dimension
 - 1. Die Begriffe der Gesundheit und der Krankheit
 - 2. Die wissenschaftliche Evidenz der Sicherheit und Wirksamkeit
 - 3. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis
 - 4. Grenzfälle
 - II. Die Organisation des Gesundheitswesens
- F. Ausblick

A. Einleitung

Anstoß zu diesem Beitrag gibt ein Problem der brasilianischen Grundrechte, nämlich die Frage der Vereinbarkeit eines beschränkten Leistungskatalogs mit dem in der brasilianischen Verfassung ausdrücklich vorgesehenen sozialen Grundrecht auf Gesundheit. Bei dem Beitrag handelt es sich nicht um Rechtsvergleichung im engeren Sinne. Es geht nicht um die Beschreibung der brasilianischen Rechtswirklichkeit und deren funktionale Bewertung,¹ sondern um die Suche nach einer rechtskohärenten Antwort auf die erwähnte Frage. Bei dem Beitrag handelt es sich also um Rechtsdogmatik. Insofern wird die brasilianische Rechtswirklichkeit nicht von außen, sondern von dem Inneren des brasilianischen Rechts betrachtet und bewertet. Über einen Überblick über die brasilianische Rechtswirklichkeit hinaus verschafft dies dem deutschen Rechtswissenschaftler einen tieferen Einblick in die normative Dimension des brasilianischen Rechts. Außerdem ermöglicht der Blick auf das brasilianische Recht eine problemorientierte, realitätsbezogene kritische Auseinandersetzung mit Fragen der Grundrechtsdogmatik, die auch in Deutschland von Interesse sind, wenn zunächst auch nur von theoretischem.

* Dieser Beitrag ist das Ergebnis eines durch die Max-Planck-Gesellschaft geförderten Forschungsaufenthalts am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, München.

1 Zur funktionalen Rechtsvergleichung vgl. nur *K. Zweigert/H. Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., Tübingen 1996, S. 33 ff.

B. Das Problem: Grundrecht auf Gesundheit vs. beschränkter Leistungskatalog

Die brasilianische Verfassung von 1988 (BrV) listet in Art. 6 soziale Grundrechte auf, darunter die Gesundheit: »Bildung, Gesundheit, Arbeit, Wohnung, Freizeit, Sicherheit, soziale Vorsorge, Schutz der Mutterschaft und der Kindheit, Hilfe für die Bedürftigen sind soziale Grundrechte, nach Maßgabe dieser Verfassung.«²

Die BrV enthält ferner einen eigenen Abschnitt zur Gesundheit (Art. 196 ff.). In diesem Abschnitt wird das brasilianische Gesundheitssystem ausgestaltet. Der öffentliche Zweig des Gesundheitssystems³ (sog. Einheitliches System) folgt nicht dem Krankenversicherungsmodell, sondern eher dem Modell eines Nationalen Gesundheitsdienstes. Die Gesundheitsleistungen kommen also nicht beitragszahlenden Versicherten zugute, sondern allen, die Hilfe brauchen. Finanziert wird das System gemäß Art. 198 § 1 BrV vor allem durch allgemein an Zwecke der sozialen Sicherheit gebundene Abgaben – sonstige soziale Beiträge. Hinzu kommt die indirekte Finanzierung durch Steuern.⁴ Ferner spricht Art. 198 § 1 BrV von »anderen Quellen«.

Neben den Bestimmungen zur Ausgestaltung des Gesundheitssystems gibt es eine Bestimmung, die sich als Konkretisierung des Grundrechts auf Gesundheit verstehen lässt. Dies ist Art. 196, der sich auf die Gesundheit im Allgemeinen bezieht: »Die Gesundheit ist jedermanns Recht und Pflicht des Staates, dieses wird durch Sozial- und Wirtschaftspolitiken garantiert, die auf die Reduzierung des Krankheitsrisikos und des Risikos anderer Verschlechterungen und auf den egalitären universellen Zugang zu den Maßnahmen und Leistungen zur Förderung, zum Schutz und zur Wiederherstellung der Gesundheit abzielen.«

2 Zu einem Überblick über die sozialen Grundrechte der BrV vgl. *I. W. Sarlet*, Sozialstaatlichkeit und soziale Grundrechte in Brasilien: zwischen Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, in: B. Schünemann/J. P. Müller/L. Philipps (Hrsg.), *Das Menschenbild im weltweiten Wandel der Grundrechte*, Berlin 2002, S. 139 (145 ff.).

3 Art. 199 BrV öffnet ausdrücklich das Gesundheitssystem zur Privatwirtschaft und somit zur privaten Krankenversicherung. Der private Zweig des brasilianischen Gesundheitssystems ist, in Hinblick auf die Ausgaben, immer noch gewichtiger als der öffentliche: nach Angaben der Weltgesundheitsorganisation (WHO) machten 2012 die öffentlichen Gesundheitsausgaben 47,5 %, die privaten 52,5 % der Gesamtgesundheitsausgaben in Brasilien aus. Vgl. WHO, *World Health Statistics 2015*, S. 126.

4 Die soziale Sicherheit umfasst gemäß Art. 194 BrV die Gesundheit, die soziale Vorsorge (Sozialversicherung) und die Sozialhilfe. Die soziale Vorsorge (Art. 201 f. BrV) wird vor allem durch Beiträge der pflichtversicherten Arbeitnehmer und deren Arbeitgeber sowie der sonst Versicherten finanziert – diese seien soziale Beiträge im engeren Sinne genannt, denn Art. 195 BrV bezeichnet als sozialen Beitrag nicht nur diese Beiträge zur sozialen Vorsorge, sondern auch die allgemein an Zwecke der sozialen Sicherheit gebundenen Abgaben, die dann sonstige soziale Beiträge genannt seien. Art. 167 XI BrV verbietet, dass die Beiträge im engeren Sinne zu anderen Zwecken als der Finanzierung der sozialen Vorsorge verwendet werden. Allerdings wird die soziale Vorsorge auch durch sonstige soziale Beiträge und indirekt durch Steuern finanziert. Die Sozialhilfe (Art. 203 f. BrV) wird vor allem durch sonstige Beiträge finanziert. Hinzu kommt die indirekte Finanzierung durch Steuern. Die Gesundheit steht also in ständiger Konkurrenz, zunächst mit den anderen Pfeilern der sozialen Sicherheit, dann mit sämtlichen Staatsaufgaben, um Gelder (sonstige soziale Beiträge bzw. Steuern). Um dieses Problem zu mindern, verpflichtet die BrV in Art. 198 § 2 den Bund, die Länder und die Kommunen je zu einem prozentualen Minimum an Gesundheitsausgaben. Für den Bund beträgt das Minimum 15 % seiner laufenden Nettoeinnahmen im jeweiligen Haushaltsjahr. Für die Länder und die Kommunen wird das Minimum im Ergänzungsgesetz 141 vom 13.01.2012 festgelegt.

Das brasilianische Gesundheitssystem wird im Gesetz 8.080/90 näher geregelt. Art. 2 § 1 des Gesetzes gibt den oben angeführten Art. 196 BrV wieder. Darüber hinaus besagt das Gesetz in Art. 7 I, dass sich das Einheitliche Gesundheitssystem an das Prinzip der Universalität des Zugangs zu den Gesundheitsleistungen hält. Dementsprechend hat die Exekutive das Einheitliche Gesundheitssystem bislang so weiter ausgestaltet, dass jedermann unentgeltlich die Leistungen des Systems beanspruchen darf.

Das Gesetz 8.080/90 beschränkt allerdings die Leistungen. Zur therapeutischen Assistenz⁵ stehen im Rahmen des Einheitlichen Gesundheitssystems nach Art. 19-M des Gesetzes Arzneimittel, Produkte von Gesundheitsinteresse⁶ und therapeutische Verfahren zur Verfügung. Ausgeschlossen sind nach Art. 19-T des Gesetzes Arzneimittel und Produkte, die durch die Nationale Agentur für Sanitäre Aufsicht⁷ nicht oder noch nicht zugelassen wurden sowie experimentelle Verfahren.⁸ Zur Krankenbehandlung stehen allerdings nicht alle zugelassenen Arzneimittel, Produkte und Verfahren zur Verfügung, sondern nur diejenigen, die, kurz gesagt, in einem durch die Exekutive aufgestellten Katalog sind. Anders also als in Deutschland, wo es für Arznei-, Heil- und Hilfsmittel keine positive Liste gibt,⁹ gibt es in Brasilien für Arzneimittel, Produkte von Gesundheitsinteresse und therapeutische Verfahren einen positiven Leistungskatalog. In Brasilien gilt, anders gesagt, ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.¹⁰

Für die Aufstellung des Leistungskatalogs sowie von klinischen Protokollen und therapeutischen Richtlinien ist gemäß Art. 19-Q des Gesetzes 8.080/90 das Bundesgesundheitsministerium verantwortlich. Dabei wird es durch den Nationalen Ausschuss für die Einbeziehung neuer Technologien in das Ein-

5 Dies ist die Sprache des Gesetzes (Art. 6 I d, 19-M). Dazu s. u. E. I. 1.

6 Produkte von Gesundheitsinteresse sind gemäß Art. 19-N I Orthesen, Prothesen, Auffangbeutel und medizinische Geräte.

7 Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA. Das Zulassungsverfahren für neue Arzneimittel wird in der Resolução RDC 60/2014 geregelt. Dazu s. auch unten E. I. 2.

8 Neue therapeutische Verfahren werden durch den Bundesmedizinrat (Conselho Federal de Medicina – CFM) zugelassen. Das Zulassungsverfahren wird in der Resolução CFM 1.982/2012 geregelt. Dazu s. auch unten E. I. 2.

9 Der gesetzliche Anspruch auf Arzneimittel ist in Deutschland grundsätzlich auf verschreibungspflichtige Arzneimittel beschränkt (§ 31 Abs. 1 S. 1, § 34 Abs. 1 S. 1–5 SGB V). § 34 Abs. 1 S. 6–8 SGB V schließt allerdings manche verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung aus. Außerdem darf der Gemeinsame Bundesausschuss verschreibungspflichtige Arzneimittel von der Versorgung ausschließen (§ 31 Abs. 1 S. 1 SGB V). Der Gemeinsame Bundesausschuss darf auch Heil- und Hilfsmittel von der Versorgung ausschließen (§ 32 Abs. 1 S. 2 bzw. § 33 Abs. 1 S. 3 SGB V). Hilfsmittel können auch durch das Bundesministerium für Gesundheit ausgeschlossen werden (§ 34 Abs. 4 SGB V). Eine durch den Gemeinsamen Bundesausschuss aufzustellende positive Liste gibt es für nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel (§ 34 Abs. 1 S. 2 SGB V) und für Medizinprodukte (§ 31 Abs. 1 S. 2 SGB V). Auch für Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – wenn es nicht um Krankenhausbehandlung geht, s. u. Fn. 10 – gibt es in Deutschland einen positiven Katalog: Untersuchungs- und Behandlungsmethoden sind ausgeschlossen, wenn sie nicht im einheitlichen Bewertungsmaßstab für die ärztlichen Leistungen vorgesehen sind (§ 87 Abs. 2 S. 1 SGB V). Über die Aufnahme neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in den Katalog entscheidet der Gemeinsame Bundesausschuss (§ 135 Abs. 1 SGB V).

10 So wie für die Untersuchungs- und Behandlungsmethoden in Deutschland. Vgl. *M. Ulmer*, in: E. Eichenhofer/U. Wenner (Hrsg.), *Kommentar zum Sozialgesetzbuch V*, 2. Aufl., Köln 2016, § 135 Rn. 4. Bei Krankenhausbehandlungen gilt allerdings nach § 137c SGB V eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt.

heitliche Gesundheitssystem beraten. Dieser Ausschuss muss wiederum in seinem Bericht zum einen die wissenschaftlichen Evidenzen zur Wirksamkeit, Genauigkeit, Effektivität und Sicherheit des aufzunehmenden Arzneimittels, Produkts oder Verfahrens und zum anderen die wirtschaftliche Auswertung deren Nutzens und Kosten in Verhältnis zu den schon verfügbaren Technologien berücksichtigen (Art. 19-Q § 2). Wenn das Gesetz ferner von Arzneimitteln und Produkten spricht, die in klinischen Protokollen und therapeutischen Richtlinien vorgesehen sind, besagt es, dass es sich um nach ihrer Wirksamkeit, Sicherheit, Effektivität und Kosten-Effektivität ausgewertete Medikamente und Produkte handelt (Art. 19-O einziger Paragraph).

Sowohl in Deutschland als auch in Brasilien wird die Einschränkung von Gesundheitsleistungen als ein Grundrechtsproblem thematisiert.¹¹ Allerdings werden in Deutschland andere Maßstäbe herangezogen als in Brasilien. Das GG kennt kein Grundrecht auf Gesundheit. So ging es bei der Verfassungsbeschwerde gegen den Ausschluss nicht verschreibungspflichtiger Arzneimittel von der Versorgung vor allem um einen möglichen Verstoß des § 34 Abs. 1 S. 1 SGB V gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.¹² Im Beschluss zur Alternativmedizin vom 06.12.2015 – sog. Nikolaus-Beschluss – »hat das Bundesverfassungsgericht erstmals einen Anspruch auf eine medizinische Behandlungsleistung unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet.«¹³ Maßgebend waren dabei die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.¹⁴ Die BrV kennt hingegen ein Grundrecht auf Gesundheit, wie oben erwähnt. Die Einschränkung von Gesundheitsleistungen wird dementsprechend auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundrecht auf Gesundheit aus Art. 6, 196 ff. BrV geprüft,¹⁵ wobei es bisweilen mit dem Recht auf Leben des Art. 5 BrV in Verbindung gebracht wird.¹⁶

Das Spannungsverhältnis zwischen einem vielversprechenden Grundrecht auf Gesundheit und einem beschränkten Leistungskatalog führt zu einer Fülle von Individualklagen,¹⁷ wobei Leistungen ersucht werden, die nicht im

11 In Deutschland ringt die Wissenschaft auch und vor allem um die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses. In Brasilien stellt sich die Frage der demokratischen Legitimation des Bundesgesundheitsministeriums für die Aufstellung des Leistungskatalogs nicht. Zu einem Überblick über die Diskussion um die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses vgl. *W. Kluth*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) nach § 91 SGB V aus der Perspektive des Verfassungsrechts: Aufgaben, Funktionen und Legitimation, Berlin 2015, S. 11 ff.

12 Vgl. Beschluss vom 12.12.2012 – 1 BvR 69/09. Wegen unzureichender Substantiierung wurde das Verfahren nicht zur Entscheidung angenommen.

13 Vgl. *U. Becker*, Das Recht auf Gesundheitsleistungen, in: G. Manssen/M. Jachmann/C. Gröpl (Hrsg.), Nach geltendem Verfassungsrecht. Festschrift für Udo Steiner zum 70. Geburtstag, Stuttgart 2009, S. 50 (51).

14 Vgl. BVerfGE 115, 25 (41 ff.).

15 Vgl. nur Entscheidung des Obersten Bundesgerichts STA 175-AgR vom 17.03.2010.

16 Vgl. nur Entscheidung des Obersten Bundesgerichts RE 271286-AgR vom 12.09.2000.

17 Die konkrete Normenkontrolle ist in Brasilien, anders als in Deutschland, diffus, d. h., jeder Richter bzw. jedes Gericht darf im Einzelfall die Verfassungswidrigkeit einer Norm inzident feststellen und die Norm verwerfen; die Entscheidung wirkt nicht generell, sondern nur im Einzelfall. Dabei fungiert das Oberste Bundesgericht als ein Revisionsgericht, als letzte Revisionsinstanz für die verfassungsrechtliche Frage.

Katalog stehen. Trotz der Rechtsprechung, die im Allgemeinen den Klagen stattgibt,¹⁸ beharren Exekutive und Gesetzgeber¹⁹ auf ihrer Politik.²⁰ Auch im Schrifttum stößt die Rechtsprechung auf Widerstand, so dass die Kontroverse anhält.²¹

Das geschilderte Problem bietet den perfekten Hintergrund für eine grundrechtsdogmatische Auseinandersetzung mit dem Grundrecht auf Gesundheit als sozialem Grundrecht. Dabei wird das Grundrecht auf Gesundheit als Leistungsrecht – im engeren Sinne –²² analysiert.

C. Grundrecht auf Gesundheit als kollektives Grundrecht

I. Der Begriff des kollektiven Rechts bzw. des kollektiven Gutes

Die genaue Erfassung des Grundrechts auf Gesundheit verlangt begriffliche Präzision.

Kollektives Recht wird hier im starken Sinne verstanden, als Gegensatz zum Recht des einzelnen Menschen (individuellem Recht). Das heißt, es wird ein Begriff des kollektiven Rechts gebraucht, der individuelle Rechte aus-

-
- Näher zur konkreten Normenkontrolle in Brasilien *G. F. Mendes*, Supremo Tribunal Federal und die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: M. Anderheiden/R. Keil/S. Kirste/J. P. Schaefer (Hrsg.), Verfassungsvoraussetzungen. Gedächtnisschrift für Winfried Brugger, Tübingen 2013, S. 789 (793 ff.).
- 18 Zu einigen Daten bezüglich der Gerichtsverfahren vgl. *I. W. Sarlet*, Das Recht auf Gesundheit in Brasilien: Entwicklungen, Perspektiven und Herausforderungen, ZIAS 2009, S. 267 (276 ff.); *D. W. L. Wang*, Right to Health Litigation in Brazil: The Problem and the Institutional Responses, *Human Rights Law Review* 2015, S. 617 (619 ff.).
- 19 Das Gesetz 8.080/90 enthielt in seiner ursprünglichen Fassung nicht die oben erwähnten Art. 19-M ff., welche die durch die Exekutive von Anfang an praktizierte Politik abbilden. Art. 19-M ff. wurden 2011 in Reaktion auf die Gerichtsverfahren in das Gesetz eingeführt. Dazu vgl. *D. W. L. Wang*, Right to Health Litigation in Brazil (Fn. 18), S. 637 ff.
- 20 Da die gerichtlichen Entscheidungen nicht generell, sondern nur im Einzelfall wirken, bleibt der Leistungskatalog trotz der Rechtsprechung abstrakt generell geltend und auch im Einzelfall bindend – aber nur solange keine Klage erhoben wird.
- 21 Aus einer eher folgenorientierten Betrachtungsweise die Rechtsprechung ablehnend: *D. W. L. Wang*, Right to Health Litigation in Brazil (Fn. 18), S. 640 f.; Ferraz, Octavio Luiz Motta, Harming the Poor Through Social Rights Litigation: Lessons from Brazil, *Texas Law Review* 2011, S. 1643 (1660 ff.). Die Autoren weisen etwa darauf hin, dass die Minderbemittelten weitgehend nicht von den gerichtlichen Entscheidungen profitieren. Dazu vgl. auch *V. A. da Silva/F. V. Terrazas*, Claiming the Right to Health in Brazilian Courts: The Exclusion of the Already Excluded?, *Law & Social Inquiry* 2011, S. 825 ff. Der Rechtsprechung aus einer eher rechtsorientierten Betrachtungsweise zustimmend *F. Piovesan*, Impact and Challenges of Social Rights in the Courts, in: M. Langford (Hrsg.), *Social Rights Jurisprudence: Emerging Trends in International and Comparative Law*, Cambridge 2008, S. 182 (185). Allerdings weist *F. Piovesan*, S. 189 f., auf einen Fall hin, bei dem die Rechtsprechung positive allgemeine Wirkungen zur Folge hatte – zumindest in der Hinsicht, dass letztendlich nicht nur die Kläger von der Rechtsprechung profitierten: den Fall der HIV-Medikamente. In Reaktion auf die Rechtsprechung hat der Gesetzgeber ein Gesetz verabschiedet, das nicht gegen die, sondern in Einklang mit der Rechtsprechung eine Änderung der Auslieferungspolitik von HIV-Medikamenten vornahm. Dies deutet auf das Problem einer folgenorientierten Kritik an der Rechtsprechung hin: es ist eine Aufgabe des Gesetzgebers bzw. der Exekutive, die Rechtsprechung in eine folgerichtige Politik einzufügen, und nicht eine Aufgabe der Gerichte, ihre Rechtsprechung an die Politik der Legislative bzw. Exekutive anzupassen. Anders gesagt: die unerwünschten allgemeinen Folgen der Rechtsprechung können einer Legislative bzw. Exekutive zugerechnet werden, die die Rechtsprechung nicht ernst nehmen will; die nicht bereit ist, ihre Politik an die Rechtsprechung anzupassen, sondern die Rechtsprechung an ihre Politik anpassen will.
- 22 Zum Begriff vgl. *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, Baden-Baden 1985, S. 454 ff.

schließt. Beim kollektiven Recht geht es also nicht um die Summe von individuellen Rechten, sondern um ein Recht eines Kollektivs, wobei das Kollektiv selbst als – fiktive – Person gedacht wird.²³

Auch kollektives Gut wird hier im starken Sinne verstanden. Es geht also um einen Begriff des kollektiven Gutes, der sich mit jeglichen möglichen Sinnen von individueller Nutzung nicht verträgt – und somit auch nicht mit individuellen Rechten.

Ein Grundrecht kann auch deswegen kollektiv sein, weil dessen letzter Bezugspunkt ein Gut ist, das faktisch ein kollektives Gut ist – oder auch weil das Grundrecht selbst das Gut zu einem kollektiven Gut macht. Der letzte Bezug des Grundrechts auf Gesundheit ist das Gut Gesundheit. Also kann das Grundrecht auf Gesundheit ein kollektives Recht sein, weil das Gut Gesundheit faktisch ein kollektives Gut ist – oder auch weil das Grundrecht auf Gesundheit selbst das Gut Gesundheit zu einem kollektiven Gut macht.

Andererseits kann ein Grundrecht ein kollektives Recht sein, auch wenn dessen letzter Bezugspunkt ein Gut ist, das kein kollektives Gut ist. Also kann das Grundrecht auf Gesundheit ein kollektives Recht sein, auch wenn es sich bei der Gesundheit um kein kollektives Gut handelt.

Im Folgenden soll dargestellt werden, dass die Gesundheit kein kollektives Gut ist. Weder ist die Gesundheit faktisch ein kollektives Gut noch macht das Grundrecht auf Gesundheit sie zu einem solchen. Nichtsdestotrotz kann sich das Grundrecht auf Gesundheit in ein kollektives Recht einerseits und in ein individuelles Recht andererseits teilen.

II. Gesundheit als kollektives Gut?

Ein Gut ist kollektiv – im starken Sinne –, wenn es unteilbar ist, so dass es nicht von einzelnen Menschen, nicht einmal *in*, sondern nur *von* einem Kollektiv genossen werden kann.²⁴ Es kann also nicht einzelnen Menschen zugeteilt werden, sondern nur einem Kollektiv; es hat einen »nicht-distributiven Charakter«²⁵. Dabei ist das Kollektiv nicht einfach eine Ansammlung natür-

23 Dieser Begriff erinnert an die diffusen Rechte oder Interessen des brasilianischen Verbraucherschutzgesetzes (Gesetz 8.078/90). Nach Art. 81 des Verbraucherschutzgesetzes sind diffuse Rechte oder Interessen transindividuelle Rechte oder Interessen, die unteilbarer Natur sind und deren Inhaber unbestimmte Personen sind, die durch faktische Umstände verbunden sind; kollektive Rechte oder Interessen sind transindividuelle Rechte oder Interessen, die unteilbarer Natur sind und deren Inhaber eine Gruppe, Kategorie oder Klasse von Personen ist, die miteinander oder mit der Gegenpartei durch ein Basisrechtsverhältnis verbunden sind; homogene individuelle Rechte oder Interessen sind schließlich diejenigen Rechte oder Interessen, die aus einer gemeinsamen Grundlage folgen.

24 Anders ist der wirtschaftswissenschaftliche Begriff des kollektiven Gutes, der auf die »Nicht-Ausschließbarkeit von der Nutzung« und die »Nicht-Rivalität des Konsums« setzt. Vgl. dazu *R. Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter, in: ders., *Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main 1995, S. 232 (239). Der wirtschaftswissenschaftliche Begriff des kollektiven Gutes besagt nur, dass die individuelle Nutzung *im* Kollektiv geschieht. Individuelle Nutzung muss nicht gleich ausschließliche Nutzung sein.

25 Vgl. *R. Alexy*, Individuelle Rechte und kollektive Güter (Fn. 24), S. 240.

licher Personen, sondern es wird selbst zur – fiktiven – Person. Kurzum: das Gut ist dem Kollektiv, aber niemandem zuzuteilen.

Es ist schwer, sich überhaupt ein Grundrechtsgut vorzustellen, das keinen Bezug zum einzelnen Menschen aufweisen kann. Nicht zuletzt deswegen, weil Grundrechte nicht ein Ausdruck, sondern vielmehr die Negation eines jeden kollektivistischen Gedankengutes sind: ihr letzter Bezug ist nicht irgendein zur fiktiven Person gemachtes Kollektiv, sondern der einzelne Mensch. Dies gilt auch und umso mehr für das Grundrecht auf Gesundheit, das seinem Wesen nach auf juristische bzw. fiktive Personen gar nicht anwendbar ist. Denn die Gesundheit ist ein höchstpersönliches Gut. Eine juristische Person hat keine Gesundheit.

Also ist Gesundheit weder faktisch ein kollektives Gut noch macht das Grundrecht auf Gesundheit sie zu einem solchen. Dem Grundrecht auf Gesundheit geht es um die Gesundheit einzelner Menschen; präventiv oder therapeutisch werden Gesundheitsmaßnahmen und -leistungen immer erbracht, um einzelnen Menschen zugutezukommen. Verwirrend ist nur, dass sich ein unmittelbares Verhältnis zwischen allgemeinen präventiven Gesundheitsmaßnahmen und der Gesundheit eines einzelnen, konkreten Menschen nicht herstellen lässt.

III. Allgemeine Prävention als kollektives Recht

Die Gesundheit kann nicht nur durch individuelle Versorgung, sondern auch durch allgemeine präventive Maßnahmen²⁶ gefördert werden. Dass der individuellen Versorgung gegenüber die allgemeine Prävention gesundheitspolitisch ein besonderes Augenmerk verdient, klingt plausibel.²⁷ Dabei wird zwar die allgemeine Prävention durch die individuelle Versorgung ergänzt, und nicht umgekehrt; allerdings kann allgemeine Prävention nicht gegen individuelle Versorgung ausgespielt werden. Das heißt, allgemeine Prävention ersetzt individuelle Versorgung nicht. Da, wo individuelle Versorgung benötigt wird, muss versorgt werden, unabhängig davon, ob genug allgemeine präventive Maßnahmen ergriffen werden.²⁸ Dies deutet auf einen wichtigen Unterschied zwischen individueller Versorgung und allgemeiner Prävention hin: aus der Sicht des Einzelnen betrifft individuelle Versorgung ein aktuelles, allgemeine Prävention ein potentiell Problem.

Prävention ist prospektiv. Die Bedeutung der allgemeinen Prävention ist zwar in Bezug auf die Gesamtgruppe statistisch erkennbar, ihre Bedeutung

26 Damit sind Maßnahmen gemeint, die sich vor allem in Hinblick auf die Gesundheit rechtfertigen lassen, wie etwa die Bekämpfung der Luftverschmutzung. Dass in der Peripherie von Großstädten in Brasilien Menschen mit einer prekären – wenn nicht keiner – infrastrukturellen Grundversorgung leben, ist eine politische und gesellschaftliche Schande. Verfassungsrechtlich ist dies an erster Stelle ein Problem der Garantie der Menschenwürde, nicht des Grundrechts auf Gesundheit.

27 So etwa S. Huster, Gesundheitsgerechtigkeit: Public Health im Sozialstaat, JZ 2008, S. 859 (860).

28 In Einklang damit steht eine der Richtlinien des Einheitlichen Gesundheitssystems, Art. 198 II BrV: »vollständige Fürsorge, mit Priorisierung der präventiven Aktivitäten, *unbeschadet der Assistenzleistungen*« (Hervorhebung von mir). Zum brasilianischen Gesundheitssystem s. o. B.

für den einzelnen, konkreten Menschen ist allerdings schwer zu erkennen – und zwar nicht nur im Vor-, sondern auch im Nachhinein.²⁹ Damit wird die gesundheitspolitische Bedeutung der allgemeinen Prävention freilich nicht geringer. Nur kann der Einzelne kein subjektives Recht auf allgemeine Prävention haben.³⁰ Denn ein subjektives Grundrecht setzt die eigene³¹ aktuelle Begünstigung voraus – und die Begünstigung des Einzelnen durch allgemeine präventive Maßnahmen bleibt potentiell bzw. unsicher.

Immerhin kann die Bedeutung einer allgemeinen präventiven Gesundheitsmaßnahme statistisch belegt sein. Zwar hat kein Mensch ein aktuelles Interesse an der Maßnahme, alle haben jedoch ein potentielles Interesse an ihr. Insofern kann von einem Allgemeininteresse oder sozialen Interesse die Rede sein. Dies legt nahe, aus dem Grundrecht auf Gesundheit eine Pflicht des Staates abzuleiten, die Maßnahme zu ergreifen. Dieser Pflicht entspricht zwar kein subjektives Recht des Einzelnen; ob der Staat seiner Pflicht nachkommt und ob man vor einer Verfassungswidrigkeit steht, kann trotzdem der gerichtlichen Kontrolle unterliegen, wobei eher eine Institution und nicht jeder Einzelne prozessbefugt sein sollte. In Brasilien ist diese Institution vornehmlich die Staatsanwaltschaft, welche für den gerichtlichen Schutz der »Rechtsordnung, des demokratischen Regimes und der sozialen und unverfügbaren individuellen Interessen« zuständig ist (Art. 127 BrV), es lässt sich aber auch an die Öffentliche Anwaltschaft³² denken. Auch als subjektives Recht lässt sich dies formulieren: zwar nicht als subjektives Recht des Einzelnen, wohl aber als subjektives Recht einer als fiktive Person gedachten Allgemeinheit, welche gerichtlich durch eine Institution vertreten werden soll, in Brasilien nämlich die Staatsanwaltschaft – bzw. die Öffentliche Anwaltschaft. Denn das Interesse der Person Allgemeinheit ist nicht potentiell, sondern aktuell – die Auswirkungen der Maßnahme in Bezug auf die Gesamtgruppe sind doch belegt. Recht auf allgemeine Prävention ist insofern ein kollektives Recht – im starken Sinne.³³ So wird das Grundrecht auf Gesundheit zu einem kollektiven Recht.

Die Thematik der allgemeinen präventiven Gesundheitsmaßnahmen ist damit sicher nicht ausgeschöpft. Es bedarf zuallererst einer rechtsdogmatischen Erforschung, ob das Grundrecht auf Gesundheit der BrV ein Recht auf allgemeine Prävention tatsächlich begründet. Sodann stellen sich schwierige rechtspolitische Fragen. An dieser Stelle ging es nur um eine begriffliche Klärung: die Gesundheit bleibt kein kollektives Gut im starken Sinne. Dem Grundrecht auf Gesundheit geht es weiterhin um die Gesundheit des Einzelnen. Nur wird es, um der Gesundheit des Einzelnen willen, einerseits

29 Vgl. S. Huster, Gesundheitsgerechtigkeit (Fn. 27), S. 864.

30 Vgl. S. Huster, Gesundheitsgerechtigkeit (Fn. 27), S. 865.

31 Vgl. G. D. L. Machado, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot: der Streit um den allgemeinen Gleichheitssatz, Berlin 2015, S. 79 f. insb. Fn. 130.

32 Die Öffentliche Anwaltschaft ist in Art. 134f. BrV vorgesehen. Sie ist Teil des öffentlichen Dienstes und stellt Rechtsanwälte für hilfsbedürftige Menschen bereit. Zur Zuständigkeit der Öffentlichen Anwaltschaft vgl. Entscheidung des Obersten Bundesgerichts RE 733433 vom 04.11.2015.

33 Zum Begriff des kollektiven Rechts s. o. C. I.

zu einem Recht der Allgemeinheit auf allgemeine Prävention. Dies ist nicht ein Recht des Einzelnen, sondern ein kollektives Recht. Andererseits wird es, weiterhin um der Gesundheit des Einzelnen willen, zu einem Recht des Einzelnen auf individuelle Versorgung. In diesem Beitrag steht das Recht auf individuelle Versorgung im Mittelpunkt, und zwar, in der Sprache des brasilianischen Rechts gesagt,³⁴ das subjektive Recht des Einzelnen auf Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit (Art. 196 BrV), sein Recht auf Assistenzleistungen (Art. 198 II BrV) bzw. auf Leistungen der therapeutischen Assistenz (Art. 6 I d, 19-M Gesetz 8.080/90).³⁵ Im Sinne von Leistungen der therapeutischen Assistenz ist an dieser Stelle von Gesundheitsleistungen die Rede.

IV. Das Verteilungsproblem

Gesundheitsleistungen werden einzelnen Menschen erbracht. Sie haben einen distributiven Charakter und sind insofern nicht kollektiv im starken Sinne.³⁶ Sie können allerdings als kollektiv im schwachen Sinne bezeichnet werden.

Dass die Gesundheitsleistungen kollektiv im schwachen Sinne sind, heißt zum einen, dass sie zwar dem Einzelnen zuzuteilen sind, jedoch *allen* Einzelnen. Gesundheitsleistungen sind also allen und jedem zuzuteilen.

Gesundheitsleistungen sind allerdings nicht uneingeschränkt verfügbar bzw. können nicht uneingeschränkt zugeteilt werden. Es geht bei ihnen um eine Frage der Verteilung zwischen Vielen, nicht einfach um eine Frage der Zuteilung an den Einzelnen. Insofern, als es bei den Gesundheitsleistungen um eine Verteilungsfrage geht, sind sie kollektiv (im schwachen Sinne) bzw. könnten sie nur schlecht in ein individuelles Recht eingefügt werden.³⁷

Dass Gesundheitsleistungen nicht uneingeschränkt zugeteilt werden können, leuchtet ein. Die Leistungserbringung hat zunächst eine immanente Grenze, nämlich die Knappheit des zuzuteilenden Gutes. Zu den immanenten kommen die externen Grenzen: Gesundheit, Bildung und Freiheit begrenzen sich gegenseitig. Was für die Erbringung von Gesundheitsleistungen eingesetzt wird, fehlt für die Erbringung von Bildungsleistungen; Leistungserbringung wird durch Freiheitseinschränkung erkaufte. So geht es bei den Grundrechtsgütern schließlich um eine Frage der Verteilung an sich begrenzter und sich gegenseitig begrenzender verschiedener Güter zwischen Vielen.

34 S. o. B.

35 Dabei geht es nicht um die strukturellen Bedingungen, die die Behandlung erst ermöglichen, sondern um die Behandlung als solche. Es geht also darum, ob der Einzelne etwa einen Anspruch auf eine Operation oder ein Arzneimittel hat, nicht darum, ob er einen Anspruch auf die Einstellung von Ärzten oder die Errichtung eines Krankenhauses hat. Die letzten lassen sich eher als Ansprüche der Allgemeinheit als als Ansprüche des Einzelnen verstehen.

36 S. o. C. II.

37 Vgl. dazu *J. R. d. L. Lopes*, *Brazilian Courts and Social Rights: A Case Study Revisited*, in: R. Gargarella/P. Domingo/T. Roux (Hrsg.), *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?*, Aldershot 2006, S. 185 (191 ff.).

Dies spricht allerdings nicht gegen die Vermutung, dass eine Verfassung, die soziale Grundrechte eben als Grundrechte ausdrücklich vorsieht, die Verteilungsfrage selbst entscheiden und dem Einzelnen subjektive Rechte zuerkennen wollte. Hat die Verfassung die Verteilungsfrage selbst entschieden, dann geht es nicht mehr um Verteilung, um »Kompromisse«, sondern doch um »traditionelle Adjudikation«³⁸, um die Zuteilung an den Einzelnen; es geht nicht mehr um Rechtssetzung, sondern um Rechtsanwendung.³⁹ Anders gesagt: es geht nicht mehr um Politik, sondern um Recht.⁴⁰

Auch wenn davon ausgegangen wird, dass die Verfassung die Verteilungsfrage mehr oder weniger ausführlich entschieden hat und dass dementsprechend die sozialen Grundrechte subjektive Rechte sind, ist das Problem der Güterknappheit nicht aus der Welt geschafft. Angesprochen ist der Vorbehalt des Möglichen.

D. Der Vorbehalt des Möglichen

Der Begriff des Möglichen bezieht sich letztlich auf die finanzielle Fähigkeit des Staates, die Erbringung einer Leistung zu gewährleisten. Dabei handelt es sich zwar um eine faktische⁴¹ Knappheit,⁴² die faktische Knappheit ist allerdings rechtsbedingt: die Mittel sind begrenzt, weil der Staat verschiedenen positiven und negativen Rechtspflichten unterliegt. Die Mittel sind etwa begrenzt, weil der Staat nicht uneingeschränkt in die Freiheit des Einzelnen eingreifen und Steuern erheben darf; weil der Staat nicht nur Gesundheits- oder Bildungsleistungen, sondern auch Leistungen der Sozialhilfe erbringen muss. An dieser Stelle interessiert aber nicht die Begriffsbestimmung, sondern vielmehr die grundrechtsdogmatische Stellung des Vorbehalts des Möglichen. Die Frage ist, wie sich der Vorbehalt des Möglichen zum subjektiven Leistungsanspruch verhält.

38 Anders aber *J. R. d. L. Lopes*, Brazilian Courts and Social Rights (Fn. 37), S. 191.

39 Wieder anders *J. R. d. L. Lopes*, Brazilian Courts and Social Rights (Fn. 37), S. 193.

40 Die Klassifizierung sozialer Grundrechte als kollektive Rechte wird in Anlehnung an das Verbraucherschutzgesetz (s. o. Fn. 23) nicht zuletzt zur Begründung der These vorgenommen, dass die sozialen Grundrechte nicht individuell, sondern kollektiv gerichtlich geltend zu machen sind. Im Kontext der brasilianischen diffusen konkreten Normenkontrolle (s. o. Fn. 17) kann man gewiss auf viele Probleme verweisen, die mit Individualklagen verbunden sind (s. o. Fn. 20, 21). Nur, wie schon gesagt (s. o. Fn. 21), kann man aber auch auf eine Legislative bzw. Exekutive verweisen, die die Rechtsprechung nicht ernst nehmen will. Das in der Rechtswissenschaft propagierte Ziel, die Effektivität der Grundrechte zu steigern, ist unbestritten. Dies braucht aber nicht durch die Schwächung des Einzelnen, sondern kann auch durch seine Stärkung erkauf werden: statt dem Einzelnen die Prozessführungsbefugnis abzuerkennen, kann man die Wirkungen der infolge einer Individualklage ausgegangenen Entscheidung über die Verfassungsmäßigkeit einer umstrittenen Norm verallgemeinern. Der im Zuge der Verfassungsänderung von 2004 in die BrV eingeführte Art. 103-A zeigt in diese Richtung: nun darf das Oberste Bundesgericht nach wiederholten Entscheidungen zu einer verfassungsrechtlichen Frage einen Leitsatz verabschieden, der für Rechtsprechung und Exekutive bindend ist. Zum bindenden Leitsatz vgl. *G. F. Mendes*, Supremo Tribunal Federal und die brasilianische Verfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 17), S. 796 f.

41 Vgl. *G. Lübke-Wolff*, Justiziabilität sozialer Grundrechte und Verfassungsaufträge, JöR NF 53 (2005), S. 1 (5 f.). So schon *H. F. Zacher*, Sozialpolitik und Menschenrechte in der Bundesrepublik Deutschland, München 1968, S. 29.

42 Auf einen Vorbehalt des *rechtlich* Möglichen hinzuweisen bringt keinen Gewinn. Damit weist man lediglich darauf hin, dass das Recht nach Maßgabe des Rechts gilt.

Die herkömmliche deutsche Grundrechtsdogmatik unterscheidet zwischen Schutzbereich, Eingriff und Rechtfertigung des Eingriffs.⁴³ Während die Frage der Reichweite des Schutzbereichs⁴⁴ eine abstrakte, generelle Frage ist, ist die Frage der Rechtfertigung eine konkrete, einzelfallbezogene Frage – die Rechtfertigung ist ja auf den konkreten Eingriff bezogen.⁴⁵ Aus der Unterscheidung zwischen Schutzbereich und rechtfertigungsfähigem Eingriff folgt die Unterscheidung zwischen *prima facie* und definitivem Recht,⁴⁶ absolutem Anspruch und relativer Anspruchsverwirklichung.⁴⁷

Der Vorbehalt des Möglichen kann sowohl bei der Schutzbereichsbestimmung als auch bei der Rechtfertigung eine Rolle spielen. Als Rechtfertigungsgrund⁴⁸ wirkt der Vorbehalt des Möglichen auf der Ebene der Anspruchsverwirklichung: er soll die Nichtverwirklichung des Leistungsanspruchs im Einzelfall rechtfertigen. Dementsprechend muss die Argumentation konkret sein, zeit- und tatsachengebunden. Das heißt, es geht nicht um die grundsätzliche Knappheit der Mittel, sondern um die Knappheit der Mittel im Einzelfall.⁴⁹

Bei der Schutzbereichsbestimmung fungiert der Vorbehalt des Möglichen als »Auslegungsmaxime«⁵⁰. Anders als bei der Rechtfertigung ist die Argumentation hier abstrakt und allgemein. Das heißt, es geht nicht um die Knappheit der Mittel im Einzelfall, sondern um die grundsätzliche Knappheit der Mittel.⁵¹

43 Aus den Lehrbüchern vgl. nur *B. Pieroth/B. Schlink/T. Kingreen/R. Poscher*, Grundrechte. Staatsrecht II, 31. Aufl., Heidelberg 2015, Rn. 220 ff.

44 Der Schutzbereichsbegriff ist in Hinblick auf die Leistungsgrundrechte problematisch. Der Klarheit halber wird aber an dieser Stelle am herkömmlichen Sprachgebrauch festgehalten. Zur Problematik des Schutzbereichsbegriffs vgl. *W. Hoffmann-Riem*, Enge oder weite Gewährleistungsgehalte der Grundrechte?, in: *M. Bäuerle/A. Hanebeck/C. Hausotter/M. Mayer et al.* (Hrsg.), Haben wir wirklich Recht? Zum Verhältnis von Recht und Wirklichkeit. Beiträge zum Kolloquium anlässlich des 60. Geburtstags von Brun-Otto Bryde, Baden-Baden 2004, S. 53 (57); *ders.*, Grundrechtsanwendung unter Rationalitätsanspruch. Eine Erwiderung auf Kahls Kritik an neueren Ansätzen in der Grundrechtsdogmatik, *Der Staat* 43 (2004), S. 203 (226 f.).

45 Zu diesem Unterschied am Beispiel des strafrechtlichen Rückwirkungsverbots vgl. *G. D. L. Machado*, O julgamento da Lei de Anistia (Lei n.º 6.683/79) pelo STF: dos problemas metodológicos ao problema substancial, *Revista Anistia Política e Justiça de Transição* 7 (2012), S. 232 (247).

46 Vgl. *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte (Fn. 22), S. 91 f.

47 Vgl. *G. D. L. Machado*, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot (Fn. 31), S. 79 ff.

48 Den Vorbehalt des Möglichen für eine »Grundrechtsschranke« hält etwa *M. A. Trilsch*, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht, Heidelberg 2012, S. 372 ff.

49 Das brasilianische Oberste Bundesgericht scheint dazu zu neigen, den Vorbehalt des Möglichen als Rechtfertigungsgrund aufzufassen. Nach dem Gericht muss es sich um eine »objektiv bewiesene« »finanzwirtschaftliche Unfähigkeit« des Staates handeln. Vgl. Entscheidung STA 175-Agr vom 17.03.2010, S. 113. Grundlegend Entscheidung ADPF 45-MC vom 29.04.2004. Vor diesem Hintergrund kann die bekannte Formel des Gerichts, wonach das finanzielle Interesse des Staates sekundär dem Recht auf Leben gegenüber ist, so verstanden werden, dass sie sich auf die grundsätzliche Knappheit der Mittel bezieht. Anders gesagt: die grundsätzliche Knappheit der Mittel ist dem Recht auf Leben gegenüber irrelevant. Zur Formel vgl. Entscheidung Pet 1246-MC vom 31.01.1997.

50 Vgl. *O. Deppenheuer*, Vorbehalt des Möglichen, in: HStR XII, 2014, § 269 Rn. 26 ff.

51 In der Rechtsprechung des BVerfG taucht der Vorbehalt des Möglichen namentlich im Numerus clausus-Urteil vom 18.07.1972 auf. Bezug genommen wird auf den »Vorbehalt des Möglichen im Sinne dessen, was der Einzelne vernünftigerweise von der Gesellschaft beanspruchen kann.« Vgl. BVerfGE 33, 303 (333). Diese Formulierung und die anschließenden Ausführungen des Gerichts deuten auf ein Verständnis des Vorbehalts des Möglichen als Auslegungsmaxime hin.

Für die Frage, was die Folgen der grundsätzlichen Knappheit der Mittel für die Schutzbereichsbestimmung sind, gibt es zwei extreme Antworten. Man kann zum einen mit dem Bayerischen Verfassungsgerichtshof⁵² vertreten, dass die grundsätzliche Knappheit der Mittel die sozialen Grundrechte zu bloßen Programmsätzen macht. Die sozialen Grundrechte sind also kein subjektives Recht, sie begründen überhaupt keine Leistungsansprüche. In Hinblick auf eine Verfassung wie die BrV, die soziale Grundrechte namentlich kennt,⁵³ ist dies allerdings eine unzulässige »dogmatische ›Rückstufung«⁵⁴, zumal aus der grundsätzlichen Knappheit der Mittel nicht folgt, dass Nichts gewährleistet werden kann.

Man kann zum anderen auf die Prinzipientheorie setzen und Grundrechte als Optimierungsgebote⁵⁵ auffassen, so auch die sozialen Grundrechte.⁵⁶ Bezug wird an dieser Stelle auf eine Prinzipientheorie genommen, die alle Probleme von der Schutzbereichsbestimmung auf die Rechtfertigung, auf die Abwägung, verlagert.⁵⁷ Dementsprechend soll der Vorbehalt des Möglichen erst bei der Rechtfertigung eine Rolle spielen, nicht schon bei der Schutzbereichsbestimmung.⁵⁸ Die grundsätzliche Knappheit der Mittel wird somit irrelevant. Der Verzicht auf eine genauere Bestimmung der Schutzbereiche der sozialen Grundrechte zugunsten einer Abwägung ausufernder Optimierungsgebote ist allerdings ein »methodischer Rückfall«⁵⁹, zumal aus der grundsätzlichen Knappheit der Mittel folgt, dass nicht Alles gewährleistet werden kann.

Wenn aus der grundsätzlichen Knappheit der Mittel einerseits folgt, dass nicht Alles gewährleistet werden kann, und andererseits nicht folgt, dass

52 Vgl. P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30 (1972), S. 43 (107).

53 Die Bayerische Verfassung kennt einige Leistungsrechte, wie das Recht auf eine angemessene Wohnung (Art. 106 Abs. 1) und das Recht auf eine ausreichende Sozialversicherung (Art. 171). Anders als die Brasilianische Verfassung spricht die Bayerische Verfassung allerdings nicht von sozialen Grundrechten; darüber hinaus sind die Leistungsrechte der Bayerischen Verfassung verteilt im zweiten (Grundrechte und Grundpflichten), dritten (Das Gemeinschaftsleben) und vierten (Wirtschaft und Arbeit) Hauptteil vorgehen. Dies ändert freilich nichts an der Sache. Zu den Leistungsrechten der Bayerischen Verfassung und deren Auslegung durch den BayVerfGH vgl. ferner B. Kempen, Bayerisches Verfassungsrecht, in: U. Becker/D. Heckmann/B. Kempen/G. Manssen, Öffentliches Recht in Bayern: Verfassungsrecht, Kommunalrecht, Polizei- und Sicherheitsrecht, Öffentliches Baurecht. Eine prüfungsorientierte Darstellung, 6. Aufl., München 2015, 1. Teil Rn. 246 f.; D. Krausnick, in: T. Meder/W. Brechmann (Hrsg.), Die Verfassung des Freistaates Bayern. Kommentar, 5. Aufl., Stuttgart 2014, Art. 98 Satz 1 bis 3 Rn. 45 f.; J. F. Lindner, Die Grundrechte der Bayerischen Verfassung – Eine dogmatische Bestandsaufnahme –, BayVBl. 2004, S. 641 (643 Fn. 29).

54 Vgl. P. Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat (Fn. 52), S. 107.

55 Grundlegend R. Alexy, Theorie der Grundrechte (Fn. 22), S. 75 ff.

56 Vgl. V.A. d. Silva, Soziale Grundrechte als Optimierungsgebote, ihre Subjektivierung und Justitiabilität: eine Untersuchung anhand von empirischen Prämissen, in: L. Clérico/J.-R. Sieckmann (Hrsg.), Grundrechte, Prinzipien und Argumentation. Studien zur Rechtstheorie Robert Alexys, Baden-Baden 2009, S. 165 (166).

57 Kritisch dazu B. Rusteberg, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt. Eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009, S. 156 ff. Zu den Schwächen der Abwägung vgl. G. D. L. Machado, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot (Fn. 31), S. 60 ff.

58 Vgl. M.A. Trilsch, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im innerstaatlichen Recht (Fn. 48), S. 373.

59 Vgl. R. Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte. Reflexive Regelung rechtlich geordneter Freiheit, Tübingen 2003, S. 77 f.

Nichts gewährleistet werden kann, dann schließt die grundsätzliche Knappheit der Mittel zum einen nicht aus, dass soziale Grundrechte subjektive Rechte sind, sie schließt aber zum anderen aus, dass die sozialen Grundrechte ausufernde Optimierungsgebote sind. Die grundsätzliche Knappheit der Mittel muss insofern auf eine Verengung des Schutzbereichs der sozialen Grundrechte hinauslaufen.

Zusammengefasst spielt der Vorbehalt des Möglichen grundrechtsdogmatisch eine doppelte Rolle: als Auslegungsmaxime führt er dazu, dass die Schutzbereiche der sozialen Grundrechte restriktiv zu bestimmen sind, wobei es sich um die grundsätzliche Knappheit der Mittel handelt; als Rechtfertigungsgrund kann er einen Eingriff rechtfertigen, wobei es sich um die konkrete Knappheit der Mittel handelt. In einer zu den Leistungsgrundrechten passenderen Sprache gesagt: als Auslegungsmaxime führt der Vorbehalt des Möglichen dazu, dass die Leistungsansprüche beschränkt bleiben; als Rechtfertigungsgrund kann er die Nichtverwirklichung eines Leistungsanspruchs rechtfertigen.

Nun gilt es zu untersuchen, was die Folgen dieser Erkenntnisse für die Frage sind, welche Leistungsansprüche sich aus dem Grundrecht auf Gesundheit der BrV ableiten lassen.

E. Das Recht auf Gesundheitsleistungen

Das Grundrecht auf Gesundheit der BrV – als subjektives Recht des Einzelnen auf Leistungen der therapeutischen Assistenz verstanden – muss in seiner sachlichen Dimension von der Organisation des Gesundheitswesens unterschieden werden.

I. Die sachliche Dimension

1. Die Begriffe der Gesundheit und der Krankheit

Im deutschen Krankenversicherungsrecht ist der Begriff der Krankheit ein zentraler Begriff – es geht ja um *Krankenversicherung*. § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V gewährt dem Versicherten einen »Anspruch auf Krankenbehandlung, wenn sie notwendig ist, um eine Krankheit zu erkennen, zu heilen, ihre Verschlimmerung zu verhüten oder Krankheitsbeschwerden zu lindern.« Eine Legaldefinition von Krankheit kennt das deutsche Recht allerdings nicht. So musste die Rechtsprechung des BSG eine Definition von Krankheit liefern: Krankheit ist »ein regelwidriger, vom Leitbild des gesunden Menschen abweichender Körper- oder Geisteszustand, der ärztlicher Behandlung bedarf oder den Betroffenen arbeitsunfähig macht.«⁶⁰ Dies ist vor allem in Hinblick

60 Vgl. BSGE 100, 119 (120). Zum Thema des Krankheitsbegriffs des § 27 Abs. 1 S. 1 SGB V vgl. A. Prehn, in: J. Berchtold/S. Huster/M. Rehborn (Hrsg.), *Gesundheitsrecht. SGB V/SGB XI*, Baden-Baden 2015, SGB V § 27 Rn. 16 ff.

auf die Tatbestandsvoraussetzungen der Behandlungsbedürftigkeit und der Arbeitsunfähigkeit ein enger Krankheitsbegriff.⁶¹

Zentral ist für die BrV nicht der Krankheits-, sondern der Gesundheitsbegriff. Die BrV spricht nicht von Krankenbehandlung, sondern von Wiederherstellung der Gesundheit (Art. 196) und von Assistenzleistungen (Art. 198 II). Dementsprechend spricht das Gesetz 8.080/90 ebenso wenig von Krankenbehandlung, sondern von therapeutischer Assistenz (Art. 6 I d, 19-M).⁶² Dabei stellt Art. 196 BrV die Gesundheit zwar in Beziehung zur Krankheit, jedoch nicht als deren Gegenstück. Der Gesundheitsbegriff des Art. 196 BrV ist umfassender als dessen Krankheitsbegriff: Gesundheit ist die Absenz von Krankheit und anderen Verschlechterungen.⁶³

Der Rückgriff auf den Gesundheitsbegriff lässt sich auch dadurch erklären, dass es Art. 196 BrV auch um Förderung und Schutz der Gesundheit geht.⁶⁴ Immerhin setzt die Wiederherstellung der Gesundheit das Nichtgesundsein, d. h. eine Krankheit oder Verschlechterung, anders gesagt, eine Krankheit im weiteren Sinne voraus.⁶⁵ Insofern findet das Grundrecht auf Gesundheit der BrV seine erste sachliche Grenze in dem Begriff der Gesundheit bzw. Krankheit im weiteren Sinne (Krankheit im engeren Sinne plus Verschlechterung).

Wenn auch die Ablehnung mancher Leistungen, etwa rein ästhetischer Eingriffe, sich mit Blick auf die Begriffe der Gesundheit und der Krankheit im weiteren Sinne verstehen lässt,⁶⁶ spielen sie noch keine wichtige Rolle in der brasilianischen Rechtsprechung bzw. Rechtswissenschaft.

2. Die wissenschaftliche Evidenz der Sicherheit und Wirksamkeit

Die Wiederherstellung der Gesundheit setzt nicht nur eine Krankheit im weiteren Sinne voraus,⁶⁷ sondern auch, dass die Leistung gewinnbringend ist, d. h., dass sie ein positives Nutzen-Nebenfolgen-Verhältnis aufweist. Die Leistung muss, anders gesagt, sicher und wirksam sein. Dies ist die zweite sachliche Grenze des Grundrechts auf Gesundheit.

Ob eine Leistung im konkreten Krankheitsfall gewinnbringend sein wird, ist allerdings ein Wahrscheinlichkeitsurteil. Darüber, wie mit dieser empirischen Unsicherheit umgegangen werden soll – dies ist auch in Hinblick auf die staatliche Schutzpflicht eine wichtige Frage –, sagt die BrV nichts. Maß-

61 Vgl. *A. Prehn* (Fn. 60), SGB V § 27 Rn. 19.

62 S. o. B.

63 Auch für die Weltgesundheitsorganisation ist der Gesundheitsbegriff maßgebend. Gesundheit wird in der Präambel der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation definiert: »Health is a state of complete physical, mental, and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.«

64 S. auch unten E. I. 3.

65 Gesundheit und Krankheit sind ja »Relationsbegriffe, die sich gegenseitig definieren.« Vgl. *J. Lege*, Knappheit und Verteilungsgerechtigkeit im Gesundheitswesen, VVDStRL 70 (2011), S. 112 (114).

66 So wie in Deutschland »bloße Schönheitsfehler« nicht für Krankheit gehalten werden. Vgl. *I. Ebsen*, Krankenversicherungsrecht, in: B. B. v. Maydell/F. Ruland/U. Becker (Hrsg.), Sozialrechtshandbuch – SRH, 5. Aufl., Baden-Baden 2012, § 15 Rn. 88.

67 S. o. E. I. 1.

gebend sind diesbezüglich zwei Verordnungen, die sich zum Grundsatz der evidenzbasierten Medizin bekennen. Die Rede ist zum einen von der Resolução⁶⁸ RDC 60/2014, welche das Zulassungsverfahren für neue Arzneimittel regelt – zuständig für die Zulassung ist die Nationale Agentur für Sanitäre Aufsicht (Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA). Die Resolução RDC 60/2014 fordert unter anderem im AA.24) einen Bericht über vorklinische Studien sowie einen Bericht über klinische Studien der Phasen I, II und III, die die Sicherheit und Wirksamkeit des Arzneimittels belegen.⁶⁹ Die Rede ist zum anderen von der Resolução CFM 1.982/2012, welche die Zulassung neuer therapeutischer Verfahren durch den Bundesmedizinrat (Conselho Federal de Medicina – CFM) regelt. Im Abschnitt II setzt die Resolução CFM 1.982/2012 die Zulassungsbedingungen fest. Gefordert werden im Punkt II.1) Studien der vorklinischen, der restriktiven klinischen und der erweiterten klinischen Phasen. Die Studien der letzten, erweiterten klinischen Phase werden an Menschen durchgeführt und umfassen eine genügende Teilnehmerzahl; dabei sollen Sicherheit und Wirksamkeit des therapeutischen Verfahrens belegt werden – so Punkt II.4).

Diese Anforderung eines durch wissenschaftliche Studien statistisch belegten und im Wege eines Zulassungsverfahrens festzustellenden positiven Nutzen-Risiko-Verhältnisses, damit ein neues Arzneimittel oder ein neues therapeutisches Verfahren überhaupt in den Verkehr gebracht werden dürfen, findet man nicht nur im brasilianischen Recht.⁷⁰ Sie dient einerseits dem Schutz der Gesundheit der Menschen⁷¹ und trägt zugleich dem Gedanken eines auf gewinnbringende Leistungen beschränkten Rechts auf Wiederherstellung der Gesundheit Rechnung. Sie ist verfassungsrechtlich unbedenklich.⁷²

Allerdings reicht die Zulassung nicht aus, damit Arzneimittel und therapeutische Verfahren im Rahmen des Einheitlichen Gesundheitssystems zur Verfügung stehen. Nach dem Gesetz 8.080/90 gilt hinsichtlich – schon zugelassener – Arzneimittel, Produkte von Gesundheitsinteresse und therapeutischer Verfahren ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Um im Rahmen des Einheitlichen Gesundheitssystems zur Verfügung zu stehen, müssen sie Aufnahme in den vom Bundesgesundheitsministerium aufgestellten Leistungskatalog finden.⁷³

68 Resolução hat hier den Sinn einer Verordnung.

69 Insofern geht es in der Sache um Zulassung, wenn auch die Resolução von Registrierung spricht.

70 In Deutschland gilt nach § 21 Abs. 1 AMG eine Zulassungspflicht für Fertigarzneimittel. Beim Antrag auf Zulassung sind nach § 22 Abs. 2 Nr. 1–3 die Ergebnisse der analytischen Prüfung, der pharmakologischen und toxikologischen Versuche (vorklinischen Prüfungen) sowie der klinischen Prüfungen vorzulegen – dazu vgl. *K. Anker*, in: *E. Deutsch/H.-D. Lippert* (Hrsg.), *Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG)*, 3. Aufl., Heidelberg 2010, § 22 Rn. 22 ff. Nach § 25 Abs. 2 AMG ist die Zulassung zu versagen, wenn etwa »dem Arzneimittel die vom Antragsteller angegebene therapeutische Wirksamkeit fehlt oder diese nach dem jeweils gesicherten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse vom Antragsteller unzureichend begründet ist« (Nr. 4) oder »das Nutzen-Risiko-Verhältnis ungünstig ist« (Nr. 5). Vgl. hierzu *K. Anker*, in: *E. Deutsch/H.-D. Lippert* (Hrsg.), *Kommentar zum Arzneimittelgesetz (AMG)*, § 25 Rn. 22 ff.

71 Zu den Risiken von Arzneimitteln vgl. nur *E. Deutsch/A. Spickhoff*, *Medizinrecht. Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*, 7. Aufl., Heidelberg 2014, Rn. 1603.

72 Zu Grenzfällen s. u. E. I. 4.

73 S. o. B.

Für die Aufstellung eines solchen Leistungskatalogs kommen zwei Kriterien in Betracht, auf die das Gesetz 8.080/90 selbst hindeutet (Art. 19-Q § 2, Art. 19-O einziger Paragraph). Das eine Kriterium ist die soeben erläuterte wissenschaftliche Evidenz der Sicherheit und Wirksamkeit des Arzneimittels, Produkts oder Verfahrens. Die Analyse der wissenschaftlichen Evidenz der Sicherheit und Wirksamkeit findet allerdings ihren Platz schon beim Zulassungsverfahren. Wenn durch das Zulassungsverfahren die Sicherheit und Wirksamkeit einer Leistung einmal belegt sind, kann der Grund für die Ablehnung ihrer Aufnahme in den Leistungskatalog nicht an einer nicht ausreichend belegten Sicherheit bzw. Wirksamkeit liegen. Entscheidend ist vielmehr das zweite Kriterium: das Kosten-Nutzen-Verhältnis.

3. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis

Ein Wirtschaftlichkeitsgebot, wonach der Grundrechtsträger nur auf solche Gesundheitsleistungen einen Anspruch haben kann, die »das Maß des Notwendigen nicht überschreiten«⁷⁴, bedeutet zunächst, dass es sich um eine Krankheit handeln und dass zum anderen die Leistung wirksam sein muss. Die Leistungen müssen, anders gesagt, der Krankenbehandlung dienen bzw. zweckmäßig sein. Insofern gibt das Wirtschaftlichkeitsgebot nur die oben erläuterten Grenzen wieder.⁷⁵ Darüber hinaus bedeutet es, dass bei gleicher Wirksamkeit der Grundrechtsträger auf diejenige Leistung einen Anspruch hat, die am kostengünstigsten ist. Es hat insofern die gleiche Struktur wie die Erforderlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips und bezieht sich auf einen »Kosten-Kosten-Vergleich«⁷⁶. Wie die Erforderlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips ist dieses Wirtschaftlichkeitsgebot zwar ein Rationalitätsgebot, das allerdings konkret in reiner Form kaum entscheidend ist.⁷⁷

Problematisch ist ein Wirtschaftlichkeitsgebot, wonach dem Grundrechtsträger eine Gesundheitsleistung, die aus medizinischer Sicht die zweckmäßigste wäre, aus Kostengründen oder, feiner gesagt, wegen ihres Kosten-Nutzen-Verhältnisses zu verweigern ist.⁷⁸

74 Nach § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V müssen die Leistungen »ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten.«

75 S. o. E. I. 1. bzw. E. I. 2.

76 Vgl. S. Huster, Gesundheit aus rechtswissenschaftlicher Sicht: Mittelknappheit als Herausforderung von Gesundheitspolitik und Rechtswissenschaft, in: P. Masuch/W. Spellbrink/U. Becker/S. Leibfried (Hrsg.), Grundlagen und Herausforderungen des Sozialstaats. Bundessozialgericht und Sozialstaatsforschung. Richterliche Wissensgewinnung und Wissenschaft, Band 2, Berlin 2015, S. 223 (232).

77 Vgl. S. Huster, Gesundheit aus rechtswissenschaftlicher Sicht (Fn. 76), S. 232 f. Zur Erforderlichkeit des Verhältnismäßigkeitsprinzips und ihren Grenzen vgl. G. D. L. Machado, Verhältnismäßigkeitsprinzip vs. Willkürverbot (Fn. 31), S. 54 ff.

78 Anlass für Überlegungen zu einem solchen Wirtschaftlichkeitsgebot gibt in Deutschland § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V, indem er als Wirtschaftlichkeitskriterium nicht nur das Ausreichendsein, die Zweckmäßigkeit und die Notwendigkeit anführt, sondern auch die Wirtschaftlichkeit im engeren Sinne (s. o. Fn. 74). Dabei kann das Kriterium des Ausreichendseins nicht dahingehend verstanden werden, dass man Anspruch auf die zweckmäßigste Leistung hat, sondern es muss als Garantie eines Mindeststandards verstanden werden. Und so wird es auch verstanden: vgl. S. Greiner, in: J. Berchtold/S. Huster/M. Rehborn (Hrsg.), Gesundheitsrecht. SGB V/SGB XI, Baden-Baden 2015, SGB V § 12 Rn. 7 f.; U. von Langsdorff, in: H. Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrecht, 2. Aufl., München 2014, § 9 Rn. 5 f.

Die Frage, die sich zunächst stellt, ist, ob die Aufnahme einer Leistung in den Leistungskatalog wegen ihres Kosten-Nutzen-Verhältnisses abgelehnt werden darf⁷⁹ – als Kriterium für die Entscheidung über die Aufnahme eines Arzneimittels, Produkts von Gesundheitsinteresse oder therapeutischen Verfahrens in den Leistungskatalog kommt ja nach dem Gesetz 8.080/90, wie schon oben dargestellt,⁸⁰ die wirtschaftliche Auswertung deren Nutzens und Kosten in Verhältnis zu den schon verfügbaren Technologien (Art. 19-Q § 2 Abs. 2) bzw. die Kosten-Effektivität (Art. 19-O einziger Paragraph) in Betracht. Dabei geht es nicht um eine nähere Betrachtung der Kosten-Nutzen-Analyse als Methode, sondern darum, ob es eine individuelle Nutzenschwelle gibt, ab welcher der Grundrechtsträger unabhängig von Kosten-Nutzen-Überlegungen einen Anspruch auf die Gesundheitsleistung hat, d. h., ab welcher die Aufnahme der Leistung in den Leistungskatalog auch nicht aus Kosten-Nutzen-Überlegungen abgelehnt werden darf. Angesprochen ist das Thema der marginalen Wirksamkeit als Rationierungskriterium.⁸¹

Das in Art. 6 BrV namentlich erwähnte Grundrecht auf Gesundheit wird in Art. 196 BrV konkretisiert.⁸² Nach Art. 196 BrV ist das Grundrecht auf Gesundheit, in seiner Dimension eines subjektiven Rechts des Einzelnen auf Leistungen der therapeutischen Assistenz,⁸³ ein Recht auf Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit. Nach Art. 196 BrV ist das Grundrecht auf Gesundheit also nicht ein Recht auf Krankenbehandlung. Die Rede von Wiederherstellung der Gesundheit und nicht von Krankenbehandlung lässt sich zwar auch dadurch erklären, dass es Art. 196 BrV nicht nur um Versorgung im Krankheitsfall, sondern auch um Förderung und Schutz der Gesundheit geht.⁸⁴ Jedenfalls deutet der Begriff der Wiederherstellung der Gesundheit auf ein umfassenderes Grundrecht hin: es geht im Krankheitsfall um ein Recht auf *die* Wiederherstellung der Gesundheit, nicht um ein Recht auf *eine* Behandlung. Es geht also nicht um eine ausreichende Leistung im Sinne eines Mindeststandards, sondern um die zweckmäßigste Leistung.⁸⁵ Den Anspruch auf eine Gesundheitsleistung wegen eines ungünstigen Kosten-Nutzen-Verhältnisses zu verneinen, läuft insofern dem Sinn des Grundrechts auf Wiederherstellung der Gesundheit zuwider – jedenfalls dann, wenn die Leistung über eine marginale Wirksamkeit hinaus eine relevante (Zusatz)Wirksamkeit aufweist.⁸⁶ Es ist schwer, sich überhaupt ein Grundrecht auf Gesundheit vorzustellen, wonach man wegen eines ungünstigen Kosten-Nutzen-Verhältnisses

79 Eine Grundsatzentscheidung des brasilianischen Obersten Bundesgerichts zu dieser Frage steht an: RE 566471.

80 S. o. B.

81 Dazu aus einer ethischen Perspektive vgl. B. *Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen: ein faires Rationierungskriterium?, in: B. *Schöne-Seifert/A. M. Buyx/J. S. Ach* (Hrsg.), *Gerecht behandelt? Rationierung und Priorisierung im Gesundheitswesen*, Paderborn 2006, S. 215 ff.

82 S. o. B.

83 Zur individuellen Versorgung einerseits und allgemeinen Prävention andererseits s. o. C. III.

84 S. o. E. I. 1.

85 S. o. Fn. 78.

86 Zum Begriff der marginalen Wirksamkeit vgl. B. *Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 216 f.

keinen Anspruch etwa auf eine relevant lebensverlängernde Leistung hat.⁸⁷ Statt Kosten-Nutzen-Überlegungen in das Grundrecht auf Gesundheit hineinzudenken, sollte man sich vergewissern, wo die Kosten ihren richtigen Platz haben: Kosten sind nicht primär ein Problem der sachlichen Dimension des Grundrechts auf Gesundheit, sondern der Organisation bzw. Finanzierung des Gesundheitswesens.⁸⁸

Hinsichtlich Leistungen mit marginaler (Zusatz)Wirksamkeit lässt sich allerdings anders denken. Leistungen, die eine marginale Wirksamkeit aufweisen, können als äquivalent oder »vergleichbar«⁸⁹ mit anderen Leistungen gedeutet werden. Insofern gerät man in einen Kosten-Kosten-Vergleich. Dieser Kosten-Kosten-Vergleich erscheint gewiss nicht in reiner Form, denn genau gleich wirksam sind die Leistungen nicht. Es scheint allerdings sowohl aus einer individualethischen Perspektive⁹⁰ als auch in Hinblick auf das solidarisch finanzierte Gesundheitssystem⁹¹ vertretbar, zwischen marginaler und relevanter Wirksamkeit zu unterscheiden, wobei die Kosten für die Definition selbst keine Rolle spielen.⁹² An dieser Stelle geht es, wohlgermerkt, ums Begriffliche. Die Problematik der Definition der marginalen bzw. relevanten Wirksamkeit⁹³ soll nicht gezeugnet werden. Wenn es einerseits theoretisch gute Gründe für die Unterscheidung zwischen marginaler und relevanter Wirksamkeit gibt, sollte andererseits für ihre Konkretisierung den politischen Instanzen ein Spielraum überlassen werden.

Festzuhalten ist zusammenfassend, dass das in Art. 19-Q § 2 Abs. 2 und Art. 19-O, einziger Paragraph, des Gesetzes 8.080/90 zum Ausdruck kommende Kriterium des Kosten-Nutzen-Verhältnisses nur im Fall marginaler Wirksamkeit in Einklang mit dem Grundrecht auf Gesundheit des Art. 196 BrV zu sein scheint.

4. Grenzfälle

Nach den Ausführungen oben gibt es drei Voraussetzungen für das Recht auf Gesundheitsleistungen des Art. 196 BrV in seiner sachlichen Dimension: das Bestehen einer Krankheit im weiteren Sinne; die wissenschaftliche Evidenz der Sicherheit und Wirksamkeit der Leistung; und die relevante (Zusatz)Wirksamkeit der Leistung.⁹⁴ Anders gesagt darf die Aufnahme einer

87 *B. Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 217, beziehen den Wirksamkeitsbegriff auf die Ansprechrate der Leistung, ihre lebensverlängernde Wirkung sowie die Verbesserung der Lebensqualität.

88 S. u. E. II.

89 Nach § 92 Abs. 1 S. 1 Hs. 4 SGB V kann der Gemeinsame Bundesausschuss »die Verordnung von Arzneimitteln einschränken oder ausschließen, wenn ... eine andere, wirtschaftlichere Behandlungsmöglichkeit mit vergleichbarem diagnostischen oder therapeutischen Nutzen verfügbar ist.« Mehr zur Regelung des Anspruchs auf Gesundheitsleistungen in Deutschland s. o. Fn. 9.

90 Zur Diskussion vgl. *B. Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 221 ff.

91 Vgl. *B. Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 224 ff.

92 Vgl. *B. Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 227 f.

93 Vgl. *B. Schöne-Seifert/A. M. Buyx*, Marginale Wirksamkeit medizinischer Maßnahmen (Fn. 81), S. 229.

94 S. o. E. I. 1, E. I. 2 bzw. E. I. 3.

Leistung in den Leistungskatalog abgelehnt werden, wenn wissenschaftliche Evidenz zur Sicherheit und Wirksamkeit der Leistung fehlt oder wenn es sich um eine marginale Wirksamkeit handelt. Die Entscheidung über die Aufnahme einer Leistung in den Leistungskatalog ist allerdings eine abstrakt-generelle Entscheidung. Nun stellt sich die Frage, ob mit Rücksicht auf die Einzelheiten von konkreten Fällen Ausnahmen geboten sind. Denn ein Grundrecht soll nicht dem abstrakten, sondern dem konkreten Einzelnen zugutekommen.

Das Zulassungsverfahren bzw. die Zulassung mit all ihren Voraussetzungen zur wissenschaftlichen Evidenz fungieren zwar als erstes und wichtiges Instrument zur Steuerung des Wahrscheinlichkeitsurteils hinsichtlich der Sicherheit und Wirksamkeit einer Gesundheitsleistung; sie haben jedoch lediglich eine instrumentelle Funktion. Das heißt, sie ändern den materiellen Gehalt des Grundrechts auf Gesundheit nicht. Maßgebend bleibt der Anspruch des Grundrechtsträgers auf eine, schlichtweg, sichere und (relevant) wirksame Leistung. Insofern lässt sich an eine an die Schwere der Erkrankung gebundene Ausnahmeregel denken, wonach der Grundrechtsträger Anspruch auf eine Gesundheitsleistung unabhängig von der Zulassung hat, wenn es eine anderweitig begründete Vermutung für die Sicherheit und Wirksamkeit der Leistung im Einzelfall gibt.

Anregung für die Konkretisierung einer solchen Ausnahmeregel, die sich grundsätzlich auf Fälle (noch) nicht zugelassener Arzneimittel bzw. therapeutischer Verfahren sowie des Off-Label-Use⁹⁵ beziehen würde, könnte das brasilianische Recht in der deutschen Rechtsprechung finden. Sowohl hinsichtlich des Off-Label-Use als auch alternativer Behandlungsmethoden hat die deutsche Rechtsprechung die Voraussetzungen herausgearbeitet, unter denen der gesetzlich Krankenversicherte einen Anspruch dem Versicherungsträger gegenüber hat. Während das BSG 2002 die Maßstäbe für den Off-Label-Use von Arzneimitteln legte,⁹⁶ wurden die Voraussetzungen des Anspruchs auf eine neue Behandlungsmethode durch das BVerfG entwickelt. Dabei hat es in einem Beschluss vom 06.12.2005,⁹⁷ wie schon oben erwähnt,⁹⁸ »erstmal einen Anspruch auf eine medizinische Behandlungsleistung unmittelbar aus der Verfassung abgeleitet.«⁹⁹

Nach diesen Entscheidungen, beide zusammengenommen, reichen die Grenzfälle von Fällen einer »die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigenden Erkrankung« (BSG) bis hin zu Fällen »einer lebensbedrohli-

95 Gemeint ist damit hauptsächlich die Anwendung eines zugelassenen Arzneimittels bei anderen Krankheitsfällen als bei denjenigen, wofür es zugelassen ist (Indikationen). Zum Begriff des Off-Label-Use vgl. etwa J. Göben, Der »Off-Label-Use« von Fertigarzneimitteln: Offene Fragen an der Schnittstelle von Standard, Humanität und Wirtschaftlichkeitsgebot, in: H.-J. Ahrens/C. von Bar/G. Fischer/A. Spickhoff/J. Taupitz (Hrsg.), *Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Berlin 2009, S. 179 (180 f.).

96 Vgl. BSGE 89, 184 – Sandoglobulin.

97 Vgl. BVerfGE 115, 25 – Nikolaus-Beschluss.

98 S. o. B.

99 Vgl. U. Becker, *Das Recht auf Gesundheitsleistungen* (Fn. 13), S. 51.

chen oder sogar regelmäßig tödlichen Erkrankung«¹⁰⁰. Die Anforderungen gehen von der »begründete[n] Aussicht ..., dass mit dem betreffenden Präparat ein Behandlungserfolg (kurativ oder palliativ) erzielt werden kann«¹⁰¹ bis hin zu »eine[r] auf Indizien gestützte[n], nicht ganz fern liegende[n] Aussicht auf Heilung oder wenigstens auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf«¹⁰². Konkreter reichen sie von der Anforderung, dass »die Erweiterung der Zulassung bereits beantragt ist und die Ergebnisse einer kontrollierten klinischen Prüfung der Phase III (gegenüber Standard oder Placebo) veröffentlicht sind«, über die Anforderung, dass »gewonnene Erkenntnisse veröffentlicht sind, ... auf Grund deren in den einschlägigen Fachkreisen Konsens über einen voraussichtlichen Nutzen ... besteht«¹⁰³, bis hin zu einer verstärkten Einzelfallbezogenheit, wobei etwa auf den »Gesundheitszustand des Versicherten im Vergleich mit dem Zustand anderer, in gleicher Weise erkrankten, aber nicht mit der in Frage stehenden Methode behandelter Personen ... sowie auch mit dem solcher Personen, die bereits auf diese Weise behandelt wurden oder behandelt werden«¹⁰⁴, gesetzt werden kann.¹⁰⁵

Das brasilianische Oberste Bundesgericht nimmt die Existenz einer Ausnahmeregel an. Im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzes hat es neulich einen Anspruch auf nicht zugelassene Arzneimittel als Ausnahme bejaht.¹⁰⁶ Nun wird eine Grundsatzentscheidung zu diesem Thema erwartet.¹⁰⁷

100 »Für die schulmedizinische Behandlungsmethoden nicht vorliegen«. Vgl. BVerfGE 115, 25 (49).

101 So das BSG: »Die Verordnung eines Medikaments in einem von der Zulassung nicht umfassten Anwendungsgebiet kommt ... nur in Betracht, wenn es (1) um die Behandlung einer schwerwiegenden (lebensbedrohlichen oder die Lebensqualität auf Dauer nachhaltig beeinträchtigenden) Erkrankung geht, wenn (2) keine andere Therapie verfügbar ist und wenn (3) aufgrund der Datenlage die begründete Aussicht besteht, dass mit dem betreffenden Präparat ein Behandlungserfolg kurativ oder palliativ erzielt werden kann.« Vgl. BSGE 89, 184 (191 f.).

102 Vgl. BVerfGE 115, 25 (49).

103 Vgl. BSGE 89, 184 (192).

104 Vgl. BVerfGE 115, 25 (50).

105 Zum Nikolaus-Beschluss des BVerfG und seine Folgewirkungen vgl. *U. Becker*, Das Recht auf Gesundheitsleistungen (Fn. 13), S. 64 ff. Dazu und mehr zur Rechtsprechung des BSG zum Off-Label-Use vgl. *H.-J. Kretschmer*, Aktuelle Rechtsprechung zum Off-Label-Use, in: *U. Becker/N. Wilman* (Hrsg.), Im Zweifel auf Privatrezept? Sozial- und haftungsrechtliche Aspekte des Off-Label-Use, Baden-Baden 2012, S. 41 (47 ff.).

106 Vgl. Entscheidung STA 761-AgR vom 07.05.2005; Entscheidung SL 815-AgR vom 07.05.2015. Dabei ging es um Arzneimittel, die bereits im Ausland im Handel waren.

107 Vgl. RE 657718. Höchst aktuell ist in Brasilien auch der Fall des synthetischen Phosphoethanolamins. Es wurden erste Laboruntersuchungen zu den Antikrebswirkungen des synthetischen Phosphoethanolamins durchgeführt. Dazu vgl. *A. K. Ferreira/R. Meneguel/A. Pereira* et al., Anticancer Effects of Synthetic Phosphoethanolamine on Ehrlich Ascites Tumor: An Experimental Study, *Anticancer Research* 32 (2012), S. 95 ff. Trotz des Fehlens von klinischen Studien haben Krebspatienten die Auslieferung der Substanz (sog. »Krebspille«) gerichtlich ersucht. Nach einiger Verwirrung hat der Bundesgesetzgeber ein Gesetz verabschiedet, das die Herstellung, Einfuhr, Auslieferung, Verschreibung, den Besitz der Substanz und ihre Benutzung durch Patienten mit bösartiger Neoplasie erlaubt – Gesetz 13.269 vom 13.04.2016. Gegen das Gesetz hat die Brasilianische Ärztevereinigung eine abstrakte Normenkontrolle vor dem Obersten Bundesgericht eingeleitet. Im Rahmen dieser abstrakten Normenkontrolle hat das Oberste Bundesgericht nun durch eine einstweilige Verfügung die Wirkungen des Gesetzes vorerst abgestellt. Das Verfahren läuft unter dem Aktenzeichen ADI 5501.

II. Die Organisation des Gesundheitswesens

Wie oben gesagt wurde,¹⁰⁸ wurde das Einheitliche Gesundheitssystem bislang so ausgestaltet, dass jedermann unentgeltlich die Leistungen des Systems beanspruchen darf. Dies soll ein Gebot von Art. 196 BrV sein, der vom »egalitären universellen Zugang« spricht. Allerdings bezieht sich Art. 196 BrV nicht direkt auf das Einheitliche Gesundheitssystem, sondern auf die Gesundheit im Allgemeinen. Darüber hinaus wird der egalitäre universelle Zugang als Ziel formuliert: es wird auf den egalitären universellen Zugang – etwa zu den Leistungen zur Wiederherstellung der Gesundheit – abgezielt. Dies spricht dafür, dass der egalitäre universelle Zugang nicht einen formellen, sondern einen materiellen Sinn hat. Das heißt, Art. 196 BrV geht es nicht darum, dass jedermann unentgeltlich die – beschränkten – Leistungen des Einheitlichen Gesundheitssystems beanspruchen darf, sondern vielmehr darum, dass jedermann mit – umfassenden – Gesundheitsleistungen tatsächlich versorgt werden kann. Wichtiger als der formelle Zugang ist die tatsächliche Versorgung. So werden die obigen Ausführungen zur sachlichen Dimension des Grundrechts auf Gesundheit¹⁰⁹ verständlicher. Der Spielraum der Politik für die Einschränkung der Leistungen der therapeutischen Assistenz ist zwar eng, ihr Spielraum für die Organisation des Gesundheitswesens, einschließlich der Finanzierung, ist aber weit. Das brasilianische Oberste Bundesgericht zeigt in dieselbe Richtung, wenn es im Rahmen des Einheitlichen Gesundheitssystems den Anspruch auf eine Leistung, die nicht im Katalog steht, von der finanziellen Unfähigkeit des Grundrechtsträgers abhängig macht.¹¹⁰ Ferner scheint Art. 32 des Gesetzes 9.656/98, der für die Inanspruchnahme des Einheitlichen Gesundheitssystems durch Privatversicherte die Entschädigung des Einheitlichen Gesundheitssystems durch die Versicherer regelt, aus der Sicht von Art. 196 BrV nicht problematisch.¹¹¹ Aber auch zu tiefgründigeren (Verfassungs)Reformen versperrt Art. 196 BrV nicht den Weg.¹¹² Wichtig ist nur, es sei wiederholt, dass jedermann mit Gesundheitsleistungen tatsächlich versorgt werden kann, sei es durch eine Privatversicherung, sei es durch eine öffentliche Versicherung, sei es durch einen öffentlichen Gesundheitsdienst usw.

F. Ausblick

Sollten die Ergebnisse dieser Untersuchung in einen Satz zusammengebracht werden, könnte er lauten: das Grundrecht auf Gesundheit der BrV – als

108 S. o. B.

109 S. o. E. I.

110 Zu einem Überblick vgl. nur Entscheidung RE 831385-AgR vom 17.03.2015; ARE 725998-AgR vom 15.10.2013.

111 Das Gesetz ist Gegenstand einer abstrakten Normenkontrolle vor dem Obersten Bundesgericht: vgl. ADI 1931. Über die Vereinbarkeit dieser Regelung mit anderen Verfassungsbestimmungen ist freilich nichts gesagt.

112 Art. 196 BrV ist womöglich durch die Ewigkeitsklausel von Art. 60 § 4 IV BrV geschützt.

subjektives Recht des Einzelnen auf Leistungen der therapeutischen Assistenz verstanden – steht nicht im Zeichen der Rationierung, sondern der Rationalisierung. Es ist zwar, in seiner sachlichen Dimension, umfassend. So darf die Aufnahme einer sicheren und wirksamen Leistung in den Leistungskatalog des Einheitlichen Gesundheitssystems nur im Fall marginaler (Zusatz)Wirksamkeit abgelehnt werden; Ausnahmen von der Grundregel, dass die Sicherheit und Wirksamkeit einer Leistung im Wege des Zulassungsverfahrens zu belegen sind und dass dementsprechend eine Leistung erst nach der Zulassung im Rahmen des Einheitlichen Gesundheitssystems zur Verfügung stehen darf, sind mit Rücksicht auf Besonderheiten von Einzelfällen geboten.¹¹³ Es lässt allerdings einen beträchtlichen Spielraum für die Organisation des Gesundheitswesens.

Die Perspektive eröffnet sich nun für diese drei Diskussionsfelder, nämlich die Frage der marginalen Wirksamkeit, die Frage der Grenzfälle und die Frage der Organisation des Gesundheitswesens. Hierzu hat nicht nur eine interdisziplinäre, sondern auch eine internationale Debatte viel beizutragen. Rechtsvergleichung ist weiterhin gefragt.

113 Hinsichtlich zugelassener Gesundheitsleistungen liegt eine Umwandlung des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt (s. o. B.) zu einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt nahe.

Rehabilitation of people with disabilities in Hungary

Questions and Results in Labour Law and Social Law

Inhaltsübersicht

- A. Introduction
 - I. Areas of investigation
 - II. Critical Disability Studies as a unique framework of interpretation
- B. Paradigm shift in rehabilitation
- C. Rehabilitation and labour market transitions
- D. Rehabilitation reform in Hungary from the vocational point of view
 - I. Numbers and definitions
 - II. The reform from a vocational point of view
- E. Rehabilitation and labour law
- F. Rehabilitation and social law – in the light of the transformation of the Hungarian regulation
 - I. The classification of the rehabilitation (social) benefits
 - II. Rehabilitation cash benefits before 2011/12
 - III. Rehabilitation benefits after the reform of 2011/12
 - IV. A special form of rehabilitation: the employment in social care institutions
 - V. Social law and rehabilitation
- G. Conclusion
- H. References

A. Introduction

The findings in this article base on a three year, complex, multi-disciplinary, theoretical and empirical social science research project¹. The aim of this project was to challenge the main hypothesis contained even in the title of a fundamental work of disability studies published 15 years ago in Hungarian and to examine the subject further with empirical research². Scientific results are often born due to *refute* or criticism of former approaches. The content and the title of the said volume indicated that the development of disability as a social phenomenon starts from the Taigetus and moves to equal opportunities. The aim of this research proposal is to confirm or reject this claim, because there are several severe social impacts indicating the reverse movement: from the equal opportunities to the Taigetus during the last decade. A theoretical example: according to research findings of Disability Studies, people with disabilities are strongly oppressed not only in everyday communication, but also in their life situations³. The research aims to register the positive phe-

1 The Taigetus Research Project started in September of 2014 with the support of the National Scientific Research Foundation (NSRF 111917K). The project's name refers to Mount Taigetus in Greece where the people of Spartan left and abandoned newborn disabled children.

2 Kálmán, Zs./Könczei, Gy. (2002).

3 See e.g. Könczei/Hernádi (2011).

nomena equally together with the repressive trends. Just one empirical example: Hungarian Parliament adopted the new Civil Code in 2010. It declared persons with mental – psychosocial or intellectual – disabilities being equal before the law; however, it has never come into force⁴.

This article presents some initial results achieved by the research in the field of labour law and social law. In the recent study the authors looked into the concept of *rehabilitation*.

I. Areas of investigation

The research deals with the following topics:

- i) The chances of a foetus diagnosed with disability coming into the world in the light of the social pressure on the mother;
- ii) Possibilities of a child labelled as disabled to become part of a family and his chance to grow up;
- iii) The chances of women and men with intellectual disabilities to become parents in Hungary;
- iv) The content and context of our main hypothesis, and its relation to social and labour law and the relevant historical findings of disability studies

In each area a variety of complex social science methodologies: statistical analysis, content analysis, narrative interviews, semi-structured interviews, historical analysis, legal history and comparative law analysis, etc. was used.

The critical social science investigation was carried out within the theoretical, conceptual and methodological framework of *Critical Disability Studies* (CDS) as a discipline. Certain elements in the palette of CDS were enriched by the perspective and methodology of other social sciences. These are especially feminist disability studies, jurisprudence, the history of disability and sociological life-path research⁵.

II. Critical Disability Studies as a unique framework of interpretation

(Critical) Disability Studies have approximately half a century of history and this relatively new branch of science defined itself on many different ways⁶. *Critical Disability Studies* can be defined in a necessary and sufficient way by the following four fundamental features:

This discipline is a *critical social science* in the first place. As such, it has its own conceptual scheme and a system of fundamental concepts. Some examples are: the critical reversal of *the concept of normality*, understanding and description of *disableism* and its different phenomena; analysis of the hidden or overt *oppression* of people with disabilities in everyday life. All of this

4 Cf. Hoffman/Könczei (2010).

5 See e. g. Kunt/Hernádi (2016); Sándor/Horváth (2015).

6 For the purpose of this work, the definition developed by the Disability Studies Doctoral Workshop of Bárczi Gusztáv Faculty of Special Education of the Eötvös Loránd University of Science was adopted.

is done within the context of the so-called *models of disability* (moral model, medical model, social model, human rights model, etc.). The task is to explore not the manifested but the *hidden power mechanisms and structures*.

It is especially important that the persons involved could express *in their own voice* their understanding of their own life experience. Thus, persons with disabilities have equal status with *mainstream* researchers.

The dignity has to be respected without restrictions meaning that persons with disability are not objects but collaborating subjects, wearing their own agency in the course of the whole investigation.

B. Paradigm shift in rehabilitation

There has been a change in attitude toward rehabilitation that can be discerned even in rehabilitation-definitions and rehabilitation-literature. This is to be also found in the development of the *passive* (benefits) and *active* (services) *measures* of rehabilitation. This attitude is a paradigm shift in understanding disability under the auspices of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD).⁷

What does a paradigm shift mean? In our understanding, it means making disabled people *active participants* instead of leaving them abandoned and taking decisions over their life without asking for their will and preferences. In rehabilitation it has the same features. People with disabilities seems to become slowly *subjects* of rehabilitation, i. e. become active participants in the course of the actions instead of simply being objects of the services.

Rehabilitation can be a social practice; in the process of it the patient becomes rehabilitated. Persons with disabilities were mostly objects of the traditional rehabilitation process, were in a passive role and were objects of the actions; the new rehabilitation attitude calls for active participation and emphasizes the capabilities. The early assessment of the capabilities has got a crucial role by encouraging one can do instead of the one cannot make. This attitude eliminates the obstacles in the course of the assessment and is based upon the abilities. That is why the assessment provides the dynamic of the rehabilitation process and has become an integrated part of it.⁸

Scientific rehabilitation literature often refers to the subject of the rehabilitation as consumer, client, and agent.⁹ The word »consumer« seems more ideal to describe the »phenomenon« as the success of the rehabilitation contains economic interest, because the rehabilitated person contributes to the production by increasing the productivity level. Consequently, rehabilitation serves economic interest while at the same time lives up to social expectations too.

7 Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/RES/61/106, 24. January 2007, and Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/Res/61/106, 24. January 2007.

8 Power, P. W. (2013), xvii.; Holmes, J. (2007). 12.

9 See more in: Power, P. W. (2013); Holmes, J. (2007); Rubin, S. E./Rosseler, R. T. (2008), 217 ff.

At this point, one of the key controversies of rehabilitation can be seen which is driven by economic and social expectations. Rehabilitation shall be an economic issue. Vocational goals are crucial in it. However, regular activities providing strength, mental and physical abilities for the client are inevitable in the rehabilitation process. Rehabilitation has got a two-faced nature, in which the vocational aims claim priority, but services like sheltered employment, daily routine, self-employment, volunteer work are also integral part of it.¹⁰ Notwithstanding the significance of the rehabilitation benefits serving the social and passive part of the rehabilitation measures.

Rehabilitation measures affect a great number of the world population. The World Health Organization and World Bank »World Report on Disability 2011« cites prevalence data indicating that approximately 1 billion people or 15 % of the world's population lives with disability. 110–190 million adults of them experience severe disability. This number is expected to increase due to global population ageing and increased incidence of chronic diseases together with other environmental factors such as injuries from road traffic crashes, climate change, natural disasters and war conflicts and so on (WHO, 2011).¹¹

The WHO launched an early official definition of rehabilitation in 1980. According to the WHO, this is an organized help that assist individuals with durable or permanent health, physical, intellectual impairments in order to be integrated into the society, and/or their own community. It is a set of coordinated, personalized medical social, pedagogic and vocational measures so that afterwards the rehabilitated person enjoys the participation in the society as entirely as possible.¹²

In 2011 the WHO defined it as a set of measures that assist individuals, who experience or are likely to experience disability, to achieve and maintain optimum functioning in interaction with their environments. These are crucial in order to return to their homes, to the society, to live independently, to participate in education, labour market and to lead a social life.¹³

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD)¹⁴ reorganized even scientific thinking on rehabilitation. Among others, it means a radical shift from the medical model to the social model. It is such an intervention, which contains diagnostic information (medical and psychological diagnosis), psychosocial information (personality, ability, stress, environmen-

10 See more: Power, P.W. (2013), xvii.; Holmes, J. (2007), 12.

11 Concept Paper WHO Guidelines on Health-Related Rehabilitation (Rehabilitation Guidelines) http://who.int/disabilities/care/rehabilitation_guidelines_concept.pdf (2014.0.08.) 2.

12 Könczei, Gy. (2009), 15.

13 Concept Paper WHO Guidelines on Health-Related Rehabilitation (Rehabilitation Guidelines) http://who.int/disabilities/care/rehabilitation_guidelines_concept.pdf (2014.07.08.) 3.

14 On the Convention see: Rothfritz, L. F. (2010), 103–120; Dhanda, A. (2008), 44; Daes, E. I. (1986), 9; Despouy, L. (1993), 4; Beijing Declaration on the Rights of People with Disabilities in the New Century, Adopted on 12 March 2000 at the World NGO Summit on Disability, 7. Degener, T. (2006). 104., Lachwitz, K. (2008), 37–40.

tal barriers) in a process, where all factors play a crucial role for the success of the vocational rehabilitation.

These three definitions are based on the diversity of service delivery to integrate the individual into the society and community. This diversity results in the concept of complex rehabilitation (reforms) in Europe, including Hungary since 2008. The rehabilitation process shall consist of the following elements: identification of problems and needs, relation of problems to modifiable and limiting factors, definition of target problems and target mediator, selection of appropriate measures, planning, implementation and coordination of interventions and assessment of effects.¹⁵

The WHO definition of 2011 reflects the concept of *G. Könczei* from 2009: i.e. rehabilitation is a professional activity of two directions: towards the client and the society. Consequently, rehabilitation improves the state of the client *and* changes the society. The main areas of rehabilitation are: health, social, vocational, psychological, environmental rehabilitation, and empowerment. The assessment of the client's state and the intervention is continuous, the individual stands in the focus of the services, and the intervention affects the personal and environmental factors as well. So the process of rehabilitation results in the success of transforming the client and society at the same time by service delivery on main areas, serving the client's interest.¹⁶

C. Rehabilitation and labour market transitions

The second key controversy of rehabilitation is to be found in the relation of rehabilitation and employment, broader speaking, in the interactions between rehabilitation and labour market transitions. What does it mean?

Rehabilitation in its complexity shall be an employment/employment policy issue thereby serving an economic interest. Aim of the rehabilitation is to reintegrate the disabled individual into the open labour market, which has been changing rapidly in economic and social sense. Besides the changes of the economic relations the human right movements, the integration policy including the fight against social exclusion also affect the law of labour market. These environmental factors are to be followed by the labour law regulation in a reflexive way.¹⁷

15 World Health Organization/The World Bank (2011), 96.

16 Könczei, Gy. (2009), 21–22.

17 Reflexive labour law claims that a new labour law theory is needed to match the complexity of labour law systems in the modern world with an appropriately articulated theoretical design. The core of its approach is to view the legal system as an autonomous functional order, discourse or system, located within the society on the same plane as the economy and political system. In common with these other social sub-systems, the legal system is ultimately guided by the need to protect its own autopoiesis, that is, its self-referentiality and self-reproduction. The recognition of this fact provides the basis for a realistic assessment of the limits, but also the possibilities, of law as mechanism for social change. See: Rogowski, R./Salais, R./Whiteside, N. (ed.) (2011), 230. See more Arthurs, H. (2007), 19–36.

Let us have a closer look at the labour market into which the rehabilitated individual wishes to return. Generally speaking, the new employment forms, technology and scientific results leave the individual abandoned and feeling insecure in the 21st century's world of employment. Labour market has got its tough rules, competition is rising, one needs high self-esteem and professional knowledge to be able to make a living. This environment hardens and challenges either the rehabilitation as a whole including the service delivery and vocational rehabilitation or the individuals of the rehabilitation. If someone liked to have success on the labour market, the following characteristics shall be acquired: developed interpersonal skills, ability for teamwork; good skill to identify and solve problems, to be ready for acquiring new knowledge and technology (such as lifelong learning). The successful adjustment and continuous tolerance of the changing environment, employer's expectations, and consumer's need became the key of the feasible employment. The above-mentioned skills assist the flexibility. To build a carrier and step forward in the line of promotion affect working people as much as never before. By trying to live up to the expectations of the outside world the individual has to cope psychosocially with the change of his/her work ability.¹⁸

Work ethics has also been changed. Hard work, honesty and integrity had greater relevance before than today, changes make the individual feel not to insist to the work-place and tries to find motivation outside of the work like in hobbies and family. According to Murray and Heron work has lost its main role in building up one's personality.¹⁹

Rehabilitation process, that includes vocational rehabilitation and the assessment process are to be adjusted and accommodated to all these changing factors. Paper based assessments are not sufficient; employment situations should be simulated. The assessor shall possess the trends on the labour market, which supposes the cooperation with the labour offices. Assessment shall apply a holistic approach; the client's feeling is to be integrated as disabled people have lower self-esteem. Security would be significant for the rehabilitated individual, but the environment they wish to return is insecure and does not acquire emotional adjustment to the work.²⁰

Tension is to be found in rehabilitation in the 21st century. Rehabilitation has to accommodate to the changing employer's structure, employee's attitude, forms of employment, while the individuals of rehabilitation, i. e. disabled people seem to be incapable to compete. Rehabilitation services shall adjust to the changing economic and social environment; meanwhile disabled people are in need of special services. Rehabilitation is to take into considerations both interests.

In the course of the paradigm shift in rehabilitation there is the above-mentioned tension rehabilitation-policy shall face and take into consideration

18 See more on the psychosocial side in: Murray, B./Heron, R. (2003), 3–4; Holmes, J. (2007), 7–9.

19 Murray, B./Heron, R. (2003), 4.

20 Murray, B./Heron, R. (2003) 5.

while planning, implementing, delivering and assessing services. In rehabilitation reforms the barriers to rehabilitation service could be overcome through a series of actions, including: reforming policies, laws, and delivery systems, including development or revision of national rehabilitation plans; developing funding mechanisms to address barriers related to financing of rehabilitation; increasing human resources for rehabilitation, including training and retention of rehabilitation personnel; expanding and decentralizing service delivery; increasing the use and affordability of technology and assistive devices; expanding research programs, including improving information and access to good practice guidelines.²¹ Beside all these the role of the assessor and the assessment procedure has become crucial in order to help the rehabilitated individual to overcome the labour market's barriers.

Taking into considerations the above written challenges the Hungarian rehabilitation reform will be presented in two aspects. First the rehabilitation reform will be presented from a vocational point of view, i. e. how the amendments support the reintegration of disabled people to the labour market. Secondly the passive part of the rehabilitation reform will be outlined focusing on the rehabilitation benefits.

D. Rehabilitation reform in Hungary from the vocational point of view

I. Numbers and definitions

According to the Hungarian statistics of 2011 21,5 % of people between the age of 15–64 reported an illness or health problem lasting longer than six months, altogether it entails 1 439 000 people including 669 000 men and 770 000 women. 685 000 men and 770 000 women between the age of 15–64 living in 1 472 000 private households and having permanent health problem, illness or impairment reported hindrance in employment. They are to be called persons with changed working abilities.²² According to the data of the 2001 census, 577 000 persons with disabilities lived in Hungary (5.7 % of the population).²³ According to the Alliance of the Hungarian Accredited Employers (AHAE), accredited employees employ recently about 24 000 people. These people are euphemistically called by the legal system *persons with changed working abilities*.²⁴ The economic indicators of these people are very disadvantaged; they are underrepresented on the labour market. 185 000 peo-

21 On to overcome barriers see World Report on Disability (2011), 103–104.

22 *Megváltozott munkaképességűek a munkaerőpiacon*, (2011), Központi Statisztikai Hivatal, 2012. május (Persons with changed working ability on the labour market, 2011, Central Statistics Office, May 2012); <http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/pdf/megvaltmunkakep.pdf> (2014.07.08.) 3. 6.

23 Source: Central Statistics Office (2001).

24 According to the Alliance of the Hungarian Accredited Employers based on the data of the National Rehabilitation and Social Office.

ple of the age between 15–64 (within 767 000 persons with changed working ability) were active on the labour market, 46 000 people were unemployed.²⁵

The term »employee/person with changed working ability« is a speciality of Hungarian disability legislation. The definition of people with changed working abilities is laid down on one hand in § 58 of IV of 1994 on the support of employment and unemployment services. This legal definition refers to »employees« and not to »people«. Employees with changed working abilities are people with physical and mental disability, or whose chance for the maintenance of the workplace and being employed has been decreased because of their disability. The concept of employee with changed working abilities refers to people who have already been/worked on the labour market. (However, in the meantime, their working abilities *changed* i. e., became *reduced*). On the other hand, definition of people with changed working abilities can be also found in § 2 of Act No. CXCI of 2011 (in force since 1 January, 2012) on the Services of People with Changed Working Abilities.

The definition of a disabled person is laid down in § 4 of Act No. XXVI of 1998 on the Rights and Equalizing Opportunities of Persons with Disabilities. This definition is closed to the WHO definition of 2002. Persons with mental or physical disability are included in the definition of employee with changed working abilities, but there is a considerable part of disabled people who are not covered. Therefore, not all the legal provisions can be applied for disabled people, which may be applied for employees with changed working abilities. Some disabled people belong to the term »employee with changed working abilities«, but e. g., people with intellectual and psychosocial disabilities mainly do not (they are very rarely employed). Therefore, they are invisible not only in the Hungarian legislation mostly, but also in the data collection. It is so, because many questionnaires refer to employees with changed working ability.²⁶

Let us now have a closer look to the rehabilitation definitions in the Hungarian legislation. § 4 of Act No. XXVI of 1998 on the Rights and Equalizing Opportunities of Persons with Disabilities describes rehabilitation as a process taking place in health, mental hygiene, education, training, retraining, vocational, social systems to develop, maintain the abilities of disabled persons, and to assist their participation in social life and promote their independent living.

§ 1 of Act No. CXCI of 2011 on the Services of People with Changed Working Abilities defines rehabilitation as a complex system of medical, social, training, vocational and other measures to integrate the person with changed working ability to the labour market, to prepare him/her to the appropriate

25 Megváltozott munkaképességűek a munkaerőpiacon, 2011, Központi Statisztikai Hivatal, 2012. május (Persons with changed working ability on the labour market, 2011, Central Statistics Office, May 2012); <http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/pdf/megvaltmunkakep.pdf> (2014.07.08.) 7.

26 See more on the employment issue of disabled people in the Reports of the Hungarian Commissioner of Fundamental Rights: accession into the labour market in AJBH-2618/2012., the working circumstances and completion of the policy »reasonable accommodation« in AJBH-5360/2012., education system for the efficient employment in AJBH-4832/2012.

employment, to secure his/her placement at an appropriate workplace pursuant to his/her abilities.

In accordance with the Hungarian provisions rehabilitation is a process and is to be realized between systems. The connection between rehabilitation and labour market is inevitable. However, there is a contradiction and notwithstanding a discrimination within the group of disabled people in the access to the rehabilitation services. Persons with changed working ability fall under the personal scope of rehabilitation provisions. Consequently, people with previous work experience and being secured under the social security system are entitled to service delivery. People without being secured in the social security system and being unemployed, living on benefits, fall out of the personal scope of rehabilitation provisions. People living with intellectual and psychosocial disabilities are often excluded from the advantages of rehabilitation, as they cannot enter into the rehabilitation system lacking the previous secured period prescribed by the legislator. Obviously, it all results in discrimination among disabled people, as all of them shall have equal access to rehabilitation services (according to Article 26 of the CRPD²⁷).

II. The reform from a vocational point of view

Avoiding the benefits trap and emphasizing the return to the labour market drove Hungarian rehabilitation reforms. The balance between these two goals seems to be hard in the Hungarian legislation. On the avoidance of the benefits trap the »rehabilitation and social law« part of this essay offers a general overview. In this part the reform is to be examined from the vocational point of view, i. e. how vocational rehabilitation serves the labour market integration?

Hungarian legislation has been well on the way to reconstruct the provisions on rehabilitation promoting the complexity of the system by the amendments of 2007²⁸ and 2011²⁹. Complex rehabilitation promotes the integration

27 1. States Parties shall take effective and appropriate measures, including through peer support, to enable persons with disabilities to attain and maintain maximum independence, full physical, mental, social and vocational ability, and full inclusion and participation in all aspects of life. To that end, States Parties shall organize, strengthen and extend comprehensive habilitation and rehabilitation services and programmes, particularly in the areas of health, employment, education and social services, in such a way that these services and programmes:

Begin at the earliest possible stage, and are based on the multidisciplinary assessment of individual needs and strengths;

Support participation and inclusion in the community and all aspects of society, are voluntary, and are available to persons with disabilities as close as possible to their own communities, including in rural areas.

2. States Parties shall promote the development of initial and continuing training for professionals and staff working in habilitation and rehabilitation services.

3. States Parties shall promote the availability, knowledge and use of assistive devices and technologies, designed for persons with disabilities, as they relate to habilitation and rehabilitation.

28 321/2007. (XII. 5.) Korm. rendelet a komplex rehabilitációról (Government order No 321 of 2007 on the complex rehabilitation), a rehabilitációs járadékról szóló 2007. évi LXXXIV. törvény (Act No. LXXXIV of 2007 on the rehabilitation benefit).

29 2011. évi CXCI. törvény a megváltozott munkaképességű személyek ellátásairól és egyes törvények módosításáról (Act No. CXCI of 2011 on the benefits of persons with changed working ability and amend-

to the open labour market for those, whose rehabilitation is recommended according to the assessment of the rehabilitation authorities.

However, regarding the previous described employment data and the statistics in Table 1 (Number of the decisions which provided disability pensions and rehabilitation benefits from 2000 to 2011) and Table 2 (Disability and rehabilitation benefits – without the income and property means-tested benefits in 2011) and Table 3 (Rehabilitation and disability benefits for people who have not reached the retirement age in 2011 and 2013) it is obvious, that the double aim of rehabilitation is hard to be realized. As *Könczei* emphasized »rehabilitation is a professional activity of two directions: towards the client and the society ... and ... results in the success of transforming the client and society at the same time by service delivery on main areas in the client's interest.« After the amendments in 2007 and 2011 the legislator may say there has been a general reconstruction of rehabilitation that transforms the client and the society as a whole. However, consistent with the data collection the avoidance of benefits trap seems to have been far more important in the course of the reform than labour market integration by the active rehabilitation services. The focus is still on the prevention of unentitled benefit claims. As far as the sustainability of the social care system is concerned, this focus is inevitably essential, but the emphasis on the open labour market integration is inequitably neglected in the legislative measures and the political discourse. What can the reasons be for that?

While presenting the paradigm shift and the relation between rehabilitation and labour market transitions the role of early assessment and the assessor were enlightened, and these are considered to be inappropriate in the reform actions. We believe, that the labour market integration is hindered by the lack of the following factors in the rehabilitation process:

- promotion of the psychological rehabilitation and training;
- promotion of the vocational rehabilitation and the complete description of the work-related assessment. The assessment method worked out in common law practice might set a good example for the Hungarian legislation.
- Legal and ethical regulation of the assessor's work (rights and duties).
- Enabling the labour market integration by connecting placement of the client with the rehabilitation process. This connection seems to be realized by the employment policy measures and labour market services. Nevertheless, placement does not seem to be a key issue in the rehabilitation process. This should be an essential part of the assessor's and rehabilitation professional's duties outlined by a detailed regulation. The work related assessment should be combined with the placement's crucial factors: employability, compliance with the employers' expectations and the correspondence of the work and qualification.

ments of other acts), 327/2011. (XII. 29.) Korm. rendelet a megváltozott munkaképességű személyek ellátásaival kapcsolatos eljárási szabályokról (Government order No. 327 of 2011 on the procedural rules of benefits of persons with changed working ability).

- In the course of assessment there is a criterion: the individual can be rehabilitated, but it is not recommended. It is a detention in the motivation to the labour market.³⁰

Supported employment has been called into being by the provisions of Governmental Decree No. 327 of 2012 on the budgetary subventions of the employment of employees with changed working ability. However, the limitation of the personal scope to employees with changed working ability discriminate against disabled people, as people with previous labour market experience and secured period are entitled for the services.

Supported employment is a complex process of the following components:

- professional program and action plan delivered by the accredited employer,
- personal rehabilitation plan delivered in accordance with the rehabilitation plan worked out by the National Rehabilitation and Social Office. The rehabilitation counsellor prepares it by means of the rehabilitation mentor.
- There are rehabilitation professionals such as the before mentioned rehabilitation counsellor and rehabilitation mentor.
- Assistive services.
- Assisting person.
- Work probe.
- Wage-subsidy.

In spite of the endeavour to establish supported employment as feasible link to the open labour market the Hungarian regulation rather fails to live up to the *assess-train-place-train-maintain* practice.

Article 26 of the CRPD revealed the holistic approach of rehabilitation (likely to all disability policies), i. e. rehabilitation shall fit into employment, adult-protections, education and social security. The Hungarian vocational rehabilitation is linked to employment and social policy thanked to the pension reform and the labour market services. Successful vocational rehabilitation supposes successful placement of the client presuming the interrelation of labour market services and vocational rehabilitation. This expects the assessor to be knowledgeable of the employer's demand, and to orientate the client towards these expectations. Shortages of the Hungarian regulation including discrimination among disabled people in the access to service delivery detain feasible employment on the labour market as a result of successful rehabilitation.

E. Rehabilitation and labour law

There is a further aspect to be summarizing shortly, i. e. relation between rehabilitation and labour law. Naturally, rehabilitation is rather an employment issue in a broader sense. Nevertheless, there are connections between

³⁰ It was criticized by Prugberger, T. (2014), 1–2.

these two regulations in a narrow sense. Regarding the Hungarian legislation some provisions of Act No. 1 of 2012 on the Labour code are to be presented.

§ 51 of the Labour Code prescribes reasonable accommodation towards disabled people. Meaning of reasonable accommodation shall be outlined by the judicial practice. In spite of this after successful placement of the client the cooperation between the employer and the rehabilitation professionals would be essential to maintain the client's work and to adjust if necessary the workplace and work conditions. This cooperation is also crucial in the case of the employment of *incapacitated employee* under § 212 of the Labour Code. The term is rather questionable in the light of the full legal capacity theory of disabled people under Article 12 of the CRPD.³¹ Despite the term, the aim of the legislator is appreciated, i. e. establishment of the right to work of people living with intellectual and psychosocial disability. However, these people fall mainly out of the rehabilitation system as having no work-experience and no secured period in the social security system. The contradiction should be resolved within the rehabilitation regulation as already mentioned earlier.

F. Rehabilitation and social law – in the light of the transformation of the Hungarian regulation

The connection between the rehabilitation and employment and labour law has been analysed above, which has a very important role because the main source of the individual's livelihood is the labour income in the modern societies. Therefore the main aim of the modern social policy systems is encourage of the return to the labour market, i. e. rehabilitation in broad sense.³²

This encourage is very important objective of the narrow sense of rehabilitation – which has been analysed in the first part of this article – and this has not only employment tools but the role of the social policy is significant, as well. Thus firstly we would like to analyse the social benefits and their classification which main aim is this rehabilitation.

I. The classification of the rehabilitation (social) benefits

The social benefits can be differently classified but always contain two main criteria. *The first criterion* is the *funding* of the benefits: thus the *social insurance benefits* and *benefits financed by taxes* can be distinguished.³³ This criterion has a main role in the Bismarckian social policy systems, where the social security (social insurance) has a central role in the welfare system. It was highlighted by Gøsta Esping-Andersen that the main objective of these Bismarckian system is the income security of the »breadwinner« of the fa-

31 On full legal capacity see: Dhanda, A. (2007), 429–462 (431); Dhanda, A. (2008), 43–61. Hoffman, I./Könczei, Gy. (2010).143–172; LCCP No 119 Mentally incapacitated adults and Decision-Making: An Overview, London, HMSO 1991, paras. 2.30.–2.40., Hale, B. (1997), 63.

32 See more Krémer, B. (2009), 120–122 and Fazekas, M. (2004), 280–282.

33 See more Fazekas (2004), 283–285.

mily.³⁴ Thus the social allowances financed by the obligatory contributions of the employees are significant tools of the social protection. Traditionally *income replacement benefits* are provided by this system, especially benefits for accidents at work and for permanent incapacity for work due to disability. Thus – in its original form – the central objective of the model was the provision of the social protection and not the rehabilitation. Therefore the phenomenon of »welfare without work« could evolve.³⁵

This trap wanted to be solved by employment policy measures (which measures have been analysed above). In the classical Bismarckian systems the social contributions which are the funds of the social security allowances are managed separately from central tax incomes. These contributions are assigned incomes and these contributions are defended by the fundamental right to property. Thus the contributors have a right to a constitutionally defended entitlement.³⁶ Although this insurance principle is widely used by the Bismarckian systems the solidarity principle prevails as well. The second main group of these benefits are the *benefits financed by (central or local) tax incomes*. These benefits are not based by assigned incomes but they are funded by the (general) tax incomes, therefore the legislator has a freedom to define the aim and amount of these benefits. In the modern welfare states the constitutional frameworks of the provision of these benefits are the principle of *rule of law* and the protection of the acquired rights (which could be derivable from the rule of law) and the constitutional defence of other fundamental rights of the persons (especially the defense of the right to life and human dignity).³⁷

The second criterion of the classification is the *access to the benefits*. *Social security (insurance) benefits, universal benefits and means-tested benefits* can be distinguished.³⁸ As we have mentioned the social insurance benefits have a great importance in the Bismarckian systems, but they can be observed in the Anglo-Saxon and Nordic countries as well. Although the universal benefits can be observed in the field of rehabilitation benefits, their role is not very significant. The rehabilitation benefits are mainly based on a special status – especially disability or altered working condition – therefore the universality cannot be used as a main principle. Therefore the means-tested benefits – which test is based on the personal need or partially on the testing of the property or income means – have a more significant role. Especially the test of the personal means has relevance, mainly the test of disability or altered working conditions. These means tested benefits are the main benefits of the Anglo-Saxon countries, but they are relatively important in the Bismarckian systems as well, as »the last resort« of the social systems.³⁹

34 See more Esping-Andersen, G. (2006), 17.

35 See more Esping-Andersen, G. (2006), 18.

36 The classical example of this system is the German social security model which is analysed in detail by Kirchof, F. (2007), 1442–1448.

37 See more Hoffman, I. (2015), 37–38.

38 See more Fazekas (2004), 284.

39 See more Gilson, S. F./DePoy, E. (2008), 209–212.

As it has been analysed above, several paradigms on disability have evolved. Although the rehabilitation has a wider interpretation framework than disability these paradigms may serve as useful tools for the interpretation of the rehabilitation benefits. Although the *most modern* paradigm is now *the social and the human rights models of disability*, the *cash benefits* are mainly based on the *medical model of disability*. It is highlighted by the literature on the rehabilitation benefits that the main reason of this phenomenon is that the provision of these benefits is based on the allocation of limited resources. The medical model of disability – which is based partially on a scientific approach and therefore it provides an objectivised method – offers the possibility of the establishment of a predictable and controllable distribution system. This approach has been transformed in the Western welfare democracies in the last decades as by the development of the disability studies. New approaches and viewpoints have been evolved but *the prevailing paradigm has remained the medical model in the field of the cash benefits*.⁴⁰

II. Rehabilitation cash benefits before 2011/12

The Hungarian rehabilitation system used to be a multi-element one. This model has evolved after the Change of the (former Communist) System after 1990. It was based on the social security (insurance) benefits, but the personal and the income means-tested benefits played an important role as well.

Thus the former system was a *three-pillar* one. The first and main pillar was the *social security (insurance)* element of it. The main social security benefit was the *disability pension*. The eligibility to this pension was based on the service time that was determined by the law and was proportional to the age of the given person. Thus this pension was obviously a social insurance benefits because of the required insurance time. The system of the disability pension was strongly criticised: the income replacement nature of the Bismarckian systems was preserved by it. Thus the promotion to the return to the labour market – the rehabilitation – was just an additional aim. It is highlighted by several authors that – as an unintended side effect – this system was a tool of the unemployment policy, similarly to the solutions of other Eastern Central European countries.⁴¹ Therefore the number of the decisions – which provided this benefit – was decreased from the end of the 1990s.⁴² This system was transformed by the reform in 2007. The Act LXXXIV of 2007 changed the central element of the system: the concept of reduced capacity to work was replaced by the health damage and the people who were classified as rehabilitated persons by a complex (but mainly medical) expert opinion were entitled to a new benefit, the rehabilitation benefit. These persons were obliged to conclude a rehabilitation agreement with the bodies of the National Employment Service and as a part of this agreement they should cooperate

40 See more Erkulwater, J. (2006), 226–227.

41 See more Horschelmann, K. (2004), 222–224.

42 See more Table 1.

with the employment service. Thus the main aim of the new system was to prevail the principle of rehabilitation but this objective was fulfilled only partially. The number of the decisions, which provided the rehabilitation benefit, was grown in 2009 and 2010 – because the term of the mandatory revision of the former benefits ended in 2010 – but in the last year of this system, in 2011 the number of these decisions was decreased.

Table 1: Number of the decisions those provided disability pensions and rehabilitation benefits from 2000 to 2011

Year	Number of decisions which provided disability pensions	Number of decisions which provided rehabilitation benefits
2000	54 196	
2004	45 966	
2008	26 272	2246
2009	23 238	12 525
2010	24 994	13 210
2011	22 097	8532

Source: KSH Statdat⁴³

The *second pillar* was the system of the *income replacement benefits*. These benefits had a mixed nature: they were mainly means-tested benefits, but primarily they were based on the personal needs. Those people were entitled to these benefits who had minor health damage or minor reduced capacity to work or had a short service time and therefore they could not be entitled to the disability pension. Other group was the benefits of the risked occupations – the for example the benefits for miners and ballet dancers. The amount of these benefits was lower than the social security (insurance) benefits. These allowances were originally income replacement ones but the principle of rehabilitation had a more significance in the regulation of these benefits after 2007. The *disability benefit* was institutionalised as an additional income in 1998. The main aim of this benefit has been the reduction of the additional cost associated with the disability of the given persons. This benefit was introduced by the Act XXVI of 1998 on the Rights of People with Disabilities and on the Provision of their Equal Opportunities. The introduction of it was a unification of the benefits: formerly separated benefits were institutionalised for the different disability groups.

The *third pillar* of this system was the pure means-tested, income replacement benefits. Those people were entitled to these benefits who did not have labour income and properties and did not have former service time. The main

43 See http://www.ksh.hu/docs/hun/xstadat/xstadat_eves/i_fsp002.html (downloaded at January 31st 2016).

form of these benefits was the regular social aid which was defined by the Act III of 1993 on the Social Administration and on the Social Care.

As it has been already mentioned, the main aim of these cash benefits was the *replacement of the* income, and the rehabilitation was only an additional objective that was institutionalised mainly after the revision of the system in 2007. In the following we would like to show the budget expenditures on the given pillars in 2011, in the last year of this three-pillar system.

Table 2: *Disability and rehabilitation benefits – without the income and property means-tested benefits in 2011*

Pillar	Type of the benefit	Budget expenditure (Million HUF)
<i>Social security (insurance) benefits</i>	Disability pension for the people who reached the retirement age	380 496.3
	Disability pension for the people who didn't reach the retirement age	279 035.7
	Rehabilitation benefit	25 644.0
<i>Mixed benefits</i>	Disability allowance	13 340.0
	Allowance of people with altered working condition	61 726.0
	Allowances of the miners	7610.0
	Additional income for people with altered working conditions	500.0
All (for the people who reached the retirement age)		380 245.7

Source: Act CLXIX of 2010 (1 EUR was approx. 300 HUF in that time)

III. Rehabilitation benefits after the reform of 2011/12

The transformation of the former system was predicted by the new regulation of the Hungarian Constitution, by the Fundamental Law of Hungary (published on April 25th 2011). The article XIX of the Fundamental Law of Hungary changed the content of the social protection. The former right to social protection was replaced by the pursuit of social protection. Thus the social protection is now an aim of the state and not a fundamental right therefore the constitutional defence of the social benefits has been diminished, as well.⁴⁴

The new Act on the benefits of people with altered working conditions (Act No. CXCI of 2011 on the benefits of persons with changed working ability and amendments of other acts, furthermore referred to as *Mmtv.*) was associated with this constitutional basis. The legislator had a greater freedom to

44 See more Hoffman, I. (2013), p. 244.

define the new system. Thus the former disability pension and the rehabilitation benefit were cancelled and they were merged into the new system of the benefit for people with altered working conditions. As we have mentioned, the constitutional defence of the social benefits was revised by the new regulation. After January 1st 2012 the pension for the people who have reached the retirement age and the preferential pension of the women who have more than 40 services the Fundamental Law of Hungary defends years. Social benefits have a reduced defence. Thus it was not a strong constitutional obstacle to the radical transformation of the rehabilitation benefits. Firstly the amount of the new benefit could be defined on a lower level by the legislator. Secondly, the entitlement to the new benefit has been based on a new complex examination. After the analysis of the text of the Mmtv and its implementation decrees it could be highlighted that they follow in their *terminology* the social model of disability, because the concept of reduced capacity to work and the concept of health damage has been replaced by the concept of altered working conditions and the examination is – theoretically – not a medical but a complex one. Although the terminology has changed the *medical model* prevails. It is highlighted by the administration of the new system: the rehabilitation bodies make the decisions on the provision of the new benefit. Benefits are being funded by the Health Insurance Fund.⁴⁵ Although the new benefit is has a social security (insurance) one but this nature prevails only limitedly because the amount of the benefits are typically maximised by the law. Thus the benefit for the people with altered working conditions was divided from the Hungarian pension system. This division has been highlighted by the new rules on the entitlement: those people can be entitled to the benefit for people with altered working condition who have not reached the retirement age. The disability pensions for those people who have reached the retirement age converted into retirement with the same amount as they have received as disability pension.

The return of the beneficiaries to the labour market was encouraged by the complex examination of the altered working condition, the overall declining benefit amount, the strong obligation to the cooperation with the National Employment Service. However the central approach of the regulation was the sanctioning of the offense of the cooperation obligation and not the enabling of the people with altered working condition to the return of the labour market. Thus the Anglo-Saxon nature element prevailed instead of the former Bismarckian approach.

Although this system has a social insurance nature several formerly means tested allowances were merged into the new benefit. Thus the majority of the former second pillar of the system was united with the former first pillar. Just several benefits that were based on the former special occupations of beneficiaries could be remain independent allowances (such the allowance of the ballet dancers, the temporary allowance of the miners and the benefit for the

45 Hoffman (2013), 248.

former members of the Hungarian armed forces).⁴⁶ The *disability benefit* remained and its amount has risen.

The *means-tested pillar* (especially the benefits which were based on the income and property means-test) has remained independent. The principle of rehabilitation was strengthened by the reform of 2015. The former regular social benefits were replaced by the benefit for people with health damage and for child care, because this benefit is a »last resort« for the people with disability and the people with altered working conditions.

Thus the system practically became to a two-pillar one and the role of the social insurance approach was reduced in association with the government expenditure reductions.

Table 3: *Rehabilitation and disability benefits for people who have not reached the retirement age in 2011 and 2013*

Year	Expenditure (in Million HUF)
2011	380 245.7
2013	349 000.0

Source: Act CLXIX of 2010 and Act CCIV of 2012

IV. A special form of rehabilitation: the employment in social care institutions

A special form of the rehabilitation was institutionalised by the amendment of the Act III of 1993, the employment of the clients of the social care institutions. The main aim of this special form of employment is the rehabilitation of the clients of the residential social care institutions.

Firstly, this employment is part of the social care services, because it has a rehabilitation and development goals in accordance with the personal care plan of the given client. On the other hand this is an employment relationship within the social institutions that has a strong connection to the labour law. This connection was very strong before the codification of the new Hungarian Civil Code and Labour Code, because this form was very tool for the employment of people without active legal capacity. Although the Act III of 1993 allowed employing the people without legal active legal capacity but the Hungarian Constitutional Court stated in the Resolution No. 39/2011 (published on 31st May) that the legislator made an unconstitutional omission when the employment of the people without active legal capacity was not regulated by the Labour Code. After the resolution of the Constitutional Court the Parliament passed the new Labour Code. The article 212 of the Mt regulated this field. After passing the new Labour Code this act became to the subsidiary regulation to the employment in the social institutions.

⁴⁶ See the regulations of the Government Decree No. 333/2011 (published on December 29th).

This form of employment has merely a rehabilitation nature and it should be in accordance with the personal care plan, thus it is a tool of the social care as well. This form of employment has two types: *work-rehabilitation* and *developer employment*. The work-rehabilitation has a stronger personal care nature. The developer employment has a different nature: the client is prepared to the return to the labour market by this form of employment. These forms of employment could be organised only by licensed social institutions. The license is given by social authorities (the Count Government Offices). These bodies inspect the employment.

The rights and the protection of the clients as employees are regulated by the Act III of 1993 and by its implementing decrees. Thus this employment has mainly a rehabilitation nature that helps the clients of the social institutions.

V. Social law and rehabilitation

The principle of the rehabilitation has been strengthened by the revision of the legislation on people with altered working conditions. However this trend resulted the erosion of the traditional Bismarckian structures of the Hungarian welfare system. In the field of the personal social care new institutions have evolved, primarily the employment in social institutions can be highlighted.

G. Conclusion

Rehabilitation is a complex issue being connected to the social law regulation and indirectly to the labour law regulation. This essay presented the active and passive measures of the Hungarian rehabilitation in the course of the reforms since 2007. The rehabilitation reform in Hungary successfully decreased the public expenditure of disability benefits for people who have not reached the retirement age. However, if we look closer to the new paradigm of rehabilitation, there are shortages in the regulation of the Hungarian rehabilitation. The new paradigm of rehabilitation says: people with disabilities seems to become slowly *subjects* of rehabilitation, i. e. become active participants in the course of the actions instead of simply being objects of the services. As rehabilitation has got a two-faced nature, in which the vocational aims claim priority, but services like sheltered employment, daily routine, self-employment, volunteer work are also integral part of it, finding the balance shows the sustainability of a rehabilitation system.

H. References

2011. évi CXCI. törvény a megváltozott munkaképességű személyek ellátásairól és egyes törvények módosításáról (Act No. CXCI of 2011 on the Services of People with Changed Working Abilities)
- 321/2007. (XII. 5.) Korm. rendelet a komplex rehabilitációról. (321/2007. Governmental Decree on Complex Rehabilitation)
- 327/2011. (XII. 29.) Korm. rendelet a megváltozott munkaképességű személyek ellátásaival kapcsolatos eljárási szabályokról (327/2011. Governmental Decree on the Rules concerning services of Persons with Reduced Working Capacities).
- A rehabilitációs járadékról szóló 2007. évi LXXXIV. törvény (Act No.LXXXIV of 2007 on the rehabilitation benefit).
- Arthurs, H. (2007). Corporate Self-Regulation: Political Economy, State Regulation and Reflexive Labour Law. In: Brian Bercusson – Cynthia Estlund (ed.): *Regulating Labour Law in the Wake of Globalisation. New Challenges, New Institutions*. Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon. 19–36.
- Beijing Declaration on the Rights of People with Disabilities in the New Century, Adopted on 12 March 2000 at the World NGO Summit on Disability, www.dinf.ne.jp (2010.08.24.)
- Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/RES/61/106, 24. January 2007, és Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities, UN Doc. A/Res/61/106, 24. January 2007
- Daes, E. I. (1986). *Principles, Guidelines and Guarantees for the Protection of Persons Detained on Grounds Mental Ill-Health or Suffering from Mental Disorder*. United Nations Sales Publications, Nr. 85. XIX. 9, New York.
- Degener, T. (2006). Menschenrechtsschutz für behinderte Menschen, Vom Entstehen einer neuen Menschenrechtskonvention der Vereinten Nationen. *Vereinte Nationen*, 3, 104–110.
- Despouy, L. (1993). *Human Rights and Disabled Persons*. United Nations Sales Publications, Nr. E. 92. XIV. 4, New York, www.un.org/esa/socdev/enable/dipaperdes2.htm (2010.08.24.)
- Dhanda, A. (2007). Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the past or Lodestar for the future? *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, 34, 429–462.;
- Dhanda, A. (2008). Constructing a new human rights lexicon: Convention on the Rights of Persons with Disabilities. *Sur. International Journal on Human Rights*, 8, 43–61.
- Erkulwater, J. (2006): *Disability Rights and the American Safety Net*. Cornell University Press, Ithaca (NY) – London (UK)
- Esping-Andersen, G. (2006): *Ismét a Jó Társadalom felé? Esély* 18 (6)
- Fazekas, M. (2004). Szociális igazgatás. In: Ficzer, L. – Forgács, I. (eds.): *Magyar közigazgatási jog. Különös rész európai uniós kitekintéssel*. Osiris Kiadó, Budapest
- Gilson, S. F./DePoy, E. (2008). Explanatory Legitimacy: A Model for Disability Policy Development and Analysis. In: Sowers, K. M. & Dulmus, C. N. (eds.): *Comprehensive Handbook of Social Work and Social Welfare*. Wiley, Hoboken (NJ), pp. 209–212.
- Hale, B. (1997). Mentally Incapacitated adults and Decision-Making: The English Perspective. *International Journal of Law and Psychiatry*, 1. 59–75
- Ingeborg Hedderich, I./Zahnd, R. (Hrsg.) (2016). *Teilhabe und Vielfalt: Herausforderungen einer Weltgesellschaft, Beiträge zur Internationalen Heil- und Sonderpädagogik*, Klinkhardt Verlag, Bad Heilbrunn

- Hoffman, I./Könczei, Gy. (2010). Legal Regulations Relating to the Passive and Active Legal Capacity of Persons with Intellectual and Psychosocial Disabilities in Light of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Impending Reform of the Hungarian Civil Code. *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Review*, 1. 143–172.
- Hoffman, I. (2013). Szociális igazgatás. In: Lapsánszky, A. (szerk.): *Közigazgatási jog. Fejezetek szakigazgatásaink köréből. III. kötet Humán közszolgáltatások igazgatása*. Complex, Budapest
- Hoffman, I. (2015). Bevezetés a szociális jogba. ELTE Eötvös, Budapest
- Gilson, S. F. & DePoy, E. (2008): *Explanatory Legitimacy: A Model for Disability Policy Development and Analysis*. In: Sowers, K. M. & Dulmus, C. N. (eds.): *Comprehensive Handbook of Social Work and Social Welfare*. Wiley, Hoboken (NJ)
- Hörschelmann, K. (2004). The social consequences of transformation. In: Bradshaw, M. & Stenning, A.: *East Central Europe and the Former Soviet Union. The Post Socialist States*. Edinburgh, Pearson
- Kálmán, Zs./Könczei, Gy. (2002). *From Taygetus to Equal Opportunities*. Osiris Publ. Co., Budapest (in Hungarian)
- Kirchhof, F. (2007). Finanzierung der Sozialversicherung. In: Isensee, J. – Kirchhof, P. (hrsg.): *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V Rechtsquellen, Organisation, Finanzierung*. C. F. Müller, Heidelberg
- Könczei, Gy./Hernádi, I. (2011). A fogyatékoságtudomány főfogalma és annak változásai hipotetikus kísérlet rekonstrukcióra. In: Nagy Zita Éva (szerk.): *Az akadályozott és egészségkárosodott emberek élethelyzete Magyarországon: Kutatási eredmények a TÁMOP 5.4.1 projekt Kutatási pillérében*. Budapest: Nemzeti Család- és Szociálpolitikai Intézet (NCSSZI)
- Könczei, Gy. (2009). A rehabilitációs és a fogyatékoság. In: *Bevezetés a komplex rehabilitációba. Szöveggyűjtemény. Fogyatékoságtudományi Tudásbázis. Eötvös Loránd Tudományegyetem Bárczi Gusztáv Gyógypedagógiai Kar, Budapest*
- Krémer, B. (2009): *Bevezetés a szociálpolitikába*. Napvilág Kiadó, Budapest
- Kunt, Zs./Hernádi, I. (2016). »The Voices of Mothers – Recent debates on prenatal screening and disability (OTKA K111917).« Paper presented in the Lancaster Disability Studies Conference, 07.09.2016, Lancaster, Lancaster University, United Kingdom.
- Lachwitz, Klaus (2008). Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderung, *BtPrax*, 4, 37–40.
- LCCP No 119 (1991). *Mentally incapacitated adults and Decision-Making: An Overview*, London, HMSO. paras. 2.30.-2.40.
- Megváltozott munkaképességűek a munkaerőpiacon. (2011), Központi Statisztikai Hivatal, 2012. május; <http://www.ksh.hu/docs/hun/xftp/idoszaki/pdf/megvalt munkakep.pdf> (2014.07.08.)
- Power, P. W. (2013). *A Guide to Vocational Assessment*. PRO-ED An International Publisher, Austin, Texas.
- Holmes, J. 2007. *Vocational Rehabilitation*. Blackwell Publishing, Oxford.
- Prugberger, T. (2014). A társadalombiztosítás problematikus és lehetséges továbbfejlesztési kérdései. *Polgári Szemle* (10) 1–2. http://epa.oszk.hu/00800/00890/00058/EPA00890_polgari_szemle_2014_1-2_584.htm (2014.07.21)
- Reports of the Hungarian Commissioner of Fundamental Rights: accession into the labour market in AJBH-2618/2012., the working circumstances and completion of the policy »reasonable accommodation« in AJBH-5360/2012., education system for the efficient employment in AJBH-4832/2012.

- Rogowski, R./Salais, R./Whiteside, N. (ed.) (2011). Transforming European Employment Policy- Labour Market Transitions and the Promotion of Capability. Edward Elgar Publishing, Cheltenham.
- Rothfritz, L. F. (2010). Die Konvention der Vereinten Nationen zum Schutz der Rechte von Menschen mit Behinderungen. Eine Analyse unter Bezugnahme auf die deutsche und europäische Rechtsebene. Peter Lang Internationaler Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main.
- Rubin, S. E./Rosseler, R. T. (2008). Foundations of the Vocational Rehabilitation Process. PRO-ED An International Publisher, Austin, Texas Concept Paper WHO Guidelines on Health-Related Rehabilitation (Rehabilitation Guidelines) http://who.int/disabilities/care/rehabilitation_guidelines_concept.pdf (2014.07.08)
- Sándor, A./Horváth, P. (2015). »Kann ich auch eine Familie haben?« Über das Recht behinderter Kinder auf eine Familie. Zürich, Klinkhardt Verlag, 407–417.
- University of Lancaster (2016). Centre for Disability Research, Lancaster Disability Studies Conference September 2016, Abstract Book
- WHO – WB 2011. World Health Organization, The World Bank (2011). World Report on Disability. http://whqlibdoc.who.int/publications/2011/9789240685215_eng.pdf?ua=1 (2014.07.08)

The prohibition of age discrimination in the labour market – the case study of Finland in the context of European Union

Table of Content

Abstract

A. Introduction

B. Age and general non-discrimination law in Finland

C. Age discrimination and labour law in Finland

I. Prohibition of age discrimination in labour law

II. Age discrimination and compulsory retirement

D. Functioning of legal anti-discriminatory provisions in practice – a sociological perspective

E. Conclusions

Abstract

This Article analyses the case of Finland in the context of European Union from the perspectives of general non-discrimination law and labour law, and the functioning of legal anti-discriminatory provisions from the sociological point of view. It is maintained that age anti-discriminatory provisions in general and specific (labour-law-related) legislation, in collective agreements and *soft law* documents as labour-law-related instruments compose an extensive background for preventing age discrimination in employment in Finland. It is asserted that the existence of age anti-discriminatory provisions interacts with the objective to ensure longer working careers and aims at improving the chances of the elderly to stay in employment after reaching retirement age. A conclusion is made that Finland can be considered as a model to other Member States of the European Union facing problems in employment of aged people. However, the existence of general and specific (labour-law-related) provisions do not on all occasions help to effectively cope with age discrimination of the elderly or prevent this kind of discrimination in the labour market, the most important factor being a negative attitude of Finnish employers towards their aged employees. Experiencing age discrimination at work can encourage older employees to leave the labour market and deprive of their right to continue working and postpone retirement, and can have an impact on their future pension level. As a result, it is of great relevance to not only ensure a positive attitude of employers towards their aged colleagues, but to also safeguard that elderly employees can continue working on the basis of good working conditions and make full use of their chances, safeguarded in accordance with the national legislation, to stay in employment after reaching retirement age.

* Dr. Agne Vaitkeviciute is a postdoctoral researcher at the Institute for Labour Law and Industrial Relations in the European Union at the University of Trier, Germany; e-mail: vaitkeviciute@iaaeu.de.

A. Introduction

The number of people facing problems in seeking employment because of old age is growing in the European Union, age thus becoming one of the most important reasons for discrimination in the labour market¹. Therefore, the participation of the elderly in the labour market and their right not to be discriminated when entering and remaining in employment has become of significant importance². This issue is of particular relevance for Finland facing the growing number of aged people in its population.

After the pension reform of 2005 introducing flexibility to retire between the ages of 63 and 68³, Finns have a possibility to postpone their retirement and even continue working after the age of 68 on certain conditions. Thereby aged Finns are encouraged to stay employed for a long period of time. For this reason their right not to be discriminated due to old age when entering and remaining in the labour market – having good access to employment, fair working conditions and lawful dismissal procedure – has become of significant importance.

Referring to two different age groups of employees – those between 63 and 68 years old, who can individually choose their age for retirement pursuant to the Employees Pensions Act⁴ and those who have already reached the age of 68 and who can still continue working under certain conditions pursuant to the Employment Contracts Act⁵ (these two groups of Finnish employees will be further referred to as *aged employees* or *the elderly*) – this Article analyses age discrimination of the elderly in the Finnish labour market with the objective to identify and scrutinize national provisions relevant for prohibition of age discrimination of aged employees. Since age discrimination is considered as a multifaceted problem, this research is aimed at answering the research question whether Finnish national anti-discriminatory legislation ensures an appropriate protection of aged employees in the labour market, how that affects their possibility to stay in employment after reaching retirement age, and whether, as a result, Finland can be regarded as a model to other Member States of the European Union facing problems in employment of aged people.

By combining the method of legal research with the method of sociological research three important aspects are examined in this Article. Firstly, prohibition of age discrimination in general non-discrimination legislation from a legal point of view. Secondly, prohibition of age discrimination specifically

1 Lynn Roseberry, Equal Rights and Discrimination Law in Scandinavia, in *Stability and Change in Nordic Labour Law*, 215 (Wahlgren ed., 2002). W. J. A. van den Heuvel, M. M. van Santvoor, Experienced discrimination amongst European old citizens, 8 *European Journal of Ageing* 8 (2011).

2 Albert Evrard sj and Clemence. Lacour, A European Approach to Developing the Field of Law and Ageing, in *Beyond Elder Law – New Directions in Law and Ageing*, 164 (Doron and Soden eds., 2012).

3 Hannu Piekkola, Active Ageing Policies in Finland, 898 *The Research Institute of the Finnish Economy (ETLA) Discussion Papers* 38 (2004); Raija Gould, Choice or Chance – Late Retirement in Finland, 5 *Social Policy and Society* 519 (2006).

4 Employees Pensions Act of Finland, No. 395/2006 (with amendments up to 1097/2008), Section 11 of Chapter 3.

5 Employment Contracts Act of Finland, No. 55/2001 (with amendments up to 398/2013).

in labour law from a legal point of view. Thirdly, the practical effect of age anti-discriminatory legislation in the Finnish labour market, taken from sociological point of view. The research of these three different aspects is essential. On the one hand, the method of legal research is helpful to examine not only the content of general non-discrimination law as the basis for the prohibition of age discrimination in labour law, but also the prohibition of age discrimination in labour law regulating employment relationships between employers and employees, which interacts with the general perception of age discrimination. On the other hand, the method of sociological research aims to scrutinize reasons related to discrimination of aged employees in the Finnish labour market. This method similarly helps to conclude whether national legislative background ensuring the prohibition of age discrimination is effective and whether the elderly are encouraged to continue working. The concurrent use of both methods will help to finally decide whether Finland offers a good legal model for prohibiting age discrimination within the context of the European Union and what could be done in order to evade the discrimination of aged part of the population in employment.

This Article is based on the analysis of Finnish anti-discriminatory legislation, the most important being the Non-Discrimination Act⁶ and the Employment Contracts Act. Furthermore, particular pertinent aspects of the Employees Pensions Act, the Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (hereinafter referred to as the *Employment Equality Directive*)⁷ and judgments of the Court of Justice of the European Union (hereinafter referred to as the *CJEU*) interpreting the Employment Equality Directive are examined, as it is essential to evaluate the effects of the transposition of this EU legal act to Finnish national law. Legal doctrine helps to critically evaluate the abovementioned legislation and CJEU's judgments. Selected collective agreements and *soft law* documents as labour-law-related instruments, containing relevant age-related anti-discriminatory provisions are also of relevance.

Because of the language reason, this research is mostly based on sources in English rather than Finnish.

B. Age and general non-discrimination law in Finland

Finland has different layers of legal acts comprising age anti-discriminatory provisions. Some of them are of general application, others deal with different age anti-discriminatory provisions in employment only. Age discrimination is primarily prohibited by Section 6 of the Constitution of Finland⁸, stating that »no one, without an acceptable reason, shall be treated differently from other

6 Non-Discrimination Act of Finland, No. 2014/1325.

7 Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. *Official Journal L* 303, 02/12/2000 P. 16–22

8 Constitution of Finland of 11 June 1999, No. 731/1999 (with amendments up to 1112/2011), Section 6.

persons on the ground of sex, age, origin, language, religion, conviction, opinion, health, disability or other reason that concerns his or her person»⁹. Age being mentioned at the second place after sex implies that the prohibition of age discrimination is of significant importance for the Finnish legislator and thus forms the expression of the »constitutional principle of equality of all citizens«¹⁰ notwithstanding their age.

Another important piece of anti-discriminatory legislation, which regulates the prohibition of age discrimination in Finland, is the Non-Discrimination Act. This legal document was enacted in 2004 in order to implement *inter alia* the Employment Equality Directive¹¹ and can be regarded as »the core national document prohibiting discrimination«¹². In order to promote equality at a higher level, the new Finnish Non-Discrimination Act entered into force on 1 January 2015¹³ for the first time covering all private and public activities thus being not limited to employment relationships¹⁴. This new law has not changed main principles of the preceding Non-Discrimination Law. However, it has amended some provisions and introduced new legal norms aiming at a better protection of employees, including the elderly, in employment in Finland.

The Non-Discrimination Act foremost establishes a general principle formulated in the same way as in the Constitution of Finland that no one can be discriminated on the basis of »personal characteristics« (their list is non-exhaustive)¹⁵, including age. The Non-Discrimination Act likewise defines direct and indirect discrimination, instructions to discriminate, and harassment having the same meaning as required by the Employment Equality Directive¹⁶. Furthermore, very extensive duties of employers to promote equality have been described: the employer must assess how equality should be realized in the workplace, in particular taking into account working conditions, the selection of personnel; employers should secure effective, appropriate and proportionate working environment. Finnish employers hiring 30 and more employees have a special additional duty – they are responsible for drawing an equality plan promoting equality and further discussing this plan with their employees or their representatives¹⁷. Discriminatory work advertisements are

9 Id.

10 Evrard and Lacour (note 3) 164.

11 Kevät Nousiainen, Age Discrimination and Labour Law in Finland: Legal Treatment of Younger and Older Workers in Ageing Society, in Age Discrimination and Labour Law. Comparative and Conceptual Perspectives in the EU and Beyond, 173 (Numhauser-Henning and Rönmar eds., 2015).

12 L. Larja, J. Wariu, L. Sundbäck, K. Liebkind, I. Kandolin, I. Jasinskaja-Lahti, Discrimination in the Finnish Labor Market. An Overview and a Field Experiment on Recruitment, 16 Publications of the Ministry of Employment and the Economy of Finland 16 (2012).

13 The New Non-Discrimination Act entered into force. Information from the website of the Ministry of Justice of Finland: <<http://www.oikeusministerio.fi/en/index/currentissues/tiedotteet/2014/12/uusiyhdenvertiaisuuslakivoimaanensivuodenalusta.html>> (accessed on 29.05.2015).

14 Non-Discrimination Act, Section 2 of Chapter 1.

15 Nousiainen (note 12) 176–177.

16 Non-Discrimination Act, Sections 8, 10, 13 and 14 of Chapter 3; Employment Equality Directive, Article 2 of Chapter I.

17 Non-Discrimination Act, Section 7 of Chapter 2.

also prohibited meaning that employers cannot unlawfully discriminate job applicants on the basis of their personal characteristics. In other words, age discrimination must be evaded in recruitment process already¹⁸. As a result, Finnish employers are bound by rather strict legal obligations for promoting equality. These legal rules are of relevance for aged employees wishing to postpone their retirement and stay active in the labour market. However, the Non-Discrimination Act is silent on employers' duty to foster equality at the end of the employment relationship, i. e. when terminating the employment contract. This is considered as the main drawback, as excluding termination of the employment relationship from the scope of equality promotion leaves more opportunities for discriminating the elderly in the labour market. Thus pursuant to the Non-Discrimination Act, the legal protection against age discrimination is more aimed at the prohibition of age discrimination in recruitment and while already employed.

Justification of discrimination in employment due to old age deserves a particular attention in this context. Pursuant to the Non-Discrimination Act, *discrimination based on age* is justified if the different treatment is objective and appropriate and if there is a legitimate aim related to employment policy or labour market or if the different treatment concerns age limits for retirement¹⁹. The latter provision of the Non-Discrimination Act mirrors the so called ›exception clause‹ of Article 6(1) of the Employment Equality Directive entitling the justification of age discrimination on the basis of the legitimate aim, including employment policy, labour market, vocational training, if the means of achieving this aim are appropriate and necessary (proportional)²⁰. This provision forms a central issue in age discrimination cases dealt with in the CJEU²¹ showing that in fact every employment or labour market measure used by a Member State can be justified and hence regarded as anti-discriminatory²². The abovementioned possibility to justify age discrimination according to the Non-Discrimination Act makes clear that Finland has adopted a broad concept offered by Article 6(1) of the Employment Equality Directive defining measures, which can justify age discrimination²³. In that way Finland possesses a wide margin of discretion when deciding, which particular measures can justify the discrimination of the elderly in the labour market. Compulsory retirement age is a very commonly used justification, which because of its importance will be separately analyzed in this Article.

18 Id., Section 17 of Chapter 3.

19 Non-Discrimination Act, Section 12 of Chapter 3.

20 Employment Equality Directive, Article 6(1).

21 Helen Meenan, Age Discrimination and the Future Development of Elder Rights in the European Union: Waking Side by Side or Hand in Hand, in *Beyond Elder Law – New Directions in Law and Ageing*, 90 (Doron and Soden eds., 2012).

22 Frank Hendrickx, Age and European Employment Discrimination Law, in *Active Ageing and Labour Law*, 9–10 (Hendrickx ed., 2012); Ann Numhauser-Henning, The EU Ban on Age-Discrimination and Older Workers: Potentials and Pitfalls, 29 *International Journal of Comparative Law and Industrial Relations* 403 (2013).

23 Employment Equality Directive, Article 6(1).

One more issue relevant for evasion of discrimination of the elderly in the labour market in Finland is a mechanism of supervisory institutions dealing with discrimination cases. The new Non-Discrimination Act has adjusted this mechanism. However, the number of supervisory institutions – the Non-Discrimination Ombudsman, the Discrimination and Equality Tribunal and occupational safety and health authorities²⁴ – does not always help to delineate their competence.

From the perspective of discrimination including discrimination based on age, the Non-Discrimination Act specifies that main institutions responsible for compliance with equality in employment regarding recruitment, working conditions and dismissal will continue to be occupational safety and health authorities²⁵. Six regional state administrative authorities cooperate with local occupational safety and health authorities in Finland²⁶. Decisions of occupational safety and health authorities are not final and can be appealed against to Finnish administrative courts²⁷.

Pursuant to the Non-Discrimination Act, occupational health and safety authorities can ask the Discrimination and Equality Tribunal to issue an opinion on the interpretation and application of law²⁸. Moreover, the Discrimination and Equality Tribunal reinforces reconciliation between the parties and can confirm a reconciliation settlement, which must be enforced as a judgment²⁹. The Non-Discrimination Ombudsman supervises compliance with Non-Discrimination Act regarding all grounds of discrimination, including age³⁰ and assists victims of discrimination in submitting their complaints, gives recommendations to prevent discrimination and promote equality, takes measures of reconciliation³¹, gives opinion in courts³².

There is a discussion if the existing system of supervision of discrimination in employment by occupational safety and health authorities is adequate. The main argument is that these institutions are not independent and have a too wide competence limited to not only dealing with discrimination in the labour market³³. In addition, due to the fact that different institutions handle different equality issues, the process of handling complaints can be complicated in intersectional discrimination cases³⁴. It can be considered that, on the one hand,

24 Non-Discrimination Act, Sections 18–22 of Chapter 4.

25 Information from the website of the Ministry of Justice of Finland: <<http://www.oikeusministerio.fi/en/index/currentissues/tiedotteet/2014/12/uusiyhdenvertaisuuslakivoimaanensivuodenalusta.html>> (accessed on 26.05.2015); Non-Discrimination Act, Paragraph 22 of Chapter 4.

26 Information from the website of Regional State Administrative Agencies: <http://www.avi.fi/en/web/avi-en/#.VX7W_U0w-70> (accessed on 29.05.2015).

27 Act on Occupational Safety and Health Enforcement and Cooperation on Occupational Safety and Health at Workplaces, No. 44/2006 (with amendments up to 701/2006), Section 44 of Chapter 6.

28 Non-Discrimination Act, Section 22 of Chapter 4.

29 *Id.*, Section 20 of Chapter 20.

30 Information from the website of the Ministry of Justice of Finland (note26).

31 Non-Discrimination Act, Section 19 of Chapter 4.

32 *Id.*, Section 27 of Chapter 6.

33 Nousiainen (note 12) 179.

34 News report of the European network of legal experts in gender equality and non-discrimination: <http://www.non-discrimination.net/content/media/3-FI-GE-Gender_legislation.pdf> (accessed on 01.06.2015) 2.

occupational health and safety authorities have a wide competence comprising not only discrimination in the labour market but also compliance of a variety of occupational safety and health issues in accordance with the Act on Occupational Safety and Health Enforcement³⁵. Moreover, these institutions do not have the same independence as that enjoyed by courts and operate under the Ministry of Social Affairs and Health³⁶. On the other hand, occupational safety and health authorities have a lot of regional bodies and thus are easier accessible and less expensive than litigation in courts. That is undoubtedly helpful to victims of age discrimination to lodge their complaints. Hence the most effective way of solving intersectional discrimination in employment cases is the clearer attribution of all such complaints to occupational health and safety authorities, which possess enough material resources, personnel and regional units. This way of complaints settling will help the victims of intersectional discrimination cases, involving different discrimination grounds (including old age), to better enforce their rights and will assist in evading the confusing choice of competent authorities.

The Non-Discrimination Act authorizes a proportional compensation from the employer³⁷ and does not preclude the compensation in damages in accordance to civil law or other labour law remedies pursuant to the Employment Contracts Act being dealt with in general courts³⁸. In addition, discriminatory practices, including discrimination because of old age, can similarly form a basis for criminal sanctions pursuant to the Criminal Code of Finland³⁹. Hence the employer can be sentenced to fine or imprisonment for six months if he discriminates the job applicant in recruitment process or if he treats his employee differently due to his old age⁴⁰. As a result, the breach of the employer's duty to treat his aged employees equally can lead not only to application of specific compensatory remedies pursuant to the Non-Discrimination Act, but also to criminal sanctions. Therefore, the prohibition of age discrimination is taken seriously in Finland and the breach of this important principle is subject to a mechanism of different legal remedies, what has an objective to discourage Finnish employers from discriminating their aged employees.

In summary, general Finnish anti-discriminatory legislation forms an extensive background for preventing age discrimination in employment. Starting from the main constitutional principle of equality notwithstanding old age, the Non-Discrimination Act is the most comprehensive legal statute having the broadest scope of applicable age anti-discriminatory provisions. From the perspective of the duty of employers to promote equality of their aged employees at work, the Non-Discrimination Act is particularly aimed at encouraging them to stay longer in the labour market and increasing their possibil-

35 Act on Occupational Safety and Health Enforcement.

36 *Id.*, Section 2 of Chapter 1.

37 Non-Discrimination Act, Sections 23 and 24 of Chapter 5.

38 Nousiainen (note 12) 178–179, 181.

39 Criminal Code of Finland, No. 39/1889 (with amendments up to 927/2012).

40 *Id.*, Section 3 of Chapter 47.

ities in employment after reaching retirement age. The Non-Discrimination Act, however, lacks a better protection of aged employees when terminating their employment contracts. Hence this stage of employment relationship is left more vulnerable.

Finland has chosen the possibility offered by the Employment Equality Directive to justify age discrimination by different legitimate objectives, such as employment policy, labour market or which are related to the fixing of certain retirement age. These objectives are formulated in a very general way and their list is non-exhaustive. Hence Finland possesses a wide margin of discretion when deciding which particular measures can justify the discrimination of the elderly in employment, what, as a consequence, can hinder their right to further continue working.

The supervision of compliance with the Non-Discrimination Act in employment relationships by occupational safety and health authorities starts from the presumption that these public institutions possess enough material resources, personnel and regional units, are easier accessible and much less expensive than litigation in courts. Therefore, occupational safety and health authorities can effectively and inexpensively deal with complaints lodged by aged employees for being discriminated due to their old age. In addition, the most effective way of solving intersectional discrimination⁴¹ in employment cases is a clearer attribution of such complaints to occupational health and safety authorities. This way of complaints settling will help the elderly discriminated on the basis of different grounds to better enforce their rights in the Finnish labour market.

Since the prohibition of age discrimination is an important constitutional principle, the breach of the employer's duty to treat his aged employees equally leads not only to the application of legal redress pursuant to the Non-Discrimination Act, but also to criminal sanctions in accordance with the Criminal Code. Hence the existence of these remedies as a whole has an incentive of discouraging Finnish employers from discriminating their aged employees.

C. Age discrimination and labour law in Finland

Finnish employers have a duty to treat their employees equally since the 1970s⁴². However, the prohibition of age discrimination in labour law was firstly introduced in 2001 in Finland. Even though this piece of legislation, namely the Employment Contracts Act, is not as exhaustive as laws prohibiting gender discrimination⁴³, this legal document is relevant for research purposes. In addition, particular provisions of selected Finnish collective agree-

41 This is a situation when an employee is discriminated on the basis of different grounds or personal characteristics.

42 Nousiainen (note 12) 180.

43 Roseberry (note 2) 245.

ments and *soft law* documents as labour-law-related instruments containing relevant anti-discriminatory provisions will be examined.

I. Prohibition of age discrimination in labour law

The main legal statute explicitly forbidding age discrimination in the Finnish labour market is the Employment Contracts Act. The Employment Contracts Act is a *lex specialis* in relation to Non-Discrimination Act as the former is applicable to employment contracts between employers and employees in the private sector⁴⁴. However, both laws are closely interrelated as many fundamental provisions forbidding age discrimination come from the Non-Discrimination Act, to which the Employment Contracts Act either gives a reference or repeats some of its provisions⁴⁵. As an example can be mentioned the legal provision of the Employment Contracts Act obliging every employer to not exert any unjustified age discrimination against his employees on the basis of the Non-Discrimination Act⁴⁶ or the delegation of supervision of the Employment Contracts Act, including discrimination due to old age, to occupational safety and health authorities⁴⁷.

It is important to ensure that aged employees are not discriminated and are treated equally while employed in all stages of employment process, i. e. when being recruited, employed, receiving training, promotion, other career advancement possibilities and proper remuneration for work, and finally being dismissed. The Employment Contracts Act is applicable to recruitment of employees and prohibits age discrimination in recruitment process already. However, the Non-Discrimination Act is much more extensive from this perspective. On the one hand, the Employment Contracts Act is founded on the basic principle of the Non-Discrimination Act prohibiting age discrimination in job advertisements⁴⁸ and selecting personnel, the latter obligation being part of the equality plan to be drawn by every Finnish employer⁴⁹. On the other hand, the Employment Contracts Act autonomously specifies that employers have a duty to respect the principle of non-discrimination when recruiting their employees⁵⁰.

The Employment Contracts Act is more extensive regarding prohibition of age discrimination while already employed. Based on the Non-Discrimination Act obliging all employers to promote equality – to prepare an equality plan aiming to evaluate equality in the workplace regarding working conditions as such and to secure appropriate working environment⁵¹ – the Employment

44 Employment Contracts Act, Section 1 of Chapter 1.

45 *Id.*, Section 2 of Chapter 2.

46 Employment Contracts Act, Section 2 of Chapter 2; compare with Section 8 of Chapter 3 of Non-Discrimination Act.

47 Employment Contracts Act, Section 12 of Chapter 13; compare with Section 22 of Chapter 4 of Non-Discrimination Act.

48 Non-Discrimination Act, Section 17 of Chapter 3.

49 *Id.*, Section 7 of Chapter 2.

50 Employment Contracts Act, Section 2.

51 Non-Discrimination Act, Section 7 of Chapter 2.

Contracts Act stipulates that employers have an obligation to not discriminate their employees on the basis of their age. Employers are also responsible for improving relations with their employees and relations between employees themselves ensuring that employees have a possibility for development at work and advance in their careers⁵². In addition, employers must provide information on principal terms of work to their employees⁵³.

Relevant provisions of collective agreements forming an important part of the Finnish labour law and playing a significant role in practice⁵⁴ are also designed to cope with age discrimination at work. Collective agreements introduce special measures aiming to ensure that employers discuss with their employees possibilities to help them better cope at work. These are measures designed not only for employees between the ages of 63 and 68 or older ones. Such measures are aimed at employees already attaining 58 years and include promotion of health and working capacity, introducing career planning and career schemes, arranging a better working time and maintaining working capacity by modifying the duties of older employees and organizing their working time schedules, developing skills and expertise⁵⁵. To put differently, collective agreements represent the duty of employers to consider the process of ageing of their employees before they reach the lowest flexible retirement age of 63 years in accordance with the Employees Pensions Act. That means that individual capacities of every single older employee are examined, so that his productivity is increased and that he is not forced to leave the labour market. As a result, Finnish collective agreements indirectly promote equality by aiming to make the situation of aged employees better by not only promoting their continuation in employment, but also seeking to eradicate discrimination in the labour market.

Soft law documents as labour-law-related instruments can likewise be helpful for coping with age discrimination of the elderly in the Finnish labour market. The Finnish Centre for Occupational Safety has prepared a Guide on longer careers with the job life cycle model – guide to designing an age plan (hereinafter referred to as *the Guide on longer careers*)⁵⁶. This important doc-

52 Employment Contracts Act, Sections 1 and 2 of Chapter 2.

53 Id., Sections 3 and 4 of Chapter 2.

54 Niklas Bruun and Jonas Malmberg, The Evolution of Labour Law in Denmark, Finland and Sweden 1992–2003, in *The Evolution of Labour Law (1992–2003)*, 14–15 (2 National Reports, 2004).

55 Collective agreement for IT services sector: <<http://www2.teknologiateollisuus.fi/en/labour-market/collective-agreements.html>> (accessed on 25.05.2015), Paragraph 3; Collective agreement for metalworkers: <http://www.metalliliitto.fi/documents/10137/13003/Collective_Agreement_2013-2016.pdf/2893add3-dd1d-4eb3-bc3c-9e06b0456282> (accessed on 25.05.2015), Paragraphs 2.1 and 31.01.2010; Collective agreement for senior salaried employees: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:WRTy834G6psJ:www2.teknologiateollisuus.fi/file/17227/CA_YTN_2013-2016_12022014_www.pdf.html+&cd=1&hl=it&ct=clnk&gl=de> (accessed on 25.05.2015); Collective agreements for blue collar employees, 2013–2016: <http://teknologiateollisuus.fi/sites/default/files/file_attachments/collectiveagreementsforbluecollaremployees2013-2016.pdf> (accessed on 25.05.2015).

56 B. Andersson, K. Haggren, K. Haring, P. Lantolla, O. Marttila, J. Schugk, R. Työläjärvi. Longer careers with the job life cycle model – guide to designing an age plan. Prepared by the Finnish Centre for Occupational Safety: <http://www.ttk.fi/files/3751/Job_Life_Cycle_Model_in_English.pdf> (accessed on 21.05.2015).

ument was the outcome of the frame agreement of 13 October 2011 of employers and trade unions on a joint age plan model for industry, municipalities and government agencies and the agreement of the extension of work careers concluded on 22 March 2012 by labour market confederations⁵⁷. Both agreements emphasized the creation of the common model for age plans, stressing the importance of flexible working hours, health check programs and training activities for older employees. Moreover, these agreements underlined that after the employee reaches the age of 58 years, he takes part in the career extension program designed to lead to personal progress at work⁵⁸.

In more detail, the Guide on longer careers encourages Finnish employers to implement an age plan, which enables to enhance occupational well-being and declares the objective to eradicate discrimination of older employees⁵⁹. Therefore, each Finnish employer carries his responsibility for the well-being of his aged employees, in particular regarding their education, skills necessary for fulfilling their duties at work⁶⁰ and individual career planning⁶¹. The group of employees, who attain 55–58 years, attracts special attention as employers should create additional measures to enhance the occupation well-being of such employees⁶². This is very much evident from age plans examples of different Finnish organizations (companies) attached to the Guide on longer careers. These age plans justify that employees who attain 55 years require special attention regarding their health, career plans, work ability, extra days off and that there is an interest to ensure that the occupational well-being of such older employees is promoted⁶³.

The abovementioned leads to a conclusion that occupational well-being of aged Finnish employees has become of exceptional relevance for their employers. Even though the Guide on longer careers is not that extensive concerning the discrimination of the elderly and concerns mostly the improvement of the chances of the aged employees to postpone their retirement, it can be maintained that this objective is very much related to the prohibition of age discrimination in the labour market. This proposition is supported by the fact that the better working conditions aged employees have, the less possibilities for their discrimination in employment are created. Moreover, when divergent interests of different employees groups are taken into account, their chances in employment are improved and, as a result, age discrimination can be eradicated.

Prohibition of age discrimination in the context of termination of employment contracts is of significant importance. Even though a big number of legal provisions of the Employment Contracts Act regulate grounds for terminating

57 Id., 5.

58 Guide on Longer Careers (note 57) 40.

59 Id.

60 Bruun and Malmberg (note 55) 23–24.

61 Guide on longer careers (note 57) 5.

62 Id., 32–37.

63 Id.

employment contracts, procedure of termination and liability in damages for groundless termination of the employment contract, the Employment Contracts Act does not expressly indicate whether the prohibition of age discrimination is to be respected in this case.

Pursuant to the Employment Contracts Act, the employer cannot terminate the employment contract without a weighty reason⁶⁴ with the exception of specific rules applicable to fixed-term employment contracts⁶⁵. By instituting the employer's duty for compensation of illegal termination of employment contract »contrary to the grounds laid down in this Act«⁶⁶, the Employment Contracts Act indirectly gives reference to the main employer's obligation to treat his employees equally, including due to their age⁶⁷. Hence old age cannot form a proper ground for terminating employment contracts⁶⁸ and employers must be liable in damages for unlawful termination of employment contracts with their aged employees⁶⁹. The Employment Contracts Act also contains a specific rule related to the exclusion of the applicability of non-discrimination principle when terminating employment contracts with employees of 68 years of age⁷⁰. This provision establishing compulsory retirement rule attracts a special attention and will be separately analyzed in the next Chapter of this Article.

Since any agreements between employers and employees, which reduce employees' rights and benefits, are invalid⁷¹, every employer having infringed his obligations stemming from the employment relationship is liable in damages⁷². This legal norm of the Employment Contracts Act is essential for the basic right of the elderly to be treated equally and their right to receive compensation for being discriminated due to their old age in the labour market. How the previous research has shown, remedies under the Non-Discrimination Act and the Criminal Code are similarly possible. Therefore, the existence of the plenitude of legal remedies for the breach of the prohibition of age discrimination constitutes an important means for dealing with age discrimination of aged employees and is aimed at guaranteeing that this important constitutional principle is taken seriously in the Finnish labour market.

Summing up, from the perspective of prohibition of age discrimination in specific labour law legislation, the Finnish Employment Contracts Act for the most part reiterates age anti-discriminatory provisions of the Non-Discrimination Act and does not go much beyond this statute. Even though the Employment Contracts Act does not mention the principle of non-discrimination

64 Employment Contracts Act, Section 1 of Chapter 7.

65 Id., Section 1 of Chapter 6.

66 Id., Section 2 of Chapter 12

67 Id.

68 Termination of employment relationships, Legal situation in the Member States of the European Union. The synthesis report of the European Commission (2006) 49.

69 Employment Contracts Act, Section 2 of Chapter 12.

70 Employment Contracts Act, Section 1a of Chapter 6.

71 Id., Section 6 of Chapter 13.

72 Id., Section 1 of Chapter 12.

because of old age when terminating the employment contract, a context-related, systematic interpretation of this law indicates that age cannot form a lawful basis for the termination of the employment relationship. Thus specific labour law provisions ensure that age discrimination is prohibited in the whole employment process and that Finnish employers have to respect this essential constitutional principle in their everyday activities. The mechanism of legal redress in accordance with the Employment Contracts Act forms an important means of dealing with age discrimination in employment, complements legal remedies pursuant to the Non-Discrimination Act and criminal sanctions according to the Criminal Code and in such a way completes an extensive remedial field for coping with age discrimination in the labour market. Relevant provisions of collective agreements and *soft law* documents are also designed to cope with age discrimination at work, what makes them labour-law-related instruments aiming at eradicating the discrimination of aged employees in Finland.

II. Age discrimination and compulsory retirement

The previous research has shown that old age cannot be considered as a lawful ground for terminating the employment contract. However, a specific rule is applicable to aged employees of 68 years. Pursuant to the Employment Contracts Act, when the aged employee becomes 68 years of age, his employment contract ends automatically (unless both the employer and the employee agree to continue the employment relationship on the basis of the fixed-term employment contract)⁷³. In the latter case the employment relationship is terminated without a notice what makes exception from a general rule. Since legal rules regulating the termination of employment contracts form an essential part of employment protection in the Finnish labour market⁷⁴, it can be regarded that aged employees of 68 years lose their right to employment protection at a certain level⁷⁵. Nevertheless, it must be emphasized that every employee can voluntarily decide to retire before the age of 68. That means that on this occasion his employment contract is terminated only after the compulsory procedure of termination required by the Employment Contracts Act is being complied with⁷⁶.

Two important interrelated questions can be raised in this context: whether the age of 68, as compulsory retirement age, does not constitute a limitation to continue working and unjustified age discrimination of the elderly; whether the automatic termination of the employment contract in such cases does not

73 Employment Contracts Act, Section 1a of Chapter 6.

74 Bruun and Malmberg (note 55) 18.

75 Ann Numhauser-Henning, Labour Law in a Greying Labour Market – in Need of a Reconceptualization of Work and Pension Norms. The Position of Older Workers in Labour Law, 4 European Labour Law Journal 93 (2013).

76 R. Hiltunen. Report on measures to combat discrimination (Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC). Country Report 2012 Finland: <<http://www.non-discrimination.net/countries/finland>> (accessed on 21.05.2015) 77.

limit the possibility of aged employees to stay in the labour market in Finland and whether that does not contradict the aim to ensure that age discrimination is prohibited in the whole employment process. The constitutionality of the compulsory retirement provision of the Employment Contracts Act has never been tested by Finnish courts⁷⁷. As a consequence, these issues must be assessed in light of the Employment Equality Directive and relevant jurisprudence of the CJEU.

Pursuant to the Employment Equality Directive, which has been implemented by the Non-Discrimination Act in Finland, Member States can introduce differences in treatment on the basis of age by »fixing of a maximum age for recruitment«⁷⁸ if it is »objectively and reasonably justified by a legitimate objective«⁷⁹. The CJEU treats such national provisions of EU Member States as rules regulating compulsory retirement and assesses them from the perspective of age discrimination, which can be justified in light of the Employment Equality Directive⁸⁰. The CJEU has not yet had the occasion to interpret the aforesaid legal rule of the Employment Equality Directive in the context of the Finnish Employment Contracts Act. Therefore, the CJEU's practice in similar cases concerning other EU Member States is of relevance.

It must be recalled that in *Palacios* the CJEU approved the system of compulsory retirement in general⁸¹. The CJEU decided that Spanish national legislation had a legitimate aim and that the compulsory retirement age of 65 years was justifiable in light of the public interest – »employment policy designed to improve opportunities for entering the labour market for certain categories of workers«⁸² on the condition that the compulsory retirement system guarantees a reasonable pension for a single employee at an individual level⁸³. In *Rosenbladt* the CJEU ruled that particular provisions of the German collective agreement, providing that the employment contract automatically ends when the employee reaches 65 years, are justifiable within the context of national social and employment policy if they are appropriate and necessary⁸⁴. However, the CJEU was no longer willing to accept the argument of reasonableness of the pension at an individual level⁸⁵. In *Georgiev* the CJEU judged the Bulgarian compulsory retirement system obliging university professors to retire at the age of 68 to be in compliance with the Employment Equality Directive. This system was considered as appropriate and necessary for promoting the career of young university professors. The reasonableness of the pension was no longer considered by the CJEU as relevant⁸⁶, but the CJEU established

77 Nousiainen (note 12) 175.

78 Employment Equality Directive, Article 6(1).

79 *Id.*

80 Numhauser-Henning (note 76) 93; Numhauser-Henning (note 23) 403.

81 Hendrickx (note 23) 14.

82 Case C-411/05, *Palacios de la Villa* [2007] ECR I-8531, paras. 62–65.

83 *Id.*, para 73; Numhauser-Henning (note 76) 93.

84 Case C-45/09, *Rosenbladt* [2010] ECR I-09391, paras. 41, 51, 53.

85 *Id.*, paras 73–74.

86 Cases C-250/09 and C-268/09, *Georgiev* [2010] ECR I-11869, paras 45, 51.

a link between personal abilities to continue working and the system of compulsory retirement⁸⁷.

The CJEU's decision in *Hörnfeldt*⁸⁸ is most relevant in this context as this case is related to a very similar Swedish compulsory retirement rule. To recall, in *Hörnfeldt* the CJEU examined a Swedish rule, according to which an employee has a right to be employed until the age of 67. If the employer wishes, the employment contract is then terminated with such employee of 67 years of age⁸⁹. By referring to its former decisions in *Rosenbladt* and *Georgiev* cases, the CJEU ruled that automatic termination system is widely used in many Member States of the EU and has a legitimate aim of encouraging the recruitment of young people in the labour market⁹⁰. Moreover, the 67-year rule reduces obstacles for the elderly wishing to continue working and helps to increase the amount of their future pension. The rule of compulsory retirement also helps to avoid such situations when the termination of the employment contract is humiliating for aged workers and does not force them »to withdraw indefinitely from the labour market«⁹¹. This proposition is supported by the fact that employees of 67 years old can be offered a fixed-term employment contract by their employer⁹². As a result, the employer can derogate from the principle of non-discrimination because of age and thus terminate the employment contract on the ground that the employee reaches the age of 67⁹³. The CJEU has similarly decided that in principle not only public interest but also the pension level (its reasonableness) of the private individual shall be taken into account⁹⁴. In *Hörnfeldt*, however, the public interest prevailed and the abovementioned Swedish legal rule was consequently considered as compatible with the Employment Equality Directive⁹⁵.

The argumentation of the CJEU in compulsory retirement cases, in particular regarding its justification, raises comments from legal scholars. It is argued that Member States' discretion is extremely wide in determining compulsory retirement rules⁹⁶. In other words, every compulsory retirement system can in fact be justified in accordance with Article 6 of the Employment Equality Directive, as different traditions of various Member States prevail⁹⁷ and everything depends on the interpretation of each single Member State⁹⁸. Notwithstanding the fact that the CJEU has a difficult duty to balance the right

87 *Id.*, paras 41–42, 44–46.

88 Case C-141/11 *Hörnfeldt* [2012] not yet reported.

89 *Id.*, paras 6–9.

90 *Id.*, paras 25, 28–29.

91 *Id.*, paras 33–34, 40, 42

92 *Id.*

93 *Id.*, para 40.

94 *Hörnfeldt* (note 89), paras 36 and 38.

95 *Id.*, paras 46–47.

96 Monika Schlachter, Mandatory Retirement and Age Discrimination under EU law 27 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 290 (2011).

97 Numhauser-Henning (note 23) 408–409.

98 Maria Do Rosario Palma Ramalho, Age Discrimination, Retirement Conditions and Specific Labour Arrangements: the Main Trends in the Application of Directive 2000/78/EC in the Field of Age Discrimination, in *Active Ageing and Labour Law*, 112 (Hendrickx ed., 2012).

of younger workers to be employed with the right of ages employees to receive particular social security benefits⁹⁹, the CJEU is currently more inclined to prioritize collective interests¹⁰⁰ rather than individual ones¹⁰¹. That creates contradiction with the EU policy of active ageing¹⁰².

The jurisprudence of the CJEU on the interpretation of Article 6(1) of the Employment Equality Directive and legal doctrine confirm that the provision of the Finnish Employment Contracts Act allowing employers to terminate the employment contract when the employee reaches the age of 68 establishes the rule of compulsory retirement, creating age discrimination. This age discrimination must be justified pursuant to relevant provisions of the Non-Discrimination Act, which implemented Article 6(1) of the Employment Equality Directive.

It can be considered that this kind of age discrimination and, as a result, the automatic termination of the employment contract with the elderly can be justified as the means of achieving the legitimate objective, for example, employment policy, are proportional (appropriate and necessary). This proposition is supported by the fact that, firstly, Finnish national legislation is aimed at ensuring a reasonable level of the future pension and, secondly, a possibility to have a long working career is safeguarded.

Considering the reasonableness of the pension, the Employees Pensions Act establishes that all-life incomes are taken into account when calculating future pensionable earnings. Working Finnish pensioners can receive their pension and salary at the same time and in such a way increase their future incomes. Moreover, no waiting periods are needed and there is no limit for maximal earnings-related pension¹⁰³. Finally, pension accrual from earnings at work for Finnish employees between the ages of 63 and 68 is much higher and comprises 4,5 per cent of annual earnings¹⁰⁴.

Regarding the possibility to have a long working career, the Employees Pensions Act establishes flexible retirement age meaning that every employee can choose when to retire between the ages of 63 and 68¹⁰⁵. After reaching the age of 63 employees can further continue working until they turn into 68 years, what means that every employee has a right to work until the age of 68. Even after attaining 68 years the Employment Contracts Act entitles Finnish employees to prolong their employment relationship in case they reach an agreement with their employer to continue working on the basis of the fixed-term employment contract. Hence retirement at the age of 68 is a late retirement safeguarding the right of the elderly to stay in the labour market for a long period of time and is thus aimed at prolonging their working careers.

99 Hendrickx (note 23) 14, Numhauser-Henning (note 23) 406–407.

100 For example, employment and social policy measures.

101 Such as a right to a reasonable pension.

102 Numhauser-Henning (note 23) 408.

103 Employees Pensions Act, Sections 11, 12, 63, 64 and 70 of Chapter 3.

104 Id., Section 64 of Chapter 4.

105 Id., Section 11 of Chapter 3.

In summary, particular provisions of the Employment Contracts Act introduce a rule of compulsory retirement at the age of 68 and consequently the automatic termination of the employment contract in the latter case. That can be regarded as inconsistent with the general objective to ensure that age discrimination should be prohibited in the whole employment process. However, this age discriminatory rule can be justified as, interpreted together with relevant provisions of the Employees Pensions Act, it safeguards the right of the elderly to stay in the labour market for a long period of time and is aimed at guaranteeing a reasonable pension. Moreover, aged Finnish employees are not forced to indefinitely withdraw from the labour market with the age of 68. If they reach an agreement with their employer, they can further continue working on the basis of the fixed-term employment contract. As a result, the Finnish compulsory retirement rule is compatible with the constitutional principle of age equality and leaves discretion to both parties of the employment relationship to reach a compromise on the further continuation of employment.

D. Functioning of legal anti-discriminatory provisions in practice – a sociological perspective

This Chapter is aimed at examining whether the aforementioned provisions of the Finnish national legislation prohibiting age discrimination in different stages of employment are effective, so that the right of the elderly to stay longer in the labour market and postpone their retirement is safeguarded. Therefore, the legal analysis is supplemented by the method of sociological research disclosing the functionality of the Finnish anti-discriminatory legislation.

Only some sociological research related to discrimination of the elderly in the Finnish labour market is available, as most scientific studies concentrate on reasons encouraging/discouraging aged employees to stay in the labour market¹⁰⁶. However, an interplay between those reasons, for example, experiencing good or bad working conditions and the attitude of employers towards their employees on the one hand and age discrimination in employment on the other hand, can be identified.

Age is regarded as one of the most common factors for discrimination in recruitment process meaning that old age can have harmful consequences for chances to find gainful employment¹⁰⁷. Furthermore, Fins themselves acknowledge that old age can be disadvantageous and even severe when considering a possibility of finding a new working position after being unemployed for a certain period of time¹⁰⁸. Even though employers deny discriminating

106 Pauli Forma, Eila Tuominen, Irma Väänänen-Tomppo, Who wants to continue at work? Finnish pension reform and the future plans of older workers, 7 *European Journal of Social Security* 3 (2005); Raija Gould, Choice or Chance – Late Retirement in Finland, 5 *Social Policy and Society* 4 (2006).

107 Research project on discrimination in the Finnish Labor Market (note 13) 105.

108 *Id.*, 113.

the elderly in recruitment, younger workers are usually preferred¹⁰⁹. In addition, old age is considered as an obstacle even for a renewal of fixed-term contracts or concluding employment contracts of permanent duration¹¹⁰ thus creating the main problem of unemployment of the elderly. These findings imply that age discrimination in recruitment is often decisive and very much dependent on the negative attitude of Finnish employers towards aged job applicants. Aged Fins are, therefore, at a worse position when looking for a new employment.

There is a strong relationship between old age on the one hand and worse working conditions and negative attitude of employers towards older employees on the other hand. How different surveys of the Finnish Centre for Pensions have shown, working conditions is the main work-related reason for a decision to retire¹¹¹, inasmuch as employees who are satisfied with their jobs are more inclined to retire later¹¹². The research has showed that aged employees in Finland experience worse working conditions¹¹³, even though this kind of discrimination is decreasing¹¹⁴. Aged Fins perceive to be discriminated due to their old age by their colleagues and supervisors in different situations: when receiving benefits, information, training and work assignments, getting career advancement and salary¹¹⁵. In other words, worse working conditions, little autonomy, lack of support from employer's side and poor working cooperation makes it easier for aged employees to decide to leave the labour market¹¹⁶. Hence old age is a disadvantage when already employed and can be a hindrance of not only having better working conditions, but also staying in the labour market. This proposition is supported by the fact that experiencing age discrimination at work can encourage older employees to leave their jobs¹¹⁷. On the contrary, equal treatment, flexible working hours, opportunity to learn and be trained, possibility to get promoted at an older age, interesting tasks, well-functioning occupational healthcare, integrating staff policy, cooperation and support from employer's side¹¹⁸ and matching the needs of the aged em-

109 Id., 41.

110 Id., 41–42.

111 The executive summary of the Report of the Finnish Centre for Pensions, Working conditions and retirement intentions 2013, No 08/2014: <http://www.etk.fi/fi/gateway/PTARGS_0_2712_459_440_3034_43/http%3B/content.etk.fi%3B7087/publishedcontent/publish/etkfi/fi/julkaisut/tutkimusjulkaisut/raportit/tyoolot_ja_elakeajatukset_2013_9.pdf>(accessed on 05.06.2015) 1.

112 Forma, Tuominen and Väänänen-Tomppo (note 107) 230.

113 Research project on discrimination in the Finnish Labor Market (note 13) 43, 48.

114 Id., 114.

115 Id., 47.

116 The working paper of the Finnish Centre for Pensions, Flexible retirement age in Finland. The evaluation of the Finnish flexible retirement scheme in light of employer and employee surveys, No 03/2013: <http://www.etk.fi/fi/gateway/PTARGS_0_2712_459_440_3034_43/http%3B/content.etk.fi%3B7087/publishedcontent/publish/etkfi/fi/julkaisut/tutkimusjulkaisut/keskustelualoitteet/flexible_retirement_age_in_finland_the_evaluation_of_the_finnish_flexible_retirement_scheme_in_light_of_employer_and_employee_surveys_7.pdf> (accessed on 05.06.2015) 20–21; Forma, Tuominen and Väänänen-Tomppo (note 107) 242.

117 Nousiainen (note 12) 172.

118 Forma, Tuominen and Väänänen-Tomppo (note 107) 230.

ployees in general¹¹⁹ can be an incentive to stay longer in the labour market. Therefore, the positive attitude of Finnish employers can be very helpful for the eradication of age discrimination in the labour market.

Regarding discrimination when terminating employment contracts, age discrimination is one of the most prevalent reasons for lodging complaints to occupational health and safety authorities. That means that Finnish employees often perceive to be discriminated when their employment contract is terminated¹²⁰ implying that old age is a disadvantage for continuing working and staying active in the labour market.

Summing up, the existence of certain provisions of the Non-Discrimination Act, the Employment Contracts Act, collective agreements and *soft law* documents as labour-law-related instruments, which both directly and indirectly outlaw age discrimination in employment, do not on all occasions help to ensure that aged Finnish employees are not differentiated because of their age. Discrimination in the recruitment process is decisive as it creates the main obstacle to enter into a new employment relationship and is very much dependent on the negative attitude of Finnish employers towards aged job applicants. After being employed aged Finnish employees similarly face the risk of having worse working conditions and being discriminated not only by their employers but also harassed by their colleague employees, receiving worse working conditions and less remuneration for their work or finally being dismissed on the basis of their old age. Experiencing age discrimination at work can encourage older workers to leave employment thus depriving them of their right to continue working until the age of 68 and having an impact on their future pension level. As a result, it is of great relevance to not only ensure a positive attitude of employers and their employees towards their aged colleagues, but to also safeguard that elderly employees can continue working on the basis of good working conditions. That will undoubtedly increase the participation of the aged part of the population in the labour market in Finland.

E. Conclusions

Notwithstanding the fact that the Non-Discrimination Act lacks a more extensive protection of the elderly when terminating their employment contracts and that Finland possesses a wide margin of discretion when deciding which particular measures, formulated in a general way and providing a non-exhaustive list, can justify the discrimination of aged employees in the labour market, Finnish national legislation composes a comprehensive legal background for preventing age discrimination in employment and having an aim to ensure an appropriate protection of the elderly in the labour market. The existence of

119 Alysia Blackham, Rethinking Working Time to Support Older Workers, 31 *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 123 (2015).

120 Research project on discrimination in the Finnish Labor Market (note 13) 47.

relevant age anti-discriminatory provisions interacts with the aim to ensure longer working careers and, as a result, with the postponement of retirement. Therefore, Finland can be considered as a model to other Member States of the EU facing problems in the employment of aged people for the following reasons:

1. From the perspective of general anti-discriminatory legislation, the Non-Discrimination Act has the broadest scope of applicable age anti-discriminatory provisions. This statute ensures a strong protection of aged employees against age discrimination while already employed, establishing most extensive obligations of Finnish employers to promote equality of their employees by assessing equality in the workplace and drawing an equality plan, what aims at encouraging the elderly to stay longer in the labour market and increasing their possibilities to be employed beyond retirement age. The functioning of the Non-Discrimination is supplemented by a supervisory mechanism entrusted with occupational safety and health authorities, which possess enough material resources, personnel and regional units, can be easier accessible and less expensive than litigation in courts. All that ensures that such specialized institutions can effectively and inexpensively deal with complaints lodged by older employees for being discriminated due to their age in the labour market. This way of complaints settling is helpful for the elderly to better enforce their rights. Since the breach of the employer's duty to treat his aged employees equally can lead not only to application of legal redress pursuant to the Non-Discrimination Act, but also to criminal sanctions in accordance with the Criminal Code, the existence of such remedies as a whole has an incentive of discouraging employers from discriminating their aged employees in the labour market.

2. From the perspective of prohibition of age discrimination in specific labour law legislation, the Employment Contracts Act interacts with the Non-Discrimination Act by reiterating fundamental age anti-discriminatory provisions in employment. A context-related, systematic interpretation of the Employment Contracts Act indicates that age discrimination is outlawed in the whole employment process meaning that this *lex specialis* complements general age anti-discriminatory legislation and ensures that elderly employees cannot be discriminated not only in recruitment process and while already employed, but also dismissed on the basis of their old age. The mechanism of legal remedies in accordance with the Employment Contracts Act forms an important means of dealing with age discrimination in the labour market. Since legal redress under the Non-Discrimination Act and the Criminal Code is likewise possible, the existence of the plenitude of remedies constitutes an important means for dealing with age discrimination of the elderly and is aimed at guaranteeing that prohibition of age discrimination is taken seriously.

3. Relevant provisions of Finnish collective agreements and *soft law* documents as labour-law-related instruments complement legal norms of the Non-Discrimination Act and the Employment Contracts Act regarding the eradication of age discrimination in employment. From the perspective of

equality at work, collective agreements and *soft law* documents assist in developing a better working environment for the elderly and are designed to improve the functioning of general and specific (labour-law-related) anti-discriminatory provisions by creating more chances for aged employees to stay longer employed. Collective agreements and *soft law* documents are hence designed to help to effectively cope with age discrimination in the labour market and consequently prolong working careers of the elderly by promoting their occupational well-being.

4. Specific legal norms of the Employment Contracts Act introducing age discrimination in case of compulsory retirement at the age of 68 and hence the automatic termination of employment contracts in the latter case can be justified as, interpreted in unison with pertinent provisions of the Employees Pensions Act, such legal norms safeguard the right of the elderly to stay in the labour market for a long period of time and are aimed at guaranteeing a reasonable pension. In addition, employees are not forced to indefinitely withdraw from the labour market. If they reach an agreement with their employer, they can further continue working beyond the age of 68 on the basis of fixed-term employment contracts. As a result, the compulsory retirement rule is compatible with the constitutional principle of age equality and leaves discretion to both parties of the employment relationship to reach a compromise on the further continuation at work.

5. Nevertheless, the existence of general and specific labour-law-related age anti-discriminatory provisions do not on all occasions help to effectively cope with age discrimination of the elderly or prevent this kind of discrimination in the labour market. Discrimination in the recruitment process is often decisive as it creates the main obstacle to enter into a new employment relationship and is very much dependent on the negative attitude of Finnish employers towards aged job applicants. However, even after being employed aged Finnish employees face the risk of having worse working conditions, are discriminated not only by their employers but also harassed by their colleague employees, receive less remuneration for their work or are dismissed on the basis of their old age. Experiencing age discrimination at work can force older employees to leave employment thus depriving them of their right to continue working until the age of 68 and having an impact on their future pension level. As a result, it is of great relevance to not only strictly apply general and specific (labour-law-related) age anti-discriminatory provisions, but to also respectively ensure a positive attitude of employers towards their aged employees, safeguard that older employees can continue working on the basis of good working conditions and thus make fully use of their chances, guaranteed in accordance with the national legislation, to stay in employment for a longer period of time.

(Anm. d. Red.: Der Beitrag ist auch in Slowenien in der Zeitschrift *Delavci* in *Delodajalci* 4/2016, 555–581 erschienen.)

Die Reform des griechischen Arbeitsrechts durch Memoranda I, II und III

Inhaltsübersicht

- A. Wirtschaftspolitische Einführung
- B. Memoranda I und II
 - I. Novellierung des Tarifvertragsrechts
 - II. Novellierung des Individualarbeitsrechts
- C. Memorandum III

A. Wirtschaftspolitische Einführung

Die globale Wirtschafts- und Finanzkrise hat vor allem seit 2008 zu einem dramatischen Anstieg der Staatsverschuldung geführt. In den Jahren 2008–09 musste das internationale Banken- und Finanzsystem, das bankrottgegangen war, mit 15 Billionen Dollar gerettet werden, die letztlich von den Steuerzahlern Nordamerikas, Westeuropas und weltweit aufgebracht werden mussten. In den OECD-Staaten, den führenden kapitalistischen Ländern der Welt, ist die Staatsverschuldung im Verhältnis zur Wirtschaftsleistung, dem BIP, von 72 % im Jahr 2007 auf über 100 % im Jahr 2011 gestiegen und der Trend ist weiter steigend. Sowohl die USA mit einem Defizit von knapp 15 Billionen \$ als auch Japan, Großbritannien, aber auch die Länder der europäischen Peripherie, Island, Irland, Portugal, Spanien, Italien und Griechenland, die sogenannten PIIGS-Länder, haben mit riesigen Schuldenbergen und Haushaltsdefiziten zu kämpfen¹.

Der Fall Griechenlands ist exemplarisch, weil Griechenland seit dem Frühjahr 2010 in einer Wirtschaftsrezession steckt, verbunden mit einer Kreditgewährung durch die sogenannte »Troika«². Offizielles Ziel der Troika und aller Regierungen seit Frühling 2010 ist es, den griechischen Staatshaushalt zu sanieren, Griechenland aus der Krise zu führen und dabei gleichzeitig den Euro zu stabilisieren und zu retten. Obwohl das erste Ziel im Jahr 2015 zumindest

1 Siehe *Kloke*, Schuldenkrise, Memorandum und sozialer Widerstand in Griechenland, in: http://www.scharf-links.de/44.0.html?&tx_ttnews%5Btt_news%5D=18366&cHash=fc2035d57c.

2 Die Troika ist eine Art Gremium, das aus der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank (EZB) und dem Internationalen Währungsfonds (IWF) besteht und welches in Zusammenarbeit mit der PASOK-Regierung unter G. Papandreuou Griechenland in den Jahren 2009–2012 und seit Juni 2012 mit der ND-PASOK-DIMAR Regierung insbesondere im Finanzbereich kooperiert. Seit Juli 2013 und bis Januar 2015 regierte alleine eine Koalition von ND und PASOK, nachdem Ministerpräsident Samaras die Schließung der staatlichen Radio- und Fernsehanstalt ERT angeordnet hatte, ohne sich mit seinen Koalitionspartnern abzusprechen. Infolgedessen hatte DIMAR (Demokratische Linke) am 21. Juni 2013, beschlossen, die Regierungskoalition zu verlassen, siehe <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/erfolgreicheskrisentelefonat-troika-inspektoren-kehren-nach-athen-zurueck-a-787450.html>; *Bakopoulos*, Reformen des griechischen Kündigungsschutzes und Tarifrechts nach 2010, ZESAR 2014,323 ff.(323).

als teilweise gelungen gilt, ist vor allem Ziel Nr. 2 bis heute zum Großteil als verfehlt zu betrachten³.

Zur Überwindung der Krise musste von Anfang an nicht nur der Staat sondern auch der Privatbereich sich grundlegenden Reformen unterziehen lassen. Individual- und Kollektivarbeitsrecht wurden als Ergebnis der besonderen, wenn nicht für ein europäisches Land sogar einmaligen finanziellen Situation Griechenlands, zum Teil grundlegend novelliert. Die griechische Literatur hat zu recht die Entstabilisierungstendenzen, die das Arbeitsrecht im Falle einer Wirtschaftskrise kennzeichnen, als eine unvermeidliche Konsequenz anerkannt⁴. Sowohl Memorandum I und II als auch Memorandum III haben sich als explizit erwähnte wirtschaftspolitische Vorhaben die Wiederherstellung des Haushaltsgleichgewichts durch ein Sparprogramm, die Privatisierung von Staatsvermögen und Strukturreformen in den Bereichen der Wirtschaft, der Fiskalpolitik, des Gesundheitswesens, der Staatsverwaltung sowie des Arbeitsmarktes zum Ziel gesetzt. Die Institutionen haben sich bisher einem tatsächlichen Schuldenschnitt widersetzt, obwohl die Links-Rechts Regierung, welche sich nach den Wahlen vom Januar 2015 gebildet hatte, sich an diesem Ziel versucht hatte, und haben nur einem partiellen Schuldenerlass, welcher allein die privaten Gläubiger, Banken, Fonds und Privatanleger betraf, zugestimmt⁵. Insbesondere die arbeitsrechtlichen Reformen haben als Ziel, die wirtschaftliche Produktivität des Faktors Arbeit zu erhöhen, zur sogenannten Flexibilisierung des Arbeitsmarktes beizutragen und die Wettbewerbsfähigkeit des Landes zu verbessern⁶.

B. Memoranda I und II

Die vorliegende Arbeit befasst sich mit der Reform des griechischen Tarif- und Individualarbeitsrechts durch die Memoranda I (2010) und II (2012), welche hauptsächlich durch die Gesetze 3833/2010 und 3845/2010 sowie 4046/2012 und 4093/2012 umgesetzt wurden (unter I und II)⁷. Gleichzeitig

3 Griechenland befindet sich seit dem Jahr 2008 in einer Rezession und hat bis Ende 2012 ungefähr 19 % seiner Wirtschaftskraft (reales BIP) verloren, obwohl zur Reduzierung der Schuldenquote die Gläubiger im März 2012 Griechenland im Rahmen eines Schuldenschnitts einen Teil der Schulden erließen. Als Beispiel dafür sei zu erwähnen, dass das nominale BIP welches im 2008 auf 232,92 Mrd. Euro geschätzt wurde, im Jahr 2013 auf 183,51 Mrd. Euro reduziert wurde, s. IMF-Bericht in: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2013/02/weodata/index.aspx>, Bakopoulos, a. a. O., 323. Erst 2014 gab es erstmals wieder eine geringfügige Erholung mit einem Zuwachs von 0,4 %.

4 Siehe *Travlos-Tzanetatos*, Die Tarifautonomie in kritischer Wende: Das Beispiel Griechenlands, FS F. J Säcker, 2011, 225 ff. = Finanzkrise und Arbeitsrecht, 2013, 299 ff.

5 S. dazu Bakopoulos, ZESAR 2014, 323.

6 S. Bakopoulos, a. a. O., 324.

7 Die Durchsetzung der 2 Memoranden erfolgte durch über 460 Gesetze, von welchen die wichtigsten die oben erwähnten Gesetze 3833/2010 und 3845/2010, 4046/2012 und 4093/2012 sind. Für eine eventuelle Verfassungswidrigkeit spricht sich aus *Koukiadis*, Arbeitsrecht, 2012, Prolog zur 6. Auflage; Bakopoulos, Reformen des griechischen Kündigungsschutzes und Tarifrechts nach 2010, ZESAR 2014, 323 ff. (323) gibt einen Überblick über die wichtigsten Reformen, welche durch die zwei *Memoranda of Understanding* eingeführt wurden.

wird ein Versuch gemacht einen kurzen Überblick zu geben, was die Regelungen des Memorandum III (2015) anbelangt (unter C).

I. Novellierung des Tarifvertragsrechts

Es wird allgemein anerkannt, dass die Tarifautonomie als integrales Konstitutivum des Koalitionsrechts eine primäre Schutzfunktion aufweist und zwar insofern als sie auf formalrechtlicher und ideologischer Ebene ein verhandlungsbezogenes Gleichgewicht zwischen Kapital und Arbeit gewährleistet, womit die Lohn- und Arbeitsbedingungen annähernd gleichberechtigt bestimmt werden können.⁸ Das System des sogenannten »Sozialkorporatismus«⁹ wurde zum ersten Mal seit der 1973 ausgebrochenen Wirtschaftskrise, in Griechenland insbesondere seit der oben erwähnten globalen Wirtschafts- und Finanzkrise, die seit 2008 entstanden war, in Frage gestellt. Seither war das wichtigste Merkmal des griechischen Tarifsystems die umfassende multiple Tarifierfassung¹⁰ mit insgesamt vier verschiedenen Arten von Tarifverträgen:

- a) Nationaler Generaltarifvertrag,
- b) Branchentarifverträge,
- c) Berufstarifverträge und
- d) Firmentarifverträge.¹¹

Das andere wichtige Merkmal war das Günstigkeitsprinzip welches als Lösungsgrundsatz bei Tarifkonkurrenz diente¹². Weitere wichtige Merkmale waren der direkte Übergang vom alten zum neuen Tarifabschluss¹³ und die umfassende Nachwirkung, sowie die Zwangsschlichtung¹⁴.

Eine allgemeine Idee, in welche Richtung die damals noch bevorstehenden Massnahmen für das Arbeitsrecht gehen sollten, ergibt sich bereits aus dem Anhang zum Memorandum I¹⁵, wo -unter anderem- die Unterstützung des

8 S. Travlos-Tzanetatos (Fn. 3), Finanzkrise und Arbeitsrecht, 301–302; ders, Tarifautonomie, Gemeinwohl und Sanierung öffentlicher Unternehmen, 1998, 11 ff. (gr.), Säcker, Grundprobleme der kollektiven Koalitionsfreiheit, 1969, 33 ff., ders. AuR 1994, 3 ff.; ders/Oetker, Grundlagen und Grenzen der Tarifautonomie, 1992, 33 ff., 93 ff. und die dort zitierten Autoren; Däubler, Tarifvertragsgesetz, 1996, 60 ff.; Kazakos, in: Das Recht vor der Herausforderung der Globalisierung, 2002, 45 ff. (gr).

9 S. Travlos-Tzanetatos (Fn. 3), 304; Bakopoulos, a. a. O., 323.

10 S. Bakopoulos, a. a. O., 327.

11 S. Bakopoulos, a. a. O., 327; Chr. Deliyanni-Dimitrakou, Les Transformations du droit du travail et la crise, RHD 67 (2014), 859 ff. (862–863).

12 Art. 8 Abs. 1, 10 Gesetz 1876/1990; Bakopoulos, a. a. O. Wenn ein Arbeitsverhältnis unter den Geltungsbereich eines Branchen- und eines Firmentarifvertrages fiel, ging die günstigere und nicht die betriebsnähere Regelung vor, s. Bakopoulos, a. a. O.

13 Art. 9 Abs. 4, 5 Gesetz 1876/1990: Nach Ablauf der Kündigung galt der Tarifvertrag normativ für 6 Monate weiter und erfasste auch Arbeitsverhältnisse, die während dieses Zeitraums begründet wurden, s. Bakopoulos, a. a. O.

14 Art. 14, 15, 16 Gesetz 1876/1990 (abgeändert durch Art. 14 Gesetz 3899/2010): beim Scheitern der Tarifverhandlungen konnte jede Partei die Vermittlung anrufen, meistens tat es die Arbeitnehmerseite. In diesem Fall unterbreitete der Vermittler einen unverbindlichen Vorschlag über einen Tarifabschluss. Wenn die Arbeitgeberseite ihn ablehnte, hatte die Gewerkschaft das Recht einseitig die Schlichtung anzurufen. Diese wiederum endete immer mit einem für beide Seiten verbindlichen Schlichtspruch, der einem Tarifabschluss gleichstand, s. Bakopoulos, a. a. O.

15 Gesetz 3845/2010, Zulage III C (I) 22.

Arbeitsmarkts und der Einkommenspolitik vorgeschrieben wird. Im Rahmen dieser »strukturellen Veränderungen« müssen die Gehälter im Privatbereich den neuen, gekürzten Gehältern im Öffentlichen Bereich angepasst werden. Die vorsichtige Formulierung beschreibt dennoch eine »Flexibilität der Gehälter im Privatbereich für einen langen Zeitraum«. Außerdem wird die Regierung nach Beratung mit den Sozialpartnern und im Rahmen des Europarechts verpflichtet, die Regelungen für die Gehaltsverhandlungen im privaten Bereich wie auch die Abschaffung der Asymmetrie im Schiedsverfahren zu verändern. Es wird weiterhin vorgeschrieben, dass die Regierung:

- neue Regelungen für die Gehälter der neuen Beschäftigten im Arbeitsmarkt annehmen wird um die Ermöglichung von neuen Arbeitsstellen für generell mehr gefährdeten Gruppen voranzutreiben, wie etwa Arbeitslose und Jugendliche,
- ein neues System zur Kontrolle der Schwarzarbeit und der Aktualisierung von Institutionen des Arbeitsmarkts einführen wird,
- die Regelungen für den Schutz des Arbeitnehmers, insbesondere von Regelungen welche die Verlängerung der Lehrzeit, Massenentlassungen und Teilzeitarbeit angeht, reformiert.
- Als letztes wird eine Umleitung der Sozialabgaben zur Unterstützung von mehr anfälligen Sozialgruppen vorgesehen¹⁶.

Infolge der oben erwähnten Verpflichtung wurden durch Art. 37 des Gesetzes 4024/2011 die Regelungen des Gesetzes 1876/1990¹⁷, welche den Abschluss von Firmentarifverträgen relativ zur Branchentarifverträgen regelten, modifiziert. Durch Art. 37 § 5 wurde Art. 10 § 2 des Gesetzes 1876/1990 verändert. Die neue Regelung sieht vor, dass zumindest bis zum 01.01.2017 bei Konkurrenz von Firmen- zu Branchentarifverträgen die Firmentarifverträge überwiegen, auch wenn sie ungünstiger für die Arbeitnehmer sind¹⁸. Dennoch kann der Firmenvertrag keine ungünstigeren Regelungen beinhalten als der Nationale Generaltarifvertrag.¹⁹ Die Allgemeinverbindlicherklärung des nationalen Generaltarifvertrages wurde also durch die Memoranda bis jetzt nicht eingeschränkt. Der alte Grundsatz der Günstigkeit bei Tarifkonkurrenz wird dadurch erheblich eingeschränkt, da er weiterhin lediglich im Verhältnis zwischen dem Nationalen Generaltarifvertrag und den anderen Arten von Tarifverträgen gilt²⁰. Gleichzeitig wurden alle Lebenszeitklauseln sowohl für Arbeitnehmer als auch für Angestellte abgeschafft.²¹

16 S. *Kiosse-Pavlidou*, 6 Mai 2010–14 Februar 2012, Der Weg für zur schnellen Entstabilisierung der Arbeitsgesetzgebung, EpErgD (Epiteorisi Ergatikou Dikaiou=Magazin für Arbeitsrecht) 2012, 1359 ff., 1361 (gr.).

17 S. *Deliyanni-Dimitrakou*, a. a. O.

18 S. *Zerdelis*, Individualarbeitsrecht, 2015, 652 (gr.), *Theodosis*, Die Entstabilisierung von Arbeitsklauseln durch Unternehmenstarifverträge, EpErgD 2012, 1283 ff., 1285 ff. (gr.), *Bakopoulos*, a. a. O., 328.

19 S. *Giannakourou*, Anschließung ungünstiger Vertragsklauseln durch Unternehmenstarifvertrag und Überweisung dieser nach Gesetz 4024/2011, EpErgD 2012, 1151 ff., 1153 (gr.).

20 S. *Bakopoulos*, a. a. O., 328.

21 Durch 29 Ges.4046/2012, s. die Kritik von *Koukiadis*, Arbeitsrecht, (7. Aufl.), 2014, 1066 ff. (gr.), der die Regelung des Problems durch drei verschiedene Gesetze kritisiert.

II. Novellierung des Individualarbeitsrechts

Durch Gesetz 3846/2010, welches teilweise kontradiktorische Regelungen zum Gesetz 3845/2010 – zumindest was die Flexibilität angeht²² – erhält, wurde bei Teilzeitverträgen die 15-Tage Frist für die Ankündigung jedes schriftlichen Arbeitsvertrags bei der Anstalt für Arbeitsaufsicht auf 8 Tage verkürzt, und die 7,5 %ige Lohnerhöhung für Arbeiter mit bis zu 4 Stunden Tagesarbeitszeit auch auf Arbeitnehmer erweitert, die einen höheren Vertragslohn als das Tarifvertragsrecht vorschreibt, erhalten (§ 9 Art. 2). Schließlich wurde eine 10 %ige Lohnerhöhung für Arbeiter mit einem Teilzeitvertrag, die zusätzliche Arbeit leisten, vorgeschrieben.²³ Durch Art. 2 desselben Gesetzes wurde die vertraglich abwechselnde Arbeit beibehalten; dennoch wurde gleichzeitig die Möglichkeit des Arbeitgebers, einseitig abwechselnde Arbeit innerhalb des Jahres für einen Zeitraum von bis zu 9 Monaten innerhalb eines Kalenderjahres anzuordnen, eingeführt. Diese Möglichkeit steht jetzt bevor, unter Ankündigung einer Reduzierung der Aktivitäten (nicht der finanziellen).²⁴ Die Nichterhaltung der Schriftform führt zur Nichtigkeit, auch wenn die (erforderliche) Ankündigung bei der Anstalt für Arbeitsaufsicht erfolgte. Die bisherige Verpflichtung des Arbeitgebers, welcher Arbeiter mit Teilzeitbeschäftigung beschäftigt, innerhalb einer bestimmten Frist eine Allgemeinliste mit den teilzeitbeschäftigten Arbeitnehmern bei der Anstalt für Arbeitsaufsicht auszuhändigen, wird abgeschafft (Art. 2 § 3).²⁵

Durch Art. 4 Gesetz 3846/2010 wurde Art. 10 § 1 Gesetz 3198/1955 abändert. Die neue Regelung sieht vor, dass im Falle einer Reduzierung der finanziellen Tätigkeit eines Unternehmens oder Betriebs, eine -schriftliche-Suspendierung innerhalb einer Frist von nicht mehr als drei Monaten möglich ist, wenn vorher eine Beratung mit den Gewerkschaftsvertretern der Arbeitnehmer stattgefunden hat.²⁶ In diesem Fall erhält der Arbeitnehmer die Hälfte des Monatslohns der letzten zwei Monate. Nach Ablauf der Dreimonatsfrist kann der Arbeitnehmer nicht wieder suspendiert werden, wenn vorher nicht weitere drei Monate vergangen sind.²⁷ Schließlich wurden durch Art. 17 § 5 des Gesetzes 3899/2010 der Vertrag mit Probezeit von 2 auf 12 Monate verlängert sowie durch Gesetz 3996/2011 Art. 15 des Gesetzes 1843/1984 abge-

22 Nach Bakopoulos, a. a. O., 324, alle Reformen im Arbeitsrecht »stehen unter der Prämisse der Erhöhung der wirtschaftlichen Produktivität des Faktors Arbeit, der Flexibilisierung des Arbeitsmarktes und der Verbesserung der Wettbewerbsfähigkeit des Landes«, dergleiche 325; Siehe auch die amtliche Begründung des Gesetzes 4093/2012.

23 S. Kiosse-Pavlidou, a. a. O.; Vlastos, Änderungen der Arbeitsgesetzgebung und Veränderungen der Arbeitsverhältnisse welche durch Memorandum-Gesetze herbeigeführt wurden, EpErgD 2012, 1117 ff., 1118 (gr.).

24 Art. 17 § 3 des Gesetzes 3899/2010 hat die 6-Monats-Frist auf 9 Monate innerhalb eines Kalenderjahres verlängert, s. Kiosse-Pavlidou, a. a. O., 1364.

25 Diese Pflicht wurde durch Art. 38 § 16 des Gesetzes 1892/1990 vorgesehen.

26 Wenn im Einzelfall keine Gewerkschaftsvertreter existieren, muss die Beratung mit allen Arbeitnehmern stattfinden. Dennoch kann in diesem Fall die Beratung durch einmalige und ebenfalls schriftliche Bekanntmachung in einem zugänglichen und sichtbaren Unternehmensraum ersetzt werden.

27 Durch Art. 28 des Gesetzes 3996/2011 wurde die Versäumnis der Auszahlung der Kündigungsentschädigung zum ersten Mal als Straftat vorgesehen, s. Sideris, Das »neue« Arbeitsrecht (FS für I. Koukiadis), 2014, 411 ff. (gr.).

ändert und der Kündigungsschutz von schwangeren Frauen auf 18 Monate festgesetzt.

Im Februar 2012 wurde ein weiteres Sparpaket verabschiedet. Diesmal wurde zu Maßnahmen gegriffen, welche auch den privaten Bereich maßgebend beeinflussten, wie die Absenkung des Mindestlohns auf 586 Euro und die Absenkung des Mindestlohns für unter 25-Jährige auf 525 Euro²⁸. Dies ermöglichte das neue Memorandum II (Gesetz 4046/2012²⁹), welches am 14.02.2012 im Eilverfahren vom griechischen Parlament verabschiedet wurde.³⁰ Durch Art. 1 § 1 des Aktes 6/28.02.2012 des Ministerrats wurden Art. 74 § 8 des Gesetzes 3863/2010 und Art. 43 des Gesetzes 3986/2011 abgeschafft. Die neue Regelung sieht vor, dass bis zum Abschluss des Programms zur Finanzanpassung der Mindestlohn (Stand: 01.01.2012) des Allgemeinen Tarifvertrags von 15.07.2010 für alte Arbeitnehmer um 32 % und für neue Arbeitnehmer um 22 % reduziert wird³¹.

Im November 2012 hat das griechische Parlament durch Gesetz 4093/2012 ein erneutes Sparpaket in Höhe von 13,5 Milliarden Euro gebilligt, welches Kürzungen bei Renten, Gehältern sowie im Gesundheits- und Sozialwesen³² vorsieht. Außerdem schreibt es Maßnahmen vor, welche direkt dem Individualarbeitsrecht zugehören, wie etwa die Senkung der Abfindungen für entlassene Arbeitnehmer³³, aber auch Maßnahmen im Sozialrecht (Abschaffung des Anspruchs auf Kindergeld bei einem Familieneinkommen von mehr als

28 S. Kiosse-Pavlidou, a. a. O., 1392 (gr.).

29 S. Kazakos, Kollektivarbeitsrecht, 2013, 565 (gr.). Die Durchsetzung der Regelungen dieses Gesetzes erfolgte hauptsächlich durch Akt 6/28.2.2012 des Ministerrats und durch Rundschreiben 4601/304/12.3.2012 des Arbeitsministers.

30 Kiosse-Pavlidou, a. a. O., 1391, nennt Gesetz 4046/2012 als den »am meisten effizienten Torpedo an den Grundlagen des Arbeitsrechts«. Vergl. Koukiadis, Krisenrecht, Reformrecht oder Abschaffung des Arbeitsschutzes?, EpErgD 2012,647 (gr.); Ladias, Die griechische Finanzkrise, die Festsetzung der Gehälter im Privatbereich und der Angriff auf die Tarifautonomie, EpErgD 2012,659(gr.), Kazakos, a. a. O.594: Memorandum II (Ges.4046/2012) verstößt gegen das Prinzip des Verbots von Altersdiskriminierung und das Vermögensprinzip. Kazakos betont gleichzeitig, dass die Regelungen des Gesetzes 4046/2012 gegen das Untermaßverbot, wie dieses durch die Entscheidungen des BVerfG und BAG in Deutschland gestaltet wurde, verstoßen würde. Siehe auch Gavalas, EErgD 2012, 545–546, Dermizaki, EErgD 2012, 563 ff.(gr.). Das Untermaßverbot wurde durch die Entscheidung 668/2012 des Staatsrats übernommen, siehe Kazakos, a. a. O.

31 Der Grundlohn für neue Arbeitnehmer von 18 bis 25 Jahren wurde ab 1.2.2012 gesetzlich auf 586 € brutto (d. h. mit Sozialversicherungsbeiträgen und Lohnsteuer) reduziert. Als verfassungswidrig charakterisiert alle oben erwähnten Maßnahmen Kazakos, a. a. O., 566, 568–571 und insbesondere für die Regelung des Aktes 6/28.2.2012 (Gehaltskürzungen), 581 ff., und für den Verstoß gegen Art. 1a des ersten Protokolls der EMRK s.629 ff. (gr.)

32 S. Zerdelis, a. a. O., 647 (gr.).

33 Art. 1 I.A.12 des Gesetzes 4092/2012. Die neue Regelung beinhaltet Kürzungen der Kündigungsfristen für Privatangestellte (1 Monat Frist für Privatangestellte mit Dienstverhältnis von 1 bis 3 Jahren, 2 Monate für Privatangestellte mit Dienstverhältnis von 2 bis 5 Jahren, 3 Monate für Privatangestellte mit Dienstverhältnis von 5 bis 10 Jahren, und 4 Monate für Privatangestellte mit Dienstverhältnis von 2 bis 5 Jahren). Die Frist beginnt am Tag nach dem Zugang einer (wirksamen) Kündigung beim Arbeitnehmer. Die Neuregelung umfasst aber auch Kürzungen der Abfindung bei der fristlosen Kündigung (der Betrag variiert von einer zweimonatigen Abfindung für Privatangestellte mit Dienstverhältnis von 12 Monaten bis 2 Jahren, bis zur zwölfmonatigen Abfindung für Privatangestellte mit einem Dienstverhältnis von 16 Jahren oder mehr). Für Privatangestellte, deren Dienstverhältnis am 11.12.2012 17 Jahre oder mehr bestand, wurde außerdem eine extra Abfindung von 1 bis 12 Monatsgehältern vorgesehen, welche aber für Angestellte die nach dem 11.12.2012 diese vorgesehene Dienstzeit vorweisen, nicht mehr gilt.

18000 Euro pro Jahr, höhere Eigenbeteiligung beim Kauf von Medikamenten im Rahmen der Gesundheitsreform). Die wichtigste Veränderung in diesem Bereich ist die Abschaffung des Rechts auf begründete Kündigung von Arbeitsverträgen, welche entweder bei Erreichen des jeweiligen Rentenalters oder eines bestimmten Alters enden³⁴, und zwar sowohl im privaten als auch im öffentlichen Bereich³⁵. Außerdem wurden durch Art. 4 des Gesetzesaktes 6/2012 alle Lohnerhöhungen bis auf weiteres solange eingestellt, bis die Arbeitslosenquote die 10 % Grenze unterschreitet.³⁶ Die Maßnahmen betreffen 1 673 732 Arbeitnehmer, welche im Privatbereich tätig sind³⁷. Ausserdem wird der neue Mindestlohn ab 01.04.2013 durch Gesetz- und nicht wie bisher durch Verhandlungen von Arbeitnehmern und Arbeitgebern festgelegt.

Es folgte eine Gemeinschaftsklage von insgesamt über 70 natürlichen und juristischen Personen beim obersten Staatsrat (Symvoulío tis Epikrateias)³⁸. Der Staatsrat hat mit Entscheidung 2307/2014³⁹ fast alle Maßnahmen des zweiten Sparpakets [Lohn- und Rentenkürzungen im öffentlichen Bereich, Streichung der Ehegattenzulage, Abschaffung der Unterzeichnung der nationalen Manteltarifverträge (Mindestlöhne) nach Verhandlungen zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern (SEB – GESEE), Abschaffung der sogenannten »Rückwirkung« (der Tarifverträge)] für verfassungskonform erklärt. Allerdings erklärte er eine für das kollektive Arbeitsrecht sehr wichtige Ausnahme. Das Gericht befand das Memorandum II (Gesetz 4046/2012) in jenem Teil für verfassungswidrig, mit dem die einseitige Anrufung der Schiedsstelle (in Arbeitsstreitigkeiten) abgeschafft wird⁴⁰.

34 Akt 6/28.2.2012, Art. 5 des Ministerats.

35 S. *Kiosse-Pavlidou*, a. a. O. 1359 ff., 1401.

36 S. *Zerdelis*, a. a. O. 644 (gr.).

37 Stand: Februar 2016 s. <http://www.fnews.gr/posoi-einai-oi-ergazomenoi-ston-idiotiko-tomea-sti-xoramas/#>.

38 Im selben Tag (24 Juni 2014) wurde dem Parlament eine Novelle des Finanzministeriums vorgelegt, durch welcher die Erhöhung der Bezüge der Richter vorgesehen ist. Die Erhöhung erfolgte als Ergebnis der Durchsetzung der Entscheidung 88/2013 des Besoldungsgerichts (veröffentlicht in der juristischen Datenbank »NOMOS«), welche die Kürzungen der Gehälter der Richter im Rahmen des zweiten Sparpakets (Memorandum II) als verfassungswidrig erklärte. Die Novelle erhöht unter anderem das Grundgehalt des Richters am Amtsgericht 4. Klasse von 1369 € auf 1488 €, des Richters am Landgericht von 1778 € auf 2067 €, des Vorsitzenden am Landgericht von 2009 € auf 2480 €, des Richters am Areopag von 2525 € auf 3307 €, des stellvertretenden Vorsitzenden am Areopag von 2880 € auf 3721 € und des Vorsitzenden am Areopag von 3023 € auf 4134 €. Ebenfalls wird die Zulage zur Bildung und Aktualisierung einer Bibliothek analog zum Dienstgrad von ungefähr 130 € auf bis zu 188 € erhöht, während unter anderem die Erhöhung der Grundgehälter auch den Betrag der Dienstzeitzulage mit nach oben ziehen wird, die sich auf bis zu 48 % des Grundgehalts beläuft. Die Erhöhung der Zulage wird sich im Durchschnitt in der Größenordnung von 20 % bewegen. Gleichzeitig werden auch rückwirkend ab dem 1. August 2012 die für verfassungswidrig befundenen Kürzungen bei Gehältern, Zuwendungen und Pensionen erstattet werden müssen.

39 Veröffentlicht in DEE (Dikaio Epihiriseon Kai Etairion=Betriebs- und Unternehmensrecht) 2014, 623 und DEN (Deltion Ergatikis Nomothesis=Bericht der arbeitsrechtlichen Gesetzgebung) 2014, 905, s. *Kazakos*, EpErgD 2015, 107 ff. (gr.), *Papadimitriou*, EllDni (Elliniki Dikaosini=Hellenische Justiz), 2015, 10 ff. (gr.), *Travlos-Tzanetatos*, EpErgD 2015, 5 ff. (gr.), *Lixouriotis*, EpErgD 2015, 137 ff. (gr.), *Giannakourou*, EpErgD 2015, 41 ff. (gr.), *Dermizaki*, EpErgD 2015, 69 ff. (gr.), *Theodosis*, EpErgD 2015, 57 ff. (gr.); siehe auch *Leventis*, DEN 2014, 1585 ff.

40 Art. 3 § 1 des Aktes 6/28.02.2012 des Ministerats. s. *Lixouriotis*, Kollektivarbeitsrecht, 2013, 321 (gr.), <http://www.griechenland-blog.gr/2014/06/kuerzungen-der-renten-der-richter-in-griechenland-verfassungswidrig/134188/>.

C. Memorandum III

Aus der oben erwähnten Darstellung gelangt man zur Schlussfolgerung, dass die Finanzkrise zu weitreichenden Reformen des griechischen Arbeitsrechts geführt hat⁴¹. Insbesondere die Eingriffe im Tarifvertragsrecht mit der Minderung des kollektiven Schutzes und der partiellen Nachwirkung des Tarifvertrags haben zwar einerseits mehr Raum für die Privatautonomie geschaffen, andererseits kann man sich dieser Richtung nur schlecht anschließen, wenn man bedenkt dass ursprünglich das Arbeitsrecht im Ganzen als ein Rechtsgebiet zur Sicherung des sozialen Friedens war und es einseitig zugunsten der Arbeitnehmer zu verstehen war -und auch so entstanden ist- und welches überdies seit Beginn des zwanzigsten Jahrhunderts gerade die Vertragsfreiheit und die Vertragsautonomie des Zivilrechts beiseite zu schieben versuchte.

Der Ausgleich der Verhandlungen der griechischen links-rechts Koalitions-Regierung, mit den drei Institutionen führte, wie gesagt, zum Abschluss eines neuen »Memorandum of Understanding« oder Memorandum III.⁴² Das Memorandum III wurde durch Gesetz Nr. 4336/2015 umgesetzt⁴³. Die bevorstehenden Änderungen durch Memorandum III, welche voraussichtlich das Streikrecht und die Massenentlassungen betreffen⁴⁴, werden das griechische Arbeitsrecht noch mehr verändern. Das neue Gesetz beinhaltet erneut -auch wenn nicht hauptsächlich- arbeitsrechtlich relevante Regelungen, insbesondere in Art. 4.1 mit dem Titel »Arbeitsmarkt und Arbeitspersonal«. Nach dieser Regelung ist die Regierung ab September 2015 verpflichtet, alle Institutionen im Arbeitsmarkt nochmals zu überprüfen. Bis Oktober 2015 muss sie die nötige Beratungen mit den Vorsitzenden eines Gremiums von unabhängigen Sachverständigen einleiten mit dem Zweck bereits den bestehenden Rahmen

41 S. Bakopoulos, ZESAR 2014, 330: »Selten hat ein Staat institutionelle Eingriffe dieses Ausmaßes in einer sozial hochsensiblen und ohnehin schwer konsensfähigen Regelungsmaterie in so kurzer Zeit vorgenommen«.

42 Nach den Wahlen vom Januar 2015, welche die linke Partei SYRIZA (Koalition der Radikalen Linken) gewonnen hatte, wurde eine neue Regierung zusammen mit der kleinen rechtspopulistischen Partei Anaxartitoi Ellines-ANEL (Unabhängige Griechen) gebildet. Diese Koalition führte die Verhandlungen mit den drei Institutionen bis Juli 2015, die als Ergebnis das Memorandum III hatten. Ministerpräsident Tsipras hatte, nachdem die linke Fraktion der SYRIZA Partei sich weigerte dem dritten Finanzpaket zuzustimmen faktisch die Mehrheit im Parlament verloren. 32 der 149 SYRIZA-Abgeordneten stimmten dagegen und das Rettungspaket wurde mit Stimmen der Opposition verabschiedet. Tsipras hat daraufhin neue Wahlen für den 20.09.2015 angekündigt. Diese Wahlen hat die SYRIZA Partei mit 35,4 % zum zweiten Mal innerhalb eines Jahres wieder deutlich gewonnen. Am nächsten Tag hat Alexis Tsipras zusammen mit den Vorsitzenden der ANEL Panagiotis Kammenos eine neue Regierung gebildet, während seine linksradikalen Widersacher von »Leiki Enotita« (Volksunion), eine Abspaltung von Syriza und Befürworter des Euro-Austritts, den Einzug ins Parlament mit weniger als drei Prozent(2,86 %) dagegen verpasst hatten. Zwischendurch hat die erste SYRIZA-ANEL Regierung überraschend in der Nacht vom 27 Juni ein Referendum für den 5 Juli 2015 angekündigt mit der Frage: »Soll der Vorschlag, der von der Europäischen Kommission, der Europäischen Zentralbank und dem Internationalen Währungsfonds in der Euro-Gruppe vom 25. Juni unterbreitet wurde, der aus zwei Teilen besteht und einen umfassenden Vorschlag darstellt, akzeptiert werden?« Die Mehrheit von 61,31 % hat gegen den Vorschlag der Institutionen gestimmt siehe <http://ekloges.ypes.gr/current/e/public/index.html?lang=en#%7B%22cls%22:%22main%22,%22params%22:%7B%7D%7D>; Siehe auch oben Fn. 2.

43 Verabschiedet vom Parlament am 14.08.2015.

44 S. Bakopoulos, a. a. O.

im Arbeitsmarkt, insbesondere im Bereich der Massentlassungen⁴⁵, der Kollektivverhandlungen und -aktionen mit Hinblick auf die besten europäischen und internationalen Praktiken einer Neuüberprüfung zu unterziehen. Der Beitrag von internationalen Organisationen wie der ILO (International Labour Organisation) wird explizit im Gesetz erwähnt, dennoch werden die Organisation, die Regeln und der Zeitplan in Zusammenarbeit mit den Institutionsorganen bestimmt. Nach Abschluss der Neuüberprüfung wird der Rahmen im Bereich der Massentlassungen, der Kollektivverhandlungen und -aktionen mit der besten europäischen Praxis angepasst. Jede Veränderung in oben erwähnten Bereichen kann auf keinen Fall als Ergebnis einen Rückschritt in den alten politische Rahmen haben, welcher kontradiktorisch zum anzustrebenden Wachstum ohne Isolierungen wäre. Der konkrete Inhalt der neuen Regelungen bleibt bis zum Zeitpunkt der Erstellung dieses Artikels noch abzuwarten. Die ambivalente Formulierung des Textes stellt jedoch offensichtlich die Hoffnung auf die Vermeidung einer weiteren Deregulierung des griechischen Arbeitsrechts als sehr wahrscheinlich dar.

Als letztes hat Memorandum III die griechische ZPO grundsätzlich abgeändert.⁴⁶ Die arbeitsrechtlich relevanten Regelungen sind hauptsächlich in den Art. 975 und 977 erhalten welche die Vor- und Sonderrechte der Gläubiger nach der Pfändung regeln⁴⁷. Die alte Regelung des Art. 975 sah folgendes hinsichtlich der Rangordnung der Berücksichtigung der Forderungen der Gläubiger vor:

Art. 975 Nr. 3 besagte:

»Forderungen der Gläubiger im Teilungsplan werden nach folgender Rangordnung berücksichtigt: Die Ansprüche aus der Leistung unselbständiger Arbeit, die Ansprüche von Lehrern, sowie die Ansprüche aus Honoraren, Kosten und Entschädigungen von Rechtsanwälten, welche entweder mit pauschal wiederkehrendem Honorar oder je nach Einzelfall bezahlt werden, soweit sie in den letzten zwei Jahren vor dem Versteigerungstermin entstanden sind. Die Verteilung des Erlöses auf Teile nach Artikel 977 erfolgt, nachdem die Ansprüche dieser Klasse befriedigt wurden⁴⁸.«

In der neuen Fassung des Art. 975:

- Werden Ansprüche von Lehrern aus dieser Klasse ausgeschlossen.
- Gleichzeitig wird der letzte Abschnitt des Art. 975 gestrichen.

Weiterhin sah die alte Fassung des Art. 977 Nr. 1 vor,

45 Vgl. dazu die Erläuterungen von *Bakopoulos*, a. a. O. 324–325.

46 S. *Apalagaki*, Presentation of the Draft Reform of the Code of the Greek Civil Procedure Code: Ordinary and Special Proceedings of the Courts of First Instance, in *Civil trial of first and second instance according to Swiss and Greek Law*, 2014, 69 ff.

47 Für die alte Regelungen s. *Kerameus/Kondylis/Nikas (-Nikolopoulos)*, ZPO, 2000, Art. 975, 977 und 1007, *Triadafillidis*, Die Vorrechte bei Konkurs vor und nach der Konkursordnung (Gesetz 3588/2007), DEE 2008, 1356 ff., 1360–1362, (gr).

48 Der letzte Abschnitt wurde durch Art. 31 des Gesetzes 1545/1985 angefügt.

- dass bei Konkurrenz der Art. 975 (also auch von Ansprüchen aus der Leistung unselbständiger Arbeit) und 976 Nr. 3 (Ansprüche welche die Kosten für die Erzeugung und die Ernte von Früchten betreffen), die ersteren einen Vorgang hatten.

Bei Konkurrenz von Ansprüchen:

- der Art. 976 Nr. 1 (Ansprüche, für die ein Pfandrecht oder eine Hypothek nach Art. 1007 grZPO besteht)
- und 976 Nr. 2 (Ansprüche, welche die Kosten für die Erhaltung der Sache betreffen)

wurden die Ansprüche des Art. 975 bis zu 1/3 des Erlöses befriedigt und die restlichen 2/3 für die Befriedigung der Ansprüche des Art. 976 Nr. 1–2 vorgesehen.

- Wenn dennoch ein Restbetrag übrig geblieben wäre, wurde dieser für die Befriedigung der Ansprüche des Art. 976 Nr. 3 vorgesehen und ein weiterer Restbetrag zwischen den Gläubigern ohne Vorrecht verteilt.
- Art. 977 Nr. 2 sah vor, dass bei Konkurrenz von Ansprüchen aus den Art. 975 und 976 der Anspruch der vorhergehenden Klasse vor dem der folgenden befriedigt wurde.
- Ansprüche der gleichen Klasse wurden gleichmäßig verteilt. Bei Konkurrenz von mehreren der in Art. 976 Nr. 2 genannten Ansprüche war die von dem materiellen Recht bestimmte Rangfolge maßgebend. Der Betrag, der nach der Befriedigung der in der Art. 975 und 976 genannten Ansprüche übrig geblieben war, wurde zwischen den übrigen Gläubigern nach dem Verhältnis ihrer Forderungen verteilt (Art. 977 Nr. 3 grZPO).

Die neue Fassung des Art. 977 Nr. 3 grZPO sieht zum ersten Mal vor, dass bei Konkurrenz von Ansprüchen aus den Art. 975 und 976 zusammen mit Ansprüchen ohne Vorrecht

- die Ansprüche des Art. 976 bis zu 65 %,
- die Ansprüche des Art. 975 bis zu 25 %
- und die Ansprüche ohne Vor- oder Sonderrecht bis zu 10 % befriedigt werden.

Aus dem Restbetrag welcher nach der Verteilung der 65 % oder der 25 % übrig bleibt wurden die Ansprüche der jeweils anderen Klasse befriedigt. Wenn dennoch noch ein Restbetrag übrig bleibt,

- wird dieser für die Befriedigung der Ansprüche der Art. 976 und 975 verteilt. Zuvor werden jedoch die Kosten der Zwangsvollstreckung nach Art. 932 und 975 Nr. 1 Abs. 2 vom Vollstreckungsbeamten unter Angabe einer Begründung festgesetzt und vom Erlös abgezogen.
- Bei Konkurrenz von Ansprüchen des Art. 975 (also auch arbeitsrechtlichen Ansprüchen) und Ansprüchen ohne Vor- oder Sonderrecht, werden die Ansprüche des Art. 975 bis zu 70 % befriedigt und der Restbetrag des Erlöses wird unter den Gläubigern gleichmässig verteilt.

Die neue Regelung ist also teilweise günstiger für Ansprüche mit Sonderrecht (z. B. Hypothek oder auch nur Hypothekenvormerkung i. e. der. 706 und 1007 grZPO) als die alte. Das Vorrecht des letzten Abschnitts des Art. 975 Nr. 3 wird abgeschafft, was einen Rücktritt für die arbeitsrechtlichen Forderungen im Zwangsvollstreckungsrecht allgemein darstellt. Dennoch werden zum ersten Mal auch Ansprüche ohne Vor- oder Sonderrecht – wenn auch nur zu einem kleinen Prozentsatz (10 %) – bei der Verteilung explizit wahrgenommen und befriedigt.

Pascal Brinkmann, Singapur*

Die Einführung des »Employment Claims Tribunals« – Erweiterte Rechtsschutzmöglichkeiten für Manager und Führungskräfte in Singapur

Inhaltsübersicht

- A. Bestehende Streitbeilegungsmöglichkeiten
 - I. Commissioner for Labour
 - 1. Antragsberechtigung
 - 2. Antragsfrist
 - 3. Anwaltliche Vertretung und Kosten
 - II. Tripartite Panel
 - 1. Antragsberechtigung
 - 2. Fristen
 - 3. Anwaltliche Vertretung und Kosten
 - III. Gewerkschaften
 - IV. Singapore Mediation Center
 - V. Zwischenergebnis
- B. Einführung des »Employment Claims Tribunal«
- C. Zusammenfassung

Singapurs beeindruckender Aufstieg vom Entwicklungsland zum wohlhabenden Hightech- und Finanzstandort ist mittlerweile allgemein bekannt. Die Bilder der glitzernden Hochhäuser gehen anlässlich alljährlich stattfindender Konzerte, Autorennen und ähnlicher Veranstaltungen regelmäßig um die Welt.

* Pascal Brinkmann, LL.M. (Stellenbosch), Rechtsanwalt und Accredited Tax Practitioner (Income Tax) (Singapur) bei Luther LLP in Singapur.

Das seit jeher sehr liberale und unternehmerfreundliche Arbeitsrecht in Singapur hatte an diesem Aufstieg sicherlich einen nicht unerheblichen Anteil, versprach es ausländischen Unternehmen doch eine nicht zu unterschätzende Flexibilität bei ihren Investitionen im damals noch exotischen Südostasien.

Mit der Wandlung des Stadtstaates verschoben sich aber auch die Schwerpunkte der singapurischen Politik. Wie bereits zuvor in Europa und den Vereinigten Staaten, verlangten nun auch die singapurischen Arbeitskräfte vermehrt soziale Sicherheit und Planbarkeit. Seit einigen Jahren wird das singapurische Arbeitsrecht daher grundlegend überarbeitet und an moderne Erfordernisse angepasst.

Ein besonderes Augenmerk gilt dabei dem Ausbau der Rechtsschutzmöglichkeiten von Arbeitnehmern. Diese können bereits heute, neben dem häufig sehr kostenintensiven zivilgerichtlichen Rechtsschutz, kostengünstige Alternativen zur Streitbeilegung (dazu im Einzelnen weiter unten) in Anspruch nehmen.

Allerdings blieb der stetig wachsenden Gruppe von Managern und Führungskräften (*professionals, manager and executives*) der Rückgriff auf diese günstigen Streitbeilegungsmöglichkeiten bislang weitestgehend verwehrt. Die mit einem Verfahren vor den Zivilgerichten einhergehenden hohen Kostenrisiken führten daher zu einer praktischen Rechtsschutzlücke.

Diese Lücke soll nun mit Einführung des sog. *Employment Claims Tribunal*, an das sich auch Manager und Führungskräfte wenden können, geschlossen werden.

Ziel dieses Beitrags ist es, einen Überblick über die bereits bestehenden Streitbeilegungsmöglichkeiten für Arbeitnehmer und Arbeitgeber zu geben und die nunmehr bekannt gewordenen Details zum *Employment Claims Tribunal* vorzustellen. Schließlich sollen etwaige noch immer bestehende Lücken aufgezeigt werden.

A. Bestehende Streitbeilegungsmöglichkeiten

In Singapur werden arbeitsrechtliche Streitigkeiten verhältnismäßig selten vor Gerichten ausgetragen. Gründe hierfür sind die immensen Kosten, die mit einem Gerichtsverfahren einhergehen, die Tatsache, dass selbst die obsiegende Partei regelmäßig nur 60–70 % ihrer Kosten erstattet bekommt, sowie die durch Prozesstaktiken oftmals in die Länge gezogenen Verfahrensdauern.

In dem Wissen um die sich hieraus regelmäßig ergebenden Nachteile für Arbeitnehmer, hat Singapur in den vergangenen Jahren eine Reihe kostengünstiger Streitbeilegungsmöglichkeiten eingeführt, die unterschiedlichen Arbeitnehmergruppen offenstehen. Diese sollen nachfolgend vorgestellt werden. Gleichzeitig wird herausgearbeitet, warum Manager und Führungskräfte von diesen Streitbeilegungsmöglichkeiten nur sehr begrenzt profitieren.

I. Commissioner for Labour

Der *Commissioner for Labour* hat ausweislich des *Employment Acts* (hiernach: »EA«) die Aufgabe, Streitigkeiten zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern aufzuklären und zu entscheiden.¹ Er wird von dem Arbeitsminister ernannt.² Im Alltag delegiert er seine Befugnisse an den ihm zur Seite gestellten *Deputy Commissioner for Labour*, den *Principal Assistant Commissioner for Labour* und mehrere *Assistant Commissioners for Labour*. Der *Commissioner* und seine Mitarbeiter sind verbeamtet. Es handelt sich aber nicht zwingend um Juristen. Die Verhandlung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber wird in der Regel von nur einem *Assistant Commissioner* geführt. Inhaltlich ist der *Commissioner* für sämtliche Konflikte zuständig, die den Arbeitsvertrag oder etwaige sich aus dem EA ergebende Rechte und Pflichten betreffen. Der *Commissioner* wird deshalb informell auch als *Labour Court*³ bezeichnet.

1. Antragsberechtigung

Die Anrufung des *Commissioners* steht solchen Arbeitnehmern offen, die vom EA erfasst sind.

Nicht erfasst sind zum einen Manager und Führungskräfte, die ein monatliches Einkommen von mehr als 4500 Singapur Dollar (hiernach: »SGD«) erzielen.⁴ Zum anderen findet der EA keine Anwendung auf Seefahrer, Hausangestellte (*domestic workers*) und Beamte.⁵ Der Betrag von 4500 SGD entspricht in etwa 3000 EUR. Nach Angaben des *Ministry of Manpower*⁶ (hiernach: »MoM«) lag der Gehaltsmedian der Arbeitnehmer, ohne Berücksichtigung von Ausländern, die lediglich aufgrund eines Arbeitsvisums tätig waren, in Singapur im Jahr 2015 bei 3949 SGD.⁷

Ob jemand als Manager beziehungsweise Führungskraft zu qualifizieren ist, beurteilt sich anhand der faktischen Ausgestaltung seiner Tätigkeit. Laut der Begriffsauslegung des MoM kommt es darauf an, ob der Arbeitnehmer wichtige Personalentscheidungen (wie etwa Einstellungen, Disziplinarmaßnahmen, Kündigungen, Personalbewertungen oder Boni) mit beeinflussen kann, bei der Strategieentwicklung des Unternehmens maßgeblich mitwirkt oder das Unternehmen in sonstiger Weise (mit-)führt. Als Manager/Führungs-

1 Section 115 (1) Employment Act (Chapter 91). Etwaige Vorschriften können auch unter nachfolgendem Link gefunden werden <http://statutes.agc.gov.sg/aol/home.w3p> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

2 Section 3 (1) EA.

3 Chandran, *Employment Law in Singapore*, 4th Edition, Ziff. 1.10.

4 Section 2 (2) EA. Manager und Führungskräfte, die weniger als 4.500 SGD im Monat verdienen, sind vom EA seit 2015 teilweise geschützt.

5 Section 2 (1) EA. Für diese Berufsgruppen gibt es Spezialgesetze, die an dieser Stelle nicht weiter relevant sind.

6 Vgl. <http://www.mom.gov.sg/employment-practices/employment-act/who-is-covered> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

7 Vgl. <http://stats.mom.gov.sg/Pages/Income-Summary-Table.aspx> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

kraft gelten laut Interpretation des MoM ferner auch solche Arbeitnehmer, die einen tertiären Bildungsabschluss besitzen und hochspezialisierte Tätigkeiten ausüben, die in ihrer Bedeutung den Tätigkeiten von Managern oder Führungskräften nicht nachstehen. Die Verträge von Managern und Führungskräften bestimmen sich – da der EA keine Anwendung findet – im Wesentlichen nach dem *common law* und können sehr frei gestaltet werden.

Der Schutzbereich des EA wird ferner durch Section 35 i. V. m. Section 2 (2) EA eingeeengt. Hiernach findet Part IV EA, in dem sich unter anderem die gesetzlichen Bestimmungen zu Urlaubstagen und Arbeitszeiten genauso wie Regelungen zur Vergütung von Überstunden und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall finden, nur Anwendung, sofern der Arbeitnehmer in keine der folgenden Kategorien fällt:

1. Kategorie: Manager und Führungskräfte (unabhängig von der Höhe ihres Einkommens);
2. Kategorie: Arbeiter (»workmen«), die »manuelle Tätigkeiten« ausführen und mehr als 4500 SGD verdienen,
3. Kategorie: Arbeitnehmer, die keine Arbeiter im Sinne der zweiten Kategorie sind und mehr als 2500 SGD verdienen.

Die monatlichen Verdienstgrenzen beziehen sich auf das Grundgehalt, das heißt eine zusätzliche Vergütung für geleistete Mehrarbeit, Bonuszahlungen und zusätzliche Monatsgehälter, wie zum Beispiel Urlaubsgeld, sind davon ausgenommen.

Nach Schätzungen des MoM sind bis zu 30 % der arbeitenden Bevölkerung als Manager beziehungsweise Führungskraft tätig und mithin nicht (vollständig) vom EA geschützt.

2. Antragsfrist

Hinsichtlich der Geltendmachung etwaiger Ansprüche sind Präklusionsfristen zu beachten.⁸ Sofern es um die Beendigung eines Arbeitsvertrages geht, beträgt die Frist sechs Monate ab Vertragsbeendigung. Alle anderen Streitigkeiten sind innerhalb eines Jahres ab Anspruchsentstehung vorzubringen.

3. Anwaltliche Vertretung und Kosten

Eine anwaltliche Vertretung ist auf beiden Seiten – also sowohl auf Seiten des Arbeitgebers als auch auf Seiten des Arbeitnehmers – ausgeschlossen⁹. Hintergrund ist, dass die Fälle schnell, unkompliziert und insbesondere kostengünstig entschieden werden sollen und eine anwaltliche Vertretung im Zweifel immer noch vor den Zivilgerichten zulässig ist. Ein Arbeitnehmer, der Mitglied einer Gewerkschaft ist, kann sich jedoch durch einen Reprä-

⁸ Section 115 (2) EA.

⁹ Section 120 EA.

sentanten seiner Gewerkschaft vertreten lassen.¹⁰ Der *Commissioner* kann derzeit gegen Zahlung einer nominalen Registrierungsgebühr in Höhe von SGD 3,- angerufen werden.

II. Tripartite Panel

Seit dem Jahr 2011 gibt es außerdem die Möglichkeit, das vom MoM ausschließlich für Manager und Führungskräfte eingerichtete »*Tripartite Panel*« anzurufen. In dem *Panel* wirken – neben dem MoM – die *Singapore National Employers Federation* als Interessenvertreter der Arbeitgeber und der *National Trades Union Congress* als Vertreter der Arbeitnehmer mit.

Das Panel bietet ein Schlichtungsverfahren an, das von einem offiziellen Schlichtungsbeamten des MoM geleitet wird. Der Schlichtungsbeamte wird von Experten aus der Industrie oder der Personalwirtschaft unterstützt, den sogenannten »*Tripartite Mediation Advisors*« (»TMA«). Die TMAs werden von den *Tripartite* Partnern nominiert und vom Ministerium ernannt.¹¹ Ihre Aufgabe ist es, die Parteien zu beraten und mögliche Lösungswege aufzuzeigen.

Das *Tripartite* Mediationsverfahrens kommt in Betracht, wenn es bei dem Streit der Parteien um das Gehalt des Angestellten, um Abfindungszahlungen oder um Vertragsverletzungen seitens des Arbeitgebers geht.¹² Im Gegensatz zu anderen Schlichtungsverfahren kann der Arbeitgeber unter Strafandrohung durch den Schlichtungsbeamten aufgefordert werden, an dem Schlichtungsverfahren teilzunehmen.¹³

Ist das Ziel des Verfahrens – eine Einigung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer herbeizuführen – erreicht, wird das Ergebnis des Verfahrens schriftlich niedergelegt. Kann hingegen eine Einigung nicht erreicht werden, steht dem Arbeitnehmer die Anrufung des *Commissioners* offen, sofern es um ausstehende Lohnzahlungen geht. Sind andere Bereiche betroffen, kann der Arbeitnehmer vor den Zivilgerichten klagen.

1. Antragsberechtigung

Der Weg zum *Tripartite Panel* steht bislang nur Managern und Führungskräften offen, die nicht mehr als 4500 SGD im Monat verdienen und in der Form eines *general members* zwar Mitglieder einer Gewerkschaft sind, von

10 Section 120 (a) EA. Im Jahr 2014 waren 686.676 Arbeitnehmer in Singapur gewerkschaftlich organisiert (Statistik abrufbar unter <http://www.singstat.gov.sg/statistics/finding-a-z>; zuletzt abgerufen am 14. November 2016). Verglichen mit der Gesamtarbeitnehmerschaft von 3 623 900 Arbeitnehmern (<http://stats.mom.gov.sg/Pages/Employment-Summary-Table.aspx>; zuletzt abgerufen am 14. November 2016) entsprach dies einem gewerkschaftlichen Organisationsgrad von circa 19 %, wobei sich dieser seitdem erhöht haben dürfte. Es gibt dutzende Gewerkschaften, die zusammengefasst von dem National Trades Union Congress (»NTUC«) repräsentiert werden. Die Arbeitgeberinteressen werden von der Singapore National Employers Federation (»SNEF«) vertreten.

11 Section 30 K Industrial Relations Act, hiernach »IRA«.

12 Section 30G (1) IRA.

13 Section 30 J (3) IRA.

dieser jedoch nicht vertreten werden können. Solche Situationen bestehen in der Regel dort, wo die Gewerkschaft und der Arbeitgeber keinen Tarifvertrag abgeschlossen haben oder wo der Arbeitnehmer der Gewerkschaft lediglich beiträgt, um bestimmte Ermäßigungen/Leistungen in Anspruch zu nehmen.¹⁴

Managern und Führungskräften, die mehr als 4500 SGD verdienen, stand also diese Streitbeilegungsmöglichkeit bislang nicht offen. Dies stand auch im Einklang mit dem bisherigen politischen Willen, wonach Manager und Führungskräfte sich aufgrund ihrer größeren Erfahrung und ihrem damit einhergehenden höheren Gehalt an die Zivilgerichte wenden sollten. Zeitgleich mit der Einführung des *Employment Claims Tribunals* wird die bislang bestehende Verdienstschwelle nun jedoch aufgehoben.¹⁵

2. Fristen

Auch hinsichtlich etwaiger Ansprüche, die vor das *Tripartite Panel* gebracht werden, gelten Ausschlussfristen. Sofern das Verfahren eine Kündigung zum Gegenstand hat, beträgt die Frist sechs Monate ab Beendigung des Arbeitsverhältnisses; bei allen anderen Streitigkeiten ist der Arbeitnehmer nach einem Jahr ab Anspruchsentstehung präkludiert.¹⁶

3. Anwaltliche Vertretung und Kosten

Eine anwaltliche Vertretung ist bei diesem Verfahren ebenfalls nicht zulässig.¹⁷ Kosten fallen nicht an.

III. Gewerkschaften

Weiterhin können Gewerkschaftsmitglieder sich bei Streitigkeiten bezüglich des Arbeitsverhältnisses an ihre jeweiligen Gewerkschaften wenden, die sie dann gerichtlich oder in Verhandlungen mit dem Arbeitgeber vertreten können.

Dieses Recht gilt für Manager und Führungskräfte jedoch nur in eingeschränkter Form: So können diese ihre Angelegenheiten in Fällen ungerechtfertigter Kündigung durch ihre Gewerkschaftsvertreter dem Arbeitsminister zur Kenntnis bringen.¹⁸ Selbiger beziehungsweise die von ihm eingesetzten Ministerialbeamten würden nach Anhörung dann entscheiden, ob eine Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers angeordnet wird. Ein allgemeines Vertretungsrecht der Gewerkschaftsvertreter besteht daneben, sofern es um Vertragsverletzungen oder eine Weiterbeschäftigung bei Erreichen des gesetz-

14 Chandran, *Employment Law in Singapore*, 4th Edition, Ziff. 8.41.

15 Siehe dazu weiter unten unter »B.«.

16 Section 30G (2) IRA.

17 Section 30H (5) IRA.

18 Section 35 (3) IRA.

lichen Rentenalters geht. Daneben können die Gewerkschaftsvertreter Manager und Führungskräfte auch bei Abfindungsverhandlungen vertreten, sofern ihre Arbeitsstelle im Zuge von Arbeitsplatzabbaumaßnahmen weggefallen ist. Schließlich ist eine Vertretung durch die Gewerkschaften in Fällen von Diskriminierung aufgrund von Gewerkschaftsmitgliedschaften oder -aktivitäten auch vor dem *Industrial Arbitration Court* zulässig.¹⁹

Das partielle Vertretungsrecht von Managern und Führungskräften umfasst mithin lediglich Verhandlungen mit den Arbeitgebern, jedoch – mit Ausnahme von Fällen ungerechtfertigter Kündigung – nicht das Recht, sich an den Minister zu wenden. Bei Verletzungen arbeitsvertraglicher Verpflichtungen hilft Managern und Führungskräften also auch die Anrufung der Gewerkschaften nicht zwingend weiter.

IV. Singapore Mediation Center

Schließlich können zur Streitbeilegung noch das *Singapore Mediation Center* angerufen²⁰ oder die kostenlosen *mediation and conciliation services* des MoM in Anspruch genommen werden.²¹

Das *Singapore Mediation Center* wird bei einfach gelagerten Fällen in aller Regel den sog. »*Small Case Commercial Mediation Scheme – Mediation Procedure*«²²-Regeln folgen und einen oder mehrere Mediatoren aus der Mediatorenliste²³ des *Centers* zur Verfahrensleitung auswählen.

Die Teilnahme an diesen Formen der außergerichtlichen Streitbeilegung ist freiwillig und daher für Arbeitnehmer nur von begrenztem Nutzen.

V. Zwischenergebnis

Arbeitnehmern steht in Singapur insgesamt eine Reihe von Möglichkeiten offen, arbeitsrechtliche Streitigkeiten außergerichtlich zu klären. Am wirkungsvollsten ist dabei wohl die Anrufung des *Commissioner of Labour*. Daneben können sich Arbeitnehmer an ihre Gewerkschaften wenden und sich bei Streitigkeiten auch von diesen vertreten lassen. Ferner können Manager und Führungskräfte mit einem Gehalt von nicht mehr als 4500 SGD das *Tripartite Panel* anrufen. Erwähnenswert ist in diesem Zusammenhang insbesondere, dass Arbeitgeber von dem *Tripartite Panel* zur Teilnahme an dieser Form der außergerichtlichen Streitbeilegung unter Androhung von Strafe gezwungen werden können.

19 Section 82 IRA.

20 Die ersten beiden Stunden sind hierbei kostenlos, danach – abhängig von der Anspruchshöhe – fallen Gebühren ab 80,25 SGD pro Stunde an. Zu weiteren Details siehe <http://mediation.com.sg/business-services/small-case-commercial-mediation-scheme/> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

21 Chandran, *Employment Law in Singapore*, 4th Edition, Ziff. 1.8 f.

22 Abrufbar unter <http://mediation.com.sg/assets/downloads/small-case-commercial-mediation-scheme/06-SCCMS-Mediation-Procedure-6Apr15-2.pdf> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

23 Vgl. <http://mediation.com.sg/expert-panels/principal-mediators/> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

Für Manager und Führungskräfte mit einem Gehalt von mehr als 4500 SGD bestanden bislang nur sehr eingeschränkte Streitbeilegungsmöglichkeiten: Vom EA nicht erfasst, können sie sich nicht an den *Commissioner of Labour* wenden. Auch steht ihnen die Anrufung des *Tripartite Panels* nicht offen. Auch eine Vertretung durch die Gewerkschaften ist bei Managern und Führungskräften nur sehr eingeschränkt möglich.

Letztlich bestehen für diese Gruppe von Arbeitnehmern daher derzeit nur zwei Rechtsschutzmöglichkeiten: Zum einen können sie auf freiwillige Streitbeilegungsformen zurückgreifen (*Singapore Mediation Center* oder die kostenlosen *mediation and conciliation services* des MoM) – zwei ziemlich stumpfe Schwerter. Zum anderen können die Zivilgerichte angerufen werden, stets in dem Wissen, dass ein Prozess teuer wird, selbst im Falle des Obsiegens ein guter Teil der entstandenen Kosten nicht erstattet werden wird und ein Urteil – je nach Prozesstaktik – erst nach einem langwierigen und oftmals zermürenden Prozess erlangt werden kann.

Bei praktischer Betrachtung bestanden mit Blick auf Manager und Führungskräfte mit einem Gehalt von monatlich mehr als 4500 SGD bislang also praktische Rechtsschutzlücken. Diese Lücken sollen durch die Einführung des *Employment Claims Tribunals* sowie der Aufhebung der Gehaltsgrenzen bezüglich des *Tripartite Panels* geschlossen werden.

B. Einführung des »Employment Claims Tribunal«

Am 16. August 2016 hat das singapurische Parlament das Gesetz zu Ansprüchen aus dem Arbeitsverhältnis (»*Employment Claims Bill*«) verabschiedet²⁴. Die wesentlichen Punkte des Gesetzes können dabei wie folgt zusammengefasst werden:

1. Das *Employment Claims Tribunal* wird als Tribunal unterhalb der *State Courts* (1. Stufe der singapurischen Gerichtsbarkeit) angesiedelt werden und in Zukunft für sämtliche Ansprüche, die im Zusammenhang mit Gehaltsansprüchen von Arbeitnehmern stehen, zuständig sein. Dies umfasst auch Ansprüche, für die bislang der *Commissioner of Labour* zuständig war.
2. Das *Employment Claims Tribunal* kann von allen Arbeitnehmern²⁵ angerufen werden, unabhängig von deren jeweiliger Position oder Gehaltshöhe. Das *Employment Claims Tribunal* soll sich inhaltlich ausschließlich mit Angelegenheiten befassen, die Gehaltszahlungen betreffen. Hiervon umfasst sind gesetzliche Zahlungsansprüche die sich aus dem EA, dem

24 Bereits abrufbar unter <http://statutes.agc.gov.sg/aol/search/display/view.w3p;ident=059eddd7-fb28-4233-a7c7-b0ef06063ccd;orderBy=date-rev,loadTime;page=0;query=Id%3Aadedca34e-9256-457d-b7fc-4d1338c97da0;rec=0#xn-> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

25 Auch Arbeitgebern steht das *Employment Claims Tribunal* offen, allerdings nur soweit es um »notice pay« geht, also um Fälle, in denen ein Arbeitnehmer unter Nichteinhaltung der Kündigungsfrist kündigt und für diesen Fall eine Ersatzzahlung vereinbart war, sog. »payment in lieu of notice«.

Retirement and Re-employment Act sowie dem *Child Development Co-Savings Act* ergeben (also beispielsweise Streitigkeiten rund um die normalen Gehaltszahlungen, Überstundenvergütungen oder die Gehaltsfortzahlung während des Mutterschutzes). Daneben werden auch sonstige gehaltsbezogene Streitigkeiten verhandelt, sofern der Anspruch diesbezüglich ausdrücklich im Vertrag geregelt ist (dies betrifft insbesondere Bonuszahlungen, Kommissionen und sonstige Nebenleistungen). Ausgeschlossen sind demnach beispielsweise Klagen wegen ungerechtfertigter Kündigung oder Diskriminierung. Hintergrund ist laut MoM, dass das *Employment Claims Tribunal* als »Express-Gericht« dienen soll, welches Streitigkeiten zeitnah und kostengünstig beilegt.²⁶

3. Voraussetzung für eine Anhörung vor dem *Employment Claims Tribunal* ist es, dass die Parteien versucht haben, ihre Streitigkeiten mithilfe der neu eingeführten Mediationsstelle »*Tripartite Alliance for Dispute Management*« zu lösen. Daneben soll eine Streitwertobergrenze von 20 000 SGD gelten. Die Streitwertobergrenze soll auf 30 000 SGD erhöht werden, sofern in der Mediationsstufe auch Gewerkschaftsvertreter miteinbezogen wurden. Arbeitnehmer können sich sowohl im Rahmen der Mediation als auch vor dem *Employment Claims Tribunal* von ihren jeweiligen Gewerkschaften vertreten lassen. Weiterhin soll eine Präklusionsfrist von einem Jahr ab Anspruchsentstehung gelten.
4. Sofern das *Employment Claims Tribunal* nicht zuständig ist oder über die Sache aus sonstigen Gründen nicht entscheidet, bleibt den Arbeitnehmern natürlich weiterhin die Anrufung der ordentlichen Gerichte.
5. Das *Employment Claims Tribunal* wird seine Arbeit am 1. April 2017 aufnehmen.
6. Zusammen mit der Einführung des *Employment Claims Tribunals* wird auch die Gehaltsobergrenze von 4500 SGD für die Anrufung des *Tripartite Panels* wegfallen, so dass dieser Rechtsweg künftig fast allen Managern und Führungskräften offensteht.²⁷

C. Zusammenfassung

Die Errichtung des *Employment Claims Tribunals* ist aus Arbeitnehmersicht zu begrüßen. Durch die damit einhergehende Beseitigung von praktischen Schranken, die der Rechtsverfolgung bislang oft im Wege standen, werden die Rechtsschutzmöglichkeiten für Besserverdiener in der Praxis erheblich ausgeweitet.

26 Vgl. <http://www.mom.gov.sg/newsroom/speeches/2016/0816-employment-claims-bill-2016-second-reading-speech-by-minister> (zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

27 Ausgenommen bleiben nach wie vor »executive employees with substantial managerial responsibilities«. Als Grund hierfür wurde im Second Reading der Bill genannt, dass es hier andernfalls möglicherweise zu Interessenskonflikten kommen könnte (<http://www.mom.gov.sg/newsroom/speeches/2016/0816-employment-claims-bill-2016-second-reading-speech-by-minister>, Ziff. 31 i., zuletzt abgerufen am 14. November 2016).

Viele Manager und Führungskräfte dürften zwar bedauern, dass vorerst nur gehaltsbezogene Ansprüche vor dem *Employment Claims Tribunal* geltend gemacht werden können und Manager und Führungskräfte damit sonstigen gerichtlichen Schutz noch immer nicht ohne erhebliches Kostenrisiko und Zeitverzögerung in Anspruch nehmen können. Allerdings sollen gleichzeitig mit der Einführung des *Employment Claims Tribunals* wenigstens die Gehaltsobergrenzen für die Anrufung des *Tripartite Panels* wegfallen. Manager und Führungskräfte können sich bezüglich anderer als gehaltsbezogener Ansprüche folglich zumindest an das *Tripartite Panel* wenden.

In Rahmen einer Vorher-Nachher-Betrachtung wird also deutlich: bislang können Manager und Führungskräfte mit einem Gehalt von mehr als 4500 SGD, die nicht vor die ordentlichen Zivilgerichte ziehen wollen, allenfalls durch freiwillige Mediation etwaige Streitigkeiten schnell und kostengünstig lösen. In Zukunft hingegen steht mit dem *Tripartite Panel* ein Instrument zur Verfügung, das Arbeitgeber zur Teilnahme an der außergerichtlichen Streitbeilegung zwingen kann. Darüber hinaus kann für gehaltsbezogene Ansprüche der gerichtliche Weg über das *Employment Claims Tribunal* gewählt werden.

Während sich Manager und Führungskräfte über diese Neuigkeiten als Schritt in die richtige Richtung freuen dürften, sind Arbeitgeber gut beraten, bei der Erstellung von Arbeitsverträgen die beiderseitigen Rechte und Pflichten deutlicher zu formulieren und den Vertrag auch im Übrigen rechtssicher zu entwerfen. Dies insbesondere deshalb, weil damit zu rechnen ist, dass Arbeitnehmer in Zukunft bei gehaltsbezogenen Ansprüchen vermehrt gerichtlichen Schutz in Anspruch nehmen werden.

Die Regulierung ausländischer Nichtregierungsorganisationen in China

Inhaltsübersicht

Zusammenfassung

- A. Einleitung
- B. Hintergründe des NROG
- C. Gegenwärtige rechtliche Rahmenbedingungen für NROen
 - I. Aufbau und Inhalt des NROG
 - II. Definition und Tätigkeitsbereiche ausländischer NROen
 - III. Formen des Tätigwerdens ausländischer NROen
 - IV. Zuständigkeitsbereiche der Behörden
 - V. Registrierung und Errichtung von Vertretungsbüros in China
 - 1. Voraussetzungen und Verfahren
 - 2. Voraussichtliche Konsequenzen der erforderlichen Registrierung für die Praxis
 - VI. Vorübergehende Betätigung ausländischer NROen
 - VII. Sonderbestimmungen
 - 1. Berichterstattung
 - 2. Finanzierung
 - 3. Beschäftigung von Mitarbeitern
 - 4. Mitgliedschaft in ausländischen NROen
 - VIII. Befugnisse der zuständigen Behörden bei Rechtsverstößen
- D. Fazit

Zusammenfassung

Der vorliegende Beitrag widmet sich Chinas erstem Gesetz über die Steuerung von Aktivitäten ausländischer Nichtregierungsorganisationen, das am 1. Januar 2017 in Kraft treten wird. Die Reformierungspläne der Chinesischen Regierung haben ein großes Echo im Ausland hervorgerufen, da das neue Gesetz erhebliche Auswirkungen auf die Tätigkeit ausländischer Nichtregierungsorganisationen in Festlandchina haben wird. Sie haben künftig die Wahl zwischen zwei Tätigkeitsformen, entweder ein Vertretungsbüro zu errichten oder nur vorübergehend tätig zu werden. In beiden Fällen ist als Bestandteil des umfangreichen Überwachungs- und Kontrollsystems die Durchführung eines Registrierungsverfahrens bei den Behörden für Öffentliche Sicherheit vorgesehen.

Zunächst werden die geschichtlichen und politischen Hintergründe ausländischer Nichtregierungsorganisationen und ihrer Betätigung in China beleuchtet (A.). Anschließend erfolgt ein kurzer Überblick über die gegenwärtigen rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen ausländische Nichtregierungs-

¹ LL.M. (Tsinghua University, Beijing).

organisationen in China tätig werden dürfen (B.). Den Schwerpunkt bildet die Analyse der neuen Gesetzesvorschriften (C.), insbesondere wird eingegangen auf den Ablauf des Registrierungsverfahrens beider Tätigkeitsformen, die zu beachtenden Sonderbestimmungen nach erfolgreicher Registrierung und die behördlichen Befugnisse bei Gesetzesverstößen.

A. Einleitung

Vor etwa zwei Jahren hat die Chinesische Regierung eine strengere Regulierung für Nichtregierungsorganisationen (民间组织)² beschlossen. Die Umsetzung dieses Regierungsbeschlusses ist mit der Verabschiedung des Gesetzes über die Steuerung von Aktivitäten ausländischer Nichtregierungsorganisationen innerhalb Festlandchinas am 28. April 2016³ und seinem Inkrafttreten am 1. Januar 2017 erfolgt.⁴ Bereits in der Gesetzesentstehung, insbesondere während des ungewöhnlich langen Zeitraums für die Meinungsbekundung durch die Öffentlichkeit, erhielt der Gesetzesentwurf große mediale Aufmerksamkeit, zumindest in ausländischen Medien.⁵

Das Herzstück des NROG bilden die Aufsicht und Kontrolle von ausländischen NROen durch die Behörden für Öffentliche Sicherheit. Ausländische NROen werden demnach nicht pauschal verboten, sondern einem Registrierungs- und Überwachungsregime unterworfen, das ihnen voraussichtlich ein flexibles und kosteneffizientes Tätigwerden erschweren wird.

Nun stellt sich natürlich die Frage, warum die Chinesische Regierung den ausländischen NROen bei der Erfüllung ihrer sozialen Aufgaben durch eine systematische Überwachung und Kontrolle Steine in den Weg legt.⁶

B. Hintergründe des NROG

Angesichts der bisher fehlenden Regulierung ausländischer NROen könnte man zunächst vermuten, dass das neue NROG Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf diesem Gebiet schafft und einen weiteren Schritt Chinas auf dem

2 Nachfolgend: »NROen«.

3 中华人民共和国境外非政府组织境内活动管理法 (nachfolgend: »NROG«); Gesetzestext im chinesischen Original, siehe <http://news.xinhuanet.com/politics/2016-04/29/c_1118765888.htm>; inoffizielle Englische Übersetzung, siehe <<http://chinalawtranslate.com/foreign-ngo-draft-2/?lang=en>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

4 Ein weiterer Meilenstein der Sozialreform ist Chinas erstes Gemeinnützigkeitsrecht (中华人民共和国慈善法), das am 16. März 2016 verabschiedet wurde und am 1. September 2016 in Kraft tritt; siehe <http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhh/12_4/2016-03/21/content_1985714.htm> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

5 Z. B. <<http://www.reuters.com/article/us-china-lawmaking-ngo-idUSKCN0XM18D>>; <<http://www.cnn.com/2016/04/28/asia/china-foreign-ngo-law/>>; <<https://www.hrw.org/news/2016/04/28/china-new-law-escalates-repression-groups>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

6 Auffällig ist der zeitliche Zusammenhang zwischen dem NROG und der Gesetzgebung in Ländern wie z. B. Russland, Pakistan oder Ägypten, die durch ihre Gesetzgebung in den letzten Jahren die Tätigkeit ausländischer NROen gezielt erschwert haben.

Weg zur Rechtsstaatlichkeit⁷ bedeutet.⁸ Im Hinblick auf ausländische Organisationen, die durch Lobbyismus versuchen, ihre eigenen Interessen durchzusetzen, würde insbesondere die Aufdeckung ihrer Finanzierungsquellen mehr Transparenz schaffen. Art. 1 NROG gibt dem Gesetzeszweck einen sehr breiten Rahmen:

Dieses Gesetz wird gefasst, um die Aktivitäten ausländischer NROen innerhalb Festlandchinas zu regeln und zu lenken, ihre gesetzlichen Rechte und Interessen zu schützen, sowie den Austausch und die Zusammenarbeit zu fördern.

Wenn diese Überlegungen allerdings bei der Entstehung des Gesetzes tatsächlich eine wesentliche Rolle gespielt hätten, wäre die Zuständigkeit des Ministeriums für zivile Angelegenheiten (中华人民共和国民政部) ausreichend gewesen, wie es etwa in Art. 6 des neuen Gemeinnützigkeitsrechts⁹ vorgesehen ist. Das NROG erwähnt das Ministerium für zivile Angelegenheiten aber nicht, sondern sieht stattdessen die Behörden für die öffentliche Sicherheit, an deren Spitze das Amt für Öffentliche Sicherheit (中华人民共和国公安部) steht, als zuständig an.

Es ist nicht überraschend, dass der chinesische Kontroll- und Überwachungsapparat durch das NROG weiter gestärkt werden soll.¹⁰ Wie bereits aus dem internen Kommuniké Nr. 9 der Kommunistischen Partei von 2013 hervorging,¹¹ wird die Sozialgemeinschaft als eine von sieben Gefahren für die ideologische Weltanschauung der Chinesischen Regierung bezeichnet. Als Begründung wird im dritten Abschnitt des Dokuments angeführt, dass die Zivilgesellschaft, die sich durch unantastbare Bürgerrechte auszeichnet, ihren Ursprung in Westlichen Staaten habe. Sie sei ein politisches Werkzeug, um die Machtbasis der Regierungspartei zu demontieren und gefährde daher den Einfluss der Kommunistischen Partei.

Wenige Monate später, im November 2013, verkündete Präsident XI Jinping die Etablierung eines Staatssicherheitsausschusses, der für die Bekämp-

7 So ausdrücklich der Chinesische Staatsrat YANG Jiechi bei einer Gesprächsrunde am 7. Juni 2016, siehe <<http://www.reuters.com/article/us-china-usa-lawmaking-idUSKCN0YT0PK>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

8 In diesem Sinne etwa FU Jing, Sprecherin des Nationalen Kongresses, die den Gesetzeszweck auf einer Pressekonferenz am 4. März 2016 folgendermaßen beschrieb: »Wir müssen eindeutig festlegen, welche Aktivitäten illegal sind. Hauptsächlich versuchen wir, ein standardisiertes rechtliches Umfeld zu schaffen und nicht ausländische Nichtregierungsorganisationen von der Durchführung gemeinnütziger Tätigkeiten in China abzuhalten.«, siehe <<http://in.reuters.com/article/china-parliament-ngos-idINKCN0W60DM>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

9 S. o. Fußnote 4.

10 Chinas Budget für Öffentliche Sicherheit ist in den letzten Jahren stetig gestiegen und soll auch in 2016 um 7,6 % auf 954 Mrd. Yuan (etwa 130 Mrd. Euro) ansteigen, siehe Bericht des Finanzministeriums über die Durchführung der zentralen und lokalen Haushaltspläne 2015 und die Entwürfe für die zentralen und lokalen Haushaltsentwürfe im Jahr 2016, Vierte Sitzung des 12. Nationalen Volkskongresses der Volksrepublik China am 5. März 2016, siehe im Original <http://www.npc.gov.cn/npc/dbdhhhy/12_4/2016-03/21/content_1985726.htm> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

11 Für die Englische Übersetzung siehe <<http://www.chinafile.com/document-9-chinafile-translation>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

fung ausländischer und inländischer Sicherheitsgefahren zuständig ist.¹² Bereits auf der Agenda des ersten Treffens im April 2014 stand auch eine »eindringliche Überprüfung von ausländischen NROen«.¹³

Schließlich wurde im Dezember 2014 der Erstentwurf für das NROG von YANG Huanning, damaliger Vizeminister für Öffentliche Sicherheit, dem Ständigen Ausschuss des Nationalen Volkskongresses vorgestellt. Den betroffenen ausländischen NROen wurde dieser Erstentwurf nicht zur Verfügung gestellt.

C. Gegenwärtige rechtliche Rahmenbedingungen für NROen

Das rechtliche Gerüst für soziale Organisationen in China wurde in den 1980er Jahren geschaffen und blieb seitdem fast unverändert. Gegenwärtig sieht das chinesische Recht die folgenden drei Organisationsformen für NROen vor:

- soziale Gruppierungen (社会团体), insbesondere Verbände wie z. B. der Kommunistische Jugendverband Chinas oder der Gesamtchinesische Frauenverband;
- Wohlfahrtseinrichtungen (民办非企业单位), insbesondere Bildungseinrichtungen und private Krankenhäuser;
- Stiftungen (基金会), wie z. B. die Amity Foundation.¹⁴

Die einzelnen Rechtsformen sind u. a. in den Vorschriften über die Registrierung und Verwaltung von sozialen Gruppierungen (社会团体登记管理条例),¹⁵ den Vorläufigen Vorschriften über die Verwaltung und Registrierung von Wohlfahrtseinrichtungen (民办非企业单位登记管理暂行条例)¹⁶ und den Vorschriften über die Verwaltung von Stiftungen (基金会管理条例)¹⁷ geregelt.¹⁸ Zuständig für die Registrierung solcher sozialen Organisationsformen sind die Behörden für Zivilangelegenheiten.

12 Vgl. <http://news.xinhuanet.com/english/china/2013-11/15/c_132892155.htm> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

13 Diese Information war kurzzeitig auf der Homepage der örtlichen Regierung der Shanxi Provinz abzurufen, siehe <<http://sinosphere.blogs.nytimes.com/2014/06/27/new-signs-that-china-is-scrutinizing-foreigners/>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

14 Anders als es die Bezeichnung NRO vermuten lässt, wurden viele der Organisationen dieser drei Kategorien von der Regierung gegründet oder pflegen zu ihr eine enge Beziehung, auch wenn sie zu einem gewissen Maß autonom verwaltet werden. Sie werden daher auch als staatlich organisierte NRO bezeichnet.

15 Verordnung des Staatsrats Nr. 250, verkündet am 25.10.1998, überarbeitet durch Verordnung Nr. 66 vom 06.02.2016.

16 Verordnung des Staatsrats Nr. 251, verkündet am 25.10.1998.

17 Verordnung des Staatsrats Nr. 400, verkündet am 08.03.2004.

18 Wie seit Längerem erwartet, werden diese Vorschriften gegenwärtig überarbeitet. Die ursprüngliche Fassung der Vorschriften über die Registrierung und Verwaltung von sozialen Gruppierungen vom 25.10.1998 wurden bereits zu Beginn dieses Jahres revidiert. Das Ministerium für Zivilangelegenheiten hat auch Entwurfsversionen für die Vorläufigen Vorschriften über die Verwaltung und Registrierung von Wohlfahrtseinrichtungen und für die Vorschriften über die Verwaltung von Stiftungen zur Stellungnahme durch die Öffentlichkeit veröffentlicht (siehe <<http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/tzl/201605/20160500000664.shtml>> und <<http://www.mca.gov.cn/article/zwgk/tzl/201605/20160500000665.shtml>> [zuletzt besucht am 03.07.2016]). In den revidierten Vorschriften werden Wohlfahrtseinrichtungen als Unternehmen für Sozialdienstleistungen (社会服务机构) bezeichnet, wie sie bereits im Gemeinnützigkeitsrecht genannt werden.

In der Praxis gibt es neben diesen rechtlich geregelten Organisationsformen für NROen unterschiedliche Formen von sogenannten informellen NROen. Darunter fallen Organisationen, die als Geschäftsbetrieb registriert, aber tatsächlich als NROen operieren, nicht registrierte örtliche NROen und internationale NROen, die sich bisher in einer rechtlichen Grauzone der Legalität befunden hatten und nun durch das NROG eine rechtliche Grundlage erhalten.

I. Aufbau und Inhalt des NROG

Das NROG umfasst 54 Artikel und ist in sieben Kapitel unterteilt. Typischerweise für den Aufbau chinesischer Gesetze enthält das erste Kapitel allgemeine Bestimmungen und vor allem Legaldefinitionen für Begriffe, die im nachfolgenden Gesetzestext verwendet werden. Das zweite Kapitel beschäftigt sich mit den Voraussetzungen für die Registrierung und Errichtung von Vertretungsbüros ausländischer NROen in China. Den umfangreichsten Gesetzesabschnitt bildet das dritte Kapitel. Es enthält Bestimmungen, in welchem Umfang und unter welchen Bedingungen ausländische NROen in China tätig werden dürfen. Das vierte Kapitel wendet sich insbesondere an die zuständigen Regierungsbehörden, die NROen bei ihrer Tätigkeit unterstützen und etwa geeignete Räumlichkeiten bereitstellen sollen. Im fünften Kapitel ist die Überwachung und Kontrolle von ausländischen NROen durch die Behörden geregelt. Das sechste Kapitel enthält Bestimmungen über die Verantwortlichkeit von NROen und Maßnahmen, die von den Behörden bei einem gesetzeswidrigen Verhalten ergriffen werden können. Das siebte und letzte Kapitel enthält lediglich zwei ergänzende Bestimmungen.

II. Definition und Tätigkeitsbereiche ausländischer NROen

Art. 2 Abs. 2 NROG enthält folgende Legaldefinition für ausländische NROen:

Ausländische NROen, wie in diesem Gesetz verwendet, beziehen sich auf gemeinnützige, nichtstaatliche soziale Organisationen, die rechtmäßig außerhalb Festlandchinas errichtet wurden, so wie etwa Stiftungen (基金会), soziale Gruppierungen (社会团体) und »think tank« Einrichtungen (智库机构).

Eine von zahlreichen Schätzungen geht davon aus, dass in China im Zeitpunkt der Verabschiedung des NROG rund 1000 ausländische NROen dauerhaft und zusätzlich 3000 bis 5000 zeitlich auf bestimmte Programme begrenzt tätig waren.¹⁹ Ausländische NROen in China widmen sich vor allem der Bekämpfung von Armut und Diskriminierungen jeglicher Art, sowie dem Umweltschutz und dem Gesundheitswesen. Zu den ersten ausländischen NROen in China zählt etwa die Ford Foundation, die sich seit 1988 vor allem für ein höheres Bildungsniveau in der ländlichen Bevölkerung einsetzt.

¹⁹ Siehe <http://english.gov.cn/policies/latest_releases/2014/12/23/content_281475028313328.htm> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

Ausländische NROen spielten in China in der Vergangenheit eine nicht unerhebliche Rolle, um in der Bevölkerung ein Bewusstsein für uneingeschränkte Bürgerrechte zu schaffen. Auch bei wichtigen Themen bisheriger staatlicher Sozialreformen, wie etwa der Korruptionsbekämpfung, der Beendigung des Systems von Umerziehung durch Arbeit (劳动教养) und der Reformierung des Hukou-Systems (户口制度), waren ausländische NROen beteiligt. Da (ausländische) NROen nicht direkt von einer Regierung finanziert werden, stammen die erforderlichen Mittel für ein erfolgreiches Arbeiten, ebenso wie etwa die Bereitstellung von Schulungspersonal und Informationsmaterial, in der Regel von internationalen Hilfsorganisationen oder Unternehmen, die ihren (Haupt-)Verwaltungssitz im Ausland haben.

Auch wenn es sich bei NROen in erster Linie um soziale Hilfsorganisationen handelt, verfügen sie über einen nicht unerheblichen politischen Einfluss, da sie sich mit wichtigen politischen Themen beschäftigen und engen Kontakt zu großen Bevölkerungsteilen pflegen. Es ist daher nicht verwunderlich, dass die Chinesische Regierung ein Bedürfnis darin sieht, ausländische NROen zu überwachen und zu kontrollieren.

In Art. 3 NROG ist der Tätigkeitsumfang von ausländischen NROen genau festgelegt. Demnach dürfen NROen in Bereichen wie Wirtschaft, Bildung, Wissenschaft, Kultur, Gesundheit, Sport und Umweltschutz, sowie für Bereiche wie Armutsbekämpfung und Katastrophenhilfe zur Entwicklung des Sozialwesens tätig werden. Dabei ist anzumerken, dass das NROG gemäß Art. 4 nur innerhalb Festlandchinas Anwendung findet und sich damit nicht auf die Gebiete Hong Kong, Macau und Taiwan erstreckt.

Darüber hinaus stellt die Generalklausel in Art. 5 NROG klar, dass ausländische NROen chinesisches Recht einhalten müssen und Chinas nationale Einheit, Sicherheit und ethnische Einheit nicht gefährden dürfen. Außerdem dürfen sie den nationalen und gesellschaftlichen Interessen, legitimen Rechten und Interessen von Bürgern, juristischen Gesellschaften und anderen Organisationen nicht schaden. Ferner dürfen ausländische NROen nicht gewinnorientierte, politische oder religiöse Aktivitäten unterstützen oder finanzieren. Problematisch an dieser umfangreichen Auflistung von Ge- und Verboten für ausländische NROen ist ihre Unbestimmtheit, da die verwendeten Begriffe im Gesetzestext nicht konkretisiert werden.²⁰ Den daraus resultierenden weiten Entscheidungsspielraum für eine Gesetzesverletzung könnten die Behörden künftig dazu nutzen, gegen unliebsame ausländische NROen vorzugehen.²¹

Eine Ausnahme von der Anwendbarkeit des NROG gilt jedoch gemäß Art. 53 für den Austausch und die Zusammenarbeit zwischen ausländischen Schulen, Krankenhäusern, Forschungseinrichtungen für Natur- und Ingeni-

20 Als Anhaltspunkt für die Gefährdung der Nationalen und Öffentlichen Sicherheit können die Kapitel 1 und 2 der Besonderen Bestimmungen des chinesischen Strafgesetzes dienen. Sie stellen etwa die Beteiligung an einem bewaffneten Aufstand, aber auch Brandstiftung und die Verursachung einer Explosion unter Strafe.

21 Zu den umfangreichen Maßnahmen, die von den Behörden ergriffen werden können, siehe Abschnitt 3.5.

eurwissenschaften oder akademischen Einrichtungen und inländischen Einrichtungen derselben Bereiche. Für sie gelten besondere nationale Rechtsvorschriften außerhalb des NROG, so dass voraussichtlich in diesen Fällen vor allem eine vorherige Registrierung der geplanter Veranstaltungen entfallen wird.²²

III. Formen des Tätigwerdens ausländischer NROen

Neben dem Tätigkeitsbereich ausländischer NROen regelt das NROG in Art. 9 Abs. 1 auch die Art und Weise, wie sie in Festlandchina tätig werden dürfen. Es gibt nur die folgenden beiden Optionen:

- (1) eine dauerhafte Betätigung durch ein Vertretungsbüro (代表机构) oder
- (2) eine nur vorübergehende Betätigung (临时活动), etwa in Gestalt von zeitlich befristeten Programmen oder Veranstaltungen.

Vor allem die erforderliche Errichtung eines Vertretungsbüros für ein dauerhaftes Engagement hat große Auswirkungen auf die rechtliche Praxis. Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage²³ ist es ausländischen NROen, die eine Tätigkeit nach Art. 3 NROG ausüben wollen, nicht mehr möglich, zwischen unterschiedlichen Organisationsformen zu wählen. Sie müssen ein Vertretungsbüro nach den Vorschriften des NROG errichten und dürfen gemäß Art. 18 Abs. 1 NROG auch keine Niederlassungen (分支机构) errichten.²⁴ Voraussichtlich werden sich auch bereits bestehende ausländische NROen, die eine andere Rechtsform gewählt haben, ihre Tätigkeit in einem vereinfachten Verfahren als Vertretungsbüro umregistrieren lassen müssen.²⁵ Die Vorschriften des NROG sind insofern *leges speciales* für ausländische NROen.²⁶ Selbst nach erfolgreicher Registrierung sieht das NROG eine Reihe von Sondervorschriften für das eigentliche Tätigwerden vor.

22 Diese Regelung wurde in den Gesetzestext nach heftiger Kritik am Gesetzesentwurf aufgenommen, nachdem sogar ein Artikel der staatlich-geleiteten Global Times (环球时报) kritisiert hatte, dass das Registrierungsverfahren nachteilige Konsequenz für den akademischen Austausch haben könnte, zum Artikel siehe <<http://www.globaltimes.cn/content/912721.shtml>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

23 S. o. Abschnitt 2.

24 Der wesentliche Unterschied zwischen einem Vertretungsbüro und einer Niederlassung (siehe Art. 192 bis Art. 198 Gesellschaftsgesetz) liegt darin, dass sich Vertretungsbüros nicht gewinnorientiert betätigen und nur mit Bezug zum Geschäftsbetrieb der ausländischen Gesellschaft tätig werden dürfen (z. B. Marktforschung oder Werbetätigkeit), siehe Art. 2 der Vorschriften über die Registrierung von ansässigen Vertretungsbüros ausländischer Unternehmen, Verordnung des Staatsrats Nr. 584, verkündet am 19. November 2010, überarbeitet durch Verordnung Nr. 638 vom 18. Juli 2013. Beiden Rechtsformen ist gemein, dass ihnen die rechtliche Selbstständigkeit fehlt, so dass sie keine Verträge im eigenen Namen abschließen können und die Muttergesellschaft für Verbindlichkeiten haftet.

25 Dazu steht eine explizite Stellungnahme der Regierung noch aus. Allerdings hat sich Hao Yunhong, Direktor des Ministeriums für Öffentliche Sicherheit, in einer Pressekonferenz am 28. April 2016 Fngo Law Press Conference in diese Richtung geäußert, siehe im chinesischen Original <http://www.npc.gov.cn/npc/zhibo/zzzb25/node_29882.htm>, Englische Übersetzung <<http://chinalawtranslate.com/fngo-law-presser/?lang=en>> [zuletzt besucht am 03.07.2016].

26 Auch soweit es Überschneidungen mit anderen Gesetzen (z. B. dem neuen Gemeinnützigkeitsrecht) gibt, ist grundsätzlich vom Anwendungsvorrang des NROG auszugehen.

Sowohl bei der Errichtung eines Vertretungsbüros als auch bei einer nur vorübergehenden Tätigkeit ist eine Registrierung erforderlich, ohne die die ausländische NRO nicht tätig werden darf, siehe Art. 9 Abs. 2 NROG.

IV. Zuständigkeitsbereiche der Behörden

Auch hinsichtlich der behördlichen Zuständigkeit enthält das NROG präzise Angaben. Grundsätzlich sind für die Anmeldung und Registrierung von Vertretungsbüros ausländischer NROen, ebenso wie für nur eine vorübergehende Betätigung das Amt für Öffentliche Sicherheit und die Behörden für Öffentliche Sicherheit auf Provinzebene zuständig, siehe Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 41 Abs. 1 NROG. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zur bisherigen Rechtslage, die die Zuständigkeit der Behörden für zivile Angelegenheiten als ausreichend ansah.²⁷

Für die Überwachung und Kontrolle ausländischer NROen sieht das Gesetz jedoch keine ausschließliche Zuständigkeit vor. Zuständig sind gemäß Art. 7 NROG die Behörden für Öffentliche Sicherheit, die sogenannten »Experten-Überwachungsstellen«²⁸ und gemäß Art. 43 NROG sonstige Behörden,²⁹ deren Aufgabenbereich im Rahmen der Überwachung und Kontrolle ausländischer NROen berührt wird.

Das NROG enthält insbesondere in Art. 40 für die Experten-Überwachungsstellen und in Art. 41 für die Behörden der Öffentlichen Sicherheit eine Auflistung der Zuständigkeitsbereiche. Die Behörden für Öffentliche Sicherheit sind insbesondere für die jährlichen Inspektionen der Vertretungsbüros und für die Ermittlung und das Vorgehen bei gesetzeswidrigem Verhalten durch die ausländischen NROen und ihre Vertretungsbüros zuständig. Die Experten-Überwachungsstellen sind hingegen zuständig für die Einreichung von Stellungnahmen zur Errichtung von Vertretungsbüros ausländischer NROen, für die Änderung von Registrierungsinformationen, für Stellungnahmen zu Jahresarbeitsberichten der NROen, sowie für die Beratung und die Überwachung der gesetzmäßigen Ausübung ihrer Tätigkeiten und die Unterstützung der Behörden für Öffentliche Sicherheit bei der Ermittlung und dem Vorgehen bei gesetzwidrigem Verhalten durch die ausländischen NROen und ihre Vertretungsbüros.

V. Registrierung und Errichtung von Vertretungsbüros in China

1. Voraussetzungen und Verfahren

Die Art. 9 bis Art. 15 NROG regeln die Voraussetzungen für die Errichtung und Registrierung von Vertretungsbüros ausländischer NROen in Festland-

27 S. o. Abschnitt 2.

28 Sie werden im chinesischen Originaltext als »业务主管单位« und in der Englischen Übersetzung als »Professional Supervisor Unit« bezeichnet. Auf sie wird näher im Abschnitt 3.2. eingegangen.

29 Beispielhaft werden etwa die Abteilungen für Auswärtige Angelegenheiten, für Finanzen, für Zoll und für Steuern aufgeführt.

china. Grundsätzlich sollen ausländische NROen, die in China tätig werden wollen, ein Vertretungsbüro errichten, wofür es nach Art. 9 Abs. 1 NROG der Anmeldung und Registrierung bedarf.

Folgende Grundvoraussetzungen für die Errichtung des Vertretungsbüros sind dabei von der ausländischen NRO gemäß Art. 10 zu beachten:

- (1) gegründet in legaler Weise außerhalb Festlandchinas;
- (2) selbständig zivilrechtlich haftbar;
- (3) Verfolgung der Entwicklung des Sozialwesens gemäß ihrer Satzung;
- (4) kontinuierliche Betätigung über mehr als zwei Jahre im Ausland;
- (5) weitere Anforderungen, die andere Gesetze oder Verwaltungsregelungen enthalten.

Für die Anmeldung und Registrierung des Vertretungsbüros beim Amt für Öffentliche Sicherheit sind gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 NROG die folgenden Unterlagen einzureichen:

- (1) der Anmeldeantrag;
- (2) die Dokumente und Unterlagen, die die Einhaltung des Art. 10 NROG belegen;
- (3) ein Nachweis der Identität, der Lebenslauf und die Materialien oder Beglaubigungen, die den Nachweis für nicht vorhandene Vorstrafen des vorgeschlagenen Generalbevollmächtigten erbringen;³⁰
- (4) Unterlagen, die die geplanten Räumlichkeiten des Vertretungsbüros zeigen;
- (5) Unterlagen, die die Kapitalquellen zeigen;
- (6) die Zustimmung der Experten-Überwachungsstelle;
- (7) weitere Dokumente und Unterlagen, die durch Gesetz oder Verwaltungsvorschriften vorgeschrieben sind.

Von größter praktischer Relevanz ist bei dieser Auflistung die erforderliche Zustimmung der bereits erwähnten Experten-Überwachungsstelle, die auch nochmals in Art. 11 Abs. 1 NROG ausdrücklich für die Errichtung eines Vertretungsbüros verlangt wird. Experten-Überwachungsstellen sind gemäß Art. 6 Abs. 2 NROG die dem Staatsrat unterstehenden Verwaltungsabteilungen und Dienststellen und die Verwaltungsabteilungen und Dienststellen der Provinzregierungen.³¹ So ist beispielsweise künftig davon auszugehen, dass für eine rechtlich ausgerichtete ausländische NRO das Justizministerium, für eine NRO aus dem schulischen Bereich das Bildungsministerium und für eine NRO aus dem Umweltsektor das Ministerium für Umweltschutz als Experten-Überwachungsstelle die Zustimmung erteilen muss. Detailfragen sind allerdings noch offen, wie z. B. ob mehrere Zustimmungen erforderlich

³⁰ Gemäß Art. 29 Abs. 1 NROG muss das Vertretungsbüro zumindest einen Generalbevollmächtigten und darf bis zu drei weitere Bevollmächtigte haben.

³¹ Es ist derzeit ungewiss, ob auch staatliche Organisationen als Experten-Überwachungsstellen auftreten können und ob bzw. wie sie gegenüber ausländischen NROen bei einem Fehlverhalten haften.

sind, wenn die geplante Tätigkeit den Zuständigkeitsbereich mehrerer Experten-Überwachungsstellen berührt. Damit klar ist, welche Experten-Überwachungsstellen zur Auswahl stehen, sieht Art. 11 Abs. 2 i. V. m. Art. 34 NROG die Erstellung eines Verzeichnisses mit den zuständigen Abteilungen durch das Amt für Öffentliche Sicherheit und die Behörden für Öffentliche Sicherheit auf Provinzebene vor. Das NROG führt somit für Vertretungsbüros ausländischer NROen einen doppelten Kontrollmechanismus (双重管理) ein, zum einen durch die Behörden für Öffentliche Sicherheit und zum anderen durch Experten-Überwachungsstellen. Die Experten-Überwachungsstellen sind ab dem Zeitpunkt der Zustimmung für das Handeln und die Finanzierung der errichteten Vertretungsbüros mitverantwortlich.

Wird die Zustimmung der Experten-Überwachungsstelle erteilt, muss gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 1 NROG innerhalb von 30 Tagen die Anmeldung des Vertretungsbüros der ausländischen NRO durchgeführt werden.

Innerhalb von weiteren 60 Tagen soll die zuständige Behörde für Öffentliche Sicherheit gemäß Art. 12 Abs. 3 NROG eine Entscheidung über die Ausstellung der Anmeldebescheinigung fällen.³² Der Schwerpunkt der behördlichen Prüfung wird dabei voraussichtlich in der Einhaltung der bereits genannten Bestimmungen Art. 3, 5 und 10 NROG liegen. Die Anmeldebescheinigung gilt unbefristet, im Gegensatz zum vormaligen Art. 15 des NROG-Entwurfs, der eine Befristung von 5 Jahren bis zur erneuten Anmeldung vorsah. Bei erfolgreicher Registrierung wird gemäß Art. 34 NROG die ausländische NRO mit ihrem Betätigungsfeld und dem geplanten Vorhaben in ein öffentliches Register eingetragen. Sollten Änderungen der Registrierungsinformationen eintreten, ist erneut die Zustimmung der Experten-Überwachungsstelle und die Registrierung nach Art. 14 NROG durchzuführen.

2. Voraussichtliche Konsequenzen der erforderlichen Registrierung für die Praxis

Diese erforderliche Zustimmung der Experten-Überwachungsstellen wird für ausländische NROen voraussichtlich eine erhebliche Hürde bei der Errichtung von Vertretungsbüros darstellen, da ihre Erteilung im freien Ermessen der zuständigen Behörde liegt. Eine ausländische NRO hat keinen Anspruch auf Erteilung der Zustimmung gegenüber der zuständigen Experten-Überwachungsstelle. Ferner erschöpft sich die Zusammenarbeit mit der Experten-Überwachungsstelle nicht in der Erteilung der Zustimmung. Die Beziehung zwischen einer ausländischen NRO und der für sie zuständigen Experten-Überwachungsstelle ist vielmehr auf Dauer angelegt, wie der Zuständigkeitskatalog in Art. 40 NROG³³ zeigt. Insbesondere die vorgesehene Beratung und Überwachung der einzelnen ausländischen NROen

³² Die Anmeldebescheinigung ist gemäß Art. 13 Abs. 1 und Art. 38 NROG wichtig für die Anfertigung des Firmenstempels, für steuerrechtliche und arbeitsrechtliche Angelegenheiten sowie für die Finanzierung des Vertretungsbüros. Siehe dazu die Abschnitte 3.4.2. und 3.4.3.

³³ Siehe oben in Abschnitt 3.3.1.

und die anzufertigende Stellungnahme zum jährlichen Arbeitsbericht werden einen nicht unerheblichen Aufwand bedeuten. Es ist daher zweifelhaft, ob die Experten-Überwachungsstellen in der Anfangsphase des neuen Gesetzes die erforderlichen Kapazitäten haben, um diesen zusätzlichen Aufwand zu bewältigen.

Ein weiteres Problem liegt im fehlenden Rechtsschutz gegen eine verspätete oder ablehnende Entscheidung über die Registrierung. Trotz des gesetzlich vorgesehenen 60-tägigen Zeitrahmens sieht das Gesetz für die ausländische NRO keine gerichtliche oder behördliche Überprüfung der Entscheidung vor. Da die behördliche Entscheidung nicht einmal begründet werden muss, ist dem Antragsteller auch nicht erkennbar, wie er seinem Antrag zum Erfolg verhelfen könnte. Das Fehlen einer effektiven Rechtsschutzmöglichkeit ist ein wesentlicher Schwachpunkt des neuen Gesetzes, da es Tür und Tor für eine willkürliche Behandlung der Antragsteller öffnen könnte.

VI. Vorübergehende Betätigung ausländischer NROen

Selbst wenn ausländische NROen nicht beabsichtigen ein Büro in China zu errichten, sondern nur vorübergehend in einem der unter Art. 3 NROG genannten Bereiche tätig werden wollen, müssen sie das geplante Vorhaben gemäß Art. 9 Abs. 1 Hs. 2 NROG registrieren lassen. Art. 16 NROG sieht vor, dass die ausländische NRO mit den staatlichen Behörden (国家机关), Massenorganisationen (人民团体), öffentlichen Einrichtungen (事业单位) oder sozialen Organisationen (社会组织),³⁴ gemeinsam als »Chinesische Partnerorganisationen« bezeichnet, zusammenarbeiten sollen, um überhaupt tätig werden zu dürfen. Damit weist das Verfahren für das vorübergehende Tätigwerden gewisse Parallelen zu der Registrierung eines Vertretungsbüros auf, das allerdings nur die Zusammenarbeit mit einer staatlichen Einrichtung erlaubt. Aufgabe der Chinesischen Partnerorganisationen ist die Durchführung des Registrierungsverfahrens für die ausländische NRO.

Mindestens 15 Tage³⁵ vor Beginn des Tätigwerdens muss die Chinesische Partnerorganisation die in Art. 17 Abs. 1 NROG aufgelisteten Dokumente an die zuständige Behörde für Öffentliche Sicherheit übermitteln:

- (1) Dokumente und Unterlagen, die die rechtmäßige Errichtung der ausländischen NRO zeigen;
- (2) eine schriftliche Vereinbarung zwischen der ausländischen NRO und der Chinesischen Partnerorganisation;
- (3) der Name, die Ziele, die Region, die Dauer und andere Unterlagen für die vorübergehende Betätigung;

34 Zwar fehlt es an einer Legaldefinition, aber es ist anzunehmen, dass zumindest die rechtlich geregelten Organisationsformen (siehe Abschnitt 3.2.) erfasst werden.

35 Die Frist entfällt gemäß Art. 17 Abs. 2 NROG in Notfällen wie Katastrophen oder Rettungseinsätzen.

- (4) Unterlagen, die die Projektkosten, Finanzierungsquellen und das Bankkonto der Chinesischen Partnerorganisation ausweisen;
- (5) Zulassungsdokumente, ausgestellt auf die Chinesische Partnerorganisation;
- (6) weitere Dokumente und Unterlagen, die das Gesetz oder Verwaltungsvorschriften verlangen.

Sollte für das vorübergehende Tätigwerden ein Zeitraum von mehr als einem Jahr erforderlich sein, muss das Registrierungsverfahren gemäß Art. 17 Abs. 3 NROG erneut durchgeführt werden.

Ähnlich wie die Registrierung eines Vertretungsbüros bedeutet auch die Registrierung einer nur vorübergehenden Betätigung einen nicht unerheblichen Aufwand für eine ausländische NRO, insbesondere weil eine Chinesische Partnerorganisation im Vorfeld des Registrierungsverfahrens gefunden werden muss. Dies könnte sich künftig aufgrund der großen Anzahl an ausländischen NROen, die in Festlandchina nur vorübergehend tätig werden wollen, als sehr schwierig herausstellen.

VII. Sonderbestimmungen

1. Berichterstattung

Gemäß Art. 31 NROG müssen die Vertretungsbüros der ausländischen NROen jährliche Arbeitsberichte vor dem 31. Januar an die Experten-Überwachungsstelle senden, die wiederum die Arbeitsberichte mit einer Stellungnahme versieht und vor dem 31. März an die zuständige Behörde für Öffentliche Sicherheit als Grundlage für die jährlichen Inspektionen weiterleitet. Die Jahresarbeitsberichte enthalten die Finanzbuchhaltung, Tätigkeitsberichte und Berichte über Veränderungen beim Personal oder in der Organisation. Ferner soll das Vertretungsbüro die Jahresarbeitsberichte auf einer Internetplattform, die von der zuständigen Behörde für Öffentliche Sicherheit eingerichtet wird, veröffentlichen.

Art. 19 NROG verlangt zudem, dass das Vertretungsbüro einen jährlichen Tätigkeitsbericht für das Folgejahr vor dem 31. Dezember verfasst und an die Experten-Überwachungsstelle übermittelt. Darin sollen die Projektrealisierung und die Verwendung von finanziellen Mitteln beschrieben werden. Innerhalb von 10 Tagen nach Zustimmung der Experten-Überwachungsstelle müssen die Unterlagen bei der zuständigen Behörde für Öffentliche Sicherheit eingereicht werden. Auch Änderungen des Tätigkeitsberichts müssen der Behörde für Öffentliche Sicherheit gemeldet werden.

Auch bei der Durchführung nur vorübergehender Tätigkeiten müssen ausländische NROen und ihre Chinesische Partnerorganisationen schriftliche Berichte über den Stand der Tätigkeit und die Verwendung finanzieller Mittel an die zuständige Behörde für Öffentliche Sicherheit abliefern. Gesetzlich ist dafür in Art. 30 Abs. 2 NROG ein Zeitrahmen von 30 Tagen vor Abschluss der Tätigkeit vorgesehen.

2. Finanzierung

Die Finanzierung ist der wichtigste Aspekt für eine erfolgreiche Betätigung ausländischer NROen. Auch sie wird durch das NROG geregelt. Die zur Verfügung stehenden finanziellen Mitteln dürfen gemäß Art. 23 NROG nur im Einklang mit dem registrierten Tätigkeitsumfang des Vertretungsbüros bzw. gemäß der Vereinbarung mit der Chinesischen Partnerorganisationen verwendet werden.

Bei den Mitteln für die Tätigkeit muss es sich gemäß Art. 21 Abs. 1 NROG u. a. um Mittel aus rechtmäßigen Quellen außerhalb Festlandchinas handeln, um Zinsen auf Bankkonten innerhalb Festlandchinas oder um andere rechtmäßig erlangte Mittel, ohne diese jedoch weiter zu konkretisieren. Außerdem ist es ausländischen NROen und ihren Vertretungsbüros gemäß Art. 21 Abs. 3 NROG verboten, Spenden einzusammeln. Die Vertretungsbüros dürfen diese Mittel gemäß Art. 22 Abs. 1 NROG nur von dem Bankkonto verwenden, das den Behörden für Öffentliche Sicherheit mitgeteilt wurde. Für die Eröffnung des Bankkontos ist die erteilte Anmeldebescheinigung erforderlich. Bei einem nur vorübergehenden Tätigwerden in China soll gemäß Art. 22 Abs. 2 NROG das Bankkonto der Chinese Partnerorganisationen verwendet und eine separate Buchhaltung beachtet werden. Ein davon abweichendes System ist unzulässig.

3. Beschäftigung von Mitarbeitern

Auch die Einstellung von Mitarbeitern durch das Vertretungsbüro einer ausländischen NRO ist im Gesetz an Voraussetzungen geknüpft. Grundvoraussetzung für die Behandlung arbeitsrechtlicher Angelegenheiten, wie z. B. die Einstellung von Mitarbeitern oder die Beantragung von Arbeitsgenehmigungen, ist gemäß Art. 38 NROG die bei erfolgreicher Registrierung erhaltene Anmeldebescheinigung.

Die noch sehr strikten Regelungen in Art. 32 und Art. 35 des Gesetzesentwurfs wurden wesentlich erleichtert. Die Vorschriften über die Einstellung von Mitarbeitern oder die Anwerbung von Freiwilligen mittels eines örtlichen Dienstleisters für ausländische Angelegenheiten (oder mittels einer anderen, von der Regierung ermächtigten Servicestelle) sind entfallen, ebenso wie das direkte Einstellungsverbot, falls eine ausländische NGO nur vorübergehend in China tätig werden möchte.³⁶ Auch die ausländische Mitarbeiterquote von maximal 50 % und das Beschäftigungsverbot von Mitarbeitern für mehr als eine NRO wurden nicht in den Gesetzestext übernommen.³⁷

Eine direkte Einstellung von Mitarbeitern oder Anwerbung von Freiwilligen durch ausländische NROen oder ihre Vertretungsbüros ist nunmehr zulässig. Voraussetzung für die Einstellung von Mitarbeitern ist aber gemäß Art. 27 NROG neben der Beachtung der allgemeinen gesetzlichen Vorschriften, dass

³⁶ Siehe Art. 32 NROG Entwurf.

³⁷ Siehe Art. 35 NROG Entwurf.

die Informationen über die Mitarbeiter an die Behörden für Öffentliche Sicherheit und die Experten-Überwachungsstellen übermittelt werden.

4. Mitgliedschaft in ausländischen NROen

Gemäß Art. 28 NROG dürfen ausländische NROen oder ihre Vertretungsbüros keine Mitglieder aufnehmen, soweit es der Nationale Volkskongress nicht erlaubt. Ausnahmen dürften sich wohl auf internationale, wissenschaftliche Vereinigungen beziehen, da die Chinesischen Regierung in der Vergangenheit Wissenschaftler stets ermutigt hat, ausländischen wissenschaftlichen Vereinigungen beizutreten, um den wissenschaftlichen Austausch zu fördern.

VIII. Befugnisse der zuständigen Behörden bei Rechtsverstößen

Die Befugnisse der Behörden für den Fall, dass ein Verstoß gegen die gesetzlichen Bestimmungen des NROG vorliegt, sind sehr vielfältig und umfangreich. Sie betreffen nicht nur die ausländischen NROen und ihre Vertretungsbüros und Angestellten, sondern können sich auch gegen die Experten-Überwachungsstellen und die Chinesischen Partnerorganisationen richten.

Gemäß Art. 45 Abs. 1 NROG können die Behörden für Öffentliche Sicherheit gegenüber den ausländischen NROen, ihren Vertretungsbüros und den Chinesischen Partnerorganisationen bei bestimmten Gesetzesverstößen Verwarnungen aussprechen, die Aussetzung der Tätigkeit für einen bestimmten Zeitraum anordnen, unrechtmäßige Vermögenswerte und -gewinne beschlagnahmen und bei ernsthaften Verstößen die Anmeldebescheinigung oder die Erlaubnis für eine vorübergehende Betätigung widerrufen und die Einstellung der Tätigkeit anordnen.³⁸ Beispielhaft für solche Gesetzesverstöße sind etwa die Erschleichung der Anmeldebescheinigung durch Fehlinformationen, die Nichtbeachtung des angemeldeten Tätigkeitsumfangs, Verstöße gegen die Finanzierungsvorschriften³⁹ und Berichtspflichten.

Darüber hinaus haben die Behörden für Öffentliche Sicherheit gemäß Art. 46 Abs. 1 NROG die Befugnis, rechtswidriges Verhalten zu beenden, unrechtmäßig erworbene Vermögensgegenstände und Einnahmen zu beschlagnahmen, Verwarnungen an verantwortliche Personen auszusprechen und sie bis zu 10 Tage festzunehmen, wenn sie beispielsweise im Namen eines nicht registrierten oder gelöschten Vertretungsbüros tätig werden oder die Befristung für ein vorübergehendes Tätigwerden abgelaufen ist.

38 Wird die Tätigkeit der ausländischen NRO aufgrund eines Gesetzesverstößes beendet, darf sie in den folgenden fünf Jahren nicht innerhalb Festlandchinas tätig werden, Art. 48 Abs. 1, 2 NROG.

39 Dieser Aspekt ist vor allem in der Übergangsphase bis Inkrafttreten des NROG von Gesellschaften und natürlichen Personen, die ausländische NROen in China bei der Finanzierung unterstützen oder in deren Auftrag tätig werden, zu beachten. Sie sollten sicherstellen, dass die ausländischen NROen die Regelungen des NROG frühzeitig umsetzen. Anderenfalls besteht die Gefahr von behördlichen Maßnahmen gegen sie selbst.

Auch Art. 47 NROG enthält einen Fallkatalog mit behördlichen Befugnissen, in denen die Anmeldebescheinigung entzogen bzw. die Tätigkeit beendet werden kann. Sofern keine Straftat begangen wurde, sind die Behörden befugt, verantwortliche Personen bis zu 15 Tage festzunehmen. Die Vorschrift nennt insbesondere Fälle, bei denen die öffentliche Sicherheit gefährdet wird. Unter diesen Umständen kann außerdem gemäß Art. 48 Abs. 3 NROG die Eintragung der ausländische NRO in eine von den Behörden für Öffentliche Sicherheit geführte Liste erfolgen, die sie als nicht willkommen kennzeichnet.

Selbst bei einem bloßen Verdacht, dass Vorschriften des NROG verletzt werden, haben die Behörden für Öffentliche Sicherheit weitreichende Befugnisse. Sie können beispielsweise gemäß Art. 41 Abs. 2 NROG den Generalbevollmächtigten und andere Verantwortliche befragen, den Sitz des Vertretungsbüros inspizieren oder relevante Unterlagen ansehen und kopieren. Sogar die Bankkonten dürfen gemäß Art. 42 NROG durchleuchtet werden und mit gerichtlicher Zustimmung eingefroren werden.

Trotz dieser umfangreichen Befugnis kataloge bleibt unklar, wie die Behörden die Angemessenheit der Maßnahme bestimmen, ob ein schuldhaftes Verhalten dabei eine Rolle spielt oder ob es in ihrem freien Ermessen steht, welche Maßnahme sie ergreifen. Auch hier ist im Gesetz eine richterliche Kontrolle der jeweiligen Maßnahme nicht vorgesehen.

D. Fazit

Mit Inkrafttreten des NROG haben ausländische NROen künftig eine Reihe von Vorschriften zu beachten. Während des Registrierungsverfahrens wird für sie die größte Hürde die benötigte Zustimmung einer Experten-Überwachungsstelle bzw. die Zusammenarbeit mit einer Chinesischen Partnerorganisation sein. Da ein entsprechender Rechtsanspruch fehlt, hängt ihre Erteilung vom Wohlwollen der zuständigen Behörde bzw. Organisation ab. Die Korruptionsgefahr in diesen Fällen ist evident. Auch nach erfolgreicher Registrierung bleibt das Level der Überwachung hoch, da eine Vielzahl von gesetzliche Bestimmungen zu beachten sind. Sie reichen von der Pflicht zur jährlichen Berichterstattung über strikte Finanzierungsvorschriften bis hin zu Bestimmungen über die Beschäftigung von Mitarbeitern.

Eine wesentliche Schwachstelle des neuen Gesetzes sind auch die weitreichenden Befugnisse der Behörden bei einem Gesetzesverstoß oder auch nur bei Verdacht. Eine behördliche oder gerichtliche Angemessenheitsprüfung der angeordneten Maßnahme ist gesetzlich nicht vorgesehen, so dass ausländischen NROen kein Rechtsschutz gegen willkürliche Maßnahmen möglich ist.

Zusammenfassend lässt sich daher festhalten, dass das NROG leider nicht das vorgegebene Ziel erreicht, die Tätigkeit ausländischer NROen durch ein geregeltes Verfahren zu fördern. Durch die Implementierung eines umfang-

reichen Überwachungs- und Kontrollsystems wird ihre Betätigung in China nachhaltig negativ beeinflusst. Bereits vor Inkrafttreten des neuen Gesetzes lässt sich daher vorhersagen, dass sich nicht wenige ausländische NROen aus China zurückziehen oder zumindest ihr Engagement überdenken werden, da der zu betreibende Kosten- und Zeitaufwand zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften während und nach dem Registrierungsverfahren oftmals zu groß sein wird. Gerade kleineren ausländischen NROen wird es künftig schwerfallen, die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen ohne externe Berater zu bewältigen. Leidtragender dieser Entwicklung wird vor allem der hilfsbedürftige Anteil der chinesischen Bevölkerung sein.

Chuanning Hu, Chongqing*

Die Reformgeschichte des chinesischen Wohnungssystems

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Vorgeschichte
- C. Übergangszeit
- D. Marktorientierung des Wohnungssystems
 - I. Die Zielsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems
 - II. Der systematische Einsatz des Housing Provident Fund
 - III. Die Reform der Miete der öffentlichen Wohnung
 - IV. Die Privatisierung der öffentlichen Wohnung
 - V. Der Einsatz der wirtschaftsorientierten Wohnung
- E. »Die Verbesserung« des Wohnungssystems
- F. Ausblick

A. Einleitung

Die Wirtschaftsordnung Chinas wird in den chinesischen offiziellen Dokumenten meistens als eine sozialistische Marktwirtschaft¹ bezeichnet, die eine Zusammenarbeit zwischen Markt und Sozialismus behauptet. Aber diese Zusammenarbeit bzw. Harmonie zwischen beiden Komponenten kann in China de facto nicht so einfach durchgesetzt werden, wie es von der Kommunistischen Partei Chinas immer noch propagiert wird. Selbstverständlich gilt die sozialistische Marktwirtschaft ebenfalls für das Wohnungssystem als einem der wichtigsten Wirtschaftssektoren in China. Dabei handelt es sich auch im

* Dr. iur. Chuanning Hu, geb. 1984; Universitätsdozent an der Southwest University of Political Science and Law (SWUPL), No. 301, Baosheng Ave, Yubei District, 401120 Chongqing, People's Republic of China.

1 社会主义市场经济 (Pinyin: Shehuizhuyishichangjingji).

chinesischen Wohnungssystem um ein Spannungsverhältnis zwischen Markt und Sozialismus, das von den ausländischen Investoren nicht vernachlässigt werden sollte.

Außerdem wird das Wohnungsproblem heute nicht nur als ein wirtschaftliches Problem betrachtet, sondern auch als ein Problem, welches die Gesellschaftsstabilität und Staatlichkeit betrifft.² Dafür wird das Wohnungssystem nicht nur von der chinesischen Regierung, sondern auch von anderen Industriestaaten als eines der wichtigsten Elemente der Sozialpolitik angesehen. Zugleich kann das Rechtssystem, das den Wohnungsmarkt regelt, sowohl in China als auch in Deutschland nicht nur zur Vermarktung des Grundstücks, sondern auch zur Überwindung oder Vorbeugung der Wohnungsnot beitragen. In Anbetracht der engen Handelsbeziehungen zwischen China und Deutschland und des geschichtlichen Einflusses des deutschen Rechtssystems auf China erscheint eine eingehendere Untersuchung der Reformgeschichte bezüglich des chinesischen Wohnungssystems notwendig und hilfreich.

Überdies ist festzustellen, dass vor der Durchsetzung der Reform und der wirtschaftlichen Öffnung³ durch die Kommunistische Partei Chinas entweder wegen des Krieges oder infolge der verschiedenen politischen Bewegungen fast keine wirkliche Wohnungspolitik realisiert werden konnte. Betrachtet man die chinesische Zeitgeschichte, ist es für diese Arbeit nicht erforderlich, die wichtigsten chinesischen Regierungsmaßnahmen in Bezug auf den Wohnungsbau vor den 1970er Jahren darzustellen. Denn das planwirtschaftliche Wohnungssystem gilt heute als ein gescheitertes Programm mit propagandistischer Prägung. Aus diesem Grund soll für das umfassende Verständnis des chinesischen Wohnungssystem zunächst seine Entwicklungsgeschichte seit den 1970er Jahren, insbesondere seit seiner Reform hin zu einer Marktorientierung, eingegangen werden.

B. Vorgeschichte

Mit dem Ende der Kulturrevolution⁴ spielten statt des Klassenkampfes die alltäglichen Probleme des Lebens, darunter insbesondere das Wohnungsproblem für die Regierung und die Kommunistische Partei Chinas eine große Rolle. Nach der „Meinung⁵ über die Verstärkung der städtischen Bauarbeit“ von 1978⁶ wurde von der Regierung eine Wohnungszählung durchgeführt.

2 Vgl. dazu Chinesischer Staatsrat: »Mitteilung über die Kontrolle der zu rapiden Wohnungspreiserhöhung in manchen Städten« (《国务院关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知 2010年》 Pinyin : Guowuyuan guanyu ezhibufenchengshifangjia guokuaishangzhang de Tongzhi 2010 nian).

3 改革开放 (Pinyin: Gaige Kaifang).

4 文化大革命 (Pinyin: Wenhua Dageming).

5 Im Gegensatz zu den anderen demokratischen Staaten in der Welt gibt es in China die von der Kommunistischen Partei Chinas oder dem chinesischen Staatsrat erlassenen »Hinweise« als besondere Rechtsquellen, deren rechtliche Bedeutung mit den »Führererlassen« in Deutschland in der Zeit des Dritten Reiches vergleichbar ist. Normalerweise werden sie mit »Meinung«, »Bericht«, »Beschluss« usw. bezeichnet.

6 《关于加强城市建设工作的意见》(中发(78)13号) (Pinyin : Guanyu jiaqiachengshijianshe-gongzuo de Yijian).

Das Ergebnis wurde im »Bericht über die Beschleunigung des städtischen Wohnungsbaus« veröffentlicht, der vom damaligen Staatlichen Baukomitee verfasst wurde. Dieser Bericht verwies darauf, dass

»die Familien mit keiner Wohnung die Mehrheit ausmachen. Nach der unvollständigen Statistik beträgt die Zahl der Familien in den Städten unseres Landes mit keiner Wohnung 3,23 Millionen und 17 % der städtischen Bevölkerung haben keine eigenen Wohnungen. Die Familien mit keiner Wohnung, in denen Ehemann und Ehefrau beispielsweise nur im Klassenzimmer, der Werkstatt, dem Speicher, dem Büro und so weiter wohnen können, betragen 1,04 Millionen. Die Anzahl der Familien mit einer unangemessenen Wohnung, die mit anderen Familien in einem Zimmer zusammenleben müssen, bei denen drei Generationen in einer Wohnung zusammenwohnen, beziehungsweise in denen volljährige Söhne oder Töchter mit ihren Eltern im gleichen Zimmer zusammenwohnen müssen, beträgt 1,30 Millionen. Die Anzahl der Familien, deren Wohnfläche pro Person bei weniger als zwei Quadratmeter liegt, beläuft sich auf 0,89 Millionen.«⁷

Wegen des Einflusses der radikalen Linken traf die Partei jedoch keine praktischen marktorientierten Maßnahmen, sondern wartete auf die planmäßigen und anweisungsabhängigen Befehle des Staates. Nach diesem Bericht sollte der kommunale Haushalt einerseits den Wohnungsbau bevorzugt unterstützen, andererseits sollten mehr Baustoffe von den staatlichen Unternehmen angeboten werden. Diese Maßnahmen wurden jedoch wegen der schlechten Verkehrssituation und der veralteten wirtschaftlichen Verwaltungshierarchie nur als ein propagandistischer Slogan angesehen.

Diese Wohnungsknappheit war zunächst auf die katastrophale Gesellschaftspolitik bei der sozialistischen Umgestaltung von 1956, der Kampagne des »Großen Sprungs nach vorn«⁸, der Kulturrevolution sowie anderer unmenschlicher Politikbewegungen zurückzuführen. Unter diesem politischen und ideologischen Druck waren die absolute Befolgung der Vorgaben des Parteiführers, d. h. von Mao Zedong und der kommunistischen Ideologie vorrangiger als die damaligen realen Probleme. Dies brachte das Ergebnis mit sich, dass niemand sich um den konkreten Lebensbedarf inklusive der elementaren Wohnungsversorgung bemühen wollte.

In China ging es z. B. während der Kulturrevolution in der Wohnungspolitik lediglich um »den geistigen (Auf-)Bau«. Vergleichsweise gab es vor der seit 1978 durchgeführten Politik der Reform und der wirtschaftlichen Öffnung in China kaum vernünftige Lösungsansätze zu den Wohnungsproblemen. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass zu dieser Zeit nur inhaltsleere Politiklogans in China vorhanden waren.

7 Bericht über die Beschleunigung des städtischen Wohnungsbaus im Jahre 1978 (《国务院批转国家建委关于加快城市住宅建设的报告》 Pinyin: Guowuyuanpizhuan guojiajianwei guanyu jiaokuai chengshizhuzhaijianshe de Baogao).

8 大跃进(Pinyin: Da Yuejin).

Weiterhin war die katastrophale Wohnungssituation auch auf die Ungerechtigkeit des damaligen sogenannten öffentlichen Wohnungssystems⁹ zurückzuführen, das planmäßig staatliche, kostenlose Wohnungen zur Verfügung stellen sollte und seit der sogenannten sozialistischen Umgestaltung¹⁰ im Jahre 1956 existierte. Unter diesem System waren das Prinzip der Wohlfahrt durch die Einheit¹¹ sowie die unentgeltliche Nutzung¹² zu verstehen. Die Bedeutung dieses Prinzips lag darin, dass der Wohnungsbau der Bevölkerung durch verschiedene Einheiten, bei denen sie arbeitete, etwa bei den Unternehmen oder Staatsorganen, mit dem volkseigenen Eigentum der jeweiligen Einheiten unterstützt wurde. Die durch diese wirtschaftlichen oder staatlichen Einheiten gebauten Wohnungen sollten je nach dem Alter und der Stufe des Arbeiters verteilt werden. Dabei bestand auch keine Verpflichtung zur Entrichtung einer Miete für die Belegung der Wohnung. Dieses System hatte jedoch auch folgende Nachteile.

1. Starke Belastung des staatlichen Haushalts

Obwohl der Wohnungsbau statt vom Staat eigentlich von der organisatorischen Einheit angeblich finanziell unterstützt wurde, konnten die jeweiligen Einheiten durch das planwirtschaftliche System von der Regierung auch Zuschüsse und die Mittelzuweisungen erhalten, um deren Aufwendungen im öffentlichen Wohnungsbau¹³ auszugleichen. Deshalb wurde die von der Einheit unterstützte Leistung in der tatsächlichen Praxis vom Staat zur Verfügung gestellt. Jedoch konnte sich der Staatshaushalt diese Zahlungen überhaupt nicht leisten, weil es keine starke Marktwirtschaft zur Unterstützung des Wohnungsbaus gab.

2. Schwerwiegende Ungerechtigkeit in der Gesellschaft

Es wurde der Eindruck vermittelt, dass die Bevölkerung die bereit gestellte Wohnung somit kostenlos erhalten konnte, wodurch eine soziale Gerechtigkeit in China zu bestehen schien. Wegen des Rückgangs der Produktivität und der rückständigen Gesellschaftsordnung waren jedoch damals die zur Verfügung stehenden Ressourcen in China faktisch sehr knapp. Dabei bestand keine wirkliche Rechtsordnung für die Aufsicht der Ressourcenverteilung. Deshalb hing die Wohnungsverteilung von der Hierarchie anstelle der Leistungsfähigkeit ab. Das bedeutete: Je höher der Mensch in der Hierarchie stand, desto besser war die Wohnung, die er erhalten konnte. Somit wohnte der durchschnittliche Arbeiter in der kleinen Wohnung und der schlechten Wohnungs-

9 公房体系 (Pinyin: Gongfang Tixi).

10 1956年社会主义改造 (Pinyin: 1956 Nian Shehuizhuyi Gaizao).

11 Unter der Einheit (单位 Pinyin: Danwei) im chinesischen Gesetz sind die Organisation, etwa GmbH, Unternehmen, Behörden usw. zu verstehen.

12 单位福利, 无偿使用 (Pinyin: Danweifuli Wuchangshiyong).

13 公房 (Pinyin: Gongfang).

gemeinschaft, während der Leiter oder Parteiführer das Einfamilienhaus mit einem kleinen Garten genießen konnte.

3. Schwerwiegende Ungleichheit zwischen der Stadt und dem Land

Die Wohnungsverteilung in China galt damals nur für die städtische Bevölkerung. Das lag zum einen daran, dass der der Planwirtschaft folgende Staat keine ausreichenden Mittel zum Wohnungsbau auf dem Land zur Verfügung hatte, zum anderen hatte die städtische Wohnung an die ausländischen Besucher eine größere propagandistische Wirkung als die ländliche. Dies war auch der Grund, warum die chinesischen Bauern immer nach der Bürgereigenschaft in der Stadt strebten. Gleichzeitig wurde diese Ungleichheit auch nicht durch die marktorientierte Wohnungssystemreform überwunden, weil sie lediglich in der Stadt Anwendung fand.

C. Übergangszeit

Im Jahr 1980 wies die vom Hauptamt für den Stadtbau erstellte »Meinung über die Verstärkung des Wohnungsbaus«¹⁴ beschönigend darauf hin, dass »die Wohnungsknappheit nicht vermindert werden kann, wenngleich seit zwei Jahren die Arbeit des städtischen Wohnungsbaus durch Bemühungen des Staats, der Kommunen und der Unternehmen eine bessere Leistung bekommen hat.«¹⁵ Dies zeigte, dass das alte planorientierte Wohnungssystem sich nicht weiterentwickeln konnte. Dabei wurde die Rechtfertigung des privaten Wohnungsbaus von der Partei und Regierung erstmals bestätigt und dies war der Beginn der Reform des marktorientierten Wohnungsmarktes in China.

Seither wurde von der Regierung Schritt für Schritt die Marktorientierung des Wohnungsbaus durchgesetzt. Zunächst wurde 1988 die Privatisierung der städtischen öffentlichen Wohnungen vorgenommen. Unter dem Prinzip des Gemeineigentums wurde das bekannte Nutzungsrecht am Grundstück¹⁶ im Verfassungsgesetz der Volksrepublik China durch den 2. Verfassungszusatz 1988 verankert, um das Grundstück tatsächlich übertragen zu können. Seit damals besteht der Grundstücks- und Wohnungsmarkt in China. Nach § 10 Abs. 4 des chinesischen Verfassungsgesetzes ist die rechtswidrige Übertragung des Eigentums am Grundstück durch jede Organisation oder Person durch Aneignung, einem Kauf oder auf andere Weise verboten. Aber gemäß dieser gesetzlichen Regelung ist hingegen die Übertragung des Nutzungsrechts am Grundstück erlaubt.¹⁷ Mit der Bekanntmachung der Allgemeinen

14 1980年《关于加强住宅建设工作的意见》(Pinyin: Guanyu jiaqiangzhuzhaijiansheshengongzuo de Yijian).

15 Vgl. dazu die vom Hauptamt für den Stadtbau erstellte »Meinung über die Verstärkung des Wohnungsbaus« 1980.

16 土地使用权 (Pinyin: Tudi Shiyongquan).

17 Vgl. dazu § 10 Abs. 4 des chinesischen Verfassungsgesetzes.

Ordnung des Zivilrechts (AOZ) der VR China¹⁸ am 12. April 1986 wurde das private Eigentum am Haus oder der Wohnung erstmals als ein Privatrecht anerkannt. In § 75 der chinesischen AOZ heißt es:

»Der Eigentumsgegenstand von Bürgern umfasst legale Einkommen, Häuser, Ersparnisse, Gegenstände des täglichen Bedarfs, Kulturgüter, Bücher und Schriften, Wald, Vieh und Produktionsmittel, an denen das Gesetz dem Bürger Eigentum gestattet, und anderes legales Eigentum. Legales Eigentum der Bürger erhält den Rechtsschutz, es ist jeder Organisation und jedem Einzelnen verboten, es mit Beschlag zu belegen, es in einem zwangsweisen Verfahren wegzunehmen, es zu beschädigen oder es rechtswidrig zu versiegeln, zu pfänden, einzufrieren oder zu konfiszieren.«¹⁹

Dazu wurde eine ähnliche Vorschrift auch im Sachenrechtsgesetz von 2007 verankert.²⁰ Deshalb wurde das planwirtschaftliche öffentliche Wohnungssystem allmählich durch den Verkauf der öffentlichen Wohnungen an die Bürger abgeschafft. An seine Stelle trat nach und nach das marktorientierte System des Wohnungsbaus.

D. Marktorientierung des Wohnungssystems

Mit der Bekanntmachung der von der Leitungsgruppe des Staatsrats für die Reform des Wohnungssystems verfassten »Meinung über die umfassende Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems« im Jahr 1991²¹ wurde der marktorientierte Ausgangspunkt im Wohnungsbau erstmals vorgestellt, das heißt, »um (durch die Begründung des Immobilienmarkts) die Wohnungsverknappung der Bevölkerung zu erleichtern und die Wohnungsbedingungen stetig zu verbessern.«²² Das zeigt erneut, dass das Problem der Wohnungsverknappung durch die planwirtschaftlichen Maßnahmen nicht gelöst werden konnte. Es wurde erstmals im Wohnungsbau mit dem Housing Provident Fund²³ ein erstes Förderungsinstrument geschaffen.

Wegen der damaligen Beherrschung des planwirtschaftlichen Systems hatte die Meinung über die umfassende Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems 1991 jedoch de facto keinen großen positiven Einfluss auf die Reform des Wohnungssystems. Erst mit der Anerkennung des Systems der sozialistischen Marktwirtschaft in dem von Jiang Zemin – 江泽民 (Pinyin: Jiang Zemin) – erstatteten Bericht auf dem XIV. Parteitag der Kommunis-

18 中华人民共和国民法通则 (Pinyin: Zhonghuarenmingongheguo Minfatongze).

19 § 75 AOZ Chinas.

20 § 64 des Sachenrechtsgesetzes: »Privatpersonen genießen Eigentum an ihren legalen Einkommen, Gebäuden, Gütern des täglichen Bedarfs, Produktionsgeräten, Rohmaterialien und anderen unbeweglichen und beweglichen Sachen.«

21 《关于全面推进城镇住房制度改革的意见》 1991年 (Pinyin: Guanyu Quanmiantuijin chengzhenzhufangzhidu gaige de yijian 1991 nian).

22 »Meinung über die umfassende Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems« 1991.

23 住房公积金 (Pinyin: Zhufang Gongjijin).

tischen Partei Chinas (XIV. KPCh)²⁴ wurde der marktorientierte Wohnungsbau durch den von dem Staatsrat getroffenen »Beschluss über die intensive Durchführung der Reform des städtischen Wohnungssystems«²⁵ 1994 von der Partei als das Ziel der Wohnungsreform angesehen. Dieser Beschluss wird zugleich als eine Art chinesische Rechtsquelle, der einen großen Einfluss auf das heutige chinesische Wohnungssystem hat, behandelt.

I. Die Zielsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems

Das zentrale Reformziel ist, das neue System des Wohnungsbaus aufzubauen, das sich für das System der sozialistischen Marktwirtschaft²⁶ eignet, um die Kommerzialisierung und Sozialisierung im Wohnungsbau zu realisieren. Damit sollen der Wohnungsbau beschleunigt und die Wohnbedingungen verbessert werden, um den allmählich zunehmenden Wohnungsbedarf der städtischen Bevölkerung zu decken.²⁷ Zudem geht es in diesem Bericht um die wirtschaftsorientierte Wohnung²⁸, die damals die Familien mit geringem und mittlerem Einkommen fördern sollte und für welche die soziale Sicherung für Wohnraum erstmals eingesetzt wird. Dagegen wird für die Familien mit hohem Einkommen die Wohnung als Ware (»Warenwohnung«)²⁹ ohne Verfügungsbeschränkung angeboten. Darüber hinaus soll erstmals das Wohnungskreditsystem³⁰ aufgebaut werden. Damit würde der Großteil des chinesischen Wohnungsbedarfs durch die wirtschaftsorientierte Wohnung gedeckt werden.

II. Der systematische Einsatz des Housing Provident Fund

In dem vom Staatsrat getroffenen Beschluss über die intensive Durchführung der Reform des städtischen Wohnungssystems im Jahr 1994 ist der Housing Provident Fund als eine Art Zwangssparen erstmals systematisch von der Regierung unter der Führung der kommunistischen Partei Chinas vorgesehen worden. Dabei ist es vorgeschrieben, dass der Housing Provident Fund von der Einheit finanziell unterstützt werden soll. Er soll durch das Verwaltungszentrum des Housing Provident Fund zentralisiert beaufsichtigt wer-

24 Bericht auf dem XIV. Parteitag der Kommunistischen Partei Chinas: »Den Schritt der Modernisierung und der Reform und wirtschaftlichen Öffnung beschleunigen, den größeren Sieg des Sozialismus mit der chinesischen Prägung davontragen.« (加快改革开放和现代化建设步伐，夺取有中国特色社会主义事业的更大胜利——在中国共产党第十四次全国代表大会上的报告 Pinyin: jiakuagaigekai fanghexiandai-huajianshebufa, duoquyouzhongguoteseshehuizhuyishiyedegengdashengli——zaizhongguogongchandangdishisiciquanguodaibiaodahuishangdebaogao).

25 《关于深化城镇住房制度改革的决定》(国发〔1994〕43号) (Pinyin: Guanyushenhua chengzhenghufangzhidugaigedejueding).

26 社会主义市场经济 (Pinyin: Shehuizhuyi Shichangjingji).

27 »Beschluss über die intensive Durchführung der Reform des städtischen Wohnungssystems« 1994 (《关于深化城镇住房制度改革的决定》(国发〔1994〕43号) Pinyin: Guanyushenhua chengzhenghufangzhidugaigedejueding).

28 经济适用房 (Pinyin: Jingjishiyongfang).

29 Die »Warenwohnung« (商品房 Pinyin: Shangpinfang) entspricht der frei finanzierten Eigentumswohnung in Deutschland.

30 住房信贷体系 (Pinyin: Zhufangxindaitixi).

den sowie nur für den Zweck der Förderung des Wohnungskaufs verwendet werden.

III. Die Reform der Miete der öffentlichen Wohnung

Seit den achtziger Jahren gibt es die Reform, nach der die Bürger die ihnen gestellte Wohnung nicht mehr kostenlos beanspruchen können. Stattdessen haben sie die Miete an die jeweilige Einheit zu zahlen. Die Gründe für diese Reform bestehen darin, dass auf der einen Seite die kostenlos genutzte Wohnung den staatlichen Haushalt schwer belastet hatte, auf der anderen Seite die Erträge aus der Miete für die Verbesserung der Wohnbedingungen verwendet werden können. Dabei werden von der jeweiligen Einheit auch Mietzuschüsse angeboten.

IV. Die Privatisierung der öffentlichen Wohnung

Gemäß diesem Beschluss können die Arbeiter das Eigentum an den von ihnen mit dem Marktpreis gekauften Wohnungen, die auch als die Verkaufsgegenstände angesehen werden können, erwerben und gleichzeitig nach der Bezahlung der anfallenden Gebühren und Steuern auch die Gewinne aus dem Wohnungsverkauf er- und behalten. Die Wohnungen können jedoch nur dann als Gegenstände zum Weiterverkauf angesehen werden, wenn der Arbeitnehmer in dieser Wohnung mehr als fünf Jahre gewohnt hat. Zudem kann er nur nach der Entrichtung der Lizenzierungsgebühr für das Nutzungsrecht des Grundstücks (Grundstücksnutzungsrechtslizenzierungsgebühr -GNRLG)³¹ oder der durch den Wohnungsverkauf erhaltenen Grundstücksgewinne³² und der Zahlung der anfallenden Gebühren die übrigen Gewinne aus dem Wohnungsverkauf behalten.³³

V. Der Einsatz der wirtschaftsorientierten Wohnung

Die wirtschaftsorientierte Wohnung ist in diesem Beschluss eine der wichtigsten Neuerungen für das Wohnungsproblem der Familien mit geringem und mittlerem Einkommen. Ihre Besonderheit besteht überwiegend darin, dass die Bürger das Eigentum an der wirtschaftsorientierten Wohnung sehr günstig erwerben können, weil das Grundstück für ihren Bau durch den Verteilungsakt des Staats ohne die GNRLG angeboten werden soll. Parallel dazu ist die Verfügungsbeschränkung³⁴ zur Durchsetzung des Förderungszwecks vorgesehen. Es existieren in diesem Beschluss außerdem viele utopische planwirtschaft-

31 土地出让金 (Pinyin: Tudichurangjin).

32 土地收益 (Pinyin: Tudishouyi).

33 Vgl. dazu den Beschluss über die intensive Durchführung der Reform des städtischen Wohnungssystems 1994 (《关于深化城镇住房制度改革的决定》(国发〔1994〕43号)) Pinyin: Guanyushenhua chengzhenzhufangzhidugaigedexueding).

34 § 30 Abs. 2 Satz 1 der Verwaltungsmaßnahme über die wirtschaftsorientierte Wohnung: »Die Übertragung der wirtschaftsorientierten Wohnung ist verboten, wenn seit dem Erwerb der wirtschaftsorientierten Wohnung weniger als fünf Jahre vergangen sind.«

liche Vorschriften, etwa dass mehr als 20 % der von den Immobilienschließungsunternehmen³⁵ pro Jahr gebauten Wohnungen wirtschaftsorientierte Wohnungen sein sollen. Hierbei ist es schwer vorstellbar, dass die Immobilienschließungsunternehmen als Privatunternehmen in der marktwirtschaftlichen Gesellschaft von den Anweisungen der Regierung abhängig sind.

VI. Die »Verbesserung« des Wohnungssystems

Seit dem Einsatz der sozialistischen Marktwirtschaft 1994 besteht durch die Privatisierung der öffentlichen Wohnung auch die Ungerechtigkeit, dass in vielen Einheiten die öffentlichen Wohnungen zu sehr niedrigen Preisen verkauft werden. Trotzdem wurde die Privatisierung der öffentlichen Wohnungen im Jahr 1998 vorgenommen. Seither wurde die öffentliche Wohnung von der chinesischen Regierung konsequent abgeschafft.³⁶

Die Bekanntmachung der »Mitteilung über die weitere Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems zur Beschleunigung des Wohnungsbaus«³⁷ als die zusammenfassende Beschlussfassung der Kommunistischen Partei Chinas erfolgte durch den chinesischen Staatsrat im Jahr 1998. Im Vergleich zu dem vom Staatsrat getroffenen Beschluss über die intensive Durchführung der Reform des städtischen Wohnungssystems³⁸ von 1994 besteht die Verbesserung der neuen Mitteilung darin, dass neben der wirtschaftsorientierten Wohnung erstmals die günstige Mietwohnung³⁹ für die soziale Sicherheit vorgesehen ist. Laut diesem Beschluss gilt für die Familien mit unterschiedlichem Einkommen eine differenzierte Wohnungspolitik. Die Familien mit dem geringsten Einkommen beziehen die günstige Mietwohnung. Die Familien mit geringem und mittlerem Einkommen sollen die wirtschaftsorientierte Wohnung kaufen. Die übrigen Familien mit hohem Einkommen sollen die Warenwohnung zum Marktpreis mieten oder kaufen.⁴⁰ Im Gegensatz zur Marktwirtschaft bestimmt in der Planwirtschaft (Zentralverwaltungswirtschaft) der Staat insbesondere Art und Menge der Produktion sowie die Preise hierfür entweder selbst oder er beeinflusst diese entscheidend durch Genehmigungsvorbehalte. Aus diesem Grund beherrschte der Gedanke der Planwirtschaft damals in gewissem Maße noch das chinesische Wohnungs-

35 房地产开发企业 (Pinyin: Fangdichan Kaifaqiye).

36 Vgl. Chinesischer Staatsrat: Mitteilung über die weitere Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems zur Beschleunigung des Wohnungsbaus (《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》(国发〔1998〕23号) Pinyin: Guanyujinyibu shenhuachengzhenzhufangzhidugaigejiakuazhufangjianshetongzhi).

37 《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》(国发〔1998〕23号) (Pinyin: Guanyujinyibu shenhuachengzhenzhufangzhidugaigejiakuazhufangjianshetongzhi).

38 《关于深化城镇住房制度改革的决定》(国发〔1994〕43号) (Pinyin: Guanyushenhuachengzhenzhufangzhidugaigedejueding).

39 廉租房 (Pinyin: Lianzufang).

40 Vgl. Chinesischer Staatsrat: Mitteilung über die weitere Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems zur Beschleunigung des Wohnungsbaus (《关于进一步深化城镇住房制度改革加快住房建设的通知》(国发〔1998〕23号) Pinyin: Guanyujinyibushenhua Chengzhenzhufangzhidugaigejiakuazhufangjianshe de Tongzhi.)

system. Das heißt, die Regierung will nicht nur die Preise der Wohnung, sondern auch die Art der Nachfrage durch die Bevölkerung bestimmen.

Ungefähr zehn Jahre nach der »Mitteilung über die weitere Durchsetzung der Reform des städtischen Wohnungssystems zur Beschleunigung des Wohnungsbaus« von 1998 fehlte während des Aufschwungs der Warenwohnung in den chinesischen Städten eine sachliche Durchsetzung der wirtschaftsorientierten Wohnung und der günstigen Mietwohnung, sodass die damaligen chinesischen Bürger eigentlich nichts von der wirtschaftsorientierten Wohnung oder der günstigen Mietwohnung wussten.⁴¹ Dies war hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass der kommunale Haushalt von der GNRLG aus dem Lizenzieren abhängig ist. Für die wirtschaftsorientierte Wohnung und die günstige Mietwohnung galt das GNRLG nämlich nicht. Somit erhielt die kommunale Regierung als der hauptsächliche Bauherr der wirtschaftsorientierten Wohnung im Sinne des Gesetzes fast kein staatliches Aufkommen davon. Dabei hing die Karriere des jeweiligen Bürgermeisters oder Parteichefs von der Leistung im kommunalen Haushalt und dem wirtschaftlichen Aufschwung der Kommune ab, weil diese Leistungen erst in Zahlen ausgedrückt für die objektive Auswertung von der höheren parteilichen Personalabteilung⁴² geeignet waren.

Deshalb war entgegen des utopischen Wohnungswirtschaftsplans in der tatsächlichen Praxis die Warenwohnung als Widerspiegelung der Wohnungsmarktwirtschaft in China vorherrschend. Dennoch war es für viele Bürger, zumal die in den enormen Metropolen Chinas, wegen der sehr hohen Preise unmöglich, mit ihrem Einkommen innerhalb ihrer Lebenszeit die Warenwohnung abzubezahlen und somit Eigentümer zu werden.⁴³

In Anbetracht dieses Problems unter der vierten Führungsgeneration um Hu Jintao⁴⁴ als der Generalsekretär der Partei und Staatspräsident wurde 2007 die »Maßnahme zur Lösung des Wohnungsproblems städtischer Familien mit geringem Einkommen«⁴⁵ vom chinesischen Staatsrat bekannt gegeben⁴⁶. Damit wurde erneut auf das Wohnungsproblem aufmerksam gemacht. Laut dieser Maßnahme wurde der Institution der günstigen Mietwohnung einerseits eine wichtigere Stelle eingeräumt, andererseits wurde der Anwendungsbereich der wirtschaftsorientierten Wohnung und der günstigen Mietwohnung bei den Menschen mit geringem Einkommen jedoch vereinheitlicht.

41 Bericht über die Situation des Baus und der Durchführung der städtischen Mietwohnung (《关于城镇廉租住房制度建设和实施情况的通报》(建住房[2006]63号) Pinyin: Guanyu Chengzhenlianuzhufangjianshe He Shishiqingkuang de Tongbao).

42 党的组织部 (Pinyin: Dang de Zuzhibu).

43 Vgl. Kanzlei des Staatsrats: Mitteilung über die zweckmäßige Stabilisierung der Wohnpreise (《关于切实稳定住房价格的通知》(国办发明电〔2005〕第8号) Pinyin: Guanyu qieshi Wending Zhufangjiage de Tongzhi).

44 胡锦涛.

45 《国务院关于解决城市低收入家庭住房困难的若干意见》(国发[2007]24号) (Pinyin: Guowuyuan Guanyu Jiejuechengshidishourujiatongzhufangkunna de Ruoganyijian).

46 Vgl. http://de.wikipedia.org/wiki/F%C3%BChrungsgenerationen_in_der_Volksrepublik_China.

Da die wirtschaftsorientierte Wohnung und die günstige Wohnung für die Lösung der Wohnungsprobleme in der Praxis nicht so hilfreich waren wie angenommen, erließ der chinesische Staatsrat nach nur einem Jahr die »Meinung über die Förderung der gesunden Entwicklung des Immobilienmarkts«⁴⁷. Jedoch beinhaltet diese Meinung keine neue Vorstellung bezüglich des Wohnungssystems als früher.

Im Jahre 2010 wurden zwei neue Hinweise, nämlich die »Mitteilung über die stationäre und gesunde Entwicklung des Immobilienmarkts«⁴⁸ und die »Mitteilung über die entschlossene Aufhaltung des überschnellen Aufschwungs des Wohnungspreises einiger Städte«⁴⁹, vom Staatsrat erlassen. Durch diese beiden Hinweise wurde die im Jahre 2009 schon von der Pekinger Regierung durchgeführte öffentliche Mietwohnung⁵⁰ nachträglich rechtmäßig bestätigt. Danach entstand die öffentliche Mietwohnung mit der von der Regierung kontrollierten niedrigen Miete⁵¹ als eine neue Rechtsinstitution für die Lösung der Wohnungsprobleme neben der wirtschaftsorientierten Wohnung, der günstigen Mietwohnung und dem Housing Provident Fund. Bei dieser neuen Rechtsinstitution handelt es sich um die Wohnraumförderung für die Familien mit unterem oder mittlerem Einkommen, die zugleich Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Wohnraum haben, etwa die jungen Arbeitnehmer, die keine Wohnung haben oder die Wanderarbeiter, die in der Stadt einen ständigen Arbeitsplatz gefunden haben⁵², aber auf die die Regelungen über die wirtschaftsorientierte Wohnung und die günstige Mietwohnung wegen der Einkommensvoraussetzung, nämlich einem geringen Einkommen, keine Anwendung finden können. Dadurch lässt sich die sozialistische Utopie, dass die Wohnung fast jeder Familie mit staatlichen bestimmten niedrigen Kosten zur Verfügung stehen kann, nach dem Wunsch der Partei durchsetzen.

Mit der Verlangsamung des Tempos der Wirtschaftsentwicklung in China seit 2014 steht die Gewährleistung des wirtschaftlichen Wachstums und der Konjunktur unter der Führung der fünften Generation um Xi Jinping⁵³ als Generalsekretär der Partei und Staatspräsident und Li Keqiang⁵⁴ als Premier im Vordergrund. Dafür wird die Stabilität des Warenwohnungsmarkts, auf den sich der staatliche Bankkredit stützt, von der Regierung wieder dadurch an-

47 《国务院办公厅关于促进房地产市场健康发展的若干意见》（国办发〔2008〕131号）（Pinyin：Guowuyuanbangongting Guanyu Cujin Fangdichanshichang Jiankangfazhan de Ruoganyijian）.

48 《关于促进房地产市场平稳健康发展的通知》（国办发〔2010〕4号）（Pinyin：Guanyu Cujin Fangdichanshichang pingwenjiankang Fazhan de Tongzhi）.

49 《关于坚决遏制部分城市房价过快上涨的通知》（国发〔2010〕10号）（Pinyin：Guanyu Jianjue ezhi Bufenchengshi Fangjia guokuai Shangzhang de Tongzhi）.

50 公共租赁住房（Pinyin：Gonggong Zulin Zhufang）.

51 § 19 Abs. 1 der Verwaltungsmaßnahme über die öffentliche Mietwohnung (VöMw): »Im Einvernehmen mit den diesbezüglichen Stellen soll die in der Stadt- und Kreisvolksregierung zuständige Stelle für die Wohnungssicherung nach dem Prinzip, dass die Miete der öffentlichen Mietwohnung wenig niedriger als die Marktmiete im gleichen Gebiet ist, das Niveau der Miete von der öffentlichen Mietwohnung im eigenen Bezirk bestimmen und nach der Zustimmung der gleichstufigen Volksregierung durchsetzen.«

52 Vgl. § 3 Abs. 1 der VöMw.

53 习近平.

54 李克强.

erkannt und betont, dass die Reform in Bezug auf die Wohnraumförderung im Vergleich zu der Phase der vierten Generation nicht mehr als ein primäres Problem angesprochen wird.

E. Ausblick

Aufgrund der obigen Darstellung über die Reformgeschichte des chinesischen Wohnungssystems kann man erkennen, dass die kommunistische Partei Chinas versucht, einerseits die Marktwirtschaft im Wohnungsbau durch die Trennung zwischen dem Eigentum am Bauwerk und dem Nutzungsrecht am Grundstück zu verwirklichen. Andererseits soll die sozialistische Doktrin mit der wohnungszwangswirtschaftlichen Prägung bei der Verteilung des Wohnraums, die nicht von der persönlichen Leistung im Markt, sondern vom Bedarf abhängig ist, etwa durch den Einsatz der wirtschaftsorientierten Wohnung, der günstigen Mietwohnung und der öffentlichen Mietwohnung gewissermaßen beibehalten werden. Dabei ist es erwiesen, dass es das innere Spannungsverhältnis zwischen Marktwirtschaft und Sozialismus beim chinesischen Wohnungssystem immer noch gibt. Des Weiteren ist nicht übersehen, dass dieses Spannungsverhältnis in China vergleichsweise nicht zuletzt deshalb schwer auszubalancieren ist, weil es in China – anders als in westlichen Ländern- an demokratischen und rechtstaatlichen Institutionen fehlt.

Vielmehr ist eine demokratische Institution, insbesondere ein wirkliches Parlament, einerseits dafür förderlich, dass die sozialpolitischen Reformbewegungen sich durch die Akzeptanz des Subsidiaritätsprinzips insgesamt in der Balance halten können, sodass ein Wegdriften in sozialistische Extreme zu vermeiden ist. Demgegenüber ist es fast unmöglich, dass diese Balance in einem autoritären oder diktatorischen Staat, in dem die Subsidiarität jedenfalls abgeschafft wird, erfolgen kann. Andererseits kann sich keine Rechts- oder Verkehrssicherheit, die für die marktwirtschaftliche Gesellschaft grundlegend ist, ohne die Beachtung des Rechtsstaatsprinzips entwickeln. Wie oben erwähnt, besteht die beherrschende Rechtsquelle für das chinesische Wohnungssystem einschließlich der Wohnraumförderung nicht in durch den Nationalen Volkskongress als Parlament vorgeschriebenen Gesetzen, sondern in den verschiedenen, von der Kommunistischen Partei Chinas oder dem chinesischen Staatsrat, erlassenen Dekrete. Dies führt dazu, dass das chinesische Rechtssystem über das Wohnungswesen sich der Marktwirtschaft weder als verlässlich, noch als anpassungsfähig erwiesen hat, womit im chinesischen Wohnungsmarkt unvermeidlich Vetternwirtschaft in Verbindung mit Korruption herrscht. In absehbarer Zeit ist auch zu erwarten, dass die Reform in China -ähnlich wie die Veränderung vom sozialen Wohnungsbau hin zu einer sozialen Wohnraumförderung in Deutschland- die absolute Abschaffung der Wohnungszwangswirtschaft durchsetzt, solange von der Partei die Dominanz der Marktwirtschaft gegenüber dem Sozialismus anerkannt wird.

Karin Lukas, Wien*

Der Kollektivbeschwerdemechanismus der Europäischen Sozialcharta – aktuelle Entwicklungen

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Themen der Beschwerden
- C. Ausgewählte aktuelle Fälle im Arbeits- und Sozialrecht
 - I. Beschwerde No. 86/2013 European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Niederlande, Entscheidung vom 2. Juli 2014
 - 1. Zu Artikel 13 ESC
 - 2. Zu Artikel 19 § 4 ESC
 - 3. Zu Artikel 30 ESC
 - II. Beschwerde No. 91/2012, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italien, Entscheidung vom 12. Oktober 2015
 - 1. Zu Artikel 1 § 2 der ESC
 - 2. Zu Artikel 2 § 1 der ESC
 - 3. Zu Artikel 3 § 3 der ESC
 - 4. Zu Artikel 26 § 2 der ESC
 - III. Beschwerde No. 101/2013, European Council of Police Trade Unions (CESP) v. Frankreich, Entscheidung vom 27. Januar 2016
 - 1. Zu Artikel 5 ESC
 - 2. Zu Artikel 6 §§ 1 und 2 ESC
 - IV. Beschwerde No. 103/2013, Bedriftsforbundet v. Norwegen, Entscheidung vom 17. Mai 2016
- D. Schlussbemerkungen

A. Einleitung

Die Umsetzung sozialer Rechte in Europa blickt nun schon auf einige Jahrzehnte zurück – 2011 feierte die Europäische Sozialcharta ihren sechzigjährigen Geburtstag. Im Vergleich zur Sozialcharta ist der Kollektivbeschwerdemechanismus jedoch ein Teenager: das Protokoll von Turin, dessen Annahme durch die Vertragsstaaten den Kollektivbeschwerdemechanismus der Charta in Kraft gesetzt hat, datiert aus dem Jahr 1995. Dieser Mechanismus ist als quasi-judizieller Prozess zu sehen, und weltweit der erste Mechanismus des internationalen Rechts speziell für wirtschaftliche und soziale Rechte.

* Karin Lukas ist Senior Researcher und Teamleiterin am Ludwig Boltzmann Institut für Menschenrechte und seit 2011 Mitglied des Europäischen Sozialausschusses.

Das Protokoll sieht vor, dass nur bestimmte Organisationen, und keine Einzelpersonen,¹ eine Beschwerde einbringen können, nämlich:

- internationale Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbände,
- Nichtregierungsorganisationen, die Konsultativstatus beim Europarat haben und auf einer entsprechenden Liste des Regierungsausschusses geführt werden,
- Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbände des betroffenen Staates, und
- Nichtregierungsorganisationen des betroffenen Staates.

Die letzte Kategorie ist allerdings nur dann berechtigt, eine Beschwerde einzubringen, wenn der Staat explizit seine Zustimmung erteilt, was bisher nur bei Finnland zutrifft.

Alle Beschwerden werden vom Europäischen Sozialausschuss entschieden. Erfüllen sie die eher niederschweligen Zulassungsvoraussetzungen, werden sie basierend auf den eingereichten Schriftstücken der Streitparteien entschieden. Falls notwendig, gibt es auch die Möglichkeit, eine mündliche Verhandlung durchzuführen. Der Ausschuss übermittelt seine Entscheidung dann dem Ministerkomitee, das eine entsprechende Resolution verabschiedet. Falls der Staat der Entscheidung des Ausschusses nicht nachkommt, muss das Ministerkomitee grundsätzlich mit einer Zweidrittelmehrheit dem Staat gegenüber eine entsprechende Umsetzungsempfehlung abgeben. Dieser Schritt bedeutet, dass der Staat den Europäischen Sozialausschuss über seine Umsetzungsmaßnahmen informieren muss. Diese Empfehlungen sind allerdings sehr rar. Als Reaktion darauf hat der Ausschuss einen kreativen Weg gefunden, um weiter auf die Implementierung der Entscheidungen hinarbeiten. In den Staatenberichten wird in regelmäßigen Abständen über die Rechte berichtet, zu denen es Entscheidungen des Ausschusses gab. Vor Abgabe dieser Berichte fordert der Ausschuss den Staat dazu auf, zu der Entscheidung über Umsetzungsschritte zu berichten und bleibt so auf dem Laufenden über die Fortschritte, die der Staat gemacht hat.

Nach der Resolution des Ministerkomitees bzw. wenn es 4 Monate lang untätig bleibt, wird die Entscheidung auf der Website des Ausschusses veröffentlicht. Für gewöhnlich wartet der Ausschuss das Tätigwerden des Ministerkomitees ab, was auch schon zu Verzögerungen bei der Veröffentlichung geführt hat.

Bisher haben 15 Staaten den Kollektivbeschwerdemechanismus angenommen: Belgien, Bulgarien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Italien, Kroatien, Niederlande, Norwegen, Rumänien, Schweden, Slowenien, die Tschechische Republik und ypern. Aus diesen Ländern hat der Ausschuss bis jetzt über 130 Beschwerden erhalten – die Tendenz ist steigend. Auch hier wird, wie bei den Bestimmungen der Europäischen Sozialcharta (ESC) ver-

¹ Dies entspricht auch dem systemischen Zweck, ausschließlich Probleme mit kollektiver Dimension zu berücksichtigen.

sucht, mehr Staaten zur Ratifizierung anzuregen und damit die Wirksamkeit des Kollektivbeschwerdemechanismus zu erhöhen.

B. Themen der Beschwerden

Worum geht es bei den Beschwerden? Hier sieht man eine bemerkenswerte Vielfalt: die Themen umfassen Kinder- und Zwangsarbeit, Versammlungsfreiheit von Militär und Polizei, Gesundheit und Sicherheit am Arbeitsplatz, Diskriminierung in den verschiedensten Kontexten, das Recht auf Unterkunft und das körperliche Gewaltverbot gegen Kinder. Jüngste Fälle, die breiteres mediales Echo fanden, waren Beschwerden gegen die Diskriminierung von MigrantInnen und AsylwerberInnen,² sowie Beschwerden gegen die Budgetkürzungsmaßnahmen Griechenlands im Zuge der Finanzkrise.³

Der Ausschuss hat im Lauf der Jahre eine umfassende Jurisprudenz zu den arbeits- und sozialrechtlichen Standards der ESC entwickelt. Die Werte und Prinzipien der Charta wurden weiter ausdifferenziert und weiterentwickelt, angepasst an den dynamischen Prozess konkreter Anliegen der BeschwerdeführerInnen. Ein gutes Beispiel für diesen Weiterentwicklungsprozess ist das Recht auf Unterkunft. Im Fall *FEANTSA v. Frankreich* (Beschwerde Nr. 39/2006) legte der Ausschuss dar, dass die Umsetzung der Charta vom Vertragsstaat nicht nur verlangt, rechtliche Maßnahmen zu treffen, sondern auch die entsprechenden Ressourcen und operationellen Maßnahmen, um die in der ESC enthaltenen Rechte weitestgehend wirksam zu machen. Wenn es sich um ein besonders komplexes und in der Umsetzung kostenintensives Recht handelt, müssen die Vertragsstaaten innerhalb angemessener Zeit und mit den größtmöglich verfügbaren Ressourcen Umsetzungsschritte setzen, die zu messbaren Fortschritten führen.

Der Ausschuss hat die Konkretisierung der vom Staat zu setzenden praktischen positiven Maßnahmen in einigen Entscheidungen auch mit sozialer Inklusion und Nichtdiskriminierung verknüpft. In der Entscheidung *European Roma Rights Centre v. Italien*⁴ zur Diskriminierung von Roma bezüglich des Rechts auf Wohnung stellte der Ausschuss fest, dass der Staat folgende Maßnahmen zu treffen hat: die Erstellung akkurater Daten zu sozial benachteiligten Gruppen; dem Ausschuss gegenüber darzustellen, dass die herrschenden Gesetze nicht diskriminierend sind wenn es Belege gibt, dass das Gegenteil stattfindet; die Verpflichtung, lokale Umsetzungsmaßnahmen (etwa bei der Wohnungsvergabe) zu überwachen und zu regulieren; und sicherzustellen, dass Wohnungsräumungen nur so durchgeführt werden, dass sie die Würde der betroffenen Personen respektieren.⁵

² Conference of European Churches (CEC) v. Niederlande, Kollektivbeschwerde No. 90/2013.

³ Siehe beispielsweise Panhellenic Federation of Public Service Pensioners (POPS) v. Griechenland, Kollektivbeschwerde Nr. 77/2012, und zuletzt European Federation of Public Service Employees (EUROFEDOP) v. Griechenland, Kollektivbeschwerde No. 115/2015.

⁴ Kollektivbeschwerde No. 27/2004.

⁵ Ibid, § 41.

C. Ausgewählte aktuelle Fälle im Arbeits- und Sozialrecht

Der Ausschuss ist seit einiger Zeit mit den Auswirkungen der Austeritätsmaßnahmen Griechenlands beschäftigt. In den Kollektivbeschwerden 76, 77, 78 und 79, entschieden 2014, wurden grundsätzliche Entscheidungen zur Zulässigkeit von staatlichen Maßnahmen zur Budgetkonsolidierung getroffen. Bezüglich des Rechts auf Sozialversicherung legte der Ausschuss die folgenden Untersuchungsmaßstäbe an:

- die Art der Maßnahme (Anwendungsbereich, Bedingungen der Anspruchsberechtigung, Höhe und Dauer der Leistungen, etc.);
- die Begründungen für die Änderungen und die sozio-ökonomischen politischen Rahmenbedingungen, in denen sie vorgenommen wurden;
- die Notwendigkeit der Reform, und ihre Eignung, die gesteckten Reformziele zu erreichen;
- die Resultate der Änderungen; und
- die tatsächliche Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sozialhilfe für diejenigen, die aufgrund der Reform auf staatliche Hilfe angewiesen sind.⁶

In der Prüfung dieser Kriterien stellte der Ausschuss fest, dass einige der Reformmaßnahmen keine Verletzung der ESC darstellen, etwa Kürzungen von Urlaubsboni oder Kürzungen von Pensionen, deren Höhe adäquat bleibt. Jedoch führte der kumulative Effekt der Kürzungen zu signifikanten Verschlechterungen des Lebensstandards bestimmter Bevölkerungsgruppen, insbesondere von BezieherInnen von Mindestpensionen. Der Ausschuss stellte weiters fest, dass diese Maßnahmen, die gewissen Teilen der Bevölkerung einen substantiellen Teil ihrer Existenzgrundlage entziehen, in einer Form eingeführt wurden, welche die legitimen Erwartung von PensionsbezieherInnen, dass Kürzungen ihre verwundbare Situation und ihr Recht auf effektiven Zugang zu sozialer Sicherheit Rechnung tragen, nicht berücksichtigt.⁷

Auch unter Berücksichtigung der spezifischen Situation der wirtschaftlichen Krise, und dass die griechische Regierung entsprechend schnell Gegenmaßnahmen setzen musste, wurde vonseiten Griechenlands keine Analyse der Auswirkungen dieser weitreichenden Maßnahmen auf sozial schwache Gruppen in der Gesellschaft durchgeführt. Weiters führte die Regierung keine Konsultationen mit den relevanten Teilen der Zivilgesellschaft dazu durch.⁸ Und obwohl die sogenannte »Troika« (Europäische Kommission, Europäische Zentralbank und Internationaler Währungsfonds) Griechenland entsprechende Bedingungen auferlegte, bleibe die rechtliche Verantwortung Griechenlands in Bezug auf die ESC aufrecht.

Weitere Entscheidungen in dieser Sache werden folgen. Am 20. Oktober 2016 führte der Ausschuss eine mündliche Verhandlung zu Beschwerde

6 Europäischer Sozialausschuss, General Introduction to Conclusions XIV-1, S. 11; siehe auch Beschwerde No. 77, §§ 67–68.

7 Beschwerde No. 76/2012, §§ 73–74.

8 Ibid., § 79.

No. 111 durch, in welcher der Griechische Gewerkschaftsbund Verstöße gegen Artikel 1, 2, 4 und 7 in Folge der Austeritätsmaßnahmen der Griechischen Regierung eingebracht hat. Eine Entscheidung ist in der ersten Jahreshälfte 2017 zu erwarten.

I. Beschwerde No. 86/2013 European Federation of National Organisations working with the Homeless (FEANTSA) v. Niederlande, Entscheidung vom 2. Juli 2014

FEANTSA brachte Verletzungen von Artikel 13, 16, 17, 19, 30 und 31 ESC vor. Die Gesetzgebung und Vollziehung in den Niederlanden sei nicht in Einklang mit der ESC aus zwei Gründen: der Zugang zu Notunterkünften werde von örtlichen und anderen Kriterien abhängig gemacht; und die Zahl und Qualität der Notunterkünfte sei unzureichend.

1. Zu Artikel 13 ESC

Laut Rechtsprechung des Ausschusses haben alle Individuen aus anderen Vertragsstaaten, die sich rechtmäßig im Staatsgebiet aufhalten und für ihre Lebenshaltungskosten nicht aufkommen können, das Recht auf entsprechende Unterstützung über Notfallsmaßnahmen (»emergency assistance«) hinaus.⁹ Staatliche Unterstützung im Notfall sollte allen AusländerInnen ohne Ausnahme gewährt werden.¹⁰

Gemäß Artikel 13 § 4 ESC dürften keine Bedingungen bezüglich der Dauer des Aufenthalts an das Recht auf Unterstützung im Notfall gestellt werden, und die Betroffenen müßten entsprechende Unterstützung erhalten, um die Notstandssituation zu bewältigen. Zu diesem Zweck sollte je nach Notlage Nahrung, Unterkunft, Bekleidung und medizinische Notfallsversorgung bereitgestellt werden. Die individuelle Notlage muss zwar ausreichend dringend und schwerwiegend sein, dies darf aber nicht zu eng interpretiert werden.¹¹

Der Ausschuss stellte aufgrund der vorgebrachten Informationen fest, dass Notunterkünfte nicht allen in einer Notfallsituation befindlichen Personen gemäß Artikel 13 in systematischer Form zugänglich gemacht werden.¹² In der überwiegenden Mehrheit der Fälle werde MigrantInnen ohne Aufenthaltsberechtigung (»irregular migrants«) diese Notfallsunterstützung nicht gewährt.¹³ Obwohl der Ausschuss einräumte, dass die Vertragsstaaten berechtigt sind, die Einreise, den Aufenthalt und die Ausweisung von AusländerInnen zu regulieren, stellte es dennoch fest, dass Verweigerung von Notunterkünften für diese Gruppe unverhältnismäßig sei.¹⁴ Der Ausschuss stellte weiters fest, dass

9 § 139.

10 § 141; Conclusions 2013, Portugal.

11 § 171; Conclusions 2013, Montenegro.

12 § 174.

13 § 179.

14 §§ 180, 181, 183.

die Berufungsmöglichkeit vor einem unabhängigen Gericht unverzichtbar für die adäquate Umsetzung von Notunterkunftszuweisungen sei.¹⁵

2. Zu Artikel 19 § 4 ESC

Gemäß Article 19 § 4(c) haben die Vertragsstaaten die Verantwortung, MigrantInnen aus anderen Vertragsstaaten, die sich rechtmäßig im Staat aufhalten, gleichberechtigt wie die BürgerInnen des eigenen Staates zu behandeln, sowohl in der Gesetzgebung als auch in der Vollziehung.¹⁶ MigrantInnen ohne Aufenthaltsberechtigung würden *prima facie* nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 19 § 4(c) fallen.¹⁷ Weiters müsse es die Berufungsmöglichkeit vor einem unabhängigen Gericht gegen die administrativen Entscheidungen der Behörden geben.¹⁸

Im vorliegenden Fall entschied der Ausschuss, dass die niederländische Gesetzgebung und Praxis Zugang zu Unterkunft für MigrantInnen mit Aufenthaltsberechtigung und in einigen Fällen auch für Personen ohne Aufenthaltsberechtigung gewähre.¹⁹ Die Zugangsbeschränkungen hätten ein berechtigtes Ziel und seien verhältnismäßig.²⁰ Allerdings gäbe es keine Berufungsmöglichkeit vor einem unabhängigen Gericht, und daher läge in diesem Fall eine Verletzung von Artikel 19 § 4 vor.²¹

3. Zu Artikel 30 ESC

Bezüglich MigrantInnen ohne Aufenthaltsberechtigung seien die Vertragsstaaten nicht verpflichtet, solche umfassenden Maßnahmen zu setzen, die notwendig sind, um das den Schutz gegen Armut und soziale Ausgrenzung nach Artikel 30 zu verwirklichen. Artikel 30 erfordere positive Maßnahmen, von denen die meisten nicht für Personen außerhalb des persönlichen Anwendungsbereich der ESC gelten. Artikel 30 ist daher nicht auf MigrantInnen ohne Aufenthaltsberechtigung anwendbar.²² Generell erfordere die Umsetzung dieses Rechts ein koordiniertes staatliches Vorgehen, inklusive entsprechender Prioritätensetzung und Maßnahmen zur Überwindung von Ausgrenzung und Armut.²³ Die Umsetzung muss mit entsprechendem Ressourceneinsatz erfolgen.²⁴ Weiters sollte ein Monitoringmechanismus vorhanden sein, der alle relevanten Akteure, einschließlich der Zivilgesellschaft und Betroffener, einschließt.

15 § 187.

16 § 203, Conclusions 1973, Statement of interpretation zu Artikel 19 § 4.

17 § 190; ERRC v. Frankreich, § 111.

18 § 204, Conclusions 2000, Finnland.

19 § 205.

20 § 207.

21 § 208.

22 § 211.

23 §§ 220–221.

24 § 222; Conclusions 2003, Frankreich.

Im vorliegenden Fall entschied der Ausschuss, dass die Maßnahmen der Niederlande nur eine eingeschränkte Auswirkung auf die Betroffenen hätten.²⁵ Im Lichte der Entscheidung zu Artikel 13 und 19 folgte der Ausschuss, dass die Gesetzgebung und Praxis eine Situation geschaffen habe, in der nicht alle Anspruchsberechtigten Zugang zu Notunterkünften hätten.²⁶

II. Beschwerde No. 91/2012, Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italien, Entscheidung vom 12. Oktober 2015

In diesem Fall brachte CGIL vor, dass durch die ungenügende Umsetzung von Abschnitt 9 § 4 des Gesetzes No. 194, das medizinischem Personal die Möglichkeit gibt, sich aus Gewissensgründen der Durchführung von Abtreibungen zu entschlagen, die Arbeitsrechte von medizinischem Personal, das Abtreibungen durchführt, verletzt werden. Eingbracht wurde die Verletzung von Artikel 1, 2, 3, and 26 der Charter, letzterer für sich genommen oder in Verbindung mit der Nichtkriminierungsklausel, Artikel E. Gemäß CGIL führe die ungenügende Anzahl von medizinischem Personal, das Abtreibungen durchführe dazu, dass sich aus Gewissensgründen nicht entschlagende Mediziner eine exzessive Arbeitslast schultern müssten. Daher wäre diese Gruppe im Hinblick auf Arbeitsbelastung, Karrieremöglichkeiten und Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz diskriminiert.

1. Zu Artikel 1 § 2 der ESC

Der Ausschuss verwies auf die aus Artikel 1 § 2 folgende staatliche Verpflichtung, jegliche Form von Diskriminierung zu beseitigen, ungeachtet der rechtlichen Art der Beschäftigung.²⁷ Der Ausschuss definiert Diskriminierung als "eine ungleiche Behandlung von Personen in vergleichbarer Situation, die nicht auf objektiven und vernünftigen Gründen basiert und nicht verhältnismäßig zum verfolgten Ziel ist."²⁸ Article 1 § 2 verletzende diskriminierende Maßnahmen können in Verbindung mit der Beschäftigung im Allgemeinen zusammenhängen, mit oder im Besonderen in Verbindung mit Entgelt, Weiterbildung, Beförderung, Versetzung, Kündigung etc.²⁹

Der Ausschuss betrachtete Diskriminierung in Ausübung oder Nichtausübung der Gewissensfreiheit als unter die Diskriminierungsgründe von Artikel 1 § 2 fallend³⁰ und dass beide Gruppen vergleichbar seien, da sie ähnliche berufliche Qualifikationen aufweisen und in einer vergleichbaren Arbeitssituation sind.³¹ In Würdigung der von den Parteien vorgebrachten

25 § 228.

26 § 229.

27 § 235; Syndicat national des Professions du Tourisme v. Frankreich, Complaint No. 6/1999, Entscheidung vom 10. Oktober 2000, § 24.

28 § 236; Syndicat national des Professions du Tourisme v. Frankreich, Complaint No. 6/1999, §§ 24–25.

29 § 238; Conclusions XVI-1 (2002), Österreich.

30 § 240.

31 § 242.

Fakten und Beweise kam er zu dem Schluss, dass sich nicht entschlagendes medizinisches Personal einer Reihe von Nachteilen ausgesetzt ist.³² Diese Ungleichbehandlung entstehe nur dadurch, dass sich nicht entschlagende Mediziner Abtreibungen gemäß des Gesetzes durchführen, es daher keinen vernünftigen oder objektiven Grund für diese Ungleichbehandlung gäbe und es sich damit um eine Diskriminierung in Verletzung von Artikel 1 § 2 handle.³³ Das Vorbringen von CGIL im Hinblick auf Zwangsarbeit (ein Aspekt von Artikel 1 § 2) wurde vom Ausschuss abgelehnt.³⁴

2. Zu Artikel 2 § 1 der ESC

Der Ausschuss rief seine Jurisprudenz zu Artikel 2 § 1 in Erinnerung, nach der eine wöchentliche Arbeitszeit von über 60 Stunden exzessiv sei.³⁵ Im vorliegenden Fall hätte CGIL allerdings keine Informationen zur wöchentlichen Arbeitszeit des medizinischen Personals beibringen können, und der Ausschuss sah das Vorbringen hierzu als nicht hinreichend belegt an. Daher lag keine Verletzung von Artikel 2 § 1 vor.³⁶

3. Zu Artikel 3 § 3 der ESC

Gemäß Artikel 3 hat jeder und jede Beschäftigte das Recht auf Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, mit entsprechender staatlicher Verpflichtung, diese sicherzustellen. Dies erfolgt durch Gesetzgebung, effektiver Umsetzung und strengem Monitoring durch die jeweiligen Arbeitsinspektorate.³⁷ Im vorliegenden Fall konnte CGIL nicht genügend Beweise liefern (Statistiken zur Zahl der Unternehmen, die Besuche der Arbeitsinspektorate erhalten, Anzahl der Beschäftigten, aktuelle Zahlen zur Arbeit der Inspektorate),³⁸ die eine Verletzung von Artikel 3 § 3 untermauern würde.³⁹

4. Zu Artikel 26 § 2 der ESC

Nach Interpretation des Ausschusses fällt ein Verhalten dann unter Artikel 26 § 2, wenn es eine feindselige Arbeitsatmosphäre schafft und geeignet ist, die Würde der Person, gegen die es anhaltend gerichtet ist, zu untergraben oder ihrer Karriere zu schaden. Staaten sind angehalten, diese wie diskriminierende Akte zu behandeln.⁴⁰ Artikel 26 § 2 erfordert insbesondere prä-

32 § 243.

33 § 245.

34 § 248–249; Conclusions III, p. 5.

35 § 261. Conclusions 2010, Albania.

36 § 264.

37 § 275, 276; *International Commission of Jurists v. Portugal*, Complaint No. 1/1998, Decision on the merits of 9 September 1999, § 32

38 § 277.

39 § 281.

40 § 290.

ventive Maßnahmen, u. a. Informationen zu Verhalten, das Belästigung bzw. Mobbing darstellt und Beschwerdemöglichkeiten.⁴¹

Im vorliegenden Fall entschied der Ausschuss, dass Artikel 26 § 2 positive staatliche Maßnahmen zur Prävention von solchen Verhaltensweisen bereits dann erfordert, wenn eine solche Situation wahrscheinlich ist.⁴² Die Tatsache, dass vonseiten des Staates keinerlei präventive Maßnahmen gesetzt wurden, um sich nicht entschlagendes medizinisches Personal in einem mehr als potentiell feindseligen Arbeitsumfeld zu schützen, sei eine Verletzung von Artikel 26 § 2.

Abschließend stellte der Ausschuss fest, dass kein Anspruch in Bezug auf das Prinzip der Nichtdiskriminierung gemäß Artikel E entstände.⁴³

III. Beschwerde No. 101/2013, European Council of Police Trade Unions (CESP) v. Frankreich, Entscheidung vom 27. Januar 2016

CESP brachte eine Verletzung von Artikel 5 and 6 ESC vor, da die Beschäftigten der Gendarmerie von der Ausübung von Gewerkschaftsrechten ausgeschlossen seien.

1. Zu Artikel 5 ESC

Laut CESP verhindert der Status der Gendarmerie als Angehörige des Militärs die Ausübung von Gewerkschaftsrechten gemäß Artikel 5.

Wenn der Ausschuss wie im vorliegenden Fall die nationale Situation im Hinblick auf Artikel 5 untersucht, ist er nicht an nationale Zuordnungen oder Kategorisierungen gebunden, sondern untersucht vielmehr die tatsächlichen Tätigkeiten des Berufstandes.⁴⁴ Hier stellte der Ausschuss fest, dass die überwiegende Mehrheit der Tätigkeiten der Gendarmerie ziviler, nicht-militärischer Natur sind.⁴⁵ Allerdings gibt es auch Aufgaben, die militärischer Art sind.⁴⁶ Die Gendarmerie kann, abhängig von der jeweiligen Aufgabe, funktionell der Polizei oder dem Militär zugeordnet werden.⁴⁷ Es hängt von der konkreten Situation ab, ob ein Gendarm dem Militär oder der Polizei zugerechnet werden kann.⁴⁸ Daher analysierte der Ausschuss beide Situationen. Weiters untersuchte der Ausschuss die relevante nationale Gesetzgebung vor und nach dem 30. Juli 2015.

Gewerkschaftsfreiheit im Fall, dass die Gendarmerie Aufgaben äquivalent zu denen der Polizei durchführt:

41 § 291, Conclusions 2009, Albanien, Conclusions 2007, Statement of Interpretation on Article 26 § 2.

42 § 297.

43 § 302.

44 § 56, European Confederation of Police (EuroCOP) v. Irland, Beschwerde No. 83/2012, §§ 76–77.

45 § 57.

46 § 58.

47 § 59.

48 Ibid.

Angehörige der Polizei müssen das Recht haben, eine Gewerkschaft zu gründen bzw. ihr beizutreten mit entsprechenden minimalen Garantien der Gewerkschaftsfreiheit.⁴⁹ Das generelle Verbot (»blanket prohibition«) der Gewerkschaftsfreiheit in der französischen Gesetzgebung, das bis 30. Juli 2015 in Kraft war, sei nicht in Einklang mit Artikel 5 ESC. Die Änderungen, die nach dem 30. Juli 2015 in Kraft traten, beschränkten die Gewerkschaftsfreiheit in einer Weise, die in einer demokratischen Gesellschaft nicht notwendig zur Wahrung der öffentlichen Sicherheit sind und damit den staatlichen Ermessensspielraum nach Artikel G überschreiten.⁵⁰ Im Besonderen waren dies die folgenden Bestimmungen: die Mitgliedschaft ist auf aktiv tätige militärische Angehörige beschränkt;⁵¹ die Statuten dieser Organisationen sind gesetzlich eingeschränkt⁵²; es gibt keine Berufungsmöglichkeiten gegen willkürliche Verweigerung der Gewerkschaftsgründung;⁵³ Beschränkungen der Meinungsfreiheit für Angehörige des Militärs;⁵⁴ und ungenügender Schutz von Gewerkschaftsmitgliedern vor Repressalien.⁵⁵

Gewerkschaftsfreiheit im Fall, dass die Gendarmerie Aufgaben äquivalent zu denen des Militärs durchführt:

Hier stellte der Ausschuss wiederum fest, dass das generelle Verbot der Gewerkschaftsfreiheit, das bis 30. Juli 2015 in Kraft war, nicht in Einklang mit Artikel 5 ESC steht.⁵⁶ Die Gesetzesänderungen nach dem 30. Juli 2015 seien mit Artikel 5 ESC in dem Ausmaß kompatibel, in dem die Gendarmerie militärische Aufgaben erfülle.⁵⁷

2. Zu Artikel 6 §§ 1 und 2 ESC

Im Gegensatz zu Artikel 5 enthält Artikel 6 keine staatlichen Einschränkungsbefugnisse hinsichtlich des Militärs oder der Polizei. Deswegen müssten Einschränkungen innerhalb der Schranken von Artikel G erfolgen.⁵⁸ Artikel 6 § 1 ESC erfordert positive staatliche Maßnahmen zur Förderung von Kollektivverhandlungen, in denen beide Seiten auf Augenhöhe verhandeln können.⁵⁹ Wenn Kollektivverhandlungen nicht vonseiten der Sozialpartner stattfänden, müsste der Staat Strukturen schaffen, in denen Arbeitnehmer- und Arbeitgeberverbände Kollektivverhandlungen aufnehmen können.⁶⁰ Bloße Konsultationen, insbesondere solche mit bereits determiniertem Resultat, erfüllen die Er-

49 § 62, European Confederation of Police (EuroCOP) v. Irland, Complaint No. 83/2012, § 73. European Council of Police Trade Unions (CESP) v. Portugal, Complaint No. 11/2001, §§ 26–27.

50 § 78.

51 § 69.

52 § 70.

53 Ibid.

54 § 75.

55 § 77.

56 § 86.

57 §§ 91, 92.

58 § 118.

59 Ibid.

60 § 118; Centrale générale des services publics (CGSP) v. Belgium, complaint No. 25/2004, decision on the merits of 9 May 2005, § 41.

fordernisse von Artikel 6§ 2 nicht; es brauche einen regelmäßigen Austausch der relevanten Organisationen während des Verhandlungsprozesses und die genuine Möglichkeit, das Result dieses Prozesses zu beeinflussen. Insbesondere in einer Situation, wo Gewerkschaftsrechte eingeschränkt sind, muss es die Möglichkeit eines genuinen Kollektivverhandlungsprozesses geben. Der fast gänzliche Ausschluss der Polizeigewerkschaften aus dem Verhandlungsprozess überschreite den Rahmen von Artikel G.⁶¹ Bezüglich der Gesetzeslage vor dem 30. Juli 2015 stellte der Ausschuss fest, dass keine Verletzung von Artikel 6 § 1 ESC vorliege, da die vorhandenen Konsultationsmechanismen ausreichend seien, um von beiden Seiten gleichberechtigte Verhandlungen zu ermöglichen.⁶² Bezüglich der Situation in der Praxis wären die von CESP vorgebrachten Behauptungen nicht hinreichend substantiiert.⁶³ Bezüglich Artikel 6§ 2 läge eine Verletzung der ESC vor, da die Gesetzgebung keine effektiven Mechanismen für Kollektivverhandlungen schaffe.⁶⁴ Dieser Mangel sei auch nicht im Rahmen von Artikel G zu rechtfertigen.⁶⁵

Mit der neuen Gesetzeslage fand der Ausschuss wieder eine Konformität mit Artikel 6§ 1.⁶⁶ Bezüglich Artikel 6§ 2 stellte er hingegen fest, dass die Verletzung weiterhin bestünde, da Gewerkschaften, die militärisches Personal vertreten, noch immer nicht die Möglichkeit haben, ihre Mitglieder effektiv zu vertreten.⁶⁷

IV. Beschwerde No. 103/2013, Bedriftsforbundet v. Norwegen, Entscheidung vom 17. Mai 2016

Hier beschwerte sich die Gewerkschaft Bedriftsforbundet, dass es eine »closed shop« Praxis in Norwegischen Häfen gäbe. Um rekrutiert und weiterbeschäftigt zu werden, müßten Hafentarbeiter de facto Mitglieder der Gewerkschaft NTF sein. Dies sei eine Verletzung von Artikel 5 der ESC. Darüber hinaus sei Artikel 5 verletzt, weil NTF eine Monopolstellung in Norwegen einnehme.

Nach der Jurisprudenz des Europäischen Sozialausschusses zu Artikel 5 darf keine Person in einem Arbeitsverhältnis dazu gezwungen werden, einer Gewerkschaft beizutreten oder weiter anzugehören. Jegliche Form von Zwangsmitgliedschaft, statutarisch oder anderer Art, ist mit Artikel 5 nicht vereinbar (Conclusions III (1973), Statement of Interpretation zu Artikel 5) und betrifft den Kern der Verhandlungsfreiheit. Das bedeutet, dass die Ausübung dieses Rechts das Resultat einer freien Wahl sein muss und nicht unter dem Einfluss von Zwängen (constraints) welche die Ausübung des Rechts ausschalten (»rule out«) (Confederation of Swedish Enterprise v. Schweden,

61 § 123; European Confederation of Police (EuroCOP) v. Ireland, complaint No. 83/2012, §§ 176–178.

62 § 135.

63 § 136.

64 § 138.

65 § 141.

66 § 147.

67 § 150.

Beschwerde No. 12/2002, Entscheidung vom 15. Mai 2003, § 29). Um dieses Recht/Freiheit zu schützen, muss nationales Recht uneingeschränkt alle »pre-entry or post-entry closed shop« Klauseln verbieten (Conclusions VIII (1984), Statement of Interpretation zu Artikel 5).

Der Ausschuss stellte zunächst fest, dass die norwegische Gesetzgebung die negative Vereinigungsfreiheit, das Recht einer Vereinigung nicht beizutreten, schützt.⁶⁸ Weiters gäbe es klare Rechtsprechung der norwegischen Höchstgerichte, die dieses Recht auch *de facto* schützen (siehe Norsk Retstidende (Rt. 1997, p. 334), Norsk Folkehjelp (Rt. 2001 p. 1413), Norsk Sjømannsforbund (Rt. 2008, p. 1601)).⁶⁹ Auch die relevanten Kollektivverträge für Hafentarbeiter enthalten keine Klauseln, die Beschäftigte dazu zwingen, Mitglieder von NFT oder einer anderen Gewerkschaft zu werden. Die norwegische Gesetzgebung biete einen adäquaten Rahmen zur Umsetzung von Artikel 5 ESC.⁷⁰

Daher sei die entscheidende Frage, ob es realiter eine »closed shop« Praxis gäbe, also ob es ein *de facto* Erfordernis gäbe, Mitglied von NTF zu werden.⁷¹ In Würdigung der von den Parteien vorgebrachten Informationen stellte der Ausschuss fest, dass die Tatsache, dass die norwegischen Behörden kein offizielles Register der norwegischen Hafentarbeiter führen und der Internationale Arbeitsorganisation Daten von NTF übermitteln, praktische Gründe habe und kein Beweis einer »closed shop« Praxis sei.⁷² Die von Bedriftsforbundet übermittelten Daten bezüglich der registrierten Hafentarbeiter und ihre gewerkschaftliche Mitgliedschaft sowie die Aussagen individueller Gewerkschafter und anderer Personen seien nicht ausreichend, um eine »closed shop« Praxis zu belegen.⁷³ Weiters gäbe es keine entsprechenden Fälle vor den Gerichten oder dem Ombudsman, sondern im Gegenteil einen Fall, in dem entschieden wurde, dass es im Hafen von Drammen keine Beweise für eine »closed shop« Praxis gäbe (Berufungsgericht in *Holship Norge AS v. Norsk Transportarbeiderforbund*, Entscheidung vom 8. September 2014, Borgarting lagmannsrett 14-076577ASD-BORG/02).⁷⁴

Der Ausschuss entschied daher, dass Artikel 5 nicht verletzt sei.

D. Schlussbemerkungen

Die obige Auswahl aktueller Entscheidungen des Europäischen Sozialausschusses zeigt das breite Anwendungsfeld des Kollektivbeschwerdemechanismus der ESC im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts. Die Beschwerden reichen von Vereinigungs- und Kollektivverhandlungsrechten in Frankreich und

68 § 77.

69 § 78.

70 § 80.

71 § 82.

72 § 85.

73 §§ 86–87.

74 § 88–89.

Norwegen, bis zu den Arbeitsbedingungen von medizinischem Personal in Italien. In einigen dieser Fälle spielt der Ermessensspielraum des Staates nach Artikel G eine entscheidende Rolle. Gerade bezüglich bestimmter Rechte wie der Vereinigungsfreiheit nimmt der Ausschuss ähnlich wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor, um die Kompatibilität von nationaler Gesetzgebung und Praxis mit den Standards der ESC festzustellen.

Die Stärken des Beschwerdemechanismus liegen in der substantiellen Weiterentwicklung der Rechte der ESC und im Monitoring der Umsetzung der Chartastandards in der Praxis. Der Ausschuss verfolgt in seiner Spruchpraxis den Ansatz, dass der Buchstabe des Gesetzes nicht ausreicht, wenn ihm in der Realität nicht oder nicht ausreichend gefolgt wird.

Welche Auswirkungen hatte die Arbeit des Europäischen Sozialausschusses in Bezug auf den Beschwerdemechanismus bis jetzt? Einerseits gibt es Staaten, die bei gewissen Rechten keine Umsetzungsfortschritte machen, obwohl sie der ESC seit vielen Jahren beigetreten sind. Andererseits führten die Entscheidungen und Schlussfolgerungen des Ausschusses zur Änderung von Gesetzen und der staatlichen Vollziehungspraxis.⁷⁵ Das betraf Themen wie Gewerkschaftsrechte, das Verbot von Kinderarbeit, Sozial- und Krankenversicherung und die Rechte von Menschen mit Behinderung.⁷⁶ Österreich hat beispielsweise seine Gesetzgebung geändert, um ausländischen Beschäftigten das passive Wahlrecht zum Betriebsrat einzuräumen, und hat erhöhte Schutzmaßnahmen gegen Kinderpornografie eingeführt.⁷⁷

Bis jetzt konnte der Ausschuss Beschwerdeverfahren relativ schnell abschließen und war nicht sehr restriktiv, was die Zulassungsvoraussetzungen betrifft.⁷⁸ Mit der exponentiellen Erhöhung der Beschwerdemenge im Zuge der Finanzkrise ist der Ausschuss langsamer geworden und im Schnitt werden eingegangene Beschwerden nach 1,5 bis 2 Jahren entschieden. Harris stellt fest, dass trotz der relativ geringen Anzahl an Staaten, die den Beschwerdemechanismus akzeptiert haben, der Ausschuss eine Spruchpraxis entwickeln konnte, die dem menschenrechtlichen Charakter der ESC entspricht, und eine solide Basis für die künftige Arbeit des Ausschusses darstellt.⁷⁹ Außerdem belegt diese Spruchpraxis, dass wirtschaftliche und soziale Rechte genauso wie bürgerliche und politische Rechte einklagbar sind und keine rein programmatischen Zielvorgaben bleiben. Es ist wahrscheinlich, dass weitere Staaten den Beschwerdemechanismus annehmen werden und er in der europäischen

75 Brillat, *The European Social Charter*, in: N. Aliprantis/I. Papageorgiou (Hg.), *Social Rights at European, Regional and International Level. Challenges for the 21st Century*, at 52 (2010).

76 Council of Europe, *Practical Impact of the Council of Europe monitoring mechanisms in improving respect for human rights and the rule of law in member states*, Council of Europe 2014, https://www.coe.int/t/dg4/education/minlang/Source/Publications/HR-Practical-Impact%202014_EN.pdf.

77 *Ibid.*, S. 28.

78 Churchill/Khaliq, *The Collective Complaints Procedure of the European Social Charter: An Effective Mechanism for Ensuring Compliance with Economic and Social Rights?*, *Eur J Int Law* (2004) 15 (3): 417–456, 455.

79 Harris (2009), 24.

Zivilgesellschaft größere Verbreitung finden und damit mehr Bedeutung gewinnen wird.

Es ist noch ein langer Weg bis zur vollständigen Umsetzung der Rechte aus der Europäischen Sozialcharta. Nichtsdestotrotz hängt es nicht nur von den europäischen Staaten ab, wie schnell es vorangeht, sondern auch von einer Zivilgesellschaft, die den Beschwerdemechanismus nutzt und damit Druck auf die Vertragsstaaten ausübt, ihre rechtlich bindenden Versprechen auch einzuhalten.

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Brinkmann, Pascal, LL.M (Stellenbosch), Rechtsanwalt / Attorney-at-Law, Singapore · Fisch, Markus, Dr., LL.M. (Tsinghua Universität, Beijing), Rechtsanwalt · Hoffman, István, Ph. D., Dr. habil., Eötvös Loránd University, Faculty of Law, Budapest · Jakab, Nóra, Ph. D., associate professor, University of Miskolc, Faculty of Law, Miskolc · Könczei, György, Ph., D., DSc., Dr. habil., Professor, Eötvös Loránd University, Bárczi Gusztáv Faculty of Special Education · Hu, Chuanning, Lecturer, Faculty of Economic Law, Southwest University of Political Science and Law, Chongqing · Machado, Gabriel Ducatti Lino, Dr., São Paulo · Sideris, Dimitros RA Dr. jur., Lector an der juristischen Fakultät, Aristoteles Universität von Thessaloniki · Triadifilladis, Christos Dr.jur., Richter am Landesgericht von Thessaloniki · Vaitkevciute, Agne Rechtsbibliothekarin im Max Planck Institute for European, International and Regulatory Procedural Law Luxembourg, Trier

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (ZIAS)

Herausgegeben von

Prof. Dr. Ulrich Becker,
Direktor am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik,
Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht

Beirat: Prof. Dr. *Ingwer Ebsen*, Universität Frankfurt a. M. · Prof. *Matthew W. Finkin*, University of Illinois · Prof. Dr. *Maximilian Fuchs*, Universität Eichstätt-Ingolstadt · Prof. Dr. *Thomas Gächter*, Universität Zürich · Prof. Dr. *Peter Mankowski*, Universität Hamburg · Prof. Dr. *Franz Marhold*, Wirtschaftsuniversität Wien · Prof. Dr. *Andreas Hänlein*, Universität Kassel

Mitglied der International Association of Labour Law Journals Publications
Around the World

Redaktionsanschriften: Prof. Dr. Ulrich Becker, Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, Postfach 34 01 21, 80098 München, Telefon (089) 3 86 02-4 28, e-mail: reinhard@mpisoc.mpg.de.

Bezugsbedingungen: Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Zitierweise: ZIAS) erscheint halbjährlich (zwei Hefte ergeben einen Band) und ist durch den Buchhandel oder vom Verlag zu beziehen. Abonnementsbedingungen/Bezugspreise: jährlich € 159,99 (einschl. 7 % Mehrwertsteuer) zuzüglich Versandkosten ab Verlag von € 12,- Inland und € 16,- Ausland. Einzelheft € 74,99 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Kalenderjahres möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementgelder werden jährlich im Voraus in Rechnung gestellt. Über Postgiroämter und Bankinstitute ist eine Teilnahme am Lastschriftabbuchungsverfahren und vierteljährliche Abbuchung möglich. Bei Neubestellungen kann der Abonnent seine Bestellung innerhalb von sieben Tagen schriftlich durch Mitteilung an die Verlagsadresse widerrufen. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs (Datum des Poststempels).

Urheber- und Verlagsrechte: Die in der Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Alle Rechte, insbesondere das der Übersetzung in fremde Sprachen, bleiben vorbehalten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ohne schriftliche Genehmigung des Verlages außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts in irgendeiner Form – durch Fotokopie, Mikrofilm oder andere Verfahren – reproduziert oder in eine von Maschinen, insbesondere von Datenverarbeitungsanlagen, verwendbare Sprache übertragen werden. Auch die Rechte der Wiedergabe durch Vortrag, Funk- und Fernsendedung, im Magnettonverfahren oder auf ähnlichem Wege bleiben vorbehalten.

C. F. Müller GmbH; Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg. Anzeigen: Judith Hamm, Telefon (06221) 48 94 16. Es gilt die Anzeigenpreisliste Nr. 25 vom 1. Januar 2017. Vertrieb: Verlagsgruppe Hüthig Jehle Rehm, Abonnementsservice, Frau Jutta Müller, Hultschiner Str. 8, D-81677 München, Telefon (089) 21 83-71 10, Fax (089) 21 83-76 20, e-mail: aboservice@hjr-verlag.de. Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

Arbeitsrecht INTERNATIONAL | Neu



Arbeitsrecht INTERNATIONAL | Neu

Das Fachmodul für grenzüberschreitendes Arbeitsrecht: Mit dem großen **Kommentar zum europäischen Arbeitsrecht** von **Franzen/Gallner/Oetker**; Annuß/Kühn/Rudolph/Rupp, Europäisches Betriebsräte-Gesetz; Mauer, Personaleinsatz im Ausland; Gaul/Ludwig/Forst, Europäisches Mitbestimmungsrecht, Thüsing, European Labour Law; Fuchs/Cornelissen, EU Social Security Law; Braun/Wisskirchen, Konzernarbeitsrecht; Helm/Göpfert, Top Issues in German Labour Law und der Europäischen Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA).

Arbeitsrecht INTERNATIONAL ist nur in Kombination mit den Modulen Arbeitsrecht PLUS | PREMIUM und OPTIMUM erhältlich.

► schon ab € 59,-/Monat
(zzgl. MwSt., 6-Monats-Abo)

4 Wochen kostenlos testen
Infos: www.beck-shop.de/bkjjzd

 facebook.com/beckonline |  twitter.com/beckonline



C.H. BECK

Verlag C.H. BECK oHG, Wilhelmstraße 9, 80801 München | 166172