

Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht

ZIAS

2/2020

34. Jahrgang
Seiten 185–312

Aus dem Inhalt

— **Völkerrechtlicher Schutz von Seeleuten:
Zur Durchsetzung der Maritime Labour Convention**
Von Susanne Bommers, München

— **Datenschutz im Gesundheitswesen –
Deutschland, Kroatien und Serbien im Rechtsvergleich**
Von Anton Jukić, München

— **Collective Actions in Labour Disputes in Europe**
Von Ana Vlahek/Neža Pogorelčnik Vogrinc, Ljubljana

— **Discrimination against men in a gender policy –
Analysis of Social Law in Mexico**
Von Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca



286202612002



C.F. Müller

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

Heft 2, 34. Jahrgang 2020, Seiten 185–312

Inhalt

Abhandlungen

Völkerrechtlicher Schutz von Seeleuten: Zur Durchsetzung der Maritime Labour Convention <i>Von Susanne Bommers, München</i>	185
Datenschutz im Gesundheitswesen – Deutschland, Kroatien und Serbien im Rechtsvergleich <i>Von Anton Jukić, München</i>	214
Collective Actions in Labour Disputes in Europe <i>Von Ana Vlahek/Neža Pogorelčnik Vogrinc, Ljubljana</i>	252
Discrimination against men in a gender policy – Analysis of Social Law in Mexico <i>Von Gabriela Mendizábal Bermúdez, Cuernavaca</i>	287

Rezension

Peertz, Robert Cornelius, Die Übereinstimmung des deutschen Rechts mit der Maritime Labour Convention 2006 <i>Von Lixin He, München</i>	306
---	-----

Mitarbeiter dieses Heftes	312
--	-----

Ausblick auf die nächsten Hefte

Melissa Aramayo Alonso (Marburg): Soziale Sicherung in Peru
Katsuaki Matsumoto (Kumamoto): Pflegeversicherung in Japan
Ulrich Becker (München): Ratifizierung der revidierten Europäischen
Sozialcharta

*Susanne Bommers, München**

Völkerrechtlicher Schutz von Seeleuten: Zur Durchsetzung der Maritime Labour Convention

Inhaltsübersicht

- A. Seeleute zwischen den Jurisdiktionen der Staaten – zur Notwendigkeit internationaler Sozialstandards auf See
- B. Begriffsklärung »Soziale Mindeststandards für Seeleute«
- C. Die Maritime Labour Convention – Meilenstein sozialer Mindeststandards auf See
 - I. Hintergrund und Inhalt der MLC
 - II. Rechtsqualität, Regelungsstruktur und Anwendungsbereich der MLC
 - III. Verantwortlichkeiten für die Durchführung und Durchsetzung (Durchsetzungspflichten)
 - 1. Kontrolle durch den Flaggenstaat
 - a) Einführung eines Sicherungssystems
 - b) Seearbeitszeugnis und Seearbeitskonformitätserklärung
 - c) Einführen eines Beschwerdeverfahrens an Bord
 - 2. Kontrolle durch den Hafenstaat
 - a) Überprüfung fremder Schiffe
 - b) Verpflichtung zur Einführung eines Beschwerdeverfahrens an Land
 - c) Verpflichtung zur Beachtung des Nichtbegünstigungsprinzips
 - 3. Kontrolle durch Arbeitskräfte zur Verfügung stellende Staaten
 - IV. Völkerrechtliche Grundlagen der Durchsetzungspflichten der Mitgliedstaaten
 - 1. Völkerrechtliche Grundlage der Flaggenstaatskontrolle
 - a) Ausgangspunkt: Exklusive Flaggenhoheit
 - b) Flaggenhoheit als Hoheit über die Personen an Bord
 - 2. Völkerrechtliche Grundlage der Hafenstaatskontrolle
 - a) Ausgangspunkt: Territoriale Souveränität der Hafenstaaten
 - b) Ausübung von Hoheitsgewalt über die Besatzung an Bord fremder Schiffe
 - c) Verstoß gegen den Grundsatz der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten?
 - 3. Völkerrechtliche Grundlage der Kontrolle durch den Arbeitskräfte zur Verfügung stellenden Staat
 - V. Defizite der Durchsetzungspflichten
- D. Möglichkeiten des Völkerrechts zur Sicherung der sozialen Mindeststandards
 - I. Erweiterung des Geltungsbereichs der MLC durch das Seerechtsübereinkommen
 - 1. Die Implementierung von Normen über die GAIRS
 - 2. Die MLC als GAIRS?
 - 3. Ergebnis
 - II. Völkerrechtliche Geltendmachung der Durchsetzungspflichten
 - 1. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Verfahren vor der ILO

* Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität München und ist Studentische Hilfskraft am Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht. Grundlage des Beitrags ist die Schwerpunktseminararbeit der Autorin, die diese im Sommersemester 2019 im Rahmen des Seminars »Völkerrecht ohne Territorium?« bei Professor Dr. Christian Walter verfasst hat.

- a) Beschwerdeverfahren
 - b) Klageverfahren
 - 2. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit
 - a) Die Aktive Deliktsfähigkeit der Mitgliedstaaten
 - b) Die Zurechnung des Normverstoßes
 - (1) Normverstoß
 - (2) Zurechnung des Normverstoßes
 - c) Die Passive Deliktsfähigkeit der Mitgliedstaaten
 - (1) Die Erfüllungsstruktur der Durchsetzungspflicht
 - (2) Geltendmachung nach Art. 48 DARS
 - d) Ergebnis und Rechtsfolgen
 - 3. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Rahmen des diplomatischen Schutzes
 - a) Das Staatsangehörigkeitserfordernis (nationality rule)
 - (1) Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis für Seeleute
 - (2) Anknüpfung an das Kriterium effektiver Kontrolle?
 - b) Das Erfordernis der Ausschöpfung lokaler Rechtsbehelfe (local remedies rule)
 - (1) Die »futility exception«, Art. 15 lit. a Var. 1 DP Draft
 - (2) Fehlen einer relevanten Verbindung, Art. 15 lit. c DP Draft
 - c) Ergebnis
- III. Die Sicherung der Durchsetzungspflichten durch Soft Law
- E. Die MLC als Musterbeispiel der Entterritorialisierungsentwicklungen des Völkerrechts zugunsten des Individualschutzes

A. Seeleute zwischen den Jurisdiktionen der Staaten – zur Notwendigkeit internationaler Sozialstandards auf See

Am 26.3.2019 wurde das unter liberischer Flagge registrierte und von einem deutschen Reeder betriebene Frachtschiff »Anna-Elisabeth« im australischen Hafen Port Kembla von australischen Behörden am Verlassen des Hafens gehindert.¹ Grund der Festsetzung war, dass die multinationale Besatzung sich über mangelhafte Arbeits- und Lebensbedingungen an Bord, wie etwa die Verweigerung von Landgängen und nicht ausreichend vorhandenes Essen, beschwert hatte.² Die Vielzahl der hier involvierten Staaten und die Multinationalität der Besatzung sind Abbild dessen, dass die internationale Seehandelschiffahrt der weltweit am weitesten globalisierte Handelssektor ist.³ Der durch die Globalisierung entstehende internationale Wettbewerbsdruck macht es für Reedereien besonders attraktiv, unter der Flagge eines Staates zu fahren, der niedrige Anfor-

1 Vgl. www.itfglobal.org/en/news/german-bulk-carrier-detained-after-crew-complain-no-food-bullying-and-denial-shore-leave.

2 Vgl. www.itfglobal.org/en/news/german-bulk-carrier-detained-after-crew-complain-no-food-bullying-and-denial-shore-leave.

3 Schubert, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 200, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 35, McConnell, WMU JOMA 2011, 127, 128, Maul-Sartori, NZA 2013, 821, 827.

derungen an die Arbeits- und Lebensbedingungen der Seeleute an Bord stellt.⁴ Folglich sind die Standards an Bord von Handelsschiffen weltweit oft katastrophal.⁵ Hinzu kommt, dass die Seeleute eines besonders effektiven Schutzes bedürfen, da sie, aufgrund der Natur ihrer Tätigkeit, in besonderem Maße der Willkür der Reedereien ausgesetzt sind.⁶

Im Fall der »Anna-Elisabeth« hat der Hafenstaat Australien Sorge für die Behebung der sozialen Missstände getragen, indem er das Schiff, bis zur Beseitigung der Mängel durch die Reederei, festgesetzt hat.⁷ Möglicherweise wäre aber auch der Flaggenstaat Liberia zuständig gewesen sich dafür einzusetzen, dass die Besatzung unter menschenwürdigen Arbeits- und Lebensbedingungen an Bord arbeitet. Nicht zuletzt kämen die einzelnen Heimatstaaten der Besatzungsmitglieder infrage, um Maßnahmen für die Einhaltung von Mindeststandards für ihre Staatsangehörigen zu ergreifen.

Die hier relevante Frage, welcher Staat Hoheitsgewalt über die Personen an Bord der Schiffe auf den Weltmeeren hat, ist nicht unumstritten.⁸ Dieser Umstand führt zur zentralen Frage des Beitrags. Es gilt zu erörtern, wie soziale Mindeststandards für Besatzungen von Seehandelsschiffen durch die verschiedenen völkerrechtlichen Akteure, die – wie oben gezeigt – tatsächlich »Zugriff« auf die Seeleute haben, gesichert werden können.

Um die einschlägigen Normen ermitteln zu können, wird zunächst eine Arbeitsdefinition für den Begriff »Soziale Mindeststandards für Seeleute« entwickelt.

Die so identifizierte Maritime Labour Convention wird knapp in ihrem materiellen Gehalt vorgestellt, um sodann die Durchsetzungspflichten der verschiedenen Völkerrechtsakteure näher zu erläutern und zu untersuchen, auf welcher völkerrechtlichen Jurisdiktionsgrundlage sie beruhen, auf welcher Grundlage die Mitgliedstaaten demnach Hoheitsgewalt ausüben.⁹ Die Einordnung der Durchsetzungspflichten ermöglicht eine erleichterte Herausarbeitung ihrer Defizite. Die bestehenden Defizite in der Sicherung sozialer Mindeststandards durch die MLC sind Grundlage für den weiteren Schwerpunkt des Beitrags. Dieser besteht darin, die Sicherung der Durchsetzungspflichten durch herkömmliche Instrumente des Völkerrechts zu untersuchen. Die Untersuchung wird mit einer zusammenfassenden Würdigung der Erkenntnisse abgeschlossen, die den Problembereich in allgemeine Tendenzen des Völkerrechts hin zu einer Entterritorialisierung ermöglicht.

4 Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 310, Bauer, *CJIL* 2008, 643, 646.

5 Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 310, Bauer, *CJIL* 2008, 643, Kabai, *IJMCL* 2015, 189, 194.

6 Vgl. Präambel SeeArbÜ Abs. 6, Dimitrova, *Seafarer's Rights in the Globalised Maritime Industry*, 2011, S. 71, Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 311, Papanicolopulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 24 ff.

7 Vgl. www.itfglobal.org/en/news/german-bulk-carrier-detained-after-crew-complain-no-food-bullying-and-denial-shore-leave.

8 Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 302.

9 Im Völkerrecht wird staatliche Hoheitsgewalt gewöhnlich als Jurisdiktion (*jurisdiction*) bezeichnet, Lagoni, *Archiv des Völkerrechts*, 2010, 58, 67 Fn. 42.

B. Begriffsklärung »Soziale Mindeststandards für Seeleute«

Unter Berücksichtigung der geschilderten Besonderheiten und Jurisdiktionsprobleme der Arbeit auf See werden für die Untersuchung die Normen zugrunde gelegt, die ein möglichst universell gültiges Mindestmaß international verbindlicher Standards, betreffend die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Besatzung an Bord von Seehandelsschiffen, festlegen. Internationale »Sozialstandards« gibt es insbesondere in den Bereichen sozialer Grundrechte, im internationalen Arbeits- und Sozialrecht sowie im Zusammenhang mit bürgerlichen und politischen Rechten.¹⁰ Eine allgemeingültige Definition des Begriffs »Sozialstandards« existiert nicht. Er kann als Oberbegriff für das Rahmenwerk sozialer Normen im Rahmen eines Gebiets verstanden werden.¹¹ So wird aufgrund der Tätigkeit der Seeleute das Regelwerk zugrunde gelegt, das soziale Mindeststandards möglichst unabhängig von der Bindung an ein Staatsgebiet und verbindlich gegenüber der größtmöglichen Anzahl von Akteuren sichert. Diesen Anforderungen trägt die Maritime Labour Convention (MLC) Rechnung. Sie wird deshalb zentraler Untersuchungsgegenstand sein.

Daneben anwendbare, allgemeingültige, völkerrechtliche soziale Mindeststandards und soziale Rechte werden für die Bearbeitung der Fragestellung außer Acht gelassen, da sie nicht der besonderen Situation und Schutzbedürftigkeit der Seeleute angepasst sind.¹²

C. Die Maritime Labour Convention – Meilenstein sozialer Mindeststandards auf See

Die der weiteren Bearbeitung zugrundeliegende MLC ist Teil der sogenannten »vier Säulen«, durch die die internationale Seehandelsschiffahrt weitgehend geregelt wird.¹³ Sie ist am 20.8.2013 in Kraft getreten und wurde von 97 Staaten (somit Mitgliedstaaten) ratifiziert.¹⁴ Durch die Mitgliedstaaten werden mehr als 91 % der Welthandelsflotte repräsentiert.¹⁵ Aufgrund ihrer herausragenden Bedeu-

10 Nußberger, Sozialstandards im Völkerrecht: eine Studie zu Entwicklung und Bedeutung der Normsetzung der Vereinten Nationen, der Internationalen Arbeitsorganisation und des Europarats zu Fragen des Sozial-schutzes, 2005, S. 34 f., Burianski, Globalisierung und Sozialstandards: Der Schutz von Kernarbeitsrechten im und durch den Internationalen Handel, 2004, S. 39.

11 Burianski, Globalisierung und Sozialstandards: Der Schutz von Kernarbeitsrechten im und durch den Internationalen Handel, 2004, S. 39.

12 Siehe aber einen Überblick über die allgemeinen Rechte und Durchsetzungsmechanismen der Rechte der Seeleute im Völkerrecht in Dimitrova, Seafarer's Rights in the Globalised Maritime Industry, 2011, S. 133 ff.

13 Diese »vier Säulen« sind die SOLAS-Konvention (Convention for the Safety of Life at Sea), die MARPOL-Konvention (Convention for the Prevention of Marine Pollution), die STCW-Konvention (Convention on Standards of Training, Maritime Certification and Watchkeeping, 1978), sowie die MLC, Charbonneau/Chaumette, ELLJ 2010, 332, 333, Schubert, Arbeitsvölkerrecht, 2017, S. 200, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 18.

14 Vgl. www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_664151/lang--en/index.htm.

15 Vgl. www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_664151/lang--en/index.htm.

zung für die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Seeleute wird die MLC auch als die »Seafarers' Bill of Rights« bezeichnet.¹⁶

I. Hintergrund und Inhalt der MLC

Der zentrale Hintergrund der Verabschiedung der MLC durch die Internationale Arbeitsorganisation (ILO) war der durch die Globalisierung verstärkte Schutzbedarf der Seeleute.¹⁷ Die MLC hat deshalb 37 der bis dato bestehenden internationalen Abkommen betreffend die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Seeleute konsolidiert und entsprechend den veränderten Gegebenheiten im internationalen Schifffahrtssektor weiterentwickelt.¹⁸ Sie inkorporiert weiterhin grundlegende, in anderen internationalen Arbeitsübereinkommen enthaltene Prinzipien der ILO, die den Arbeitnehmerschutz betreffen (vgl. Präambel Abs. 2¹⁹). Die Normen der MLC sind den Bereichen Arbeitsrecht, Sozialrecht und Seerecht zuzuordnen.²⁰ Die MLC legt einen verbindlichen Mindeststandard einer menschenwürdigen Arbeit auf See fest und soll dadurch eine möglichst universelle Ratifizierung erreichen.²¹ Neben dem Herstellen fairer Wettbewerbsbedingungen im globalen Schifffahrtssektor, ist die Gewährleistung weltweit verbindlicher sozialer Mindeststandards für die Besatzung von Seehandlungsschiffen das grundlegende Ziel, das die ILO mit der MLC verfolgt.²² Um das zu erreichen, sieht die MLC, im Gegensatz zu den meisten ihrer Vorgängerabkommen, konkrete Durchsetzungspflichten für die Mitgliedstaaten vor, durch die gewährleistet werden soll, dass die sozialen Mindeststandards durch die Reedereien beachtet werden.²³

Die Bundesrepublik Deutschland hat die MLC am 16.08.2013 ratifiziert²⁴ und ist ihrer Umsetzungsverpflichtung durch das Seearbeitsgesetz nachgekommen.²⁵ Daneben ist die BRD bereits durch die Umsetzung der MLC auf Unionsebene an diese gebunden.²⁶ In Unionsrecht umgesetzt wurde die MLC durch die

16 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 77, Schubert, *Arbeitsvölkerrecht*, 2017, S. 199.

17 *Maritime Labour Convention*, 2006, *Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015 A.1 S. 4*, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_238010.pdf.

18 Ntovas, *ILM* 2014, 933, 934.

19 Normen ohne Bezeichnung des Abkommens sind solche der MLC.

20 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 7.

21 *Maritime Labour Convention*, 2006, *Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015*, A.18 S. 12, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_238010.pdf, Ntovas *ILM* 2014, 933, 934, Bauer *CJIL* 2008, 643, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 91.

22 *Maritime Labour Convention*, 2006, *Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015*, A2 S. 5, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_238010.pdf, Schubert, *Arbeitsvölkerrecht*, 2017, S. 199.

23 Maul-Sartori, *NZA* 2013, 821, 822, Bauer, *CJIL* 2008, 643, 649.

24 Vgl. www.ilo.org/berlin/presseinformationen/WCMS_219684/lang--de/index.htm.

25 Zu einem Vergleich der Übereinstimmung des deutschen Seearbeitsgesetzes mit der MLC siehe Peetz, *Die Übereinstimmung des deutschen Rechts mit der Maritime Labour Convention*, 2006, 2019.

26 Zimmer, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, *Arbeitsvölkerrecht*, 2019, § 5 Rn. 226.

Richtlinie 2009/13/EG²⁷, sowie die Richtlinie 2013/54/EU²⁸ und die Richtlinie 2013/38/EU^{29,30}

II. Rechtsqualität, Regelungsstruktur und Anwendungsbereich der MLC

Der MLC kommt als ILO-Übereinkommen die rechtliche Qualität eines völkerrechtlichen Vertrags zu.³¹ Sie besteht aus für die Mitgliedstaaten verbindlichen Rechtsnormen (Artikel, Regeln und Teil A des »Codes«) sowie unverbindlichen Leitlinien (vgl. erläuternde Anm. Nr. 2, 3). Die weitere Betrachtung beschränkt sich auf die verbindlichen Regelungen des Abkommens, da die über den Mindeststandard hinausgehenden Leitlinien aufgrund ihrer Unverbindlichkeit nicht völkerrechtlich durchsetzbar sind.

In personaler Hinsicht schützt die MLC »Seeleute«. Diese werden als »alle an Bord eines Schiffs tätigen Personen« definiert (vgl. Art. I lit. f). Der Anwendungsbereich erfasst alle zivilen Schiffe, die nicht ausschließlich auf Binnengewässern oder geschützten Gewässern verkehren (vgl. Art. I lit. i). Ausgenommen sind jedoch Schiffe, die zur Fischerei oder zu ähnlichen Zwecken verwendet werden, sowie Schiffe traditioneller Bauweise (vgl. Art. II Abs. 4). Die MLC erfasst somit nicht den Schutz von Personen, die im Fischereisektor arbeiten.³² Diese werden durch das Fischereiarbeitsübereinkommen der ILO von 2007 (Work in Fishing Convention, C188) geschützt, das hier nicht Untersuchungsgegenstand ist.³³

III. Verantwortlichkeiten für die Durchführung und Durchsetzung (Durchsetzungspflichten)

Im Folgenden werden die Verantwortlichkeiten für die Durchführung und Durchsetzung (Durchsetzungspflichten) der sozialen Mindeststandards vorgestellt, die die MLC in Art. V und den dazugehörigen Regeln und Normen vorsieht. Die Durchsetzungspflichten verpflichten die Staaten, die de facto »Zugriff« auf die Schiffe bzw. deren Besatzung haben. Der Erörterung der konkreten Durch-

27 Richtlinie 2009/13/EG des Rates vom 16. Februar 2009 zur Durchführung der Vereinbarung zwischen dem Verband der Reeder in der Europäischen Gemeinschaft (ECSA) und der Europäischen Transportarbeiter-Föderation (ETF) über das Seearbeitsübereinkommen 2006 und zur Änderung der Richtlinie 1999/63/EG, Abl. EU 2009 Nr. L 124/30.

28 Richtlinie 2013/54/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 über bestimmte Verantwortlichkeiten der Flaggenstaaten für die Einhaltung und Durchsetzung des Seearbeitsübereinkommens 2006, Abl. EU 2013 Nr. L 329/1.

29 Richtlinie 2013/38/EU Des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. August 2013 zur Änderung der Richtlinie 2009/16/EG über die Hafenstaatkontrolle, Abl. EU 2013 Nr. L 218/1.

30 Zimmer, EuZA 2015, 297, 300.

31 Burianski, Globalisierung und Sozialstandards: Der Schutz von Kernarbeitsrechten im und durch den Internationalen Handel, 2004, S. 57, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 69, Körner-Dammann, Bedeutung und faktische Wirkung von ILO-Standards – Dargestellt am Beispiel Südafrika, 1999, S. 38, anders etwa Peetz, Die Übereinstimmung des deutschen Rechts mit der Maritime Labour Convention, 2006, 2019, S. 44, der die Abkommen der ILO als Rechtsakte eigener Art qualifiziert.

32 Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 305.

33 Zu einem Vergleich der MLC und des Fischereiarbeitsübereinkommens siehe Carey, ANZMLJ 2017, 14.

setzungspflichten vorangestellt ist eine genauere Definition der völkerrechtlichen Akteure, die Adressaten der Durchsetzungspflichten der MLC sind.

Die Pflichten treffen den Flaggenstaat (*flag state*), also den Staat, in dem ein Schiff registriert ist und dessen Flagge das Schiff führt (vgl. Art. 91 Abs. 1 S. 2 des Seerechtsübereinkommens, SRÜ).³⁴ In welchem Staat ein Schiff registriert werden kann, richtet sich ausschließlich nach den nationalen Registrierungserfordernissen der Staaten (vgl. Art. 91 Abs. 1 S. 1 SRÜ). Eine darüber hinaus gehende »echte Verbindung« zum Flaggenstaat, wie der Wortlaut des Art. 91 Abs. 1 S. 3 SRÜ zu fordern scheint, ist nicht erforderlich.³⁵ Eine Definition der »echten Verbindung« im Sinne einer in irgendeiner Weise besonderen Verbindung zwischen dem Schiff und dem Flaggenstaat wurde im Vorfeld der Verabschiedung der Genfer Seerechtskonventionen von 1958 diskutiert.³⁶ So sollte das Problem der sog. »Billigflaggen« (*flags of convenience*) unter Kontrolle gebracht werden.³⁷ Schlussendlich wurde das Kriterium aber nicht genauer definiert und eine etwaige fehlende Verbindung des Schiffs zum Flaggenstaat kann nicht gerügt bzw. sanktioniert werden, das Kriterium hat somit keine eigenständige Bedeutung.³⁸

Neben den Flaggenstaaten werden die Hafenstaaten (*port states*) zur Durchsetzung der sozialen Mindeststandards verpflichtet. Als Hafenstaaten werden die Mitgliedstaaten der MLC bezeichnet, in deren Häfen fremde Schiffe verkehren.³⁹

Zuletzt führt die MLC Durchsetzungspflichten auch für Arbeitskräfte zur Verfügung stellende Mitgliedstaaten der MLC ein (*labour supplying countries*).⁴⁰ Einerseits erfasst dies Mitgliedstaaten, in denen Arbeitsvermittlungsdienste (*recruitment and placement services*) ansässig sind.⁴¹ Als Arbeitsvermittlungsdienste werden alle Personen, Unternehmen, Institutionen, Agenturen oder sonstigen Or-

34 Maritime Labour Convention, 2006, Frequently Asked Questions Fourth Edition, C.5.1a. S. 61, 2015, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_238010.pdf, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 20.

35 Vgl. dazu ITLOS Ur. v. 01.07.1999 – The M/V Saiga (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 83.

36 König, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Flags of Convenience, 2008, Rn. 7.

37 König, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Flags of Convenience, 2008, Rn. 7.

38 ITLOS Ur. v. 01.07.1999 – The M/V Saiga (No.2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 75ff, Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*, 2017, Art. 91 Rn. 17; Die Entwicklung des »Genuine Link«-Kriteriums des Art. 91 Abs. 1 S. 3 SRÜ wurde nachvollzogen, in: Lemke, *Erfüllungsdefizite des Flaggenstaats – Auf dem Weg zu einer neuen Erfüllungsstrategie der Internationalen Seeschiffahrtsorganisation (IMO) zum Schutz der Umwelt?*, 2011, S. 39–48.

39 Maritime Labour Convention, 2006, Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015, C.5.2a S. 70, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_238010.pdf, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 20.

40 Maritime Labour Convention, 2006, Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015, C.5.3a. S. 76, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--normes/documents/publication/wcms_238010.pdf, Christodoulou-Varotsi, *JMLC* 2012, 467, 488.

41 Zimmer, in: Schlachter/Heuschmid/Ulber, *Arbeitsvölkerrecht*, 2019, § 5 Rn. 223, Bauer, *CJIL* 2008, 643, 645, Christodoulou-Varotsi, *JMLC* 2012, 467, 488.

ganisationen im öffentlichen oder privaten Sektor, die die Anwerbung von Seeleuten im Auftrag von Reedern oder die Vermittlung von Seeleuten an Reeder betreiben, legaldefiniert, Art. II Abs. 1 lit. h.⁴²

Zugleich erfasst der Begriff auch Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Heimatstaaten der Seeleute bzw. als Aufenthaltsstaaten von nichtstaatsangehörigen Seeleuten, die auf ihrem Staatsgebiet wohnen oder sonst wie ansässig sind, soweit die MLC den Mitgliedstaaten im Hinblick auf diese Seeleute Pflichten auferlegt.⁴³

1. Kontrolle durch den Flaggenstaat

Ausgangspunkt der Durchsetzungspflichten ist die Flaggenstaatskontrolle, da der Flaggenstaat für die meiste Zeit der Tätigkeit auf See »Zugriff« auf die Seeleute hat. Die Flaggenstaaten sind verpflichtet, die Gewährleistungen des Abkommens in Bezug auf die ihrer Hoheitsgewalt unterliegenden Schiffe und Seeleute zu erfüllen, durchzuführen und durchzusetzen (Art. V Abs. 1, Regel 5.1). Die konkreten Durchsetzungspflichten sind Gegenstand der folgenden Ausführungen.

a) Einführung eines Sicherungssystems

Die Flaggenstaaten müssen ein Sicherungs- und Zertifizierungssystem einführen.⁴⁴ Dieses soll regelmäßige Überprüfungen der Einhaltung der sozialen Mindeststandards, die Berichterstattung darüber, sowie den Zugang zu gerichtlichen Verfahren und ein Überwachungssystem enthalten (Art. V Abs. 2). Mit der Sicherung und Zertifizierung können die Flaggenstaaten Klassifikationsgesellschaften beauftragen, die Flaggenstaaten bleiben jedoch weiterhin völkerrechtlich verantwortlich.⁴⁵

b) Seearbeitszeugnis und Seearbeitskonformitätserklärung

Weiterhin muss jeder Flaggenstaat sicherstellen, dass die Schiffe unter seiner Flagge ein Seearbeitszeugnis und eine Seearbeitskonformitätserklärung mit sich führen (vgl. Art. V Abs. 3). Das Seearbeitszeugnis ist Anscheinsbeweis dafür, dass das Schiff vom Flaggenstaat überprüft wurde und den Anforderungen der MLC genügt (vgl. Regel 5.1.1 Abs. 4). Die Seearbeitskonformitätserklärung erläutert die innerstaatlichen Anforderungen zur Durchführung der MLC in Bezug auf die Arbeits- und Lebensbedingungen für Seeleute und legt die Maßnahmen

42 Die MLC differenziert nicht zwischen Arbeitsvermittlung und Arbeitnehmerüberlassung, Peetz kommt überzeugend zu dem Ergebnis, dass die Arbeitnehmerüberlassung aufgrund des Zwecks der MLC, die Seeleute möglichst umfassend zu schützen, vom Begriff der Arbeitsvermittlung i. S. d. MLC erfasst sein muss, Peetz, *Die Übereinstimmung des deutschen Rechts mit der Maritime Labour Convention*, 2006, 2019, S. 172 ff., 181.

43 Christodoulou-Varotsi, *JMLC* 2012, 467, 488.

44 Kabai, *IJMCL* 2015, 189, 191.

45 Handbook: Guidance on implementing the Maritime Labour Convention, 2006 – Model National Provisions, 2012, S. 98, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_170389.pdf.

dar, die der Reeder⁴⁶ getroffen hat, um die Erfüllung der Anforderungen sicherzustellen (vgl. Regel 5.1.3 Abs. 4).

c) Einführen eines Beschwerdeverfahrens an Bord

Die Flaggenstaaten müssen außerdem Beschwerdeverfahren an Bord ihrer Schiffe vorschreiben, die eine dem Übereinkommen entsprechende Bearbeitung von Beschwerden von Seeleuten über Verstöße gegen das Übereinkommen ermöglichen (vgl. Regel 5.1.5 Abs. 1).

2. Kontrolle durch den Hafenstaat

Die Flaggenstaatskontrolle wird durch Hafenstaatskontrollen ergänzt und abgesichert.⁴⁷ Dies geschieht durch folgende Mechanismen.

a) Überprüfung fremder Schiffe

Den Hafenstaaten obliegt die Kontrolle darüber, ob ein in ihren Hafen einfahrendes Schiff den Anforderungen der MLC genügt (vgl. Art. V Abs. 4, Regel 5.2.1 Abs. 1). Die Kontrolle der Schiffe ist auf die Überprüfung des Seearbeitszeugnisses und der Seearbeitskonformitätserklärung zu beschränken, wenn diese entsprechend der Anforderungen mitgeführt werden (vgl. Regel 5.2.1 Abs. 2). Sofern kein Anscheinsbeweis vorgelegt werden kann, ist eine genauere Überprüfung des Schiffes möglich. Festgestellte Mängel sind dem Kapitän des Schiffes unter Angabe einer Behebungsfrist zur Kenntnis zu bringen (vgl. Norm A 5.2.1). Besonders schwere Mängel können ebenso dem Flaggenstaat und dem Staat, der als nächstes angelaufen werden soll, zur Kenntnis gebracht werden (vgl. Norm A 5.2.1). Weiterhin kann der Hafenstaat ein Schiff bis zur Behebung besonders schwerwiegender Mängel festsetzen, d. h. am Verlassen des Hafens hindern (vgl. Norm A 5.2.1 Abs. 6 lit. a, b). Für die Überprüfung der Schiffe müssen die Hafenstaaten ein wirksames Kontroll- und Überwachungssystem einführen (vgl. Regel 5.2.1 Abs. 4). Auch die Hafenstaaten können mit der Kontrolle und Überwachung Klassifikationsgesellschaften beauftragen.⁴⁸

b) Verpflichtung zur Einführung eines Beschwerdeverfahrens an Land

Weiterhin müssen die Hafenstaaten ein Verfahren einführen, durch das Besatzungsmitglieder vertraulich eine Beschwerde über die Nichteinhaltung der sozialen Mindeststandards an Bord abgeben können (Regel 5.2.2). Die Beschwerde ist durch den Hafenstaat zu untersuchen und die Mängel an Bord sind nach Möglichkeit zu beheben (Norm 5.2.1 Abs. 6). Werden die Mängel nicht behoben, ist

46 Gemäß Art. II Abs. 1 lit. j) bedeutet der Begriff Reeder den Eigner des Schiffes oder jede andere Organisation oder Person [...], die vom Reeder die Verantwortung für den Betrieb des Schiffes übernommen hat und die sich [...] bereit erklärt hat, die Aufgaben und Pflichten zu erfüllen, die den Reedern gemäß diesem Übereinkommen auferlegt werden, ungeachtet dessen, ob andere Organisationen oder Personen bestimmte dieser Aufgaben oder Pflichten im Auftrag des Reeders erfüllen.

47 Ryngaert/Ringbom, IJMCL 2016, 379, 380.

48 Maritime Labour Convention, 2006, Frequently Asked Questions Fourth Edition 2015, 5.2.e S. 72, abrufbar unter: www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_238010.pdf.

der Flaggenstaat zu benachrichtigen und um Ratschläge für Abhilfemaßnahmen innerhalb einer vorgeschriebenen Frist zu bitten (vgl. Norm 5.2.1 Abs. 5).

c) Verpflichtung zur Beachtung des Nichtbegünstigungsprinzips

Für die Anwendung der sozialen Mindeststandards der MLC auf Schiffe, deren Flaggenstaaten das Abkommen selbst nicht ratifiziert haben, gilt das Nichtbegünstigungsprinzip. Gemäß Art. V Abs. 7 müssen die Mitglieder ihre Durchsetzungspflichten so erfüllen, dass ein Nichtmitgliedstaat nicht günstiger behandelt wird als ein Mitgliedstaat des Abkommens. Die Hafensstaaten müssen deshalb jedes Schiff auf die Einhaltung der Mindeststandards kontrollieren, das in ihre Häfen einfährt.

Dem Nichtbegünstigungsprinzip steht auch nicht der Grundsatz, dass Verträge Drittstaaten nicht binden dürfen, entgegen.⁴⁹ Die Hafensstaaten treffen die Konditionen, zu denen fremde Schiffe in ihre Häfen einfahren dürfen, aufgrund ihrer territorialen Souveränität selbst.⁵⁰ Sie können demnach die Regelungen der MLC problemlos auf Nichtmitglieder des Übereinkommens erstrecken.

3. Kontrolle durch Arbeitskräfte zur Verfügung stellende Staaten

Die letzten Völkerrechtsakteure, die die Durchsetzung der sozialen Mindeststandards der MLC gewährleisten, sind die Staaten, die Arbeitskräfte zur Verfügung stellen. Sie stellen sicher, dass die sozialen Mindeststandards auch bei der Anwerbung und Arbeitsvermittlung von Seeleuten gewährleistet werden (Regel 5.3 Abs. 1). Weiterhin garantieren sie den sozialen Schutz der Seeleute, die ihre Staatsangehörigen sind, in ihrem Staatsgebiet wohnen oder sonst wie ansässig sind (Regel 5.3 Abs. 1). Zu diesem Zweck müssen die Arbeitskräfte zur Verfügung stellenden Staaten ein wirksames Überprüfungs- und Überwachungssystem einrichten (vgl. Abs. 3).

IV. Völkerrechtliche Grundlagen der Durchsetzungspflichten der Mitgliedstaaten

Angesichts der Vielzahl völkerrechtlicher Akteure, die mit der Sicherung sozialer Mindeststandards für die Besatzung von Seehandelsschiffen betraut sind, ist herauszuarbeiten, auf welcher völkerrechtlichen Grundlage die Zuweisung der Durchsetzungspflichten beruht.

49 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports*, 2011, Rn. 27, Wolfrum, in: Wolfrum (Hrsg.), *Handbuch des Seerechts*, 2006, Kapitel 4 Rn. 80, so auch in Bezug zum maritimen Umweltschutz König, *Durchsetzung internationaler Bestands- und Umweltschutzvorschriften auf Hoher See im Interesse der Staatengemeinschaft*, 1990, S. 235.

50 Ryngaert/Ringbom, *IJMCL* 2016, 379, 380, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports*, 2011, Rn. 27.

1. Völkerrechtliche Grundlage der Flaggenstaatskontrolle

Zu untersuchen ist zunächst, auf welcher völkerrechtlichen Jurisdiktionsgrundlage die Kompetenz der Flaggenstaaten zur Durchsetzung der sozialen Mindeststandards der MLC beruht.⁵¹

a) Ausgangspunkt: Exklusive Flaggenhoheit

Grundsätzlich liegt die ausschließliche Hoheitsgewalt über Schiffe auf der Hohen See (Art. 92 Abs. 1 SRÜ) sowie in der ausschließlichen Wirtschaftszone (Art. 58 Abs. 2 SRÜ) eigens beim Flaggenstaat. Das Prinzip exklusiver Flaggenhoheit ist völkergewohnheitsrechtlich anerkannt.⁵²

b) Flaggenhoheit als Hoheit über die Personen an Bord

Eine Folge der exklusiven Flaggenhoheit des Flaggenstaats ist, dass dieser seine Hoheitsgewalt nach seinem innerstaatlichen Recht über jedes seine Flagge führende Schiff, sowie dessen Kapitän, Offiziere und Besatzung in Bezug auf die das Schiff betreffenden verwaltungsmäßigen, technischen und sozialen Angelegenheiten ausübt (vgl. Art. 94 Abs. 2 lit. b SRÜ). Dass der Flaggenstaat die Hoheitsgewalt auch über die Personen an Bord ausübt, wurde vom Internationalen Seegerichtshof (ITLOS) bestätigt.⁵³ Dieser hat entschieden, dass die ausschließliche Flaggenhoheit das Schiff als Ganzes (»*Ship as a Unit*«) betrifft.⁵⁴

Zur Gewährleistung der Sicherheit auf See trifft der Flaggenstaat auch Maßnahmen betreffend die Arbeitsbedingungen der Besatzung (vgl. Art. 94 Abs. 3 lit. b SRÜ). Daraus lässt sich die Kompetenz der Flaggenstaaten entnehmen, sicherzustellen, dass die sozialen Mindeststandards der MLC eingehalten werden.⁵⁵ Die völkerrechtliche Grundlage für die Flaggenstaatskontrolle liegt somit in den Pflichten des Flaggenstaats gemäß Art. 94 SRÜ, die Folgepflichten der exklusiven Flaggenhoheit sind. Dies bestätigt auch Abs. 9 der Präambel der MLC.

51 Entgegen eines engen Verständnisses von Jurisdiktion, welches lediglich die Zuweisung zu einer Gerichtsbarkeit meint, erfasst der Begriff im Völkerrecht grundsätzlich die staatliche Befugnis zur Ausübung von Hoheitsgewalt, Chen/Shan, *Marine Policy*, 2017, 1; es wird zwischen der Kompetenz zur Überprüfung normgerechten Verhaltens (*adjudicative jurisdiction*), der Kompetenz zur Durchsetzung von Regelungen (*jurisdiction to enforce*) sowie der Kompetenz zum Erlass materieller Regelungen (*jurisdiction to prescribe*) differenziert, vgl. Wissenschaftliche Dienste des deutschen Bundestags, *Die internationale Zuständigkeit US-amerikanischer Zivilgerichte und die Möglichkeit der Vollstreckung gegenüber ausländischen Parteien*, 13. Oktober 2011, WD 7 – 3000 – 233/11 S. 4 f., Honniball, *IJMCL* 2016, 499, 501.

52 König, *Durchsetzung internationaler Bestands- und Umweltschutzvorschriften auf Hoher See im Interesse der Staatengemeinschaft*, 1990, S. 202, Papanicolopulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 131.

53 ITLOS Urt. v. 01.07.1999 – *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 106.

54 ITLOS Urt. v. 01.07.1999 – *The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea)*, ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 106, anders aber unter weitreichender Kritik der EGMR mit Urt. v. 29.03.2010 im Fall *Medvedyev and Others v. France* Application No. 3394/03 Rn. 99.

55 Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2018, S. 854 Rn. 10, Präambel Abs. 9.

3. Völkerrechtliche Grundlage der Hafenstaatskontrolle

Folgende Gesichtspunkte zeigen, dass auch die Hafenstaatskontrolle auf der Annahme beruht, dass den Hafenstaaten die Kompetenz zur Durchsetzung der sozialen Mindeststandards zukommt.

a) Ausgangspunkt: Territoriale Souveränität der Hafenstaaten

Da der Hafen eines Staats als ein Teil des Landgebiets und der inneren Gewässer des Hafenstaats angesehen wird, untersteht er dessen Gebietshoheit.⁵⁶ Die Gebietshoheit des Hafenstaats ist diesseits der Basislinie grundsätzlich absolut.⁵⁷ Sie umfasst die Rechtsetzungskompetenz sowie die Kompetenz zur Ausübung von Exekutivgewalt und die Kompetenz zur Zuweisung von Rechtsstreitigkeiten an seine rechtsprechende Gewalt.⁵⁸ Von der Gebietshoheit der Hafenstaaten erfasst sind fremde Schiffe, die nicht die Immunität eines anderen Staats genießen.⁵⁹ Die Handelsschiffe, die vom Anwendungsbereich der MLC erfasst sind, sind somit prinzipiell von der Gebietshoheit der Hafenstaaten erfasst.

c) Ausübung von Hoheitsgewalt über die Besatzung an Bord fremder Schiffe

Da das Schiff als Ganzes der Hafenstaatsjurisdiktion unterliegt, kann der Hafenstaat Hoheitsgewalt auch über die Personen an Bord ausüben.⁶⁰ Der Hafenstaat kann dadurch nationale Standards zum Schutz von Personen an Bord anwenden.⁶¹ Dies ermöglicht es den Hafenstaaten, ihren Durchsetzungspflichten aus der MLC nachzukommen. Ungeachtet der Gebietshoheit des Hafenstaats, gelten die Gesetze des Flaggenstaats für die Schiffe unter seiner Flagge auch während der Dauer des Aufenthalts in einem ausländischen Hafen.⁶² Der Flaggenstaat ist allerdings aufgrund der Gebietshoheit des Hafenstaats für die Dauer des Aufenthalts im Hafen an der Vollstreckung seiner Gesetze (*jurisdiction to enforce*) gehindert.⁶³ Es besteht kein Vorrang der Flaggenhoheit vor der Gebietshoheit des Hafenstaats.⁶⁴ Für die Schiffe und deren Besatzungen gelten somit in einem fremden Hafen faktisch die sozialen Mindeststandards des Hafenstaats.

56 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 30, Ryngaert/Ringbom, IJMCL 2016, 379, 383.

57 Barnes, in: Proelß (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary, 2017, Art. 2 Rn. 16, Papanicolopulu, International Law and the Protection of People at Sea, 2018, S. 138.

58 Ryngaert/Ringbom, IJMCL 2016, 379, 383, dies soll jedoch nicht für extraterritoriale Sachverhalte gelten, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 30.

59 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 30., Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 302.

60 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 30.

61 Ryngaert/Ringbom, IJMCL 2016, 379, 390, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 31.

62 Brownlie, Principles of International Law, 2008, S. 318, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 31, Papanicolopulu, International Law and the Protection of People at Sea, 2018, S. 116, Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 308.

63 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 31, Papanicolopulu, International Law and the Protection of People at Sea, 2018, S. 133, Barnes, in: Rothwell/Oude Elferink/Scott/Stephens (Hrsg.), The Oxford Handbook of the Law of the Sea, 2015, S. 312.

64 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 33.

Ein Konkurrenzproblem könnte sich zwischen der Hafenstaatskompetenz zur Sicherung der sozialen Mindeststandards der MLC und dem Grundsatz exklusiver Flaggenhoheit jedoch etwa dann ergeben, wenn der Hafenstaat einen Sachverhalt regelt, der sich außerhalb seiner territorialen Gewässer zugetragen hat. Zu denken ist etwa an die Beschwerde eines Crew-Mitglieds über die Nichteinhaltung der Höchstarbeitszeiten (Regel 5.2.2 Abs. 1 i. V. m. Regel 2.3, Norm 2.3 Abs. 5 lit. a, i) auf Hoher See. Bezüglich der Kompetenz der Hafenstaaten zur Regelung extraterritorialer Sachverhalte betreffend die MLC, kommt mangels erdenklicher völkerrechtlich anerkannter Jurisdiktionsgrundlagen⁶⁵, ein weites Verständnis der Gebietshoheit infrage. Danach wird bei der Regulierung territorialen Verhaltens das extraterritoriale Verhalten »berücksichtigt«.⁶⁶ Der Fokus läge dann auf dem pflichtwidrigen Verhalten im Hafen, wie etwa der Behinderung von Hafenstaatskontrollen durch die Angabe falscher Informationen über Sachverhalte, die sich außerhalb der Gebietshoheit des Hafenstaats zugetragen haben.⁶⁷ Bei wiederkehrenden Verstößen gegen die Höchstarbeitszeiten auf Hoher See (die örtlich der exklusiven Flaggenstaatsjurisdiktion unterliegen) wäre dann daran anzuknüpfen, dass über diese Verstöße nicht bzw. falsch informiert wurde. In Betracht käme jedoch auch, dass die in nationales Recht der Hafenstaaten umgesetzten sozialen Mindeststandards Vorwirkungen entfalten, sodass ein Verstoß bereits zu bejahen wäre, wenn auf der Hohen See die sozialen Mindeststandards nicht eingehalten wurden.

Neben einem solch weiten Verständnis der Gebietshoheit der Hafenstaaten ist jedenfalls ausreichend, dass die Mitgliedstaaten der MLC sich auf die Ausübung von Hoheitsgewalt, auch über extraterritoriale Sachverhalte, durch die Hafenstaaten geeinigt haben.⁶⁸ Diese Zustimmung erfasst allerdings nicht die Flaggenstaaten, die die MLC nicht ratifiziert haben. Der nachstehende Punkt eines möglichen Verstoßes der Durchsetzungspflichten der Hafenstaaten gegen den Grundsatz der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten ist deshalb besonders mit Blick auf die Nichtmitgliedstaaten zu untersuchen.

d) Verstoß gegen den Grundsatz der Nichteinmischung in innere Angelegenheiten?

Entgegen der grundsätzlichen Gebietshoheit der Hafenstaaten besteht die völkerrechtliche Praxis von Hafenstaaten, sich nicht in sogenannte »*internal affairs*«

65 Die Ausübung von Hoheitsgewalt über extraterritoriale Sachverhalte wird im Völkerrecht aufgrund des hohen Werts der Souveränität der Staaten traditionell restriktiv gesehen; weder das Weltrechtsprinzip – das bei *ius cogens* Verstößen zum Eingreifen ermächtigt, Oxman, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2007, *Jurisdiction of States*, Rn. 37 ff. – noch das Schutzprinzip – das bei einer absoluten Bedrohung des souveränen Staats zum Eingreifen ermächtigt, Oxman, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of International Law*, 2007, *Jurisdiction of States*, Rn. 27 – könnten hier einschlägig sein.

66 Grundsätzlich zum Ausreichen einer vertraglich festgelegten Jurisdiktionsgrundlage Molenaar, in: Rothwell/Oude Elferink/Scott/Stephens, *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 2015, S. 289, Honniball, *IJMCL* 2016, 499, 502, für eine Regelung extraterritorialer Sachverhalte betreffend die Rechte von Seeleuten auch, Papanicolopulu, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 118.

67 Molenaar, in: Rothwell/Oude Elferink/Scott/Stephens (Hrsg.), *The Oxford Handbook of the Law of the Sea*, 2015, S. 288.

68 Zur Zuweisung des Rechts zur Ausübung von Hoheitsgewalt im hafenstaatlichen Kontext durch Vertrag, Honniball, *IJMCL* 2016, 499, 503.

der Flaggenstaaten einzumischen.⁶⁹ Die Durchsetzung sozialer Mindeststandards könnte eine »innere Angelegenheit« sein. Für diesen Begriff besteht keine allgemeingültige Definition, er wird jedoch unter anderem als die Vorgänge, die sich auf dem Schiff zugetragen haben, die nur das Schiff selbst, seine Besatzung oder seine Passagiere betreffen, verstanden.⁷⁰ Darunter sollen jedenfalls Fragen betreffend die Lebens- und Arbeitsbedingungen an Bord fallen.⁷¹ Die MLC regelt gerade die Kontrolle und Durchsetzung sozialer Mindestnormen für die Besatzung von Seehandelsschiffen, die in weiten Teilen arbeitsrechtliche Regelungen sind.⁷² Die Hafenstaatskontrollen der MLC wären somit als Einmischung in »innere Angelegenheiten« zu qualifizieren.

Bedenken gegen die Hafenstaatskontrollen können insbesondere mit Blick auf das Missbrauchspotential, das damit einhergeht, dass Schiffe unter der Flagge fremder Staaten durch die Hafenstaaten kontrolliert und gegebenenfalls sogar festgesetzt werden dürfen, angeführt werden.⁷³ Möglich scheint etwa, dass Hafenstaaten sich durch das Festsetzen von Handelsschiffen, die zeitlich sensible Waren geladen haben, einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnten. Auch ein systematisches Festsetzen sog. »Billigflaggenschiffe« durch Hafenstaaten, die die MLC beachten, scheint denkbar. Durch die defizitären Arbeitsbedingungen haben sogenannte »Billigflaggenschiffe« gegenüber Mitgliedstaaten der MLC einen Kostenvorteil und damit einen Wettbewerbsvorteil, der Anreiz für einen Missbrauch der Hafenstaatskontrollen sein könnte.

Der Gefahr des Missbrauchs der Hafenstaatskontrollen beugt indes bereits Norm 5.2.1 Abs. 8 vor, wonach für ein Verzögern der Weiterfahrt oder ein Festsetzen von Schiffen über Gebühr Entschädigungszahlungen durch den Hafenstaat zu leisten sind. Bewertet man die Hafenstaatskontrollen als Eingriff in die als »innere Angelegenheit« zu qualifizierenden Arbeitsbedingungen der Besatzungen von Seehandelsschiffen, wäre der Eingriff jedenfalls um die Gefahr des Missbrauchs reduziert.

Andererseits könnte jedoch aufgrund der Tatsache, dass die sozialen Mindeststandards der Seeleute in einem internationalen Abkommen festgelegt wurden, davon ausgegangen werden, dass sie deshalb gerade keine »inneren Angelegenheiten« sind. So wird angenommen, dass Angelegenheiten, die Gegenstand allge-

69 Brownlie, *Principles of International Law*, 2008, S. 320, Ringbom, *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 308, Molenaar, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Port State Jurisdiction*, 2014, Rn. 12, König, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Flags of Convenience*, 2008, Rn. 33.

70 Strupp-Schlochauer, *Wörterbuch des Völkerrechts*, 1962, Bd. 3 S. 247.

71 Brownlie, *Principles of International Law*, 2008, S. 320, Molenaar, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Port State Jurisdiction*, 2014, Rn. 12, Ringbom, *Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea*, 2015, S. 115, vgl. eine umfangreiche Aufzählung möglicher »internal affairs« bei Lindemann, *Das Übereinkommen Nr. 147 der internationalen Arbeitsorganisation vom 29. Oktober 1976 über Mindestnormen auf Handelsschiffen*, 1983, S. 154.

72 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 7.

73 Mit grundsätzlichen Bedenken zum Missbrauchspotential eines immer weiteren Verständnisses der Hafenstaatsjurisdiktion, Honniball, *IJMCL* 2016, 499, 530.

mein anerkannter internationaler Regeln und Normen sind, keine internen Angelegenheiten des Schiffes sind.⁷⁴

Letztendlich kann die Entscheidung der Frage, ob die Sicherung der sozialen Mindeststandards der Seeleute eine »innere Angelegenheit« in diesem Sinne ist, dahinstehen, wenn das Konzept der »inneren Angelegenheiten« ohnehin nicht als verbindliche Völkerrechtsregel zu qualifizieren ist. Die Praxis, sich nicht in innere Angelegenheiten einzumischen, beruht nicht auf einer völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Regel, sondern auf der unverbindlichen Zurückhaltung der Hafenstaaten in der Ausübung ihrer Gebietshoheit (*Courtoisie*).⁷⁵ Das unverbindliche Konzept der »*internal affairs*« steht somit der Ausübung der Durchsetzungspflichten der Hafenstaaten aus der MLC völkerrechtlich nicht entgegen. Folglich basieren die Hafenstaatskontrollen auf der Gebietshoheit der Hafenstaaten sowie auf dem Umstand, dass diese die Konditionen, zu denen Schiffe in ihre Häfen einfahren dürfen, selbst festlegen.⁷⁶

4. Völkerrechtliche Grundlage der Kontrolle durch den Arbeitskräfte zur Verfügung stellenden Staat

Zuletzt lassen sich die Pflichten Arbeitskräfte zur Verfügung stellender Staaten auf die Personalhoheit dieser zurückführen. Kraft der Personalhoheit sind die Staaten dazu befugt, die im Staatsgebiet ansässigen natürlichen und juristischen Personen zu berechtigen und zu verpflichten.⁷⁷ Der soziale Schutz der Seeleute, die Staatsangehörige eines Mitgliedsstaats sind, dort wohnen oder sonst wie ansässig sind, ist von der Personalhoheit der Mitgliedstaaten erfasst. Die Personalhoheit ist auch Anknüpfungspunkt für die Kontrolle der Arbeitsvermittlungsdienste, die als juristische Personen Staatszugehörige des kontrollberechtigten Mitgliedstaats sind.⁷⁸

V. Defizite der Durchsetzungspflichten

Die Erörterung der Durchsetzungspflichten zeigt, dass die MLC den völkerrechtlichen Akteuren mit »Zugriff« auf die Seeleute umfangreiche Pflichten zur Sicherung sozialer Mindeststandards für die Besatzung von Seehandelsschiffen zuweist.⁷⁹ Diese beruhen auch auf völkerrechtlich anerkannten Jurisdiktionsgrundlagen. Somit wird von drei Seiten sichergestellt, dass die Arbeits- und Lebensbedingungen für die Besatzung von Seehandelsschiffen internationalen Mindeststandards genügen.

Den Durchsetzungsmechanismen der MLC sind jedoch Schwächen immanent.

74 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 32.

75 Lindemann, Das Übereinkommen Nr. 147 der internationalen Arbeitsorganisation vom 29. Oktober 1976 über Mindestnormen auf Handelsschiffen, 1983, S. 164, Molenaar, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Port State Jurisdiction, 2014, Rn. 12, Ringbom, Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 116.

76 Genauer zum Verhältnis von Flaggenstaats- und Hafenstaatsjurisdiktion, Honnibal, IJMCL 2016, 499, 529.

77 Epping, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 123 Rn. 78.

78 Epping, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 123 Rn. 78.

79 So auch Carey, ANZMLJ 2017, 14, 23.

Ein grundlegendes Defizit der MLC ist, dass sie bei Verstößen gegen die Durchsetzungspflichten keine Eingriffsmöglichkeiten für Drittstaaten vorsieht. Dies erklärt sich dadurch, dass die Akteure in Ausübung ihrer Durchsetzungspflichten grundsätzlich souverän agieren und im Völkerrecht nicht vorgesehen ist, dass Drittstaaten bei Verstößen gegen arbeitsrechtliche Mindeststandards eingreifen. Mangels direkter Eingriffsmöglichkeiten für Drittstaaten, wie sie z. B. Art. 110 SRÜ vorsieht, der Kriegsschiffen in begründeten Fällen des Verdachts etwa der Seeräuberei oder der Sklaverei (Art. 110 Abs. 1 lit. a, c SRÜ) das Betreten fremder Schiffe gewährt, bleibt zunächst auch die effektive Durchsetzung sozialer Mindeststandards der Willkür der Mitgliedstaaten überlassen.

Problematisch ist weiterhin, dass die MLC keine Möglichkeit für die Mitgliedstaaten oder die Seeleute vorsieht, eine wirksame Ausübung der Durchsetzungspflichten durch die Mitgliedstaaten vor einem internationalen Streitbeilegungsgremium zu begehren.⁸⁰

Ein grundlegendes Problem besteht außerdem darin, dass die sozialen Mindeststandards im Völkerrecht zwar von Privaten umgesetzt werden müssen, diese aber (noch) keine Völkerrechtssubjektivität in der Weise besitzen, dass man sie völkerrechtlich zu ihrer Einhaltung zwingen kann. Aufgrund dieses Umstands befasst sich der nachfolgende Abschnitt lediglich mittelbar mit der Sicherung sozialer Mindeststandards, da dies nur durch eine effektive Durchsetzung durch die Mitgliedstaaten erreicht werden kann.

C. Möglichkeiten des Völkerrechts zur Sicherung der sozialen Mindeststandards

Für die Erörterung völkerrechtlicher Möglichkeiten zur Sicherung der Durchsetzungspflichten werden zwei Anknüpfungspunkte zugrunde gelegt. Zunächst soll eine Erweiterung des Geltungsbereichs des Abkommens untersucht werden, durch die noch mehr Staaten zur Durchsetzung der sozialen Mindeststandards verpflichtet werden könnten. Anschließend werden anerkannte Instrumente des Völkerrechts erläutert, die zur Sicherung der Einhaltung der Durchsetzungspflichten beitragen können.

1. Erweiterung des Geltungsbereichs der MLC durch das Seerechtsübereinkommen

Das Ziel der ILO ist die universelle Geltung der MLC, sodass alle Seeleute weltweit soziale Mindeststandards genießen.⁸¹

Eine umfassendere Geltung der Gewährleistungen der MLC wäre durch eine Implementierung dieser in das SRÜ möglich. Das SRÜ selbst verfehlt es, detaillierte Regelungen darüber zu treffen, welche Staaten für den Schutz der Seeleute

⁸⁰ Vgl. Carballo Piñeiro, *International Maritime Labour Law*, 2015, S. 61.

⁸¹ Vgl. www.ilo.org/global/standards/maritime-labour-convention/WCMS_664151/lang--en/index.htm.

zuständig sind und wie dieser auszugestaltet ist.⁸² Es sieht jedoch an verschiedenen Stellen die Beachtung sogenannter »Generally Accepted International Regulations« (GAIRS) vor. Eine solche könnte die MLC sein. Da das SRÜ von 168 Staaten ratifiziert wurde⁸³, wäre die Bindungswirkung der Gewährleistungen der MLC (mittelbar) deutlich größer.

1. Die Implementierung von Normen über die GAIRS

Das SRÜ sieht in Art. 21, 37, 41, 53 und 94 SRÜ vor, dass diese Normen unter Beachtung der GAIRS angewendet werden müssen. Für Mitgliedstaaten des Seerechtsübereinkommens sonst unverbindliche Normen oder völkerrechtliche Verträge sind für diese unter dem Regime des Seerechtsübereinkommens zu beachten, sofern sie als GAIRS zu qualifizieren sind.⁸⁴

Das Seerechtsübereinkommen sieht keine Definition der GAIRS vor, die Anforderungen an die Qualifikation von Normen als GAIRS sind mithin strittig.⁸⁵

Nach einer Ansicht sollen die Normen seerechtlicher Abkommen als GAIRS qualifiziert werden, sobald das in Rede stehende Abkommen die formalen Voraussetzungen für sein Inkrafttreten erfüllt.⁸⁶ Gemäß *Timagenis* soll dies nur gelten, wenn mit dem Inkrafttreten eine ausreichende Anzahl von Staaten und dadurch gleichzeitig eine ausreichende Anzahl der Wertschiffahrt abgebildet ist.⁸⁷ Diese Ansicht ist sehr weit und ermöglicht eine umfassende Anwendung von Abkommen über die GAIRS. Sie ist aufgrund der Vielzahl verschiedener Mechanismen für ein Inkrafttreten von Abkommen ungeeignet, um einen einheitlichen Maßstab zu bestimmen und deshalb abzulehnen.⁸⁸ Eine andere Ansicht setzt die Anforderungen an die GAIRS mit den Anforderungen an die Bildung von Völkergewohnheitsrecht gleich.⁸⁹ Dies widerspricht allerdings dem Wortlaut, denn die anzuwendenden Normen werden gerade nicht als gewohnheitsrechtliche Regeln, sondern als allgemein anerkannte internationale Regeln bezeichnet.⁹⁰ Durch eine Gleichsetzung der Anforderungen an GAIRS mit denen, die an die Bildung von Gewohnheitsrecht zu stellen sind, wäre der Anwendungsbereich außerdem sehr eingeschränkt.

82 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 23, Roat, *BJIL* 1980, 54, 82.

83 Vgl. www.un.org/depts/los/reference_files/chronological_lists_of_ratifications.htm.

84 Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*, 2017, Art. 94 Rn. 11, König, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Marine Environment, International Protection*, 2013, Rn. 14.

85 Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*, 2017, Art. 94 Rn. 11, König, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Marine Environment, International Protection*, 2013, Rn. 14.

86 Valenzuela, in: Johnston/Letalik (Hrsg.), *The Law of the Sea and the Ocean Industry: New Opportunities and Restraints*, 1984, S. 145.

87 *Timagenis*, *International Control of Marine Pollution*, 1980, S. 606.

88 Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*, 2017, Art. 94 Rn. 11, Harrison, *Making the Law of the Sea*, 2011, S. 173.

89 Van Reenen, *NYIL*, 1981, 3, 12, sehr restriktiv, jedoch nicht ausschließlich Völkergewohnheitsrecht als GAIRS qualifizierend auch Treves, in: Dupuy/Vignes (Hrsg.), *A Handbook on the New Law of the Sea*, 1991, Band 2, S. 875.

90 Oxman, *N. Y. U. J. Int'l L. & Pol.* 1991, 109, 146, Hakapää, *Marine Pollution in International Law: Material Obligations and Jurisdiction*, 1981, S. 121.

Eine dritte Ansicht bestimmt die Anforderungen an die GAIRS nicht konkret. Vielmehr stellt sie auf die Zahl der Staaten, die die in Rede stehenden Normen beachten sowie die Praxis der Staaten, die besonders betroffen sind und die einen Großteil des weltweiten Schifffahrtssektors repräsentieren, als entscheidende Faktoren ab.⁹¹ Weiterhin führt sie aus, dass das Hauptziel der Referenztechnik darin bestünde, internationale Regeln und Normen für Staaten verbindlich zu machen, die sonst nicht verpflichtet wären, um eine einheitliche globale Praxis zu erreichen.⁹² Der entscheidende Faktor müsse deshalb eine weit verbreitete und repräsentative staatliche Praxis sein, einschließlich der Staaten, deren Interessen besonders betroffen sind.⁹³

Diese dritte Ansicht verdient schon aus Praktikabilitätserwägungen den Vorzug, da eine einheitliche Praxis leichter festzustellen ist, als die Anforderungen an die Bildung von Gewohnheitsrecht. Als GAIRS zu qualifizieren sein sollen jedenfalls die wichtigsten im Rahmen der Internationalen Seeschifffahrts-Organisation (IMO) und ILO vereinbarten Übereinkommen, Sicherheitsstandards und Richtlinien.⁹⁴ Unstrittig als GAIRS qualifiziert werden deshalb solche Instrumente des Seerechts, deren Mitgliedstaaten 95–99 % der Welthandelsflotte repräsentieren.⁹⁵ Dem entsprechen insbesondere das SOLAS-Abkommen, das MARPOL-Abkommen, das STCW-Abkommen sowie das in der MLC konsolidierte ILO-Abkommen Nr. 147 über Mindeststandards auf Handelsschiffen.⁹⁶

2. Die MLC als GAIRS?

Nachdem die MLC, neben den genannten Konventionen, die »vierte Säule« des Seehandelsrechts ist, erscheint es naheliegend, dass auch sie als GAIRS angesehen wird. Sie deckt allerdings bisher lediglich über 91 % der Welthandelsflotte ab. Gegen eine Qualifikation der MLC als GAIRS spricht weiterhin die, jedenfalls früher von der Staatengemeinschaft vertretene, Auffassung, dass eine gemeinverträgliche Nutzung der See durch die Staaten nicht notwendigerweise eines einheitlichen Sozial- und Arbeitsrechts bedürfe.⁹⁷

Gegen die frühere Auffassung der Staatengemeinschaft spricht, dass die Sicherung sozialer Mindeststandards auch für die als Gemeininteresse zu qualifizierende Schiffsicherheit eine große Rolle spielt.⁹⁸ Weiterhin ist es, wie schon die

91 Oxman, N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 1991, 109, 157, Committee on Coastal State Jurisdiction Relating to Marine Pollution, International Law Association Reports of Conferences, 69, 2000, S. 443, 479 f.

92 Oxman, N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 1991, 109, 157, Committee on Coastal State Jurisdiction Relating to Marine Pollution, International Law Association Reports of Conferences, 69, 2000, S. 443, 480.

93 Oxman, N.Y.U.J. Int'l L. & Pol. 1991, 109, 158, Committee on Coastal State Jurisdiction Relating to Marine Pollution, International Law Association Reports of Conferences, 69, 2000, S. 443, 475.

94 Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 854 Rn. 10.

95 Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary, 2017, Art. 94 Rn. 12, Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 854 Rn. 10.

96 Guilfoyle, in: Proelß (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary, 2017, Art. 94 Rn. 12, Heintschel von Heinegg, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 854 Rn. 10, Nordquist/Nandan/Rosenne, United Nations Convention on the Law of the Sea 1982, A Commentary, Volume III, 1995, S. 148 Rn. 94.8 (g).

97 Núñez-Müller, Die Staatszugehörigkeit von Handelsschiffen im Völkerrecht, 1994, S. 278.

98 Barnes, in: Proelß (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary, 2017, Art. 21 Rn. 21.

Verabschiedung der MLC zeigt, überholt, den Schutz der Seeleute durch Arbeits- und Sozialrecht als ausschließlich nationale Angelegenheit zu betrachten. Die MLC erfüllt noch nicht die, für eine unstrittige Qualifikation als GAIRS maßgebliche, mindestens geforderte Repräsentation der Welthandelsflotte von 95 %. Dennoch ist die Praxis der Staaten, die die MLC ratifiziert haben, bereits jetzt herausragend für die Welthandelschifffahrt.

3. Ergebnis

Die MLC ist aus den gezeigten Gründen als GAIRS zu qualifizieren.⁹⁹ So wird mittelbar der Anwendungsbereich der MLC auf die Staaten erweitert, die zwar nicht die MLC ratifiziert haben, aber Mitglied des Seerechtsübereinkommens sind. Eine konkrete Rechtsfolge der Geltung der MLC als GAIRS ist, dass die Küstenstaaten Regelungen für die friedliche Durchfahrt in den in Art. 21 Abs. 1 lit. a–h SRÜ aufgezählten Bereichen unter Beachtung der MLC treffen dürfen, obwohl sie für Sachverhalte betreffend die Besatzung an Bord fremder Schiffe im Bereich jenseits ihres Staatsgebiets eigentlich nicht zuständig sind (vgl. Art. 21 II SRÜ).¹⁰⁰ Ein Nichtmitgliedstaat muss die sozialen Mindeststandards der MLC in der beschriebenen Situation somit nicht erst im Falle des Einfahrens in den Hafen eines Mitgliedstaats beachten (vgl. C.III.2.c), sondern bereits beim Verkehr in den territorialen Gewässern des Küstenstaats.

II. Völkerrechtliche Geltendmachung der Durchsetzungspflichten

Neben der Erweiterung des Anwendungsbereichs der MLC wird im Folgenden untersucht, welche völkerrechtlichen Instrumente die Sicherung der Durchsetzungspflichten gewährleisten können. Damit wird dem Defizit der MLC Rechnung getragen, dass sie selbst keine konkrete Regelung dazu enthält, wem gegenüber die Pflichten der Mitgliedstaaten aus Art. V geschuldet sind und inwieweit eine Pflichtverletzung im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit bzw. des diplomatischen Schutzes von anderen Mitgliedstaaten geltend gemacht werden kann.

1. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Verfahren vor der ILO

Zunächst sieht die ILO selbst Verfahren zur Sicherung der Durchsetzung der von ihr verabschiedeten Abkommen vor.

a) Beschwerdeverfahren

Art. 24 der ILO-Verfassung (ILOV) sieht vor, dass Arbeitnehmervverbände und Arbeitgeberverbände bei der ILO eine Beschwerde einreichen können, wenn ein Mitglied eines Abkommens dieses nicht durchsetzt. Tatsächliche Rechtsfolgen sind jedoch im Beschwerdeverfahren gemäß Art. 24 ILOV nicht vorgesehen. Ne-

⁹⁹ So auch Papanicopolupu, *International Law and the Protection of People at Sea*, 2018, S. 38.

¹⁰⁰ Barnes, in: Proelß (Hrsg.), *United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary*, 2017, Art. 21 Rn. 2.

ben der möglichen politischen Wirkung einer Veröffentlichung der Beschwerde, bringt das Verfahren für den Einzelnen somit keinen größeren Mehrwert.

b) Klageverfahren

Eine Beschwerde kann auch durch einen Mitgliedstaat beim Internationalen Arbeitsamt erhoben werden. Voraussetzung dafür ist, dass der Verletzerstaat das in Rede stehende Abkommen ratifiziert hat (vgl. Art. 26 ILOV). Es kann ein Untersuchungsausschuss eingesetzt werden, der die Sache ermittelt und ggf. Abhilfemaßnahmen sowie eine Frist für die Durchführung der Maßnahmen vorschlägt (vgl. Art. 26 ff. ILOV). Die betreffende Regierung kann den Untersuchungsbericht und die Maßnahmen annehmen oder den Streitfall dem IGH unterbreiten (Art. 29 ILOV). Letzteres ist in der Praxis allerdings bisher nicht vorgekommen.¹⁰¹ Entscheidet der IGH über den Streitfall, ist dessen Urteil endgültig (Art. 31 ILOV). Nimmt ein Mitgliedstaat Empfehlungen an, ohne sie danach umzusetzen, überlässt Art. 33 ILOV es dem Ermessen des Verwaltungsrates, Maßnahmen zur Sicherstellung der Einhaltung vorzuschlagen.¹⁰²

2. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit

In der Nichtausübung der Durchsetzungspflichten könnte eine Verletzung völkerrechtlicher Pflichten liegen, die die Mitgliedstaaten des Übereinkommens nach den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit geltend machen könnten. Die Voraussetzungen der gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätze der Staatenverantwortlichkeit sind in den ILC Draft Articles of State Responsibility (DARS) niedergelegt und wurden teils progressiv erweitert.¹⁰³

a) Die Aktive Deliktsfähigkeit der Mitgliedstaaten

Der Mitgliedstaat, der sich nicht an seine Durchsetzungspflichten aus Art. V hält (Verletzerstaat), ist als handlungsfähiges Völkerrechtssubjekt aktiv deliktsfähig (Art. 1 DARS).

b) Die Zurechnung des Normverstoßes

Dem Verletzerstaat muss ein zurechenbarer Normverstoß vorwerfbar sein, dieser kann auch in einem Unterlassen bestehen (Art. 2 DARS). Das Unterlassen der Durchsetzungspflichten aus Art. V wäre als Vertragspflicht geeigneter Anknüpfungspunkt für die Pflichtverletzung (vgl. Art. 12 DARS).

101 Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, 2008, S. 66.

102 Zimmer, Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen, 2008, S. 66., Sauer, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, International Labour Organisation, 2014, Rn. 24.

103 Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts with Commentary, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2008, S. 31, Crawford, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, State Responsibility, 2006, Rn. 65.

(1) Normverstoß

Die Durchsetzungspflichten des Art. V müssen eine völkerrechtlich justiziable Pflicht der Mitgliedstaaten begründen. Dies könnte vor dem Hintergrund, dass die MLC kein Instrument zur Beilegung aus ihr hervorgehender möglicher Streitigkeiten vorgibt, fraglich sein. Dieser Umstand könnte aus einem unausgesprochenen Konsens der Mitgliedstaaten erwachsen sein, sich nicht völkerrechtlich an die Durchsetzungspflichten binden zu wollen und die Ausübung der Durchsetzungspflichten als souveräne Hoheitsrechte zu verstehen. Dies ist insbesondere vor der weitreichenden Einschränkung der Souveränität der Mitgliedstaaten zu bedenken, die diese eingehen, wenn sie sich an die Mindestanforderungen zum sozialen Schutz der Seeleute und ihrer Durchsetzungsmechanismen binden.

Entgegen vorstehender Überlegung begründen die Durchsetzungspflichten völkerrechtlich justiziable Vertragspflichten der Mitgliedstaaten. Gemäß Art. I Abs. 1 sind die Vertragsstaaten verpflichtet, die Bestimmungen der MLC in der in Art. VI festgelegten Weise in vollem Umfang durchzuführen, um das Recht aller Seeleute auf eine menschenwürdige Beschäftigung sicherzustellen. Art. VI Abs. 1 S. 1 stellt klar, dass die Regeln und Teil A des Codes verbindlich sind, demnach auch die Regeln und Teil A des Codes des Titel 5 betreffend die Erfüllung und Durchsetzung der Anforderungen (Durchsetzungspflichten). Jedes Mitglied der MLC verpflichtet sich, die in den Regeln dargelegten Rechte und Grundsätze zu achten und jede Regel so umzusetzen, wie dies in den entsprechenden Bestimmungen des Teils A des Codes vorgesehen ist, Art. VI Abs. 2 S. 1.¹⁰⁴ Die Durchsetzungspflichten der MLC sind deshalb im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit geltend zu machende Vertragspflichten.¹⁰⁵

(2) Zurechnung des Normverstoßes

Ob der Verletzerstaat sich die Durchsetzungspflichtverletzung zurechnen lassen muss, richtet sich nach Art. 4 ff. DARS. Das konkret pflichtwidrige Verhalten liegt entweder in einer Nichtumsetzung der Normen in nationales Recht (Unterlassen der Legislative) oder in einer Vernachlässigung der im Abkommen vorgesehenen Kontrollen und Durchsetzungsmechanismen. Letzteres kann auf Klassifikationsgesellschaften übertragen werden. Eine Nichtumsetzung ist dem Mitgliedstaat als legislatives Organhandeln zurechenbar (Art. 4 DARS). Das Unterlassen hinreichender Kontrollen durch Klassifikationsgesellschaften ist den Staaten

104 Den weitreichenden Eingriffen in die Souveränität, insbesondere der Mitgliedstaaten für die es große Schwierigkeiten bedeutet die sozialen Rechte der Seeleute auf das Mindestmaß der MLC anzuheben, trägt Art. VI Abs. 3 Rechnung. Dieser ermöglicht im Hinblick auf die Umsetzung der Bestimmungen des Teils A der MLC, diese durch den Bestimmungen im Wesentlichen gleichwertige Rechtsvorschriften oder sonstige Maßnahmen umzusetzen, wenn ein Mitglied nicht in der Lage ist, die Rechte und Grundsätze in der in Teil A des Codes vorgesehenen Weise zu verwirklichen.

105 Dies ist für die hafentaatlichen Kontrollen nicht ohne Weiteres anzunehmen. Der Wortlaut »kann« (Art. V Abs. 4) könnte der Annahme einer Pflicht entgegenstehen; liest man den Absatz jedoch in Verbindung mit Art. I Abs. 2, wonach die Mitglieder zur Sicherstellung der wirksamen Durchführung und Durchsetzung des Übereinkommens zusammenzuarbeiten haben, kann eine Ermessenspflicht zur Überprüfung der Schiffe bejaht werden, so auch McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, *The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime*, 2011, S. 212.

nach Art. 5 DARS zurechenbar, da die Klassifikationsgesellschaften in Ausübung staatlicher Hoheitsgewalt handeln.¹⁰⁶

c) Die Passive Deliktsfähigkeit der Mitgliedstaaten

Fraglich ist, welcher Staat eine Durchsetzungspflichtverletzung geltend machen kann. Für eine Geltendmachung der Durchsetzungspflichtverletzung müsste ein Staat passiv deliktsfähig sein. Neben der Völkerrechtssubjektivität und Handlungsfähigkeit richtet sich dies danach, gegenüber welchem Staat die Erfüllungsverpflichtung geschuldet ist (vgl. Art. 42 DARS).

(1) Die Erfüllungsstruktur der Durchsetzungspflicht

Die Erfüllungsstruktur und die Adressaten der Erfüllungsverpflichtung sind durch Auslegung zu ermitteln. Für die Auslegung sind der Wortlaut der Normen sowie der Zusammenhang, Ziel und Zweck der Normen maßgeblich (vgl. Art. 31 Abs. 1 WVK).¹⁰⁷ Art. V weist den Durchsetzungspflichten nicht eindeutig einen Erfüllungsgläubiger zu. Neben einer Erfüllungspflicht gegenüber dem Einzelnen kommt, aufgrund der sich gegenseitig ergänzenden Systematik der Durchsetzungspflichten, die Verpflichtung zur Durchsetzung gegenüber den anderen Mitgliedstaaten in Betracht. Die Durchsetzungspflichten haben zum Ziel, möglichst universell menschenwürdige Arbeitsbedingungen zu sichern.¹⁰⁸ Die Erfüllung der Durchsetzungspflichten durch jeden Mitgliedstaat ist Voraussetzung für die effektive Förderung dieses Ziels. Art. I Abs. 2 verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Sicherstellung der wirksamen Durchführung und Durchsetzung dieses Übereinkommens zusammenzuarbeiten. Die Mitgliedstaaten haben deshalb ein gemeinschaftliches Interesse daran, dass die Durchsetzungspflichten gegenüber allen anderen Mitgliedstaaten der MLC geschuldet werden. Folglich sind die Durchsetzungspflichten grundsätzlich gegenüber allen Mitgliedstaaten geschuldet (Art. 42 lit. b, sog. Verpflichtungen *erga omnes partes*¹⁰⁹).

Für eine Geltendmachung der Völkerrechtsverletzung einer *erga omnes partes* Verpflichtung nach Art. 42 lit. b (i) DARS ist darüber hinaus eine individuelle Betroffenheit des verletzten Staats erforderlich. Bezüglich der Durchsetzungspflichten der MLC wird eine individuelle Betroffenheit jedoch nur dann anzunehmen sein, sofern der Heimatstaat eines betroffenen Crewmitglieds eine Verletzung der Durchsetzungspflichten (und mittelbar damit der Rechte der Seeleute) geltend macht. Alternativ zur individuellen Betroffenheit kann eine Durchsetzungspflichtverletzung nach Art. 42 lit. b (ii) DARS geltend gemacht werden, wenn die verletzte Verpflichtung von solcher Art ist, dass sie die Lage aller anderen Staaten, denen die Verpflichtung geschuldet ist, hinsichtlich der weiteren Erfüllung der Verpflichtung grundlegend ändert. Letzteres ist lediglich anzunehmen, wenn die

106 Vgl. auch Handbook: Guidance on implementing the Maritime Labour Convention, 2006 – Model National Provisions S. 98.

107 Art. 31 Abs. 1 WVK ist gewohnheitsrechtlich anerkannt, vgl. IGH Urte. v. 03.02.1994 – Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya v. Chad), ICJ Reports 1994, 6 Rn. 41.

108 Ntovas, ILM 2014, 933, 934, Bauer, CJIL 2008, 643, McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 91.

109 Vgl. z. B. IGH Urte. v. 20.07.2012 – Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), ICJ Reports 2012, 422 Rn. 68.

Leistung jeder Partei tatsächlich abhängig von der Leistung der jeweils anderen Partei ist und die andere Leistung erfordert.¹¹⁰

(2) Geltendmachung nach Art. 48 DARS

Unabhängig vom Kriterium der individuellen Betroffenheit kommt eine Geltendmachung von Verstößen gegen die MLC durch die Mitgliedstaaten nur unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 48 DARS in Betracht. Abweichend von Art. 42 DARS soll auch ein nicht unmittelbar betroffener Staat eine Pflichtverletzung geltend machen können, wenn die Erfüllungsverpflichtung einer Gruppe von Staaten geschuldet ist, welcher der Mitgliedstaat angehört und die dem Schutz eines gemeinsamen Interesses der Gruppe dient (Art. 48 Abs. 1 lit. a DARS). Gemeint sind solche Gemeininteressen, die nicht nur die mitgliedstaatlichen Eigeninteressen, sondern ein breiteres, gemeinsames Interesse fördern, das über die individuellen Interessen der Staaten hinausgeht.¹¹¹ Dazu gehören Abkommen, die allgemeine Schutzstandards für eine Gruppe von Personen oder für eine Volksgruppe festlegen.¹¹² Diese Anforderungen erfüllt die MLC, wie oben dargelegt. Dass ihre Regelungen über ein rein mitgliedstaatliches Eigeninteresse hinausgehen, bestätigt auch die Erstreckung des Anwendungsbereichs auf Nichtmitgliedstaaten durch die Nichtbegünstigungsklausel des Art. V Abs. 7.

d) Ergebnis und Rechtsfolgen

Eine Durchsetzungspflichtverletzung kann aufgrund ihrer Erfüllungsstruktur von den anderen Mitgliedstaaten der MLC nach den Grundsätzen der Staatenverantwortlichkeit geltend gemacht werden. Auf Rechtsfolgenseite sind primär die Einstellung der Pflichtverletzung sowie Zusicherungen und Garantien dafür, dass die Pflichtverletzung nicht wiederholt wird, vorgesehen (vgl. Art. 48 Abs. 2 lit. a DARS). Die Bewertung der Durchsetzungspflichten dahingehend, dass ihre Verletzung von allen Mitgliedstaaten der MLC geltend gemacht werden kann, entspricht grundsätzlichen Entwicklungen des internationalen Seerechts zu einer stärkeren Regulierung der Handelsschifffahrt. Zwar besteht nach wie vor die Freiheit des Seehandels als größter Antreiber der Globalisierung und des Welthandels¹¹³, diese wird jedoch vermehrt durch gemeinsame Schutzgüter der Seefahrtsnationen eingeschränkt. Neben Umweltschutzanliegen, die schon länger gemeinsames Schutzgut der Seefahrtsnationen sind¹¹⁴, tritt nunmehr die weltweite Sicherung menschenwürdiger Arbeitsbedingungen auf See.¹¹⁵

110 Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts with Commentary, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2008, S. 119, gemeint sind etwa Abrüstungsverträge.

111 Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts with Commentary, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2008, S. 126.

112 Draft Articles on Responsibility of States for internationally Wrongful Acts with Commentary, Report of the International Law Commission on the work of its fifty-third session, 2008, S. 127.

113 Koh, in: Nordquist/Moore/Beckman/Long (Hrsg.), *Freedom of Navigation and Globalization*, 2015, S. 5 f.

114 Rothwell/Stephens, *The International Law of the Sea*, 2016, S. 221.

115 Eingehend zur Veränderung der Balance in der Jurisdiktion der Staaten, die an der Seeschifffahrt beteiligt sind, Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), *Jurisdiction over Ships*, S. 301 ff.

3. Die Durchsetzungspflichtverletzung im Rahmen des diplomatischen Schutzes

Im Folgenden wird untersucht, inwiefern die Verletzung von Durchsetzungspflichten im Rahmen des diplomatischen Schutzes geltend gemacht werden kann. Als Folge der Nichtausübung von Durchsetzungspflichten der Mitgliedstaaten ist die Durchsetzung der sozialen Mindeststandards als Rechte der Seeleute nicht sichergestellt. Logische Konsequenz ist deshalb, dass die Durchsetzungspflichtverletzung zugleich eine Verletzung der Rechte der einzelnen Seeleute ist. Als Verletzerstaaten kommen sowohl der Flaggenstaat und der Hafenstaat als auch der Arbeitskräfte zur Verfügung stellende Staat infrage.

a) Das Staatsangehörigkeitserfordernis (nationality rule)

Die Ausübung diplomatischen Schutzes durch den Heimatstaat setzt traditionell die Staatsangehörigkeit des Einzelnen zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Rechtsverletzung voraus (sog. *nationality rule*).¹¹⁶ Für die Heimatstaaten der Seeleute ist das Staatsangehörigkeitserfordernis unproblematisch. Sofern Mitgliedstaaten in einer jeweils anderen Rolle ihre Durchsetzungspflichten verletzen, kommt jedoch auch die Ausübung diplomatischen Schutzes durch einen Mitgliedstaat in der Rolle des Flaggenstaats oder des Hafenstaats infrage. Dazu bedürfte es einer Ausnahme vom Staatsangehörigkeitserfordernis, wie sie für Staatenlose und Flüchtlinge sowie für die Crew an Bord eines Schiffes diskutiert wird.¹¹⁷

(1) Ausnahmen vom Staatsangehörigkeitserfordernis für Seeleute

Die Staatenpraxis bezüglich der Zulässigkeit diplomatischen Schutzes für Seeleute ist nicht einheitlich.¹¹⁸ Während etwa in den Fällen *McCready (US) vs. Mexico*¹¹⁹ und *I'm Alone vs. USA*¹²⁰ die Möglichkeit der Ausübung diplomatischen Schutzes für fremde Besatzungsmitglieder bejaht wurde, war die fehlende Staatsangehörigkeit im Ergebnis mangelndes Kriterium für die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes im Fall *Shields (US) vs. Chile*.¹²¹

Einen von der Staatsangehörigkeit der einzelnen Seeleute unabhängigen Ansatz vertrat Richter *Badawi Pasha* im Fall *Reparations for Injury suffered in the Service of the UN*. Er ging davon aus, dass das Recht des Flaggenstaats, fremden Seeleuten Schutz zu gewähren, an die Staatszugehörigkeit des Schiffes und nicht an die Nationalität der Seeleute anknüpfe.¹²² Dem hat sich der ITLOS im Fall *M/V Saiga* insoweit angeschlossen, als er das Recht eines Flaggenstaats, Ersatz für Verluste oder Schäden zu verlangen, die dem Schiff durch Handlungen anderer

116 Vgl. IGH Urt. v. 06.04.1955 – Nottebohm Case (Liechtenstein v. Guatemala), ICJ Reports 1955, 4, 23.

117 Dugard, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Diplomatic Protection, 2009, Rn. 47 ff, Kleinlein/Rabenschlag, ZaöRV 2007, 1277, 1284.

118 Bohn, Die Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten staatsfremder Personen: Staatliche Befugnisse und individuelle Ansprüche, 2010, S. 84 f.

119 *McCready (US) vs. Mexico*, in: Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party, 1898, Vol. III, S. 2536.

120 *S. S. I'm Alone vs. United States*, Reports of International Arbitral Awards, Volume III S. 1609, 1617 f., AJIL, 1935, 326.

121 *Patrick Shields (US) vs. Chile*, in: Moore, History and Digest of the International Arbitrations to which the United States Has Been a Party, 1898, Vol. III S. 2559.

122 *Abweichende Stellungnahme v. 11.04.1948 Judge Badawi Pasha* ICJ Reports 1949, 205, 206 f., Fn. 1.

Staaten entstanden sind, auf das Schiff als Einheit und somit auch auf die Besatzung des Schiffes unabhängig von deren Nationalität bezieht.¹²³ Der ITLOS führt Praktikabilitätsabwägungen an, nach denen es zu unangemessenen Härtefällen führen würde, wenn sich jede Person, die einen Schaden erleidet, in ihrem Heimatstaat um Schutz bemühen müsste.¹²⁴ Im Ergebnis geht der ITLOS allerdings nicht davon aus, dass der Schutz von Rechten der Besatzung durch den Flaggenstaat einer Ausübung diplomatischen Schutzes entspricht, sondern dass er lediglich Folge der Flaggenhoheit über das gesamte Schiff ist.¹²⁵ Diese Annahme liegt auch Art. 18 der Draft Articles of Diplomatic Protection (DP Draft)¹²⁶ zugrunde, der von einer Parallelität der Abhilfemaßnahmen des Flaggenstaats und des diplomatischen Schutzes ausgeht und nicht von deren Identität.¹²⁷ Überlegungen hinsichtlich einer Ausnahme vom Staatsangehörigkeitserfordernis für die Ausübung diplomatischen Schutzes durch die Hafenstaaten bestehen in Literatur und Praxis nicht. Der diplomatische Schutz der Seeleute durch Flaggenstaaten oder Hafenstaaten kann somit nicht durch eine Ausnahme vom Staatsangehörigkeitserfordernis begründet werden.

(2) Anknüpfung an das Kriterium effektiver Kontrolle?

Die Besonderheit der Durchsetzungspflichten besteht gerade darin, dass die Personalhoheit des Heimatstaats von der Flaggenhoheit des Flaggenstaats und der Gebietshoheit des Hafenstaats ergänzt wird, um dadurch in Zusammenarbeit die Lücken im Schutz der Seeleute zu schließen. Zu begründen wäre die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes durch die Flaggenstaaten und Heimatstaaten deshalb in Anknüpfung an ihre effektive Ausübung von Hoheitsgewalt im Bereich der Durchsetzungspflichten, die einer Sicherung sozialer Mindeststandards für die Besatzung von Seehandelsschiffen oft deutlich besser gerecht wird. Völkerrechtliche Entwicklungen, die für die Ausübung von Schutzpflichten an die effektive Kontrolle der Staaten über die Personen anknüpfen, bestehen im Bereich internationaler Menschenrechtsverträge, vgl. z. B. Art. 1 EMRK.¹²⁸ Diese kennen für das Kriterium der Schutzausübung über Personen, neben der rechtlich zugeordneten Rechtsausübungskompetenz (*»Power«*), eine an tatsächliche Kontrollmöglichkeiten anknüpfende Rechtsausübungskompetenz (*»Effective Control«*).¹²⁹

123 ITLOS Urt. v. 01.07.1999 – The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 106.

124 ITLOS Urt. v. 01.07.1999 – The M/V Saiga (No. 2) Case (Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea), ITLOS Reports 1999, 10 Rn. 107.

125 Bohn, Die Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten staatsfremder Personen: Staatliche Befugnisse und individuelle Ansprüche, 2010, S. 89, Dugard, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Diplomatic Protection, 2009, Rn. 51.

126 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), die ILC Draft Articles on Diplomatic Protection legen in weiten Teilen geltendes Völkergewohnheitsrecht schriftlich nieder, gehen jedoch teils auch progressiv darüber hinaus, Dugard, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Law, Diplomatic Protection, 2009, Rn. 6.

127 Vgl. Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 308.

128 Papanicolopulu, in: Ringbom (Hrsg.), Jurisdiction over Ships – Post-UNCLOS Developments in the Law of the Sea, 2015, S. 320, Papanicolopulu, International Law and the Protection of People at Sea, 2018, S. 113.

129 Papanicolopulu, International Law and the Protection of People at Sea, 2018, S. 120.

Die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes von Nichtstaatsangehörigen wird auch bei erga omnes-Normen diskutiert.¹³⁰ Bezogen auf die Durchsetzungspflichten ist zu überlegen, zumindest neben der Schutzausübung durch den Heimatstaat, die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes an die tatsächliche Rechtsausübungsmöglichkeit und den gemeinschaftlichen Schutzzweck anzuknüpfen. Der konzeptionelle Unterschied zwischen den Durchsetzungspflichten und dem diplomatischen Schutz lässt sich jedoch nicht ausräumen: Während der diplomatische Schutz darauf gerichtet ist, eigene Staatsangehörige im Ausland zu schützen¹³¹, tragen die Hafenstaats- und Flaggenstaatskontrollen gerade dem Umstand, dass die Heimatstaaten der Seeleute oft tatsächlich keinen Schutz ausüben können, Rechnung. So ist jedenfalls de lege lata davon auszugehen, dass eine Ausübung diplomatischen Schutzes für die Besatzung von Seehandelsschiffen nicht möglich ist.

g) Das Erfordernis der Ausschöpfung lokaler Rechtsbehelfe (local remedies rule)

Weiterhin müssten für die Zulässigkeit diplomatischen Schutzes durch die Heimatstaaten die innerstaatlichen Rechtsbehelfe des Verletzerstaats durch den Einzelnen erschöpft sein (sog. *local remedies rule*).¹³² Für die Besatzung von Seehandelsschiffen dürfte die Ausschöpfung lokaler Rechtsbehelfe regelmäßig eine unüberwindbare Hürde sein, da die Seeleute sich naturgemäß nicht für eine längere Zeit am selben Ort aufhalten. Sie können lokale Verfahren der Hafenstaaten, die auf die Einhaltung der Durchsetzungspflichten gerichtet sind, nur schlecht betreiben. Auch für den Fall des Flaggenstaats als Verletzerstaat ist nicht davon auszugehen, dass ein über das Beschwerdeverfahren der MLC hinausgehendes Rechtsschutzverfahren an Bord des Schiffs durchgeführt werden würde.

Aufgrund der besonderen Situation der Seeleute könnte eine Ausnahme der *local remedies rule* einschlägig sein, die denkbaren Ausnahmen normiert Art. 15 DP Draft. Wird im Folgenden eine Ausnahme von der *local remedies rule* bejaht, kann der Heimatstaat der Seeleute, deren Rechte verletzt wurden, eine Verletzung der MLC durch den Hafenstaat oder den Flaggenstaat direkt (Art. 42 lit. b (i) DARS) im Rahmen der Staatenverantwortlichkeit geltend machen.

(1) Die »futility exception«, Art. 15 lit. a Var. 1 DP Draft

Gemäß Art. 15 lit. a Var. 1 DP Draft ist es nicht erforderlich, lokale Rechtsbehelfe auszuschöpfen, wenn es keine vernünftigerweise verfügbaren lokalen Möglichkeiten für das Einlegen eines wirksamen Rechtsbehelfs gibt (Var. 1). Für die Seeleute scheinen die Rechtsbehelfe besagter möglicher Verletzerstaaten aus genannten Schwierigkeiten nicht »vernünftigerweise verfügbar«. Art. 15 lit. a Var. 1 DP Draft erfasst allerdings nicht den Fall, in dem ein Rechtsbehelf aus der Pers-

130 Für die Zulässigkeit der Ausübung diplomatischen Schutzes bei Nichtstaatsangehörigen Kokott, in: Ress/Stein (Hrsg.), *Der diplomatische Schutz im Völker- und Europarecht*, 1996, S. 60, Kleinlein/Rabenschlag ZaöRV 2007, 1277, 1290, dagegen Bohn, *Die Ausübung diplomatischen Schutzes zugunsten staatsfremder Personen: Staatliche Befugnisse und individuelle Ansprüche*, 2010, S. 179 f.

131 Crawford/Grant, in: Wolfrum (Hrsg.), *Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Local Remedies, Exhaustion of*, 2007, Rn. 2.

132 Vgl. IGH Urt. v. 20.07.1989 – *Case concerning Elettronica Sicula S. P.A. (ELSI)* (United States of America v. Italy), ICJ Reports 1989, 15 Rn. 59.

pektive der verletzten Person schwierig oder unvernünftig zu betreiben ist, sondern nur den Fall, dass der verantwortliche Staat unfähig ist, effektive Abhilfe zu schaffen.¹³³ Es ist jedoch davon auszugehen, dass in den Mitgliedstaaten der MLC grundsätzlich effektive lokale Rechtsbehelfe verfügbar sind.

(2) Fehlen einer relevanten Verbindung, Art. 15 lit. c DP Draft

Gemäß Art. 15 lit. c DP Draft soll eine Ausnahme von der *local remedies rule* gemacht werden können, wenn keine »relevante Verbindung« zwischen der verletzten Person und dem Verletzerstaat besteht. Dem Kommentar der ILC zum DP Draft zufolge erfasst dies Fälle, in denen es »unreasonable and unfair« wäre, von den verletzten Personen die Ausschöpfung lokaler Rechtsbehelfe zu verlangen.¹³⁴ Die relevante Verbindung würde etwa fehlen, wenn eine territoriale Verbindung zwischen verletztem Individuum und Verletzerstaat nicht gegeben sei.¹³⁵ Das Fehlen einer territorialen Verbindung sei z. B. bei einer Umweltverschmutzung, die von einem Atomunfall in einem anderen Staat (Verletzerstaat) ausgeht, sich aber auf dem Heimatstaat des verletzten Individuums auswirkt, zu bejahen.¹³⁶

Die Seeleute haben regelmäßig keine faktische Verbindung zum Territorium des Flaggenstaats (das Schiff ist kein schwimmendes Teil des Territoriums eines Staats, wie früher angenommen wurde¹³⁷), sodass gemäß Art. 15 lit. c DP Draft im Fall einer Verletzung der Rechte der Seeleute durch den Flaggenstaat wohl ausnahmsweise die lokalen Rechtsbehelfe nicht auszuschöpfen wären. Fraglich ist, ob die kurze Dauer des Aufenthalts im Hafen eines Hafenstaats eine ausreichende territoriale Verbindung zum Hafenstaat ist oder ob in diesem Fall eine territoriale Verbindung abzulehnen wäre.

Besteht eine territoriale Verbindung soll eine Ausnahme nach Art. 15 lit. c DP Draft dennoch bejaht werden können, wenn die territoriale Verbindung unfreiwilliger Natur ist.¹³⁸ Dies würde etwa den Fall des Abschusses einer versehentlich in fremden Luftraum geratenen Passagiermaschine über dem Territorium eines Drittstaats (Verletzerstaat) erfassen.¹³⁹ Bejaht man in der Konstellation der Verletzung der Seeleute durch den Flaggen- oder Hafenstaat die territoriale Verbindung,

133 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48.

134 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48.

135 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48, so etwa das Fehlen einer relevanten Verbindung bejahend, wenn die Rechtsverletzung auf Hoher See geschieht, Crawford/Grant, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Local Remedies, Exhaustion of, 2007, Rn. 31, oder Epping, in: Ipsen (Hrsg.), Völkerrecht, 2018, S. 136, der eine Ausnahme von der local remedies rule bejaht, wenn die Verletzung außerhalb des Territoriums des Verletzerstaats stattgefunden hat, ebenso Amerasinghe, Local Remedies in International Law, 2004, S. 165.

136 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48.

137 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of International Law, Merchant Ships, 2011, Rn. 42.

138 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48.

139 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 48.

so ist es jedenfalls fernliegend, dass die Seeleute sich nicht freiwillig in das Territorium derselben begeben hätten.

Eine genauere Betrachtung unterbleibt, da eine Ausnahme von der *local remedies rule* bei fehlender »relevanter Verbindung« zwischen Verletzterstaat und verletztem Individuum letztlich nicht völkergewohnheitsrechtlich anerkannt ist.¹⁴⁰

Eine andere Ausnahme von der »*local remedies rule*« ist bei der Ausübung diplomatischen Schutzes für die Besatzung von Seehandelsschiffen nicht einschlägig.

h) Ergebnis

Der diplomatische Schutz ist kein geeignetes Instrument, um die Durchsetzungspflichten der Mitgliedstaaten und somit soziale Mindeststandards für die Besatzung von Seehandelsschiffen zu sichern.

III. Die Sicherung der Durchsetzungspflichten durch Soft Law

Hingewiesen sei außerdem aufgrund ihrer Effektivität auf die rechtlich unverbindlichen regionalen Memoranda of Understanding (MoU, Absichtserklärungen) im Bereich der Hafenstaatskontrollen.¹⁴¹ Diese können dem Soft Law zugeordnet werden.¹⁴² Sie binden regionale Schifffahrtsadministrationen verschiedener Staaten an gemeinsame Mechanismen zur Überwachung maritimer Regelungen der IMO und der ILO.¹⁴³ Durch die MoU's wird auch die Einhaltung der Gewährleistungen der MLC kontrolliert und abgesichert.¹⁴⁴ Die MoU's veröffentlichen sogenannte Performance Listen, in denen die Flaggenstaaten von den Kategorien schwarz (besonders viele festgestellte Mängel) über grau bis weiß (fast keine Beanstandungen) eingeteilt werden.¹⁴⁵ Der Listenplatz eines Flaggenstaats hat Auswirkungen auf die Gründlichkeit zukünftiger Kontrollen des Schiffs und kann dazu führen, dass das Schiff zeitweise gänzlich von der Nutzung regionaler Häfen ausgeschlossen wird.¹⁴⁶

140 ILC Draft Articles on Diplomatic Protection, 2006, Official Records of the General Assembly, Sixty-first Session, Supplement No. 10 (A/61/10), S. 49, Ferrara, in: Proelß (Hrsg.), United Nations Convention on the Law of the Sea: a commentary, 2017, Art. 295 Rn. 6.

141 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 29, Molenaar, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Port State Jurisdiction, 2014, Rn. 6, aktuell gibt es neun regionale Memoranda of Understanding, www.imo.org/en/OurWork/MSAS/Pages/PortStateControl.aspx.

142 Guzman, How International Law Works: A Rational Choice Theory, 2010, S. 126.

143 McConnell/Devlin/Doumbia-Henry, The Maritime Labour Convention: A Legal Primer to an Emerging International Regime, 2011, S. 29.

144 Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Merchant Ships, 2011, Rn. 47.

145 Dimitrova, Seafarer's Rights in the Globalised Maritime Industry, 2011, S. 79, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 26.

146 Dimitrova, Seafarer's Rights in the Globalised Maritime Industry, 2011, S. 80, Lagoni, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, Ports, 2011, Rn. 26.

D. Die MLC als Musterbeispiel der Entterritorialisierungsentwicklungen des Völkerrechts zugunsten des Individualschutzes

Der Maritime Labour Convention gelingt es, den strukturellen Zielkonflikt zwischen dem Staatenbezug des Völkerrechts und dem Subjektbezug sozialen Schutzes aufzulösen. Die sozialen Mindeststandards müssen von den Reedern zugunsten der Seeleute eingehalten werden – Subjekt der Sozialstandards sind damit primär Private, die Staaten werden gewissermaßen »vermittelnd« tätig. Um die Einhaltung der Sozialstandards durch die Reedereien vollumfänglich zu gewährleisten, erlegt die MLC den »vermittelnden« Staaten auf, den Einsatz fremder Hoheitsgewalt zum Schutz des Individuums auf eigenen Schiffen zu akzeptieren. Zu Recht tritt dabei das traditionell ausgesprägte Souveränitätsverständnis der Staaten im Völkerrecht (Art. 2 Abs. 1 UNCH) teilweise hinter dem sozialen Schutz der Seeleute zurück.

Als Untersuchungsergebnis ist festzuhalten, dass durch die Durchsetzungsmechanismen der MLC ein innovatives Instrument für die Sicherung sozialer Mindeststandards für Seeleute geschaffen wurde, das den Fokus auf die Verantwortlichkeiten der Steuerungsakteure legt und den Schutz nicht auf die eigenen Staatsangehörigen im eigenen Staatsgebiet beschränkt. Diese Vorreiterrolle der MLC begründet zugleich die Notwendigkeit, die klassischen völkerrechtlichen Instrumente zur Durchsetzung zwischenstaatlicher Verpflichtungen im Sinne der Entterritorialisierung anzuwenden und weiter zu entwickeln, da das klassische Völkerrecht keine ausreichend erprobten Durchsetzungsmechanismen für die Durchsetzungspflichten der Sozialstandards der MLC kennt.¹⁴⁷

147 Aguda, NAUJILJ 2017, 125, 130.

Datenschutz im Gesundheitswesen – Deutschland, Kroatien und Serbien im Rechtsvergleich

Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Datenschutzrecht und Aufsichtsbehörden
 - I. Deutschland
 - II. Kroatien
 - III. Serbien
- C. Rahmeninformationen zum Gesundheitswesen in Kroatien und Serbien
 - I. Kroatien
 - II. Serbien
- D. Ausgewählte Regelungsbereiche des Datenschutzes im Gesundheitswesen
 - I. Sozialgeheimnis
 - II. Auskunftsrecht
 - III. Widerspruch
 - IV. Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten
 - V. Rechtsdurchsetzung
- E. Ausgewählte Fälle
- F. Ergebnis
- G. Literaturverzeichnis

A. Einleitung

Alte Diskussionen über Grundlagen, Umfang und Reichweite der hochsensiblen Materie des Datenschutzes im nicht minder sensiblen, jedenfalls auch volkswirtschaftlich bedeutsamen Gesundheitswesen¹ sind mit dem Geltungsbeginn der *Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)*² am 25. Mai 2018 um einen ganz we-

1 Kühling, Datenschutz im Gesundheitswesen, MedR 2019, 611 spricht von einer »stetig wachsenden Gesundheitswirtschaft« und untermauert dies mit deren signifikantem Anteil an Bruttoinlandsprodukt (12% im Jahr 2018) und Beschäftigungsstruktur (jeder sechste Arbeitnehmer sei im Gesundheitssektor tätig). Zu wirtschaftlichen Aspekten des Gesundheitswesens s. u. a. Breyer/Zweifel/Kifmann, Gesundheitsökonomik⁶ (2013) 179 ff.

2 *Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)*, ABl. L 2016/119, I. Zur Entstehungsgeschichte der DS-GVO s. u. a. Büttner/Geminn et al., Die Arena der Datenschutz-Grundverordnung (2018); einen summarischen Überblick geben Egberts/Monschke, Einführung in das neue Datenschutzrecht unter der EU Datenschutz-Grundverordnung, JURA 2018, 1100. Zur Bedeutung der Schaffung dieses konkreten Rechtsaktes als Grundverordnung, dem Verhältnis zu anderen, thematisch verwandten Rechtsakten des Unionsrechts und ganz allgemein zu den Arten von Rechtsetzungsakten der Europäischen Union und der Bedeutung von Rahmenrechtsakten s. Haltern, Europarecht³ Band I (2017) Rz. 860f sowie die Erwägungsgründe 7, 17, 161 sowie 173 der DS-GVO. Hinsichtlich der Beurteilung der Auswirkungen der DS-GVO auf den Datenschutz insgesamt soll dem Europäischen Parlament gem. Art. 97 DS-GVO bis zum 25. Mai 2020 von der Europäischen Kommission ein Bericht vorgelegt werden. Im Zeitpunkt der Fertigstellung des Manuskripts des vorliegenden Beitrags war dieser Bericht allerdings zumindest noch nicht öffentlich verfügbar und konnte daher auch keine Berücksichtigung finden.

sentlichen Faktor bereichert worden: Die bereits bestehende Rechtslage wird einerseits überbaut und zugleich auch teilweise verdrängt von einer neuen Rechtsquelle, die unmittelbar (ohne, dass es eines nationalen Umsetzungsaktes bedürfte) in den EU-Mitgliedstaaten gilt, und zudem auch die Beseitigung entgegenstehenden nationalen Rechtes in den von der Verordnung betroffenen Bereichen verlangt.³ Andererseits ist damit das nationalstaatliche Datenschutzrecht bei Weitem nicht obsolet geworden: Es gelangt weiterhin zu Anwendung (i) in den von der DS-GVO überhaupt nicht erfassten Bereichen, (ii) im Falle einer Aktivierung von in der DS-GVO enthaltenen Öffnungsklauseln durch den nationalstaatlichen Gesetzgeber sowie (iii) bei Bestehen eines entsprechenden Regelungsauftrages in der DS-GVO selbst. In Folge dessen sind auch weiterhin Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gegeben.⁴

Vor diesem Hintergrund werden nachstehend drei Rechtsordnungen mit durchaus ähnlicher Zielsetzung, allerdings zum Teil stark divergierenden Rahmenbedingungen in den Blick genommen: Deutschland als Gründungsmitglied der heutigen Europäischen Union (seinerzeit EWG), Kroatien als jüngster Mitgliedstaat sowie Serbien als Kandidatenstaat⁵ für einen Beitritt zu eben dieser Union. Dabei soll der vorliegende Beitrag rechtsvergleichend einen Überblick über zwei Regelungskomplexe in den vorstehend genannten Rechtsordnungen geben: Zunächst – gehalten in Form knapper Länderberichte – einen Makro-Überblick betreffend die Grundstruktur des Datenschutzrechtes und der Aufsichtsbehörden (Regelungskomplex *Verfasstheit der Behörden*) (B.), in dem auf die Frage der Organisation der Aufsicht eingegangen wird. Im Weiteren folgt zu Übersichtszwecken ein kurzer Abriss der Rahmeninformationen betreffend das Gesundheitswesen in Kroatien und Serbien, aus Gründen der Übersichtlichkeit ebenfalls länderweise strukturiert (C.). Hieran schließen sodann auf der Mikro-Ebene ausgewählte, für einen tatsächlich funktionierenden Datenschutz relevante Rechtsinstitute an: das Sozialgeheimnis als Vorgabe des Gesetzgebers an die Sozialdaten Verarbeitenden, sowie die Reaktionsmöglichkeiten der Betroffenen in Bezug auf Auskunft, Widerspruch, Berichtigung und Löschung ihrer personenbezogenen Daten sowie die zwangsweise Durchsetzung dieser Rechte (Regelungskomplex *Rechte der Betroffenen*) (D.). Hier werden die von diesem Beitrag erfassten Rechtsordnungen funktional anhand des jeweils in Rede stehenden Sachproblems verglichen. Im Anschluss daran wird aus dem weiten Bereich der Betroffenenrechte der Schadenersatzanspruch wegen Datenschutzverstößen in den Blick genommen (E.). Im Fokus steht dabei die Frage der Gewährung immateriellen Schadenersatzes in

3 Zum Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht allgemein und dem Vorrang des Unionsrechts im Falle von Normenkollisionen s. an Stelle vieler Streinz, *Europarecht*¹¹ (2019) Rz. 207 ff.; Haltern, *Europarecht*² Band II (2017) Rz. 580, 676 f. Zur Drittwirkung des Unionsrechts s. Streinz, *Europarecht*¹¹ Rz. 478. Im konkreten Hinblick auf den Sozialdatenschutz s. z. B. Biersborn, *Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Anpassungen des nationalen Sozialdatenschutzes an das europäische Recht*, NZS 2017, 887.

4 Buchner, *Rechtliche Grundlagen*, in Buchner (Hrsg.), *Datenschutz im Gesundheitswesen*² (2019) 22. Sehr zutreffend spricht Kühling, *MedR* 2019, 611 (613) von einem »nationalen Flickenteppich« an Stelle einer unionsweit harmonisierenden Regelung. S. Biersborn NZS 2017, 887 (891 f.) zur Frage des Anwendungsbereichs der DS-GVO.

5 Vgl. https://ec.europa.eu/neighbourhood-enlargement/countries/detailed-country-information/serbia_en, zuletzt besucht am 15.04.2020.

konkreten Gerichtsentscheidungen. Der Beitrag endet mit einer Beurteilung, ob durch die geschilderten Strukturen und Rechtsinstitute tatsächlich ein wirksamer Schutz der personenbezogenen Daten im Gesundheitswesen gegeben ist (F.).

B. Datenschutzrecht und Aufsichtsbehörden

I. Deutschland

Das bereits bisher bestehende Regelungsgeflecht, nicht zuletzt bedingt durch ein Nebeneinander bundes- und landesrechtlicher Vorschriften, ist mit dem Inkrafttreten der DS-GVO um eine weitere Verflechtung reicher geworden.⁶

Aus einem europarechtlichen Blickwinkel gesehen ist nunmehr mit der DS-GVO zu beginnen⁷, welche gem. Art. 288 UAbs. 2 AEUV⁸ allgemeine Geltung beansprucht und unmittelbar, dh ohne das Erfordernis eines nationalen Umsetzungsaktes⁹, in jedem Mitgliedstaat der Europäischen Union Geltung hat.¹⁰ Aufgrund der mannigfaltigen Verflechtung sowohl des deutschen als auch des kroatischen Rechts mit dem Europarecht, wie auch der gebietsweisen grundsätzlichen Orientierung des serbischen Rechtes am Europarecht, sind an dieser Stelle einige begriffliche Klärungen in Anlehnung an die in Art. 4 DS-GVO enthaltenen Definitionen vorzunehmen: (i) *Personenbezogene Daten* sind jene Daten, die sich auf eine bestimmte oder zumindest bestimmbare natürliche Person als Betroffenen beziehen (Art. 4 Nr. 1 DS-GVO); (ii) die *Verarbeitung* personenbezogener Daten erfasst deren wie auch immer geartete Behandlung und Nutzung, chronologisch gesehen beginnend mit der Erhebung und Speicherung über das Auslesen und Verwenden bis hin zur Löschung (Art. 4 Nr. 2 DS-GVO)¹¹; (iii) unter den Begriff

-
- 6 Bieresborn, NZS 2017, 887 (888) verwendet diesbezüglich den bereits allgemein das Verhältnis zwischen Europarecht und nationalem Recht bezeichnenden Begriff »Mehrebenensystem«; ebenso Krahmer/Palsherm, Der neue Sozialdatenschutz nach dem Inkrafttreten der EU-Datenschutz-Grundverordnung – mit besonderem Blick auf seine Bedeutung für die Sozialarbeit-/pädagogik, ZFSH/SGB 2019, 600 (601) und Waltermann, Sozialrecht¹³ (2018) Rz. 667. Kühling, MedR 2019, 611 weist darauf hin, dass die mit der DS-GVO ursprünglich angedachte Reform des Datenschutzrechtes nicht ansatzweise vollständig vorgenommen, sondern vielmehr durch zahlreiche, in der DS-GVO selbst enthaltene Öffnungsklauseln verwässert worden ist.
- 7 Ebenso Kühling, MedR 2019, 611 (618) m. w. N. sowie Buchner in Buchner, Datenschutz² 49, allerdings ohne Unterstreichung der europarechtlichen Perspektive.
- 8 *Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, ABl. C 2012/326, 47.
- 9 Die »Umsetzung« einer Verordnung des Unionsrechts i. S. einer reinen Textwiedergabe durch den nationalen Gesetzgeber ist sogar unzulässig, s. Streinz, Europarecht¹¹ Rz. 480; ebenso Haltern, Europarecht³ Band I Rz. 865 ff. unter Hinweis auf insb. kompetenzrechtliche Aspekte. Kritisch zu den Auswirkungen dieses Verbots auf das Funktionieren des datenschutzrechtlichen »Mehrebenensystems« Bieresborn, NZS 207, 887 (888 f.).
- 10 Der Vollständigkeit halber sei hier am Rande auch die Datenverarbeitung durch Unionsorgane erwähnt, in deren Rahmen die DS-GVO durch die *Verordnung (EU) 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 45/2001 und des Beschlusses Nr. 1247/2002/EG*, ABl. L 2018/295, 39 flankiert wird.
- 11 Ebenso Krahmer/Palsherm, ZFSH/SGB 2019, 600 (603) sowie Bieresborn, NZS 2017, 887 (889) mit dem Hinweis auf das Fortbestehen der im deutschen Sozialdatenschutz anzutreffenden Unterscheidung zwischen dem Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen von Sozialdaten einerseits sowie der Datenerhebung und Nutzung andererseits, hinsichtlich derer auch im Zeitalter der Geltung der DS-GVO unterschiedliche Rechtsquellen zu beachten sind.

des *Verantwortlichen* fallen all jene natürlichen und juristischen Personen sowie Behörden und sonstigen Einrichtungen, die über Zweck und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheiden (Art. 4 Nr. 7 DS-GVO)¹²; (iv) um eine *Einwilligung* handelt es sich im Falle einer freiwillig und informiert erteilten Zustimmung des Betroffenen in die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten (Art. 4 Nr. 11 DS-GVO); (v) Gesundheitsdaten sind alle Angaben über den gesundheitlichen Zustand eines Menschen (Art. 4 Nr. 15 DS-GVO)¹³. Tragen des Grundprinzip des modernen Datenschutzrechtes hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten ist das in Art. 5 I lit. a), Art. 6 I DS-GVO statuierte Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt¹⁴, demzufolge jede Datenverarbeitung nur bei Bestehen einer einschlägigen rechtlichen Verarbeitungsgrundlage zulässig ist. Als konsequente Ergänzung dieses Prinzips tritt die umfassende Rechenschafts- und Nachweispflicht der Art. 5 II, 24 DS-GVO hinzu, derzufolge der Verantwortliche die rechtskonforme Verarbeitung personenbezogener Daten nachweisen können muss¹⁵.

Auf der Ebene des Bundesrechts tritt als allgemeines Gesetz betreffend Datenschutz das neue *Bundesdatenschutzgesetz*¹⁶ (*BDSG-neu*) hinzu, welches nicht zuletzt aufgrund zahlreicher Öffnungsklauseln der DS-GVO¹⁷ nach wie vor einen

-
- 12 Detailliert zu dem vom Verantwortlichen strikt abzugrenzenden und in diesem Beitrag nicht behandelten *Auftragsverarbeiter* s. u. a. Holzner, Datenschutz, Dokumentations- und Organisationspflichten in der ärztlichen Praxis (2020) 217 ff.; Freund/Shagdar, Sozialdatenschutz – europäisch?, SGB 2018, 267 (268 ff.).
 - 13 Detailliert zu einem weiten Begriffsverständnis betreffend das »Gesundheitsdatum« Kühling, MedR 2019, 611 (615) m. w. N.
 - 14 Buchner/Schwichtenberg, Gesundheitsdatenschutz unter der Datenschutz-Grundverordnung, GuP 2016, 218 (219). Weichert in Däubler/Wedde et al. (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 5 Rz. 16 (2018) spricht von einem »Verarbeitungsverbot mit Erlaubnisvorbehalt«, Biersborn, Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Verarbeiten von Sozialdaten, Reichweite von Einwilligungen, grenzüberschreitende Datenübermittlung und Auftragsverarbeitung, NZS 2017, 926 von einem »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt«. So auch Egberts/Menschke, Jura 2018, 1100 (1102) m. w. N sowie Schantz in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht Art. 5 Rz. 5 (31. Edition Stand 01.02.2019), der zugleich darauf hinweist, dass mit dieser Norm der DS-GVO die Umsetzung des Regelungsauftrages aus Art. 8 II 1 GRCh erfolgt. Jaspers/Schwartzmann/Hermann in Schwartzmann/Jaspers et al. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Art. 5 Rz. 6 (2018) sprechen vom »Herzstück« der Verordnung.
 - 15 Weichert in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 5 Rz. 71 ff.; Jaspers/Schwartzmann/Hermann in DS-GVO/BDSG Art. 5 Rz. 12 (2018).
 - 16 *Bundesdatenschutzgesetz*, BGBl. I 44/2017 i. d. F. I 41/2019. Für eine systematische Kommentierung s. u. a. Sydow (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (2020). Zudem erfolgten im (ersten) *Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680*, BGBl. I 44/2017, in dessen Art. 1 das BDSG-neu enthalten war – namentlich in den Artikeln 2 bis 7 – wie auch im *Zweiten Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680*, BGBl. I 41/2019 zahlreiche bereichsspezifische Angleichungen von Sondergesetzen an das europäische Datenschutzrecht. S. zu Letzterem auch Will, Das 2. Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz – alle im Einklang mit der DS-GVO?, ZD 2019, 429. Eine summarische Darstellung aktueller Entwicklungen findet sich bei Gola/Klug, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im zweiten Halbjahr 2019, NJW 2020, 660.
 - 17 Buchner in Buchner, Datenschutz² 48 zählt in der DS-GVO ca. 70 (!) Öffnungsklauseln; Buchner/Schwichtenberg, GuP 2016, 218 (219) bezeichnen die DS-GVO angesichts dieser Zahl als »atypisches Hybrid aus Verordnung und Richtlinie«. Kipker, § 48 Datenschutz, in Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht² (2018) § 48 Rz. 3 spricht sogar von mehr als 70 Öffnungsklauseln. Kühnl/Rohrer/Schneider, Ein europäischer Gesundheitsdatenschutz, DuD 2018, 735 (737) weisen auf Bestrebungen der unterschiedlichen deutschen Gesetzgeber (auf Bundes- und Länderebene) hin, über die Brücke dieser Öffnungsklausel gehend so weit als möglich den *status quo* der vor der DS-GVO anzutreffenden nationalen Rechtslage beizubehalten.

eigenständigen Regelungsbereich aufweist.¹⁸ DS-GVO und BDSG-neu sind im Ausgangspunkt jedenfalls nebeneinander anwendbare Rechtsquellen;¹⁹ Verdrängungen sind sachbereichsabhängig zu prüfen. Besonderes Datenschutzrecht für den Sachbereich des Gesundheitswesens²⁰ als Teil des Sozialrechts beinhalten das *SGB X*²¹, das *SGB V*²² sowie das *SGB I*²³. Auf der nicht minderbedeutenden Ebene der Länder spiegelt sich der Regelungsansatz des Bundesrechts: Allgemeine datenschutzrechtliche Bestimmungen sind den jeweiligen Datenschutzgesetzen der Länder zu entnehmen, während der Gesundheitsdatenschutz teils in Landeskrankenhausesetzen²⁴ geregelt ist, teils in speziell den Gesundheitsbereich betreffenden Datenschutzgesetzen.²⁵

Korrespondierend mit dieser Gesetzeslage bestehen im Ausgangspunkt auch drei Aufsichtsebenen: die europäische Ebene²⁶, die Bundesebene sowie die Länderebene. Die Verpflichtung zur Einrichtung unabhängiger nationaler Aufsichtsbehörden folgt aus Art. 51 I DS-GVO; im europäischen Verbund sollen diese Behörden nach Art. 60 ff. DS-GVO, insb. im Kohärenzverfahren nach Art. 63 ff. DS-GVO, zusammenarbeiten.

Auf der Bundesebene angesiedelt und für die Einhaltung des Datenschutzes insbesondere bei Bundesbehörden zuständig ist der *Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationssicherheit* als oberste Bundesbehörde (vgl. §§ 8 I, 9 I BDSG-neu). Diese Behörde ist in Referate unterteilt, welche sich wiederum aus Gruppen zusammensetzen. Auf Länderebene tritt je Bundesland ein Landesbeauftragter für den Datenschutz hinzu, dessen Zuständigkeit sich i. d. R. sowohl auf Behörden als auch Private erstreckt; die Ausnahme macht der Freistaat Bayern, welcher die Überprüfung des Privatsektors (»nicht-öffentlicher Bereich«) in Art. I BayDSG²⁷ dem Landesamt für Datenschutzaufsicht zugewiesen hat.²⁸

18 Kühling, MedR 2019, 611 (618) mit dem Hinweis auf die Anwendbarkeit des BDSG-neu auf niedergelassene Ärzte und öffentliche Einrichtungen des Bundes. S. hierzu auch Kampert in Sydow, Bundesdatenschutzgesetz § 22 Rz. 24 ff. (2020).

19 Buchner in Buchner, Datenschutz² 52.

20 Zur Definition des Gesundheitswesens als »Organisation der Gesundheitsversorgung durch die gesetzliche und private Krankenversicherung« s. u. a. Kühling, MedR 2019, 611 (615) m. w. N.

21 *Zehntes Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz*, BGBl. I 5/2001 i. d. F. I 51/2019.

22 *Fünftes Buch Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung*, BGBl. I 62/1988 i. d. F. I 6/2020. Zu der in den §§ 303a ff. SGB V geregelten und hier nicht thematisierten Datentransparenz s. den ausführlichen Beitrag von Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, 41.

23 *Erstes Buch Sozialgesetzbuch – Allgemeiner Teil*, BGBl. I 140/1975 i. d. F. I 50/2019.

24 S. hierzu Stollmann/Wollschläger in Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts⁵ (2019) § 79 Rz. 37.

25 Für eine Aufstellung der betreffenden Rechtsquellen s. u. a. Buchner in Buchner, Datenschutz² 52 f. Zu den bereichsspezifischen Verdrängungen des allgemeinen Datenschutzrechtes durch besondere Vorschriften von Bund und Ländern s. Kühling, MedR 2019, 611 (619).

26 Der *Europäische Datenschutzbeauftragte* (EDSB) ist in Art. 52 ff. der Verordnung (EU) 2018/1725 geregelt; seine Zuständigkeit ist ausweislich Art. 52 II dieser Verordnung zwar durchaus weit gefasst, allerdings auf die Überwachung der Tätigkeit der Unionsorgane ausgerichtet. Nachdem diesen (noch) keine gesteigerte Bedeutung für die Verarbeitung von Daten im Gesundheitswesen zukommt, sind nähere Ausführungen zum EDSB an dieser Stelle verzichtbar.

27 *Bayerisches Datenschutzgesetz vom 15. Mai 2018* (BayDSG), GVBl. 8/2018 i. d. F. 9/2018.

28 Spezielle, nicht der Aufsicht durch die genannten Bundes- und Landesaufsichtsbehörden unterliegende Sektoren wie Glaubensgemeinschaften und Rundfunk werden aufgrund der thematischen Fokussierung dieses Beitrags auf den Datenschutz im Gesundheitswesen nicht erörtert.

II. Kroatien

Wiederum mit der europarechtlichen Perspektive beginnend ist auch in Bezug auf das kroatische Recht zunächst die DS-GVO als erste Rechtsquelle für den Datenschutz zu nennen. Wie bereits für das deutsche Recht festgehalten²⁹ ergibt sich die unmittelbare Geltung der DS-GVO auch in Kroatien als EU-Mitgliedstaat aus Art. 288 UAbs. 2 AEUV.³⁰ Auf der Ebene des nationalstaatlichen Rechtes wird die DS-GVO flankiert vom *Gesetz für die Durchführung der Datenschutz-Grundverordnung (hrDurchfG)*³¹. Das alte *Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten*³² aus dem Jahr 2003 sowie zwei Verordnungen betreffend einerseits Datensammlungen und andererseits besondere Kategorien von Daten traten am 25. Mai 2018 außer Kraft (Art. 56 hrDurchfG). Wie bereits zur Rechtslage in Deutschland festgehalten, folgt hinsichtlich der Frage der Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten auch im kroatischen Recht das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt aus Art. 5 I lit. a), Art. 6 I DS-GVO.

Der kroatischen Agentur für den Schutz personenbezogener Daten (*Agentur*) kommt gemäß den Bestimmungen des hrDurchfG die Rolle der unabhängigen Aufsichtsbehörde i. S. v. Art. 51 DS-GVO zu. Diese ist gemäß Art. 17 II ihrer Satzung³³ gegliedert in Abteilungen und Abschnitte, die wiederum in insgesamt drei Dienste zusammengefasst sind³⁴. An der Spitze der Agentur stehen ein Direktor und dessen Stellvertreter, die beide auf Vorschlag der kroatischen Regierung vom kroatischen Parlament ernannt werden (Art. 11 der Satzung). Beratend steht dem Direktor ein Fachkollegium zur Seite, dessen Mitglieder neben dem Direktor und

29 S. hierzu bereits S. 216.

30 Hinsichtlich des Ranges von EUV, AEUV und GRCh als Teilen des unionalen Primärrechts (vgl. Streinz, Europarecht¹¹ Rz. 3, 91) in der kroatischen Normenpyramide sei am Rande festgehalten, dass die genannten Rechtsakte aufgrund ihrer Rechtsnatur als Völkervertragsrecht gem. Art. 134 der kroatischen Verfassung (*Ustav Republike Hrvatske*, Amtsblatt der Republik Kroatien »*Narodne novine*« 56/1990 i. d. F. 5/2014) im Rang über nationalem Gesetzesrecht stehen.

31 *Zakon o provedbi Opće uredbe o zaštiti podataka*, Narodne novine 44/2018. Das gegenständliche Gesetz ist wie folgt unterteilt: Titel I (Art. 1–3) beinhaltet allgemeine Bestimmungen, Titel II (Art. 4–6) benennt die zuständigen Behörden und die Kompetenzen der Agentur für den Schutz personenbezogener Daten, Titel III (Art. 7–18) behandelt Details betreffend die Agentur wie insb. ihren organisatorischen Aufbau sowie ihre Finanzierung und Tätigkeitsberichte, Titel IV (Art. 19–33) ist der Verarbeitung personenbezogener Daten in besonderen Fällen (z. B. genetischer und biometrischer Daten sowie der Videoüberwachung von privaten Gebäuden) gewidmet, Titel V (Art. 34–43) behandelt das Verwaltungsverfahren vor der Agentur einschließlich Rechtsmitteln, in den Titeln VI (Art. 44–49) und VIII (Art. 51) sind die der Agentur zur Verfügung stehenden Verwaltungsgeldstrafen geregelt, Titel VII (Art. 50) beinhaltet die Bestimmungen über Ordnungswidrigkeiten und Titel IX (Art. 52–57) die Übergangs- und Schlussbestimmungen. Zu den Auswirkungen der DS-GVO auf das kroatische Recht Čizmić/Boban, Učinak nove EU uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2018, 377; ebenso Surla/Markotić/Vori, Zaštita osobnih podataka, Journal of Applied Health Sciences 2020, 159.

32 *Zakon o zaštiti osobnih podataka*, Narodne novine 103/2003 i. d. F. 106/2012. Rechtsvergleichend zur Rechtslage vor dem kroatischen EU-Beitritt sowie vor Inkrafttreten der DS-GVO s. *Bodiroga-Vukobrat/Dulčić*, Zaštita osobnih podataka pacijenata u europskom i hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2008, 1.

33 *Statut Agencije za zaštitu osobnih podataka*, Narodne novine 77/2004. S. hierzu auch *Toš*, Osnove regulatornog uskladenja, fip 2019, 157 (178).

34 Dies sind die Dienste für (i) den Schutz personenbezogener Daten, (ii) Aufsicht und das Zentralregister sowie (iii) internationale Zusammenarbeit, die EU und rechtliche Angelegenheiten, vgl. <https://azop.hr/djelatnost-agencije>, zuletzt besucht am 17.04.2020.

dessen Stellvertreter die Abteilungsleiter der Agentur sind. Der Sitz der Agentur befindet sich in Zagreb (Art. 4 Abs. 3 hrDurchFG).

Die Agentur ist *rationae personae* sowohl für die Aufsichtsführung im öffentlichen als auch im privaten Bereich zuständig.

III. Serbien

Prima vista grundlegend anders gestaltet sich die Rechtslage in Serbien: *De lege lata* gilt hier ausschließlich nationales (serbisches) Recht; eine unmittelbare Anwendung von europäischem Recht scheidet in Ermangelung einer Mitgliedschaft Serbiens in der EU aus. Allerdings sieht Art. 72 des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens zwischen der EU und Serbien³⁵ *de lege ferenda* eine schrittweise Angleichung der inländischen (serbischen) Vorschriften an den gemeinschaftlichen Besitzstand der Union vor. In diesem Licht ist das im November 2018 in Kraft getretene und seit August 2019 Anwendung findende serbische Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten³⁶ (srDSG) zu sehen, dessen Aufbau und Inhalt starke Parallelen zur DSGVO aufweisen³⁷. Das vormalige Gesetz über den Schutz personenbezogener Daten von 2008³⁸ hat mit Beginn der Anwendung des neuen srDSG im August 2019 seine Gültigkeit verloren (Art. 101, 102 srDSG). Hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten folgt aus Art. 5 Nr. 1, Art. 12 Nr. 1 srDSG das Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt.

In Titel VI (Art. 73 ff.) sieht das srDSG einen Datenschutzbeauftragten («Beauftragter») als zuständige Aufsichtsbehörde vor, dem ein Stellvertreter zur Seite steht (Art. 73 II srDSG). Der Beauftragte ist kraft ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung von Weisungen aller Art unabhängig (Art. 74 I srDSG). Die Aufsichtsbehörde ist gegliedert in insgesamt sieben Sektoren, welche die einzelnen Bereiche des Datenschutzes abdecken.³⁹ Ihr Sitz befindet sich in Belgrad.

Die Zuständigkeit des Beauftragten erstreckt sich gem. Art. 77–79 srDSG sowohl auf den öffentlichen als auch auf den privaten Sektor.

35 Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen zwischen den Europäischen Gemeinschaften und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Serbien andererseits, ABl. L 2013/278, 16.

36 *Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*, Amtsblatt der Republik Serbien »Službenik glasnik« 87/2018.

37 Titel I srDSG (Art. 1–4) beinhaltet die allgemeinen Bestimmungen, unter denen insb. die in Art. 4 enthaltenen Definitionen über weite Strecken wortgleich den in Art. 4 DS-GVO enthaltenen Definitionen entsprechen. Titel II srDSG (Art. 5–20) behandelt die Grundsätze der Datenverarbeitung, Titel III (Art. 21–40) die Rechte der betroffenen Personen, Titel IV (Art. 41–62) den Verantwortlichen und Auftragsverarbeiter, Titel V (Art. 63–72) die Übertragung (Übermittlung) personenbezogener Daten an Drittländer und internationale Organisationen, Titel VI (Art. 73–81) den Datenschutzbeauftragten, Titel VII (Art. 82–87) sowie IX (Art. 95) einerseits die den Betroffenen zur Verfügung stehenden Rechtsmittel sowie andererseits die Haftung und Strafen für die Verantwortlichen, Titel VIII (Art. 88–94) die besonderen Fälle der Datenverarbeitung und Titel X (Art. 96–102) die Übergangs- und Schlussbestimmungen.

38 *Zakon o zaštiti podataka o ličnosti*, Službenik glasnik 97/2008 i. d. F. 107/2012.

39 Dies sind die Sektoren für (i) Harmonisierung, (ii) Zusammenarbeit und Berichtswesen, (iii) Widersprüche und Vollstreckung – Zugang zu Informationen, (iv) Widersprüche und Beschwerden – Datenschutz, (v) Informationstechnologien, (vi) Aufsicht sowie (vii) Gemeinsame Angelegenheiten – vgl. www.poverenik.rs/sr-yu/o-nama/%D0%BE%D1%80%D0%B3%D0%B0%D0%BD%D0%B8%D0%B7%D0%B0%D1%86%D0%B8%D1%98%D0%B0-2.html, zuletzt besucht am 17.04.2020.

C. Rahmeninformationen zum Gesundheitswesen in Kroatien und Serbien

Als Vorbemerkung ist voranzustellen, dass zum Zwecke einer besseren Orientierung in den in Kapitel D folgenden Abhandlungen (betreffend ausgewählte Fragen des Datenschutzes im Gesundheitswesen) hier ein kurzes, lediglich überblicksartig angelegtes Kapitel zu den rechtlichen Eckpfeilern des Gesundheitswesens in Kroatien und Serbien folgt.

I. Kroatien

Das rechtliche Fundament des Gesundheitswesens stellen das *Gesetz über den Gesundheitsschutz*⁴⁰ und das *Gesetz über die verpflichtende Krankenversicherung* (hrKVG)⁴¹ dar, wobei letzteres noch vom Gesetz über Beiträge⁴² flankiert wird. Ausweislich Art. 4 I, 7, 16 hrKVG besteht eine allgemeine Versicherungspflicht⁴³ für alle in Kroatien wohnhaften Personen, soweit keine gesetzlich geregelten Ausnahmen einschlägig sind. Alleinigiger Träger der verpflichtenden (gesetzlichen) Krankenversicherung ist gem. Art. 3, 97 ff. hrKVG die Kroatische Krankenversicherungsanstalt⁴⁴, die als Anstalt des öffentlichen Rechtes der fachlichen Aufsicht des kroatischen Gesundheitsministeriums sowie der finanziellen Aufsicht des Staatlichen Revisionsamtes unterliegt. Die operative Leitung dieser Anstalt erfolgt durch einen Direktor, während die strategische Ausrichtung einem neunköpfigen Verwaltungsrat obliegt. Sowohl der Direktor als auch die Mitglieder des Verwaltungsrates werden von der kroatischen Regierung für einen Zeitraum von vier Jahren ernannt, wobei der Ernennung des Direktors eine öffentliche Stellenausschreibung voranzugehen hat (Art. 102 ff. hrKVG).

Neben der Pflichtversicherung kennt das kroatische Gesundheitswesen der Sache nach zwei freiwillige Versicherungsformen, die sich in der Praxis großer

40 *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, Narodne novine 100/18 i. d. F. 125/19. *Rationae materiae* behandelt das Gesetz neben den Grundlagen des Gesundheitsschutzes die Rechte und Pflichten der Versicherten sowie die Organisationsformen für Anbieter von medizinischen Leistungen einschließlich der fachlichen Aufsicht über diese. Umfassend zu sozialen Grundrechten in Kroatien s. Bodiřoga/Špadina/Smokvina, Der Schutz der sozialen Grundrechte in der Rechtsordnung Kroatiens, in Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Soziale Grundrechte in den »neuen« Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2019) 139.

41 *Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju*, Narodne novine 80/2013 i. d. F. 98/2019. Regelungsgegenstand des Gesetzes sind neben der bereits im Titel angelegten Krankenpflichtversicherung auch die aus dieser Versicherung resultierenden Rechte und Pflichten der Versicherten wie auch der Leistungserbringer und die Finanzierung der Pflichtversicherung. Näher hierzu auch Čatipović, Novi Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, *Revija za socijalnu politiku* 2014, 69. Kritisch hinsichtlich der praktischen Wirksamkeit der mannigfaltigen Vorschriften des kroatischen Sozialsystems insgesamt und der aus diesen folgenden Rechte des Einzelnen Bodiřoga/Špadina/Smokvina in Iliopoulos-Strangas, Soziale Grundrechte in den »neuen« Mitgliedstaaten der Europäischen Union, 139 (151 f.).

42 *Zakon o doprinosima*, Narodne novine 84/08 i. d. F. 106/18. Zur finanziellen Lage des kroatischen Gesundheitswesens Kovač, *Financiranje zdravstva – situacija u Hrvatskoj*, *Ekonomski vjesnik* 2013, 551. Weitere Nebengesetze sind hier als nicht für das Thema der Abhandlung ausschlaggebend weggelassen worden; eine umfassende Aufstellung der zahlreichen Rechtsquellen ist z. B. unter www.hzzo.hr/zdravstvenisustav-rh/poveznice-na-nacionalno-i-eu-zakonodavstvo/ zu finden (zuletzt besucht am 18.04.2020).

43 Zu wirtschaftlichen Aspekten der Krankenversicherung allgemein sowie insb. dem Versicherungsverhalten der Nutzer von Gesundheitsdienstleistung ungeachtet der Frage des Bestehens einer konkreten Versicherungspflicht s. Breyer/Zweifel/Kifmann, *Gesundheitsökonomik*⁶, 247 ff.

44 Organisation, Aufbau, rechtliche Stellung und Finanzierung dieser Anstalt sind in deren *Satzung* (Narodne novine 18/09 i. d. F. 18/13) geregelt.

Beliebtheit erfreuen: Es handelt sich um die sog. ergänzende Krankenversicherung sowie die sog. zusätzliche Krankenversicherung, die beide als Erweiterung der Pflichtversicherung konzipiert sind (Art. 2, 3 ff. des Gesetzes über freiwillige Krankenversicherung⁴⁵). Die ergänzende Krankenversicherung deckt die Zuzahlung zu Behandlungs- und Arzneykosten (sog. »Kostenpartizipation«), während die zusätzliche Krankenversicherung den gesetzlich vorgesehenen Leistungskatalog erweitert. Die ergänzende Krankenversicherung wird sowohl von der Kroatischen Krankenversicherungsanstalt als auch einer Reihe privater Versicherungen angeboten, während die zusätzliche Krankenversicherung lediglich zu Marktbedingungen mit privatwirtschaftlich tätigen Versicherungsgesellschaften abgeschlossen werden kann.

Nominell ist alternativ zur gesetzlichen Krankenversicherung zwar eine sog. private Krankenversicherung vorgesehen (Art. 26 ff. des Gesetzes über freiwillige Krankenversicherung). Diese ist allerdings zum einen nicht als Alternative zur gesetzlichen Krankenversicherung konzipiert⁴⁶ und zum anderen wohl auf dem Versicherungsmarkt auch nicht real verfügbar⁴⁷.

II. Serbien

Nicht unähnlich gestaltet sich das serbische Gesundheitssystem: Die gesetzlichen Grundlagen stellen das *Gesetz über Gesundheitsschutz*⁴⁸ und das *Gesetz über Krankenversicherung* (srKVG)⁴⁹ dar, zu denen noch das *Gesetz über die Inanspruchnahme des Rechtes auf Gesundheitsversorgung für Kinder, Schwangere und junge Mütter*⁵⁰ als *lex specialis* für die dort benannten, besonderen Personengruppen hinzutritt. Flankiert werden diese Gesetze durch zahlreiche untergesetzliche (Durchführungs-)Akte betreffend Einzelfragen wie z. B. die Behandlung im Ausland oder die Preise für die Inanspruchnahme von Reha-Leistungen.⁵¹

Das Krankenversicherungswesen kennt gem. Art. 1 II srKVG sowohl eine verpflichtende (gesetzliche) als auch eine freiwillige Form der Versicherung. Die sehr ausführlich erfolgte und insgesamt 28 Ziffern fassende Aufzählung der pflichtversicherten (gesetzlich versicherten) Personengruppen in Art. 11 I srKVG (welche auch Berufsgruppen wie Selbstständige und Künstler umfasst) führt im

45 *Zakon o dobrovoljnom zdravstvenom osiguranju*, Narodne novine 85/06 i. d. F. 71/10.

46 Stipetić, *Ukinuto privatno zdravstveno osiguranje*, svijet osiguranja 2002, 25 (27).

47 Im Rahmen der Recherche für die Erstellung dieses Beitrags konnte keine einzige Versicherungsgesellschaft bzw. -anstalt aufgefunden werden, die eine solche Versicherung offerieren würde.

48 *Zakon o zdravstvenoj zaštiti*, Službeni glasnik 25/2019. Das Gesetz beinhaltet insb. Bestimmungen betreffend Organisation und Aufbau des Gesundheitswesens, die Patientenversorgung sowie die Beaufsichtigung der Einhaltung dieses Gesetzes. Ausführliche Darstellungen, wengleich noch zur alten Rechtslage, s. Sovilj, *Uvodnopravna analiza i izazovi regulisanja i finansiranja zdravstvenog osiguranja*, Strani pravni život 2018, 143 sowie Krstić, *Ostvarivanje prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja u kombinovanom sistemu finansiranja u Republici Srbiji*, Pravni zapisi 2017, 283.

49 *Zakon o zdravstvenom osiguranju*, Službeni glasnik 25/2019. Das Gesetz beschränkt sich ausschließlich auf Fragen der Krankenversicherung. Rechtsvergleichend zu Finanzierungsfragen: Damjanović/Vladislavljević/Arapović, *Modeli finansiranja zdravstvenog osiguranja*, Odtor – časopis za Menadžment, finansije i pravo 2018, 85; Sovilj, *Strani pravni život* 2018, 143; Sjeničić, *Uvođenje sistema socijalnog zdravstvenog osiguranja kao načina finansiranja zdravstvenih usluga*, Strani pravni život 2007, 219.

50 *Zakon o ostvarivanju prava na zdravstvenu zaštitu dece, trudnica i porodilja*, Službeni glasnik 104/2013.

51 S. hierzu auch www.zso.gov.rs/domaci-propisi-zdravstveno.htm, zuletzt besucht am 18.04.2020.

Ergebnis zu einer sehr großen Reichweite der Versicherungspflicht für annähernd alle im Inland befindlichen und/oder arbeitenden Personen; i. V. m. Art. 12 srKVG besteht sogar eine Pflichtversicherung für Gesellschafter und Geschäftsführer von Handelsgesellschaften. Die freiwillige Versicherung, im Detail geregelt in Art. 174 srKVG, kennt zum einen die auf der Pflichtversicherung aufbauenden Erscheinungsformen als ergänzende Versicherung (für verbesserten Leistungsstandard) sowie als zusätzliche Versicherung (zur Abdeckung von Zuzahlungen), und zum anderen die private Krankenversicherung als vollwertige Alternative zur Pflichtversicherung für all diejenigen Personen, welche nicht gem. Art. 11 srKVG pflichtversichert sind. Derartige private Krankenversicherungen mit unterschiedlichen Deckungssummen werden auch auf dem Versicherungsmarkt angeboten. Alleiniger Träger der gesetzlichen Krankenversicherung ist auch hier eine staatliche Einrichtung: Der Republik-Fonds für Krankenversicherung (Art. 7 I srKVG – *Fonds*), während hinsichtlich der freiwilligen Versicherung zu differenzieren ist: Gem. Art. 7 II, 174 II, III srKVG dürfen die ergänzende und die zusätzliche Versicherung sowohl vom Fonds als auch von Versicherungsunternehmen, die private Versicherung hingegen nur von Versicherungsunternehmen angeboten werden. Der Fonds wird operativ geleitet von einem Direktor, der von einem sieben-köpfigen Verwaltungsrat ernannt wird. Diesen Verwaltungsrat wiederum ernannt die serbische Regierung; seine Zuständigkeit umfasst die strategische Ausrichtung des Fonds einschließlich der Aufstellung seines Haushalts. Die Kontrolle der Geschäftstätigkeit des Fonds obliegt einem ebenfalls von der Regierung eingesetzten, sieben Personen zählenden Aufsichtsrat.

D. Ausgewählte Regelungsbereiche des Datenschutzes im Gesundheitswesen

In diesem Kapitel wird vertieft auf einige ausgewählte Fragen des Datenschutzes im Gesundheitswesen eingegangen, die von gesteigerter Relevanz für die Betroffenen sind: Das Sozialgeheimnis als Ankerpunkt, das Auskunfts- und das Widerspruchsrecht der Betroffenen, deren Ansprüche auf Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten sowie die Rechtsdurchsetzung. In den Blick genommen wird dabei stets nur das Verhältnis zwischen dem Betroffenen (insb. dem Patienten) einerseits sowie dem Verantwortlichen (idR dem Leistungsträger oder Leistungserbringer)⁵² andererseits; nicht erfasst sind hingegen weitere mögliche Rechtsbeziehungen und -stellungen von z. B. Auftragsverarbeitern und mittelbar betroffenen Personen.

52 In Bezug auf das deutsche Sozialrecht spricht Kühling, MedR 2019, 611 (617) von einer »Akteurtrias Versicherter – Leistungserbringer – Leistungsträger«.

I. Sozialgeheimnis

Ausgehend vom deutschen Begriffsverständnis handelt es sich beim Sozialgeheimnis um eine der drei Stützen des Datenschutzes im Gesundheitswesen, welche neben dem informationellen Selbstbestimmungsrecht⁵³ und der ärztlichen Schweigepflicht⁵⁴ steht; die Bausteine dieser Stütze sind über eine Vielzahl besonderer Rechtsquellen verteilt.⁵⁵ Mit § 35 I 1 SGB I⁵⁶ i. V. m. § 67 II SGB X kann das Sozialgeheimnis definiert werden als Erfordernis, demzufolge jede Erhebung, Verarbeitung und Nutzung von Sozialdaten einer Rechtsgrundlage bedarf; als Sozialdaten gelten dabei personenbezogene Daten i. S. d. DS-GVO, die von einer in § 35 SGB I genannten Stelle zuständigkeitsgemäß verarbeitet werden (s. § 67 II 1 SGB X⁵⁷).⁵⁸ Zuständige Stellen i. S. der genannten Norm sind wiederum die in § 12 SGB I legaldefinierten Leistungsträger, nämlich die Körperschaften, Anstalten und Behörden nach §§ 18–29 SGB I.⁵⁹ Über § 78 I 1 SGB X werden zudem all jene Personen und Einrichtungen dem Sozialgeheimnis unterworfen, welche Sozialdaten von den soeben genannten Leistungsträgern erhalten (sog. verlängerter Sozialdatenschutz⁶⁰). Somit gilt auch im Bereich des Sozialgeheimnisses das Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt.⁶¹

Vor diesem Hintergrund verdienen die Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung von Sozialdaten nähere Betrachtung. Zu unterscheiden ist im Ausgangspunkt

-
- 53 S. hierzu bereits BVerfG 15.12.1983, 1 BVR 209/83 u. a., NJW 1981, 419, welches trotz oder gerade wegen der weiteren Entwicklung der nationalen Rechtslage wie auch der Rechtsetzung auf der Ebene der Europäischen Union als Ausgangspunkt des modernen Datenschutzrechtes angesehen werden kann. Für eine Bewertung der Karlsruher Entscheidung von 1983 mit einigem zeitlichen Abstand s. Roßnagel, 20 Jahre Volkszählungsurteil, MMR 2003, 693 sowie Kühling, Verfassungsrechtliche Überprüfung des Volkszählungsgesetzes 1983, NJW 2017, 3069. Den Ankerpunkt der Regelungen stellt damals (s. § 4 I BDSG-alt) wie heute (s. Art. 5 I lit. a), Art. 6 I DS-GVO) das seit jeher den Gegenstand von Diskussionen bildende Verbotsprinzip mit Erlaubnisvorbehalt dar, demzufolge eine Datenverarbeitung (verstanden i. w. S.) dann und nur dann zulässig ist, wenn ein entsprechender Erlaubnistatbestand (sei dies in Form einer gesetzlichen Regelung, sei dies in Form einer Einwilligung des Betroffenen) gegeben ist.
- 54 S. hierzu an Stelle vieler Holzner, Datenschutz, 1 ff.; Ulsenheimer in Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts⁵ (2019) § 139 m. w. N.
- 55 Buchner in Buchner, Datenschutz² 22; Schifferdecker in Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB I § 35 Rz. 28 ff. (107. Erg. Lfg. 2019).
- 56 Krahrmer/Palsherm, ZFSH/SGB 2019, 600 (602) sprechen von der »Grundlagenvorschrift des Sozialdatenschutzrechts«; Bieresborn, NZS 2017, 887 (890) bezeichnet § 35 SGB I als »Generalnorm des Sozialgeheimnisses«.
- 57 Kipker in Plagemann, Münchner Anwaltshandbuch Sozialrecht⁵ § 48 Rz. 2. Ausführlicher zum Begriff der Sozialdaten Rombach in Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch. SGB X § 67 Rz. 162 ff. (Lfg. 3/18); Kühling, MedR 2019, 611 (615); Pickel/Marschner, SGB X. Kommentar zum Sozialgesetzbuch Zehntes Buch § 67 Rz. 8 ff. (212. Aktualisierung, Oktober 2018); Schifferdecker in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB I § 35 Rz. 32.
- 58 Bereits diese legislative Grundkonstruktion, bestehend aus einer Grundnorm sowie z. T. weitreichenden Konkretisierungen und Spezifizierungen in anderen Büchern des Sozialgesetzbuchs, wird in der Literatur nur allzu treffend als anspruchsvolle Gestaltung angesehen, vgl. Steinbach in Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch. SGB I § 35 Rz. 2 (24. Lfg. XII/05). Zum Sozialdatenschutz s. aktuell auch Krahrmer, Sozialdatenschutzrecht⁴ (2020).
- 59 Hierbei handelt es sich um eine abschließende Aufzählung, vgl. Steinbach in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB I § 35 Rz. 24 (24. Lfg. XII/05). Zur Bindung der Kassenärzte an den Sozialdatenschutz über den Umweg des § 78 SGB X sowie zur Frage des Bestehens einer Schutzlücke betreffend private Leistungserbringer s. Lilje in Lilje/Gutzler (Hrsg.), SGB I. Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil⁵ § 35 Rz. 78, 97 ff. (2019).
- 60 Freund/Shagdar, SGB 2018, 267.
- 61 Michels in Becker/Kingreen (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung⁶ vor § 284 Rz. 2 (2018); Buchner in Buchner, Datenschutz² 33; Waltermann, Sozialrecht¹³, Rz. 668.

zwischen gesetzlichen Regelungen (sog. gesetzliche Erlaubnistatbestände) einerseits sowie der Einwilligung der betroffenen Personen andererseits.⁶²

Als Regelfall gesetzlicher Erlaubnistatbestände sind einschlägige Vorschriften im SGB X (s. bspw. §§ 67a ff., *lex generalis* für alle Belange des Sozialdatenschutzes)⁶³ sowie im SGB V (§§ 284 bis 303, *lex specialis* und somit vorrangig anwendbares Recht für den Sozialdatenschutz im Bereich der Gesetzlichen Krankenversicherung)⁶⁴ anzutreffen. Als weitere Rechtsquelle tritt noch die DS-GVO hinzu, welche den bisher abschließenden Charakter der sozialrechtlichen Datenschutzregelungen⁶⁵ in ihrem Anwendungsbereich sowohl aufgrund von Art. 288 UAbs. 1, 2 AEUV als auch aufgrund von § 35 II 1 SGB I schlicht bei Seite schiebt und den Bestimmungen von SGB X und SGB V im Kollisionsfall vorgeht⁶⁶ – es sei denn, und diese essenziell bedeutsame Rückausnahme ist wiederum der DS-GVO geschuldet – der deutsche Gesetzgeber macht von den u. a. für das Sozial- und Gesundheitswesen vorgesehenen, weitreichenden, ihrer Rechtsnatur nach fakultativen Öffnungsklauseln des Art. 9 DS-GVO⁶⁷ Gebrauch und erlässt abweichende Regelungen. Das in Art. 9 I DS-GVO normierte, generelle Verbot der Verarbeitung von Gesundheitsdaten wird durch Abs. 2 lit. h) i. V. m. Abs. 3 dieser Bestimmung ausdrücklich für die Datenverarbeitung durch Angehörige des Gesundheitswesens (Berufsgeheimnisträger bzw. einer sonstigen Geheimhaltungspflicht Unterliegende) sowie Art. 9 I lit. i) für den Bereich der öffentlichen Gesundheit⁶⁸ aufgehoben und steht somit den soeben dargestellten Regelungen

62 Kühling, MedR 2019, 611 (613) mit Hinweis darauf, dass die bereits vor Geltungsbeginn der DS-GVO offenen Fragen wie bspw. betreffend die Reichweite von Einwilligungen im Gesundheitsdatenschutz nicht durch die neue Rechtslage beantwortet (bereinigt) worden sind.

63 S. hierzu Cormann in Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB I § 67a Rz. 3 f. (107 Erg.Lfg. 2019).

64 S. hierzu an Stelle vieler Leopold in Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB V § 284 Rz. 2 f. (107 Erg.Lfg. 2019). Für eine Darstellung der Datenarten im System des SGV V Kühling, MedR 2019, 611 (616 f.). Zur Systematisierung des Sozialrechts in Vorsorge, Entschädigung sowie Hilfe und Förderung s. Waltermann, Sozialrecht¹³, Rz. 79.

65 Buchner in Buchner, Datenschutz² 34 f. Zu beachten ist auch, dass eine subsidiäre Anwendbarkeit der Bestimmungen des BDSG-neu nur noch im Falle eines ausdrücklichen Normverweises im SGB zulässig ist, s. Biersborn, NZS 2017, 887 (891); so i. E. auch Kühnl/Rohrer/Schneider, DuD 2018, 735 (738).

66 Streinz, Europarecht¹¹, Rz. 478; Biber/Epiney et al., Europarecht¹³ (2019) § 6 Rz. 27; Höpfner/Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209, 1 (19 f.); Kraher/Palsherm, ZFSH/SGB 2019, 600 (601) mit Hinweis auf die Grundrechtecharta als erster Ebene der Datenschutzregulierung. Bei einer Missachtung dieses Anwendungsvorrangs kann dem Unionsrecht zum einen im Wege eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 258 ff. AEUV zur Geltung verholfen werden; am Ende dieses Verfahrens stehen Sanktionen in Form von Pauschalbetrag und Zwangsgeld gegen den vertragsbrüchigen Mitgliedstaat. Zum anderen können dem Betroffenen unmittelbar aus dem Unionsrecht fließende Schadenersatzansprüche gegen den verordnungswidrig handelnden Staat zustehen (st. Rspr. des Gerichtshofs seit EuGH 19.11.1991, C-6/90, C-9/90 (Francovich), fortgeführt u. a. in EuGH 05.03.1996, C-46/93, C48/93 (Brasserie du pecheur und Factortame), s. hierzu auch Haltern, Europarecht³ Band II Rz. 915 ff., 929 f.). Der Vollständigkeit halber sei festgehalten, dass auf einer dritten Ebene im Falle einer Kollision von Europarecht in Gestalt von Richtlinien einerseits und nationalem Recht andererseits eine Einzelfallprüfung – entgegen dem Wortlaut von Art. 288 UAbs. 3 AEUV – bei hinreichender Klarheit, Präzision und Unbedingtheit der Richtlinie sogar zu deren unmittelbarer Anwendbarkeit führen kann, s. an Stelle vieler Haltern, Europarecht³ Band II Rz. 683 ff., 694.

67 Kühling, MedR 2019, 611 (612).

68 S. hierzu auch Kühling, MedR 2019, 611 (613).

des deutschen Rechtes (SGB X, SGB V) nicht entgegen.⁶⁹ Aus sehr nachvollziehbaren Gründen ist dieser bereits im Ansatz hochkomplexe Normierungsrahmen, dessen konkrete Befüllung in der Praxis nur noch für ein Mehr an Regelungsebenen und Regelungsvielfalt sorgen kann, im Schrifttum auf Kritik⁷⁰ gestoßen.

Die Frage der Öffnungsklauseln leitet zugleich über zum zweiten möglichen Erlaubnistatbestand für eine Verarbeitung von Sozialdaten im Gesundheitswesen: Der ausdrücklichen Einwilligung der betroffenen Person, verstanden als explizite Willenserklärung, mit welcher diese Person die Verarbeitung ihrer Sozialdaten für zulässig erklärt. Aus historischer Perspektive betrachtet kam der Einwilligung angesichts der Rechtsprechung des BSG keine gesteigerte Bedeutung zu: Ausgehend von der Entscheidung in der Rs *Privatärztliche Verrechnungsstellen*⁷¹ wurde im Schrifttum die Ansicht vertreten, aufgrund der enormen Sensibilität von Sozialdaten könne eine fehlende gesetzliche Erlaubnis zur Datenverarbeitung im Bereich der GKV nicht von einer Einwilligung überspielt werden.⁷² Vor dem Hintergrund der neuen Rechtslage mit DS-GVO und BDSG-neu ist diese Rechtsprechung allerdings nicht mehr haltbar: Ausgehend von der DS-GVO als letzten Endes vorrangiger Rechtsquelle⁷³ stellt die Einwilligung des Betroffenen gem. Art. 6 I 1 lit. a) DS-GVO allgemein zweifelsfrei einen zulässigen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten dar (grundsätzliche Ausgangsregel, erste Ebene).⁷⁴ Diese Regelung wird zwar zunächst durch die Verbotsnorm des Art. 9 I DS-GVO dahingehend eingeschränkt, dass die Verarbeitung von Gesundheitsdaten i. S. v. Art. 4 Nr. 15 DS-GVO, die eine sog. besondere Kategorie personenbezogener Daten darstellen, zunächst einmal untersagt ist (Ausnahme von der Regel, zweite Regelungsebene). Anzumerken ist bereits an dieser Stelle, dass Gesundheitsdaten trotz des hier anzuwendenden, zweifelsfrei sehr weiten Begriffsverständnisses⁷⁵ nur eine Teilmenge der Sozialdaten darstellen. Die Rückausnahme von dieser Ausnahme begründet in weiterer Folge Art. 9 II lit. a) Hs. 1 DS-GVO, welcher ganz speziell die Zulässigkeit der Verarbeitung von Gesundheitsdaten auf der Grundlage einer ausdrücklichen Einwilligung des Betroffenen normiert und die Einwilligung somit schlicht wieder zu einem wirksamen Erlaubnistatbestand erklärt (Rückausnahme, dritte Regelungsebene). Erst auf der vierten und letzten Regelungsebene eröffnet der unionale Gesetzgeber den Mitgliedstaaten in Art. 9 II lit. a) Hs. 2 DS-GVO die Möglichkeit, in Abweichung von der dritten Regelungsebene in Vorschriften des nationalen Rechtes die Unzulässigkeit von Einwilligungen in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten vorzuschreiben (Zulässigkeit einer vom nationalen Gesetzgeber vorzusehenden Ausnahme von der Rückausnahme, vierte Regelungsebene). Hinzu kommt noch

69 Ausführlicher hierzu Wedde in Däubler/Wedde et al. (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 9 Rz. 105 ff. (2018); ebenso Kühling, MedR 2019, 611 (612) unter Hinweis auf die mit lit. h) korrespondierenden Erwägungsgründe 52 und 53 der DS-GVO.

70 Buchner in Buchner, Datenschutz² 36 m. w. N.; Kühling, MedR 2019, 611 (618) m. w. N.

71 BSG 10.12.2008, B 6 KA 37/07 R, NJOZ 2009, 2959.

72 Buchner in Buchner, Datenschutz² 36 f.

73 S. hierzu bereits vorstehend Fn. 66.

74 Die an diese Einwilligung zu stellenden Bedingungen finden sich in einem weiteren Schritt in Art. 7 DS-GVO.

75 S. an Stelle vieler Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbeck in Schwartzmann/Jaspers et al. (Hrsg.), DS-GVO/BDSG Art. 9 Rz. 82 f. (2018).

die Bestimmung des Art. 9 IV DS-GVO, derzufolge die Mitgliedstaaten im Bereich der Verarbeitung von Gesundheitsdaten über die DS-GVO hinausgehende Beschränkungen⁷⁶ einführen können. Wengleich dieses Wechselspiel im Regel-Ausnahme-Verhältnis doch exzessiv geraten ist und wohl lediglich zwei Ebenen zu einer identischen Regelung(sklarheit) geführt hätten, ist das Ergebnis aus der Sicht des Unionsrechts eindeutig: Der nationale Gesetzgeber muss die Einwilligung als Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Gesundheitsdaten in seinem nationalen Recht ausdrücklich ausschließen (*Opt-out*); unterlässt er dies, so können Einwilligungen kraft europarechtlicher Normierung als zulässig angesehen werden.⁷⁷ Überdies ist auf terminologischer Ebene nochmals festzuhalten, dass die Mitgliedstaaten gem. Art. 9 II lit. a) Hs. 2 DS-GVO lediglich im Bereich der Gesundheitsdaten ein Opt-out erklären können. Diese werden in Art. 4 Nr. 15 DS-GVO als sog. *besondere Kategorie personenbezogener Daten* kategorisiert und definiert als Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit eines Menschen beziehen und Informationen über dessen Gesundheitszustand geben. Diese Definition ist allerdings enger als die Definition der Sozialdaten im SGB I, welche neben den Gesundheitsdaten auch alle sonstigen, von den im SGB I genannten Leistungsträgern verarbeiteten Daten erfasst⁷⁸.

Von diesem europarechtlichen Rahmen ausgehend sind nochmals SGB X sowie SGB V als einschlägige nationale Rechtsakte für den deutschen Sozialdatenschutz in den Blick zu nehmen. Ganz allgemein ist diesbezüglich zunächst festzuhalten, dass die Einwilligung in diesen Vorschriften *nicht ausdrücklich* als Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Sozialdaten *ausgeschlossen* worden ist.⁷⁹ Im Besonderen ist dann auf §§ 67a bis 78 SGB X einzugehen, welche die Datenverarbeitung regeln. Der die Erhebung von Sozialdaten behandelnde § 67a SGB X schreibt in Abs. 2 Nr. 2 lit. a) ausdrücklich vor, dass ein Erlaubnistatbestand auch aus anderen Vorschriften als dem SGB folgen könne. Unter diesen Verweis fällt auch die unmittelbar geltende DS-GVO (s. hierzu auch die nur mit klarstellender Funktion ausgestattete Bestimmung des § 35 II SGB I⁸⁰), welche eben die Einwilligung (Erlaubnis) des Betroffenen in Art. 6 I lit. a) als grundsätzlichen Erlaubnistatbestand für jede Verarbeitung personenbezogener Daten bzw. in Art. 9 II lit. a) als besonderen Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Ge-

76 Kühling, MedR 2019, 611 (613) weist darauf hin, dass dies auch sonstige Modifikationen und Zulässigkeitsvoraussetzungen sein können, so dass die Mitgliedstaaten i. E. sowohl geringere als auch höhere Anforderungen an die Verantwortlichen vorschreiben könnten.

77 Im Ergebnis ebenso Bieresborn, NZS 2017, 887 (889). Bereits Buchner/Schwichtenberg, GuP 2016, 218 (223) m. w. N. gehen kritisch auf die diesbezügliche Rechtsprechung des BSG zur Rechtslage vor dem Beginn der Anwendbarkeit der DS-GVO und deren Übertragbarkeit auf die nunmehr geltende Rechtslage ein. Zur Sperrwirkung, welche das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage für das Handeln von Behörden (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit) gegenüber dem Erlaubnistatbestand des Art. 6 I lit. f.) DS-GVO (Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen, also hier insb. der Leistungsträger) entfällt, s. Rombach in Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB X § 67a Rz. 24 (Lfg. 3/18 – X/18) m. w. N.

78 So auch Bieresborn, NZS 2017, 926 (927).

79 So auch Rombach in SGB X § 67a Rz. 44 ff. (Lfg. 3/18 – X/18) m. w. N.

80 So auch Bieresborn, NZS 2017, 887 (889). Zwischen nationalem und europäischem Recht differenzierend stellt Kühling, MedR 2019, 611 (619) fest, dass § 35 I 1 SGB I zwar ganz allgemein einem Rückgriff auf das allgemeine Datenschutzrecht entgegenstehe, allerdings hinter der DS-GVO aufgrund deren Anwendungsvorrangs zurückstecken müsse. Zugleich geht Kühling a. a. O. in kurzen Zügen auf den kirchlichen Datenschutz ein, und ordnet diesen i. E. ebenfalls der DS-GVO unter.

sundheitsdaten (als Teilmenge der Sozialdaten) benennt.⁸¹ Nichts anderes folgt für die Speicherung, Veränderung, Nutzung, Übermittlung und Löschung von Sozialdaten im Ergebnis aus § 67b I 1 SGB X;⁸² dass die Einwilligung als Erlaubnistatbestand im Wortlaut dieser Norm in ihrer Fassung nach der gesetzgeberischen Berücksichtigung der DS-GVO im Vergleich zu ihrer Vorgängerversion nicht mehr ausdrücklich auftaucht ist allein schon deshalb unschädlich⁸³, da das soeben geschilderte *Opt-out* nach Art. 9 DS-GVO ausdrücklich hätte erfolgen müssen. Zudem ist an dieser Stelle im Kontext des Datenschutzes im Gesundheitswesen noch auf die besondere Frage der Einwilligung gegenüber staatlichen und öffentlichen Stellen (wie z. B. Leistungsträgern) einzugehen. Streitbehaftet ist diesbezüglich, ob das Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten, dh das Fehlen der Gleichordnung (Gleichrangigkeit) der hier anzutreffenden Subjekte (einerseits ein rechtlich übergeordneter Leistungsträger als datenschutzrechtlich Verantwortlicher, andererseits ein rechtlich untergeordneter Versicherter als datenschutzrechtlich Betroffener) der Einwilligung ihre Freiwilligkeit nehmen kann und in Folge dessen die Einwilligung ggü diesen Adressaten eben doch als Erlaubnistatbestand für eine Datenverarbeitung ausscheidet.⁸⁴ Für solch einen Ausschluss wird insb. Art. 7 IV DS-GVO (Kopplungsverbot), besehen im Lichte von Erwägungsgrund 43 der DS-GVO (Unwirksamkeit der Einwilligung bei ungleichen Rechtsbeziehungen aufgrund vermuteter Unfreiwilligkeit der Einwilligung), ins Feld geführt.⁸⁵ Wenngleich gut vertretbar, ist solch eine Schlussfolgerung keineswegs zwingend: Art. 7 IV DS-GVO betrifft allein schon seinem Wortlaut nach lediglich die Erhebung jener Daten, die für die Erfüllung des jeweiligen Vertragsverhältnisses gar nicht erforderlich sind, und schließt selbst bei Vorliegen derartigen Kopplungen nicht *a priori* die Freiwilligkeit der Einwilligung aus. In den Erwägungsgründen wird man hingegen bereits ganz grundlegend kein unmittelbar geltendes Recht, sondern lediglich eine Auslegungshilfe erblicken; dass dieser Auslegungshilfe dann gesteigerte Bedeutung zukommt, ist wohl h. M.⁸⁶ Nimmt man diese Auslegungshilfe nun genauer in den Blick, so fällt auf, dass auch ErwGr 43 S. 1 bereits seinem Wortlaut nach ggü Behörden abgegebene Einwilligungen nicht automatisch mit genereller Unwirksamkeit belegt, sondern eine Berücksichtigung »[...] aller Umstände in dem speziellen Fall [...]«, sprich: eine Einzelfallprüfung empfiehlt. Vor diesem Hintergrund erscheint es hier besser vertretbar, auch ggü

81 S. hierzu bereits S. 226.

82 So auch Rombach in SGB X § 67a Rz. 45 und § 67b Rz. 5 (Lfg. 3/18 – X/18); ebenso Bieresborn, NZS 2017, 887 (889). Detailliert zu den einzelnen Schritten der i. w. S. verstandenen Datenverarbeitung Krahrmer/Palsherm, ZFSH/SGB 2019, 600 (607 ff.).

83 Im Ergebnis so auch Bieresborn, NZS 2017, 926 (930).

84 Für ein oftmaliges Bestehen einer solchen Ungleichheit sprechen sich z. B. Kühnl/Rohrer/Schneider, DuD 2018, 735 (738) aus. Zum Streit- und Argumentationsstand s. u. a. Albers/Veit in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht Art. 9 Rz. 49 m. w. N. (31. Edition Stand 01.02.2019); Frenzel in Paal/Pauly (Hrsg.) Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² Art. 9 Rz. 24 m. w. N. (2018); Bieresborn, NZS 2017, 926 (930 f.); Wedde in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 9 Rz. 55 f.; Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbeck in DS-GVO/BDSG Art. 9 Rz. 117.

85 So i. E. Frenzel in Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² Art. 9 Rz. 24 m. w. N. unter Berufung auf die fehlende Gleichrangigkeit der Beteiligten.

86 Hierzu an Stelle vieler Wegener in Callies/Ruffert (Hrsg.), EUV/AUV⁵ A. I. Art. 19 Rz. 16 m. w. N. (2016) sowie Krahrmer/Palsherm, ZFSH/SGB 2019, 600 (601) m. w. N.

öffentlichen Stellen abgegebene Einwilligungen als grundsätzlich zulässig anzuerkennen.⁸⁷

Hinsichtlich der Form der Einwilligung begegnen weder in der DS-GVO noch im SGB X entsprechende Vorschriften, so dass diese lediglich explizit geäußert werden muss (vgl. den Wortlaut »ausdrücklich« in Art. 9 II lit. a) Hs. 1 DS-GVO), allerdings auch formlos (in bestimmten Fällen sogar im Rahmen eines Telefonats) erfolgen kann.⁸⁸ Zu beachten ist allerdings, dass das Vorliegen einer Einwilligung (im Bedarfsfall) gem. Art. 7 I DS-GVO vom Verantwortlichen nachgewiesen werden können muss⁸⁹, und der Verantwortliche zudem auch bei Einwilligungen als Erlaubnistatbestand für eine Datenverarbeitung der bereits benannten Rechenschaftspflicht nach Art. 5 II DS-GVO unterliegt.

Eine funktionale Rechtsvergleichung⁹⁰ des deutschen Rechtsinstituts des Sozialgeheimnisses mit den Rechtsordnungen Kroatiens und Serbiens verlangt zunächst, nochmals die wesentliche Aussage des Sozialgeheimnisses zu verdeutlichen: Die Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Leistungsträger bedarf einer konkreten Rechtsgrundlage. Von diesem inhaltlichen Verständnis ausgehend stellt sich im Weiteren die Frage, welche Vorschriften im kroatischen sowie serbischen Recht dieselbe Anordnung treffen wie das Sozialgeheimnis im deutschen Recht.

Hinsichtlich des kroatischen Rechts ist zunächst ein kurzer Blick auf den Aufbau der kroatischen Gesetzgebung zu werfen und festzustellen, dass dieser eine einheitliche Kodifizierung der einzelnen Themengebiete des Sozialrechts fremd ist; vielmehr finden sich für die jeweiligen Bereiche des Sozialrechts zersplitterte Sondergesetze. Für den Bereich der Sozialversicherung⁹¹ sind dies die bereits vorstehend genannten Rechtsquellen betreffend die Krankenversicherung⁹², das *Gesetz über Rentenversicherung*⁹³ und das *Gesetz über den Anspruch auf Rentenzulage bestimmter Kategorien versicherter Personen*⁹⁴ für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, das *Gesetz über die verpflichtende Krankenver-*

87 So i. E. auch Holzner, Datenschutz, 73; Bieresborn, NZS 2017, 926 (930 f.) mit der Feststellung über den Wegfall der Grundlage für Diskussionen betreffend die Normakzessorität von Einwilligungen und dem sehr treffenden Hinweis auf die Mitwirkungspflichten des Betroffenen. Wedde in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 9 Rz. 55 weist darauf hin, dass die in solchen Fällen erforderliche Freiwilligkeit hohen Standards genügen muss. Zum Inhalt von Einwilligungen gegenüber Krankenhäusern s. den praxisnahen Beitrag von Otto/Rüdin, Standardisierung von Patienteneinwilligungen im Krankenhaus, ZD 2017, 519, welcher die DS-GVO bereits antizipiert.

88 S. Jaspers/Schwartzmann/Mühlenbeck in DS-GVO/BDSG Art. 9 Rz. 115; ebenso Bieresborn, NZS 2017, 926 (930), allerdings unter Hinweis darauf, dass der deutsche Gesetzgeber eine Einwilligung via E-Mail unter Berufung auf Art. 32 i. V. m. Art. 5 I lit. e), f) verhindern wollte.

89 Wedde in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 9 Rz. 40 weist in diesem Zusammenhang auf das Erfordernis einer nachweisbaren Einwilligung der Versicherten zur Teilnahme an den Bonusprogrammen ihrer Krankenkassen hin. Aus einem ganz anderen Blickwinkel gehen Breyer/Zweifel/Kifmann, Gesundheitsökonomik⁶, 541 ff. auf die wirtschaftlichen Folgen des rasanten technisch-naturwissenschaftlichen Fortschritts des Gesundheitswesens ein.

90 Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 33.

91 Für die Säulen der Sozialversicherung nach deutschem Begriffsverständnis s. an Stelle vieler Waltermann, Sozialrecht¹³, Rz. 11 f.

92 Vgl. S. 8.

93 *Zakon o mirovinskom osiguranju*, Narodne novine 157/2013 i. d. F. 102/2019, wobei anzumerken ist, dass im Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung auch das Gesetz über Beiträge Anwendung findet.

94 *Zakon o pravu na dodatak uz mirovinu određenih kategorija korisnika mirovine*, Narodne novine 45/2002.

sicherung (hrKVG, insb. Titel V, Art. 66–71) für den Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung sowie das *Gesetz über Sozialfürsorge*⁹⁵ (insb. die Art. 57 bis 62 sowie 73 bis 90) für einen Teilbereich der gesetzlichen Pflege (die nicht über eine separate Pflichtversicherung finanziert wird). Anzumerken ist, dass dies lediglich die ganz grundlegenden Gesetze für die jeweiligen Bereiche der Sozialversicherung sind, zu denen in Detailfragen noch zahlreiche Sondergesetze und untergesetzliche Akte hinzutreten. Das Erfordernis, Sozialdaten nur bei Bestehen einer Rechtsgrundlage und in Einklang mit dieser Rechtsgrundlage zu verarbeiten, findet sich zwar in keiner der soeben genannten Rechtsquellen. Allerdings ist für den Teilbereich der Gesundheitsdaten im Jahr 2019 das *Gesetz über Daten und Informationen im Gesundheitswesen*⁹⁶ in Kraft getreten, welches in Art. 5 I jedwede Erhebung und Verarbeitung von Gesundheitsdaten vom Bestehen eines gesetzlichen Zwecks abhängig macht. Zu dieser recht neuen, nur den Datenschutz im Gesundheitswesen betreffenden Spezialvorschrift tritt noch das bereits dargestellte Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt nach Art. 5 I lit. a), Art. 6 I DSGVO als allgemeine Regelung hinzu, demzufolge eben jede Verarbeitung personenbezogener Daten einer Rechtsgrundlage bedarf.⁹⁷ Diese Rechtsgrundlagen sind wiederum zum einen in Form gesetzlicher Erlaubnistatbestände über die jeweiligen Sondergesetze des kroatischen Sozialrechts verteilt. Für den Bereich des im Fokus dieses Beitrags stehenden Gesundheitswesens stellen die Art. 3, 97 f. des hrKVG die Grundnormen dar, welche die Kroatische Krankenversicherungsanstalt mit der Durchführung der gesetzlichen Krankenversicherung sowie der Wahrung der Rechte der Versicherten betrauen. Da für die Durchführung dieser Aufgaben eben auch die Befugnis zur Verarbeitung der personenbezogenen Daten der Versicherten erforderlich ist, ist in der zitierten Norm auch die erforderliche gesetzliche Genehmigung zur Datenverarbeitung zu sehen. Zu dieser Grundnorm treten bei Spezialfragen noch weitere Rechtsnormen hinzu. Hinsichtlich der Einwilligung als weiterem möglichen Erlaubnistatbestand gilt das bereits vorstehend für das deutsche Recht Ausgeführte⁹⁸, wobei auch Kroatien kein ausdrückliches *Opt-out* vorgenommen hat.⁹⁹

Auch im serbischen Recht ist keine einheitliche Kodifizierung der Normen des Sozialrechts erfolgt; stattdessen sind ebenfalls zahlreiche Sondergesetze zu den einzelnen sozialrechtlichen Themenbereichen anzutreffen. Für die Sozialversicherung zu nennen sind wiederum die bereits vorstehend dargestellten Gesetze im Bereich der Krankenversicherung¹⁰⁰, das *Gesetz über die Renten- und Inva-*

95 *Zakon o socijalnoj skrbi*, Narodne novine 157/2013 i. d. F. 98/2019.

96 *Zakon o podacima i informacijama u zdravstvu*, Narodne novine 14/19.

97 Zwar begründet Art. 18 des Gesetzes über Sozialfürsorge die Pflicht zur Geheimhaltung der personenbezogenen Daten der Nutzer der Sozialfürsorge, verweist jedoch hinsichtlich Inhalt und Umfang dieser Verpflichtung auf ein nicht näher definiertes, besonderes Gesetz, und trifft zum anderen auch keine positive Aussage über die Voraussetzungen einer gesetzeskonformen Datenverarbeitung. Auf untergesetzlicher Ebene schreibt Art. 74 Nr. 2, 76 I der Satzung der Kroatischen Krankenversicherungsanstalt vor, dass die Angaben über die Pflichtversicherten ein Geschäftsgeheimnis darstellen. Auch diese Vorschrift trifft jedoch keine Aussage über das Erfordernis einer Rechtsgrundlage für die Verarbeitung dieser geschützten Daten.

98 Vgl. S. 13.

99 Überblickartig zur Einwilligung auch Čizmić/Boban, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci* 2018, 377 (383); Surla/Markotić/Vori, *Journal of Applied Health Sciences* 2020, 159. (162 f.).

100 Vgl. S. 9.

*Invaliditätsversicherung*¹⁰¹ für den Bereich der gesetzlichen Rentenversicherung, das srKVG und das Gesetz über Renten- und Invaliditätsversicherung für den Bereich der gesetzlichen Unfallversicherung sowie das *Gesetz über den sozialen Schutz*¹⁰² (insb. Art. 40 Nr. 5, Art. 47 ff.) betreffend einen Teilbereich der gesetzlichen Pflege (wie auch in Kroatien auf einer anderen Finanzierungsgrundlage als in Deutschland). Allerdings finden sich in diesen Gesetzen keinerlei Bestimmungen betreffend das Sozialgeheimnis, so dass auch im serbischen Recht auf die allgemeinen Vorschriften des Datenschutzes, namentlich das srDSG¹⁰³, zurückzugreifen ist. Nachdem dieses in Art. 5 Nr. 1, Art. 12 Nr. 1 das Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt statuiert, bedarf somit auch die Verarbeitung personenbezogener Daten in Serbien eines Erlaubnistatbestandes, der wiederum sowohl gesetzlicher Natur sein als auch aus einer Einwilligung herrühren kann. Für den Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung grundlegend sind in diesem Zusammenhang die Bestimmungen der Art. 7 I, 31 ff., 228 ff. srKVG, denen zufolge dem Fonds die Durchführung der gesetzlichen Krankenversicherung obliegt. Zur Erfüllung dieser Verpflichtung ist es für den Fonds unerlässlich, die Daten der Versicherten zu verarbeiten. Der Erlaubnistatbestand der Einwilligung ist gem. Art. 15, 17 II Nr. 1, 2, 3, 8, 9 srDSG ebenfalls rechtlich zulässig.

I. Auskunftsrecht

In der Pyramide des Datenschutzes kommt dem Auskunftsrecht ein besonders hoher Stellenwert zu; es wird bisweilen an der Spitze der Pyramide verortet bzw. als Ankerpunkt des Datenschutzrechts angesehen.¹⁰⁴ Eine Regelung des Auskunftsrechtes ist sowohl als *lex generalis* im allgemeinen Datenschutzrecht als auch als *lex specialis* im besonderen Datenschutzrecht des Gesundheitswesens erfolgt.

Aufgrund der thematischen Ausrichtung des vorliegenden Beitrags ist zunächst das spezifische Auskunftsrecht der Patienten im Gesundheitswesen zu thematisieren. Im deutschen Recht kann das Auskunftsrecht, ausgehend von der durch das *Patientenrechtegesetz*¹⁰⁵ geschaffenen Bestimmung des § 630g I BGB (überschrieben als »Einsichtnahme in die Patientenakte«) und unter Berücksichtigung der einschlägigen Rechtsprechung des BGH, als Anspruch des Patienten, ohne einen konkreten Anlass Einsicht in seine Akte zu erhalten, definiert werden.¹⁰⁶

101 *Zakon o penzijskom i invalidskom osiguranju*, Službeni glasnik 34/2003 i. d. F. 86/2019.

102 *Zakon o socijalnoj zaštiti*, Službeni glasnik 24/2011.

103 Vgl. S. 220.

104 Buchner in Buchner, Datenschutz² 82 m. w. N.; Brink/Joos, Reichweite und Grenzen des Auskunftsanspruchs und des Rechts auf Kopie, ZD 2019, 483.

105 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, BGBl. I 9/2013. Zur historischen Entwicklung des Einsichtsrechts, zunächst im Wege der Rechtsprechung, s. zudem Lafontaine in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger (Hrsg.), jurisPK-BGB⁹ § 630g Rz. 2 f. (Stand 01.02.2020).

106 St. Rspr. des BGH, s. zuletzt BGH 20.01.2015, VI ZR 137/14, ZD 2015, 225 (Tiedeman) = MDR 2015, 333. Als weitere Anspruchsgrundlage für Auskunftsverlangen der Patienten ist § 305 SGB V (Informationen über Behandlungskosten) zu nennen. Zu den Ausnahmen, insb. nach § 83 SGB X (Information über gespeicherte Sozialdaten) s. Bieresborn, Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Betroffenenrechte, Aufsichtsbehörden und Datenschutzbeauftragte, neue Zuständigkeiten für die Sozialgerichtsbarkeit, NZS 2018, 10 (12) sowie Freund/Shagdar, SGB 2018, 267 (274). Auf diese wird im Rahmen des vorliegenden Beitrags allerdings nicht näher eingegangen. Zur Übertragbarkeit des

Eine nachvollziehbare Schranke erfährt dieser Anspruch des Patienten in zweifacher Form: zum einen im Falle des Bestehens begründeter Gefahren für den Behandlungserfolg (sog. therapeutische Vorbehalte) und zum anderen bei Entgegenstehen erheblicher Rechte dritter Personen, was insb. auf den Schutz der persönlichen Anmerkungen des Behandelnden (sog. Schutz der subjektiven Interessen des Behandelnden) und somit auf dessen Persönlichkeitssphäre hinausläuft. Anzumerken ist allerdings, dass von letzterer Schranke keinesfalls objektive medizinische Befunde erfasst sein können.¹⁰⁷ Rechtsgrundlage beider Beschränkungen ist wiederum die Bestimmung des § 630g I 1 BGB, wobei eine Ablehnung der Einsicht gem. § 630g I 2 BGB einer Begründung bedarf. Die europarechtliche Zulässigkeit beider Schranken ergibt sich aus der Öffnungsklausel des Art. 23 I lit. i) DS-GVO.

Auf der Ebene des allgemeinen Datenschutzrechts korreliert mit diesem Recht das allgemeiner gehaltene Recht des Betroffenen auf Auskunft über auf ihn bezogene, bei der jeweiligen Stelle gespeicherte Daten nach Art. 15 I DS-GVO mit dem in Art. 15 IV DS-GVO enthaltenen Grenze bei den Rechten und Freiheiten anderer Personen.¹⁰⁸ Zu betonen ist, dass auch für die Geltendmachung dieser allgemeinen Fassung des Rechtsinstituts des Auskunftsrechts kein besonderes Interesse durch den Betroffenen nachzuweisen ist. Die Öffnungsklausel des Unionsrechts, welche für das Auskunftsrecht beschränkende mitgliedstaatliche Vorschriften benötigt wird, stellt der soeben erwähnte Art. 23 I DS-GVO dar, welcher den Mitgliedstaaten weitreichende Ausnahmeregelungen gerade für den Bereich des Datenschutzes im Sozial- und Gesundheitswesen ermöglicht. Die auf dieser Öffnungsklausel aufbauenden mitgliedstaatlichen Vorschriften unterliegen allerdings zum einen der Schranken-Schranke in Gestalt des Erfordernisses der Einhaltung der Grundrechte und -freiheiten sowie der Einhaltung der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit (Art. 23 I DS-GVO)¹⁰⁹. Darüber hinaus kann zum anderen noch erforderlich werden, dass die nationale Schranke uU¹¹⁰ besondere, in Art. 23 II DS-GVO benannte Bestimmungen enthält.

Neben der reinen Einsicht in die gespeicherten bzw. aufgezeichneten Daten erstreckt sich das Auskunftsrecht auch auf die Anfertigung und Überlassung von Kopien¹¹¹ (vgl. § 630g BGB, Art. 15 III DS-GVO). Dies hat gem. der europä-

Rechts auf Einsicht in die Patientenakte von Todes wegen s. Holzner, Datenschutz, 94 ff. sowie Sarres, Patientenrechtegesetz: Recht auf Einsicht in Krankenakten ist vererblich, EE 2018, 160 m. w. N.

107 Buchner in Buchner, Datenschutz² 83 ff. m. w. N.

108 Zum Auskunftsrecht des Betroffenen unter der DS-GVO s. Bieresborn, NZS 2018, 10 (12 f.). Zur teleologischen Reduktion des Art. 15 DS-GVO s. insb. LG Köln 18.03.2019, 26 O 25/18, jurisPR-ITR 2019/14 Anm. 5 (Klinger). Auf das Verhältnis zwischen bloßer Einsichtnahme und Anspruch auf Aushändigung einer Aktenkopie gehen Engeler/Quiel, Recht auf Kopie und Auskunftsanspruch im Datenschutzrecht, NJW 2019, 2201 ein. Brink/Joos, ZD 2019, 483 (486) sehen dieses Instrument hingegen skeptisch.

109 S. Bieresborn, NZS 2018, 10 (10).

110 Die Formulierung der deutschen Fassung der DS-GVO mit ihrem Wortlaut »gegebenenfalls« lässt offen, ob die in den nachfolgenden Buchstaben a) bis h) aufgezählten Bestimmungen stets oder nur bedarfsweise vorzusehen sind. Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 23 Rz. 27 f. löst diese Unklarheit unter Vornahme eines Vergleichs der deutschen Fassung der DS-GVO mit der englischen, französischen, spanischen, italienischen und slowenischen (!) Fassung zu Gunsten einer nur bei konkretem Bedarf bestehenden Pflicht des nationalen Gesetzgebers auf. Dies überzeugt sowohl methodisch als auch inhaltlich.

111 Ausführlich an Stelle Vieler Lafontaine in jurisPK-BGB⁹ § 630g Rz. 11, 115.

rechtlichen Bestimmung des Art. 12 V DS-GVO grundsätzlich¹¹² unentgeltlich zu erfolgen¹¹³, wodurch ein unmittelbarer Konflikt mit der im nationalen Recht sehr wohl festgelegten Kostentragungspflicht des Patienten (§§ 630g II 2, 811 II 1 BGB) gegeben ist.¹¹⁴ In Auflösung dieses Konflikts würde die nationale Regelung, wiederum ausgehend von den Bestimmungen des Unionsrechts als grundsätzlich vorrangiger Rechtsquelle¹¹⁵, durch Art. 12 V DS-GVO zunächst verdrängt (freilich nur, soweit man sich im Anwendungsbereich der DS-GVO bewegt, was hier unproblematisch der Fall ist). Allerdings ermöglicht die soeben dargestellte Öffnungsklausel des Art. 23 I lit. i) DS-GVO nationale Vorschriften, mit denen die Unentgeltlichkeit der Abschriften nach Art. 12 DS-GVO aufgehoben wird (Schrankenregelung zu diesem Artikel der DS-GVO). Solch eine nationale Schranke muss allerdings gem. Art. 23 I DS-GVO zugleich auch notwendig und verhältnismäßig sein (Schranken-Schranke). Wird nun die soeben zitierte Regelung des § 630g BGB an der Öffnungsklausel des Art. 23 I lit. i) DS-GVO gemessen, rückt die Frage der Einhaltung der Verhältnismäßigkeit der Kostentragung durch die Patienten im deutschen Recht in den Fokus der näheren Betrachtung; dies nicht zuletzt vor dem Hintergrund, dass eine Patientenakte bei lang andauernden und/oder umfangreichen Behandlungen einen signifikanten Umfang aufweisen und die Erstellung von Kopien somit für den Patienten sehr schnell mit derart hohen Kosten verbunden sein kann, dass dieser lieber auf die Erstellung von Kopien und in letzter Konsequenz auf die Verfolgung ihm u. U. zustehender Rechte verzichtet.¹¹⁶ Schonender für die Rechte der Patienten wäre es z. B. gewesen, die Übersendung der Patientenakte auf rein elektronischem Wege kostenfrei zu gestalten und lediglich die Erstellung klassischer und tatsächlich mit Aufwendungen (Barauslagen) der behandelnden Stelle verbundener Kopien einer Kostentragungspflicht zu unterwerfen.¹¹⁷ Hierfür spricht auch der Fortschritt der Technik (Stichwort Digitalisierung), der vielerorts bereits zur Umstellung der Datenverarbeitung von der geschriebenen Akte auf eine elektronische Patientenakte geführt hat und somit annähernd eine »Übertragung auf Knopfdruck« an den Patienten ermöglicht. Im Rahmen der Überprüfung der Verhältnismäßigkeit der von § 630g BGB ausgehenden Beschränkung des Art. 12 V DS-GVO bedeutet dies, dass ein milderer Mittel als die letztlich in Deutschland Gesetz gewordene, pauschale und damit recht grobschlächtig geratene Kostentragungspflicht der Patien-

112 Ausgenommen von der Entgeltfreiheit sind bereits gem. der DS-GVO offensichtlich unbegründete sowie exzessive Anträge. In beiden Fällen kann von einem Missbrauch der Unentgeltlichkeit durch den Antragsteller gesprochen werden.

113 Buchner in Buchner, *Datenschutz*² 82 f. m. w. N., der zudem eine Weiterführung der bisherigen Geltendmachung von Kopierkosten durch die behandelnden Stellen eine klare Absage erteilt. Wohl a. A. Lafontaine in *jurisPK-BGB*⁹ § 630g Rz. 115, leider jedoch ohne Thematisierung der europarechtlichen Dimension, insb. der Kollision mit Art. 12 V DS-GVO.

114 Umfassend hierzu Wagner in Säckler/Rixecker/Oetker/Limberg (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*⁸ § 630g Rz. 27 ff. (2020). S. zudem Lafontaine in *jurisPK-BGB*⁹ § 630g; Spickhoff in Spickhoff (Hrsg.), *Medizinrecht*³ BGB § 630g Rz. 8 (2018); Mansel in Jauernig, *Bürgerliches Gesetzbuch*¹⁷ § 630g Rz. 12 (2018).

115 S. hierzu bereits einführend S. 215. Hinsichtlich der Frage der Unentgeltlichkeit von Kopien i. E. auch Holzner, *Datenschutz*, 213.

116 In dieser Richtung, wenngleich allgemeiner, Däubler in *EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu* Art. 12 Rz. 14.

117 So bereits Wagner in *MüKo-BGB* Rz. 6.

ten zur Verfügung steht. Darüber hinaus fällt auf, dass die DS-GVO auch noch die zeitlich spätere der beiden konfligierenden Regelungen darstellt und somit auch der *lex posterior*-Grundsatz¹¹⁸ für den Anwendungsvorrang der DS-GVO streitet: Während § 630g BGB bereits seit März 2013 in Kraft steht, findet die DS-GVO erst seit Mai 2018 Anwendung und stellt somit die spätere (neuere) Rechtsquelle betreffend die Frage der Kostenpflichtigkeit der Erstellung von Abschriften dar. Anzumerken ist allerdings auch, dass im Schrifttum unter Berufung auf das alltägliche Funktionieren des medizinischen Betriebes von Krankenhäusern und Arztpraxen (in diesem Falle als Verantwortlichen iSd Datenschutzrechtes) äußerst zutreffend und berechtigt auf möglicherweise mit der Erstellung unentgeltlicher Kopien einhergehende Schwierigkeiten hingewiesen und somit letztlich die Angemessenheit der BGB-Regelung iSe Kosten-Nutzen-Relation adressiert wird.¹¹⁹ Da der Weg zu dieser Argumentationsebene bei einer klassischen, aus europarechtlicher Perspektive erfolgenden Verhältnismäßigkeitsprüfung allerdings versperrt sein könnte (da die nationale Regelung bereits auf der Ebene der Erforderlichkeit scheitert), ist der deutsche Gesetzgeber umso mehr gefordert, die offensichtliche Kollision zwischen §§ 630g, 811 BGB einerseits und Art. 12 V DS-GVO andererseits im Wege einer verhältnismäßigen Regelung des BGB aufzulösen.¹²⁰

Im kroatischen Recht folgt der Anspruch der betroffenen Person (hier: des Patienten) auf Auskunft und Einsicht in die Gesundheitsakte sowohl aus besonderen Rechtsquellen betreffend das Gesundheitswesen als auch aus der DS-GVO (Art. 15 I) als allgemeiner Rechtsquelle des europäischen Datenschutzrechtes. Speziell für das Gesundheitswesen sieht Art. 23 I des *Gesetzes über den Schutz der Patientenrechte*¹²¹ seit Ende 2004 ein Recht auf Einsicht in sämtliche, den Patienten betreffende medizinische Unterlagen vor.¹²² Es ist nicht erforderlich, dass der Patient Gründe für die Einsichtnahme benennt. Seit 2019 tritt mit Art. 22 II 2 des *Gesetzes über Daten und Informationen im Gesundheitswesen*¹²³ eine weitere Anspruchsgrundlage hinzu, derzufolge der Patient jederzeit digital über die elektronische Plattform »e-Gradjani« (zu Deutsch: »e-Bürger«), auf welcher von zahlreichen öffentlichen Institutionen personenbezogene Daten verschlüsselt in einem persönlichen Account des Betroffenen online bereitgestellt werden, auf seine digitale Patientenakte zugreifen kann. Auch in diesem Fall ist kein besonderes Interesse (Grund) für die Einsichtnahme durch den Patienten nachzuweisen; zudem hat diese Form der Einsichtnahme den Vorteil, dass sie jederzeit erfolgen kann und nicht ortsgebunden ist. Freilich kann sie jedoch nur jene Patientenakten bzw. deren Teile erfassen, welche digital vorliegen; eine entsprechende Rechtspflicht für die Gesundheitseinrichtungen, die Patientenakten digital zu führen, ergibt sich

118 Haltern, Europarecht³ Band II Rz. 1021 f. unter Hinweis auf die st. Rspr. des EuGH.

119 Wagner in MüKo-BGB § 630g Rz. 6. Engeler/Quiel, NJW 2019, 2201 (2203) weisen ganz allgemein auf das Erfordernis der Praxis hin, letztlich rechtsmissbräuchlich gestellte Anträge auf Erteilung einer Kopie ablehnen zu können.

120 Zum Auskunftsrecht s. auch Wybitul/Baus, Wie weit geht das Recht auf Auskunft und Kopie nach Art. 15 DSGVO?, CR 2019, 494; Wybitul/Brams, Welche Reichweite hat das Recht auf Auskunft und auf eine Kopie nach Art. 15 I DSGVO?, NZA 2019, 672; Holzner, Datenschutz, 147 ff.

121 Zakon o zaštiti prava pacijenata, Narodne novine 169/04 i. d. F. 37/08.

122 S. hierzu auch umfassend Čizmić, Pravo na pristup podacima u medicinskoj dokumentaciji, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2009, 91 (107 ff.).

123 S. Fn. 96.

erst seit Mitte Februar 2019 aus Art. 21 I des Gesetzes über Daten und Informationen im Gesundheitswesen.

Die Anfertigung von Kopien der Patientenakte bzw. Teilen hiervon ist nach Art. 23 II des Gesetzes über den Schutz der Patientenrechte kostenpflichtig. Zumal das Gesetz über Daten und Informationen im Gesundheitswesen keinerlei Bestimmungen zur Frage der Kostentragung beinhaltet, sind rein nach nationalem Recht von den Patienten zumindest die Kosten für Photokopien ihrer Patientenakten zu tragen. In Folge dessen besteht im kroatischen Gesundheitsrecht derselbe Konflikt mit Unionsrecht wie im deutschen Recht¹²⁴ und gelten die vorstehend gemachten Ausführungen hierzu zur Gänze. Der Vollständigkeit halber ist noch anzumerken, dass diese Normenkollision nicht im Rahmen der Angleichung des kroatischen Rechtes an den *Acquis communautaire* behoben werden konnte, da der kroatische Unionsbeitritt zum 01.07.2013 und somit knapp 5 Jahre vor Geltungsbeginn der DS-GVO erfolgte.

Auch im serbischen Recht folgt das Auskunftsrecht der Patienten sowohl aus einer im Gesundheitsrecht zu verortenden Anspruchsgrundlage als auch aus dem allgemeinen Datenschutzrecht. Im Gesundheitsrecht ist dies die Bestimmung des Art. 23 I Hs. 1 *Patientenrechtsgesetz*¹²⁵ (srPRG), welche wortwörtlich den Anspruch des Patienten auf Kopien seiner medizinischen Unterlagen und somit ein Auskunftsrecht des Patienten im Hinblick auf die ihn betreffenden medizinischen Daten statuiert. Fraglich ist allerdings, ob dies auch einen Anspruch des Patienten auf Einsichtnahme in das Original der Patientenakte umfasst. Auf der Ebene des allgemeinen Datenschutzrechtes entspricht dieser Regelung Art. 26 III srDSG, demzufolge jene, die Patientendaten verarbeitende Stelle dem Patienten auf dessen Verlangen hin eine Kopie dieser Daten zuzusenden hat. Auch hier bleibt offen, ob sich dieses Recht auch auf eine unmittelbare Einsichtnahme des Patienten in seine Krankenakte erstreckt. Keine der beiden Rechtsgrundlagen verlangt vom Patienten den Nachweis eines berechtigten Grundes (Interesses) für das Auskunftsverlangen.

Hinsichtlich der Frage der Kostentragung für die Erstellung der Kopien ergibt sich zunächst eine Normenkollision zwischen Gesundheitsrecht einerseits und Datenschutzrecht andererseits: Während Art. 23 I Hs. 2 srPRG den Patienten eindeutig zur Tragung der für die Erstellung der Kopien erforderlichen Kosten verpflichtet, trifft Art. 26 III srDSG hierzu in Satz 1 zunächst gar keine Aussage, und schreibt anschließend in Satz 2 eine Kostentragungspflicht für die Erstellung zusätzlicher Kopien der verarbeiteten Daten vor. Dies bedeutet, dass nach allgemeinem Datenschutzrecht die erstmalige Erstellung von Kopien für die betroffene Person (hier: den Patienten) kostenfrei zu sein hat (und Kosten erst ab dem zweiten Satz Kopien entstehen), während nach Gesundheitsrecht auch schon der erste Satz Kopien für den Patienten gebührenpflichtig ist. Nach hier vertretener Ansicht gelingt die Auflösung dieses Konfliktes allerdings über den *lex specialis*-Grundsatz: Während Art. 26 srDSG den Anspruch auf Kopien des Betroffenen bei jedweder Datenverarbeitung, dh ganz allgemein regelt, findet Art. 23 srPRG

124 S. bereits S. 233.

125 *Zakon o pravima pacijenata*, Službeni glasnik 45/2013 i. d. F. 25/2019.

ausschließlich auf die Erstellung von Kopien der medizinischen Unterlagen und somit nur auf eine kleine Teilmenge der verarbeiteten Daten des Betroffenen, dh ganz speziell, Anwendung. Dies bedeutet, dass sich i. E. Art. 23 srPRG durchsetzt und die Erstellung von Kopien bereits ab dem ersten Satz für den Patienten kostenpflichtig ist. Eine Kollision dieser Rechtslage mit der DS-GVO ergibt sich weder unmittelbar, da die Republik Serbien ggw. zwar Beitrittskandidat, allerdings eben kein Mitgliedstaat der EU ist und somit Unionsrecht in Serbien auch nicht unmittelbar zur Anwendung gelangt, noch mittelbar: Aus Art. 72 SAA¹²⁶ folgt lediglich die auf die Zukunft gerichtete Verpflichtung einer schrittweisen Angleichung des serbischen Rechts an das Unionsrecht, nicht aber die mittelbare Verpflichtung zur sofortigen Anwendung des Unionsrechts in Serbien. Somit verbleibt es hier bei einem rein innerstaatlichen Normkonflikt.

II. Widerspruch

Den Ausgangspunkt des Widerspruchsrechts stellt sowohl im deutschen¹²⁷ als auch im kroatischen Recht Art. 21 DS-GVO dar, demzufolge das Besehen eines Widerspruchsrechts von der Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung im jeweiligen Fall abhängig ist. Zudem müssen auf Seiten der von der Datenverarbeitung betroffenen Person Gründe für einen Widerspruch vorliegen. Für den vorliegenden Beitrag ist dabei der Tatbestand des Art. 21 I DS-GVO von Relevanz, demzufolge ein Widerspruchsrecht dann gegeben ist, wenn die Datenverarbeitung (i) zum Zwecke der Erfüllung von Aufgaben im öffentlichen Interessen (Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung: Art. 6 I lit. e) DS-GVO) oder (ii) zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen nach einer Abwägung mit den Grundrechten und -freiheiten des Betroffenen erforderlich ist (Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung: Art. 6 I lit. f.) DS-GVO).¹²⁸ Über dieses Widerspruchsrecht muss der Verantwortliche gem. Art. 21 IV DS-GVO zu Beginn der Kommunikation mit dem Betroffenen (Patienten) in verständlicher Form unterrichten. Macht der Betroffene vom Widerspruchsrecht Gebrauch, so darf gem. Art. 21 I 2 DS-GVO keine weitere¹²⁹ Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten mehr erfolgen, es sei denn, der Verantwortliche hat zwingende Gründe hierfür (einschließlich der Rechtsverfolgung). Die unionsrechtliche Öffnungsklausel für Schrankenregelungen des nationalen Rechtes ist auch hier Art. 23 DS-GVO.¹³⁰

Zu beachten ist allerdings, dass der Datenverarbeitung im Gesundheitswesen oftmals besondere gesetzliche Erlaubnistatbestände des nationalen Gesundheitsrechts¹³¹ bzw. bei Rückgriff auf die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften die Bestimmung des Art. 6 I lit. c) DS-GVO (Erfüllung gesetzlicher Pflichten

126 S. Fn. 35.

127 S. Biersborn, NZS 2018, 10 (13).

128 Zwei weitere Fälle, in denen den Betroffenen ein Widerspruchsrecht nach Art. 21 DS-GVO zusteht, betreffen die Datenverarbeitung zum Zwecke (i) der Direktwerbung (Abs. 2) sowie (ii) die wissenschaftliche oder historische Forschung sowie statistische Untersuchungen, soweit aus der besonderen Situation des Betroffenen Gründe hierfür folgen (Abs. 6). S. hierzu auch Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 21 Rz. 15 ff., 21 f.

129 Hierzu auch Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 21 Rz. 5 m. w. N.

130 S. hierzu bereits S. 232.

131 Vgl. S. 225 sowie S. 230.

des Verantwortlichen) zu Grunde liegen. In diesen Fällen läuft das Widerspruchsrecht des Art. 21 I DS-GVO schlicht ins Leere, da Art. 21 I DS-GVO diese Erlaubnistatbestände bereits seinem eindeutigen Wortlaut nach nicht erfasst und somit in diesen Fällen auch kein Widerspruchsrecht für den Patienten besteht. In der Praxis führt dies zu der wohl signifikantesten Einschränkung der praktischen Reichweite des Widerspruchsrechts.

Anders gestaltet sich die Situation, soweit die Datenverarbeitung auf einer Einwilligung des Patienten beruht: Diese ist gem. Art. 7 III 1 jederzeit widerruflich und führt zu einem Verbot der weiteren (zukünftigen) Verarbeitung der Patientendaten. Über dieses Widerrufsrecht ist der Patient gem. Art. 7 II 3 DS-GVO ebenfalls in Kenntnis zu setzen.

Im serbischen Recht folgt die Möglichkeit eines Widerspruches des Betroffenen aus Art. 37 srDSG. Die gegenständliche Bestimmung entspricht sowohl hinsichtlich ihres Aufbaus als auch hinsichtlich ihres Inhaltes nahezu wortgleich Art. 21 DS-GVO, so dass rein legislativ in diesem Punkt keine Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen mehr bestehen. Dies gilt auch hinsichtlich der Einwilligung als Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung (Art. 15 I srDSG) einschließlich deren Widerrufs (Art. 15 III srDSG).

III. Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten

Die nachstehenden Ausführungen betreffend sowohl die Berichtigung als auch die Löschung personenbezogener Daten gelten aufgrund ihrer Normierung im unmittelbar geltenden Sekundärrecht der Europäischen Union gleichsam für das deutsche wie auch für das kroatische Recht.

Grundlage des Berichtigungsrechts der betroffenen Personen ist Art. 16 DS-GVO. Gemäß S. 1 dieser Bestimmung kann vom Verantwortlichen die Berichtigung unrichtiger bzw. unrichtig gewordener Daten verlangt werden¹³², bei Bedarf gem. S. 2 der genannten Bestimmung auch im Wege einer Ergänzung unvollständiger Daten. Anknüpfungspunkt des Berichtigungsrechtes sind nur Tatsachen¹³³, also den Mitteln des Beweises Zugängliches. Im Hintergrund dieses Rechtes steht die Verpflichtung der Verantwortlichen, die erhobenen personenbezogenen Daten aktuell zu halten und bei Veränderung unaufgefordert zu berichtigen (Art. 5 I lit. d) DS-GVO, sog. Richtigkeitsgrundsatz¹³⁴). Die Zulässigkeit nationalstaatlicher Beschränkungen des Berichtigungsrechtes bemisst sich wiederum nach Art. 23 DS-GVO.

Die in Art. 17 DS-GVO geregelte Löschung personenbezogener Daten (»Recht auf Vergessenwerden«¹³⁵) stellt hingegen darauf ab, die persönlichen Daten nach

132 S. auch Bieresborn, NZS 2018, 10 (13) m. w. N., der für das deutsche Recht auch auf die aus dem Amtsermittlungsgrundsatz des § 20 SGB X folgende Verpflichtung von Behörden betreffend die korrekte Ermittlung des Sachverhaltes und somit auch die Ermittlung sachlich korrekter Daten hinweist.

133 Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 16 Rz. 3, 7.

134 Näher hierzu Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 5 Rz. 51.

135 Überschrift zu Art. 17 DS-GVO. Zurückhaltend hinsichtlich der tatsächlichen Reichweite dieser politischen Zielsetzung Worms in Wolff/Brink, BeckOK Datenschutzrecht Art. 17 Rz. 3 (31. Edition Stand 01.11.2019). Die andere Perspektive, nämlich jene der auf Seiten der Verantwortlichen aufzustellenden und umzusetzenden Löschkonzepte, erörtern bereits Keppeler/Berning, Technische und rechtliche

Wegfall der einst bestehenden Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung dauerhaft unzugänglich zu machen bzw. ihre Verfügbarkeit zu beenden. Verlangt wird in diesem Zusammenhang, dass die betreffenden Daten vernichtet worden sind und die verantwortliche Person deshalb dauerhaft keinen Zugriff mehr auf die verarbeiteten Daten hat.¹³⁶ Die zum Lösungsverlangen berechtigenden gesetzlichen Tatbestände sind in Art. 17 I lit. a)–f) DS-GVO aufgeführt¹³⁷, wobei im Gesundheitsdatenschutz dem Wegfall des Zwecks der Datenverarbeitung (lit. a)) bzw. dem Wegfall der Einwilligung des Patienten (lit. b)) Bedeutung zukommt.¹³⁸

Das Recht auf Löschung findet zum einen bereits eine europarechtliche Schranke in Art. 17 III DS-GVO. Für den Bereich des Gesundheitswesens am relevantesten ist diesbezüglich lit. b), demzufolge eine Datenlöschung gerade dann nicht verlangt werden kann, wenn die Datenspeicherung durch Vorschriften des nationalen Rechtes zwingend vorgeschrieben ist, wodurch Art. 17 III DS-GVO zugleich auch die Funktion einer Öffnungsklausel zukommt¹³⁹. Zweifelsfrei erfüllt ist diese Ausnahme im Falle der ärztlichen Dokumentationspflicht gem. § 630 f BGB.¹⁴⁰ Hinzu kommen noch die Öffnungsklauseln des Art. 23 I DS-GVO (insb. lit. e) sowie lit. i)), welche den Mitgliedstaaten weitreichende Ausnahmeregelungen gerade für den Bereich des Datenschutzes im Sozial- und Gesundheitswesen in den Vorschriften ihrer nationalen Rechtssysteme ermöglichen.¹⁴¹

Im serbischen Recht folgt das Recht auf Berichtigung personenbezogener Daten aus Art. 29 srDSG, das Recht auf Löschung personenbezogener Daten hingegen aus Art. 30 srDSG. Das Berichtigungsrecht umfasst sowohl die Berichtigung i. e. S. als auch das – allerdings vom Zweck der Datenverarbeitung abhängige – Recht auf Ergänzung unvollständiger Daten. Das Lösungsrecht nach Art. 30 srDSG ist hingegen sprachlich sehr unglücklich geraten. In Art. 30 I srDSG ist zunächst das ganz allgemein gehaltene Recht des Betroffenen normiert, Löschung seiner personenbezogenen Daten zu verlangen. Dieses Recht ist insb. nicht an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen geknüpft. Allerdings schreibt dann

Probleme bei der Umsetzung der DS-GVO – Löschpflichten, ZD 2017, 314. Umfassend zur Löschung s. die Monografie von Hunzinger, Das Löschen im Datenschutzrecht (2018). Zur Positionierung des Bundesverfassungsgerichtes s. BVerfG 06.11.2019, 1 BvR 16/13 = NJW 2020, 300 (Recht auf Vergessen I) sowie BVerfG 06.11.2019, 1 BvR 276/17 = NJW 2020, 314 (Recht auf Vergessen II).

136 Buchner in Buchner, Datenschutz² 90 f., der sehr zutreffend auch darauf hinweist, dass dem sog. Recht auf Vergessenwerden im Falle öffentlich gemachter Daten (Art. 17 II DS-GVO) im Gesundheitsdatenschutzrecht wohl keine gesteigerte Bedeutung zukommen dürfte. Aus anderer Perspektive, nämlich jener der auf Seiten der Verantwortlichen aufzustellenden und umzusetzenden Lösungskonzepte, s. wiederum Keppeler/Berning, ZD 2017, 314 (315).

137 Für eine überblickartige Darstellung der einzelnen Tatbestände s. an Stelle vieler Paal in Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² Art. 17 Rz. 22 ff. (2018). Ausführlicher Worms in BeckOK Datenschutzrecht Art. 17 (31. Edition Stand 01.11.2019). Der Frage der tatsächlichen Wirksamkeit der Regelung widmet sich Hunzinger, Das Löschen im Datenschutzrecht, 189 ff. Zu dem (in der konkreten Rechtssache nicht gegebenen) Lösungsanspruch eines Leistungserbringers aktuell beispielhaft OLG Frankfurt 09.04.2020, 16 U 218/18.

138 Werry/Knoblich, Die neue europäischen Datenschutz-Grundverordnung – Inhalte und akuter Handlungsbedarf für Pharma- und Medizinprodukteunternehmen, MPR 2017, 1 (5).

139 Paal in Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² Art. 17 Rz. 43.

140 Zur Einschränkung der Datenverarbeitung als milderer Mittel im Vergleich zu einer Löschung s. Art. 18 I DS-GVO; hierzu auch Buchner in Buchner, Datenschutz² 92 f.

141 S. auch Bieresborn, NZS 2018, 10 (13), der für die Fälle einer nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand (insb. hohen Kosten) durchführbare Datenlöschung in Bezug auf das deutsche Recht auf die aus § 84 I SGB X folgende Schranke des Rechtes auf Löschung hinweist.

Art. 30 II srDSG vor, dass der Verantwortliche in jenen, in den Nummern 1) bis 6) aufgeführten Fällen zur unverzüglichen Datenlöschung verpflichtet ist. Für den Bereich des Gesundheitswesens von Relevanz sind hier wiederum der Wegfall des Zwecks der Datenverarbeitung (Nr. 1) sowie der Widerruf der Einwilligung, soweit diese die Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung dargestellt hat (Nr. 2). Aus dem Wortlaut des Art. 30 srDSG geht somit nicht klar hervor, ob das allgemeine Löschungsrecht des Betroffenen nach Abs. 1 tatbestandlich durch die Fälle des Abs. 2 konkretisierend eingegrenzt wird oder es sich lediglich um eine Aufzählung jener Fälle handelt, in denen der Verantwortliche von sich aus aktiv werden und nunmehr die ohne Rechtsgrundlage verarbeitete Daten der betroffenen Person löschen muss und Abs. 1 der Norm gerade nicht berührt wird. Unter Berücksichtigung der grundsätzlichen Orientierung des srDSG an der DSGVO sprechen die besseren Argumente für letztere Möglichkeit. Bekräftigt wird dies dadurch, dass Art. 30 V srDSG als nationale Schrankenregelung betreffend das Recht auf Löschung in Nr. 2) den allgemeinen Schrankentatbestand des Bestehens gesetzlicher Pflichten des Verantwortlichen und in Nr. 3) i. V. m. Art. 17 II Nr. 8), 9) den besonderen Schrankentatbestand für Fälle der Erbringung von Dienstleistungen im privaten und öffentlichen Gesundheitswesen aufstellt.

IV. Rechtsdurchsetzung

Zur Durchsetzung der Rechte der betroffenen Personen (hier: Patienten) stehen grundsätzlich drei verschiedene Wege zur Auswahl, die sich nicht ausschließen, sondern logisch ergänzen: Zivilrechtliche Schadenersatzansprüche, strafrechtliche Sanktionen einschließlich des Ordnungswidrigkeitenrechtes¹⁴² sowie öffentlich-, insb. verwaltungsrechtliche Maßnahmen (wie z. B. auf dem Gebiet des Berufsrechts¹⁴³).

Bevor schwerpunktmäßig auf die zivilrechtlichen Schadenersatzansprüche eingegangen wird, die darauf ausgerichtet sind, unmittelbar auf Seiten des Patienten einen finanziellen Ausgleich für die Verletzung eines seiner vorstehend in dieser Arbeit dargestellten Rechte zu bewirken und somit den Patienten in den Mittelpunkt stellen, folgen zunächst einige kurze Anmerkungen zu den übrigen, soeben benannten Wegen der Rechtsdurchsetzung. Für diese ist kennzeichnend, dass die Person des Patienten gerade nicht im Vordergrund steht, sondern die jeweils zur Verfügung stehenden Maßnahmen zumindest primär anderweitige Zielsetzungen verfolgen.

Im Zusammenhang mit strafrechtlichen Sanktionen ist im deutschen Recht ganz allgemein die Verletzung von Privatgeheimnissen nach § 203 StGB¹⁴⁴ sowie betreffend Gesundheitsdaten im Besonderen der unbefugte Zugriff auf die

142 Über die Verweise der §§ 85 f. SGB X i. V. m. §§ 41 f. BDSG-neu erfolgt eine ordnungswidrigkeitenrechtliche Sanktionierung von Verstößen gegen das Sozialgeheimnis, welche inhaltlich wie formalrechtlich im Wege einer entsprechenden Anwendung des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten erfolgt. S. zu letzterem bspw. Mitsch, Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten⁵ (2018).

143 Als *ultima ratio* ist diesbezüglich insb. der in Deutschland in landesrechtlichen Vorschriften geregelte Entzug der Approbation zu nennen, s. Buchner in Buchner, Datenschutz² 99.

144 Näher hierzu an Stelle vieler Cierniak/Nierhaus in Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB³, § 203.

Daten der elektronischen Gesundheitskarte nach § 307b SGB V¹⁴⁵ zu nennen. Im kroatischen Recht kommen die Art. 145 und 146 des Strafgesetzes¹⁴⁶ in Betracht, welche die unbefugte Datenverarbeitung mit Haftstrafen von bis zu drei Jahren bedrohen; im serbischen Recht entsprechen dem die Art. 141 und 146 des Strafgesetzbuchs¹⁴⁷. Die genannten Normen des deutschen und kroatischen Rechtes stehen zudem in Einklang mit der sog. »Brückennorm« des Art. 84 DS-GVO, demzufolge auch die Mitgliedstaaten Sanktionen für Verstöße gegen die DS-GVO festlegen können.¹⁴⁸

Hinsichtlich verwaltungsrechtlicher Maßnahmen haben die nationalen Aufsichtsbehörden der EU-Mitgliedstaaten¹⁴⁹ gem. Art. 83 I DS-GVO sicherzustellen, dass die von ihnen verhängten Sanktionen gegen die Verantwortlichen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sind. Das obere Maximum für Verstöße gegen die hier behandelten Bestimmungen der DSGVO (Art. 6, 9, 15, 16 und 17) liegt gem. Art. 83 V DS-GVO bei 20 Millionen Euro bzw. – soweit der Verstoß von einem Unternehmen begangen wurde – bei 4 % seines im vergangenen Geschäftsjahr weltweit erzielten Umsatzes.¹⁵⁰ Zu beachten ist, dass Art. 83 VII DS-GVO den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet hat, Behörden und öffentliche Stellen von Geldbußen auszunehmen – und von dieser Möglichkeit wurde in §§ 85a SGB X, § 43 III BDSG im deutschen Recht bzw. in Art. 47 hrDurchfG im kroatischen Recht auch Gebrauch gemacht¹⁵¹. Dem Ansatz, Datenschutzverstöße mit Sanktionen zu belegen, folgt dem Grunde nach auch das serbische Recht, welches in den Art. 87, 95 srDSG für Datenschutzverstöße Geldstrafen vorsieht. Diese sind allerdings mit einem Strafrahmen von höchstens 2 Millionen Dinar (ca. 17000 EUR) im Vergleich zu Art. 83 DS-GVO sehr gering bemessen, und sehen zudem für Unternehmen auch keine Strafzumessung anhand des Jahresumsatzes vor.

In Bezug auf die Durchsetzung der in diesem Aufsatz behandelten Rechte der Betroffenen in dem Sinne, dass der Verantwortliche dazu gezwungen wird, tatsächlich bestehende Patientenrechte konkret umzusetzen, kommt Art. 58 II DS-

145 S. Michels in SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung⁶ § 307b.

146 *Kazneni zakon*, Narodne novine 125/11 i. d. F. 126/19.

147 *Krivični zakonik*, Službeni glasnik 85/2005 i. d. F. 35/2019.

148 Vgl. Frenzel in Datenschutzgrundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² Art. 84 Rz. 1. In diesem Zusammenhang kommt insb. strafrechtlichen Sanktionen des nationalen Rechtes gesteigerte Bedeutung zu, s. Sommer in Däubler/Wedde et al. (Hrsg.), EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 84 Rz. 2 f. (2018).

149 S. hierzu bereits S. 218 betreffend den Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationssicherheit sowie S. 219 betreffend die kroatische Agentur für den Schutz personenbezogener Daten. Eine Darstellung der Handlungsmöglichkeiten der deutschen Landesbehörden für Datenschutzaufsicht findet sich u. a. bei Rost, Datenschutzsanktionen: scharfes Schwert oder Papiertiger?, DuD 2019, 488.

150 Näher hierzu auch Sommer in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 83. Auf Sanktionen wegen unterlassener Löschung verarbeiteter Daten gehen Keppeler/Berning, ZD 2017, 314 (318 f.) ein.

151 Leopold in Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht SGB X § 85a Rz. 8 (107 Erg.Lfg. 2019) weist (freilich nur für das deutsche Recht) darauf hin, dass diese Regelung auch in die Landesdatenschutzgesetze übernommen worden ist. Freund/Shagdar, SGB 2018, 267 (278) halten allerdings zutreffend und i. E. einschränkend fest, dass vorsätzlich datenschutzwidrig handelnde Mitarbeiter von Behörden nicht in den Genuss dieser generellen Herausnahme aus der Sanktionierung im Wege eines Bußgeldes kommen; diese Feststellung ist auch auf das kroatische Recht übertragbar.

GVO eine entscheidende Rolle zu¹⁵². Die Norm weist den deutschen und kroatischen Aufsichtsbehörden umfassende Abhilfebefugnisse zu, die u. a. das Recht umfassen, den Verantwortlichen zu einer tatsächlichen Handlung (wie z. B. die Erstellung und Übergabe von Kopien der Patientenakte) anzuweisen (Art. 58 II lit. c) DS-GVO). Diese Bestimmung ist zudem nach Art. 83 VI DS-GVO mit 20 Millionen Euro bzw. 4 % des im vergangenen Geschäftsjahr weltweit erzielten Unternehmensumsatzes genauso bußgeldbewehrt wie die Datenschutzverstöße selbst (Art. 83 V DS-GVO, s. soeben). Diese Handlungsmöglichkeiten hat nach Art. 79 II Nr. 3 srDSG auch der serbische Datenschutzbeauftragte¹⁵³, allerdings lediglich mit dem soeben dargestellten Sanktionsinstrumentarium der Art. 87, 95 srDSG.

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass mit der Meldepflicht betreffend Datenschutzverletzungen, welche die Verantwortlichen (hier: Leistungsträger oder -erbringer) nach Art. 33 DS-GVO bzw. Art. 52 srDSG treffen kann, oftmals eine negative Publicity einhergehen wird¹⁵⁴. Darüber hinaus können Datenschutzverstöße auch die Verpflichtung der Unterrichtung des Patienten gem. Art. 34 DS-GVO (bzw. Art. 53 srDSG) nach sich ziehen¹⁵⁵.

Die nachfolgenden Ausführungen widmen sich nun den zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen der Betroffenen (Patienten)¹⁵⁶. Die wesentliche und primäre Anspruchsgrundlage sowohl für das deutsche als auch für das kroatische Recht stellt Art. 82 DS-GVO dar, der in Abs. 1 gleichermaßen materielle wie immaterielle¹⁵⁷ Schäden erfasst. Wenngleich materielle Schäden im Bereich des Datenschutzrechtes ganz allgemein sowie des Datenschutzrechtes im Gesundheitswesen im Besonderen kaum an erster Stelle stehen werden, so sind sie dennoch nicht gänzlich zu vernachlässigen; als praktisches Fallbeispiel seien hier nur die den Patienten im Rahmen der Rechtsverfolgung entstehenden Kosten genannt. Von gesteigerter praktischer Bedeutung wird hingegen der Ersatz immaterieller Schäden wegen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Betroffenen sein.¹⁵⁸ Wenngleich diese Verletzungen nicht mehr schwerwiegend sein müssen¹⁵⁹, um rechtlich ins Gewicht zu fallen, so wird in der Literatur zu Recht darauf hinge-

152 Rost, DuD 2019, 488 (489 ff.).

153 S. hierzu bereits S. 220.

154 Buchner in Buchner, Datenschutz² 99. S. hierzu auch Fuhlrott, Data Incident Management: Rechtlicher Umgang mit Datenpannen, NZA 2019, 649 (651).

155 Weichert in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 34; Fuhlrott, NZA 2019, 649 (651 f.).

156 Für die in der Lehre streitbehaftete Frage, ob es sich um ein sog. »Jedermannsrecht« handelt und eben jede natürlich Person Schadenersatzansprüche hätte, der durch einen Verstoß gegen die DS-GVO ein Schaden entstanden ist, oder vielmehr nur der Betroffene i. e. S., d. h. die von der Datenverarbeitung i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DS-GVO betroffene, natürliche Person in den Genuss derartiger Ansprüche kommt, s. Quaas in Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 37 f. (31. Edition Stand 01.02.2020) m. w. N.

157 Auf den für das deutsche Recht neuen Charakter dieser Regelung weist Wybitul, Immaterieller Schadenersatz wegen Datenschutzverstößen – Erste Rechtsprechung der Instanzgerichte, NJW 2019, 3265 hin.

158 Hierauf geht u. a. Wybitul mit dem treffenden Hinweis ein, dass Art. 82 DS-GVO über die reine Benennung der Schadensarten hinaus weder eine begriffliche Definition des immateriellen Schadens vornimmt noch die Art dessen Berechnung aufweist, s. Wybitul, NJW 2019, 3265.

159 Becker in Plath (Hrsg.), DSGVO/BDSG³ Art. 82 Rz. 4c (2018); Kohn, Der Schadenersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2019, 498 (501); Wybitul, NJW 2019, 3265 (3267).

wiesen, dass es sich auch nicht um reine Bagatellverletzungen handeln darf.¹⁶⁰ In Frage kommen hier z. B. Fälle des sog. »Bloßstellens«, d. h. all jene Situationen, in denen der Datenschutzverstoß des Verantwortlichen dazu führt, dass die in die Öffentlichkeit gelangten Angaben über die betroffene Person dieser Person zum Nachteil gereichen oder sie in ihrer Ehre nachteilig berühren.¹⁶¹ Vorstellbar ist dies insb. in Bezug auf medizinische Diagnosen oder verabreichte Arzneimittel, die letztlich Rückschlüsse auf die Grunderkrankung des Betroffenen zulassen. Tatbestandliche Grundvoraussetzung für Schadensersatzansprüche ist das Bestehen eines Verstoßes gegen die DS-GVO oder delegierte Rechtsakte, Durchführungsrechtsakte sowie Normen des nationalen Rechtes, welche zum Zwecke der Durchführung der DS-GVO, insbesondere der in ihr enthaltenen Regelungsaufträge an die nationalen Gesetzgeber, ergangen sind.¹⁶² Ausweislich der Bestimmung des Abs. 3 handelt es sich um eine Verschuldenshaftung mit der Möglichkeit einer Exkulpation des Verantwortlichen¹⁶³. Wengleich der Verantwortliche dadurch nicht von seiner Verpflichtung entbunden wird, die Rechtskonformität der Datenverarbeitung nachweisen zu können¹⁶⁴, handelt es sich dennoch nicht um eine vollwertige Beweislastumkehr zugunsten des Patienten, da dieser hinsichtlich des Verstoßes gegen die Bestimmungen der DSGVO von Seiten des Verantwortlichen sehr wohl weiterhin beweibelastet ist;¹⁶⁵ darüber hinaus muss der Patient freilich auch den konkreten immateriellen Schaden nachweisen. Unbeantwortet hingegen lässt die DS-GVO zwei in der Lehre streitbehaftete Themenbereiche, die in der Praxis erhebliche Bedeutung haben und dementsprechend förmliche Streitigkeiten nach sich ziehen können: Zum einen Ausschlüsse der Ansprüche der Patienten und zum anderen Anspruchsminderungen wegen Mitverschuldens des Patienten. Vorzugswürdig erscheint in diesem Zusammenhang, dass im Voraus (d. h. vor Eintritt eines Schadensfalls) formularmäßig vereinbarte Haftungsausschlüsse des die Patientendaten Verarbeitenden als der präventiven Funktion des Art. 82 DS-GVO zuwiderlaufend abzulehnen sind (nachträgliche, vertragliche Ausschluss-

160 Detailliert hierzu Paal, Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, MMR 2020, 14 (16 f.); Becker in DSGVO/BDSG³ Art. 82 Rz. 4 ff.; Wybitul, NJW 2019, 3265 (3267) m. w. N. und dem Hinweis auf die in Ausnahmefällen eben doch auch Bagatellfälle berücksichtigende Rspr des OLG Dresden. A. A. Quaas in BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 31, der sich allerdings wohl insb. an dem generellen Ausschluss von Bagatellschäden stört.

161 Däubler in EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu Art. 82 Rz. 16. Ebenso führt Erwägungsgrund 85 S. 1 DS-GVO (wengleich in einem Atemzug mit materiellen Schäden) einige Beispiele für immaterielle Schäden auf: Rufschädigung oder Bruch der Vertraulichkeit geschützter Daten.

162 Quaas in BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 14 f.; Paal, MMR 2020, 14 (15).

163 Der österreichische Oberste Gerichtshof spricht von einem vermuteten Verschulden, vgl. OGH 27.11.2019, 6 Ob 217/19h, GWR 2020, 140 (Tribess) = BeckRS 2019, 26677; so auch LG Karlsruhe 02.08.2019, 8 O 26/19 = BeckRS 2019, 17459, welches von einer Beweislastumkehr hinsichtlich des Verschuldens spricht und ausdrücklich auf die Beweislast des Klägers hinsichtlich des Bestehens des datenschutzrechtlichen Verstoßes sowie des aus diesem Verstoß resultierenden Schadens hinweist.

164 Buchner in Buchner, Datenschutz³ 95. Zur Rechenschaftspflicht des Verantwortlichen s. bereits S. 217.

165 So auch Paal, MMR 2020, 14 (17) m. w. N. und einer Schilderung des Streitstandes, sowie Quaas in BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 16 und Becker in DSGVO/BDSG³ Art. 82 Rz. 4. Im Ergebnis auch Wybitul, NJW 2019, 3265 (3268). Wohl a. A. Wybitul/Haß/Albrecht, Abwehr von Schadensersatzansprüchen nach der Datenschutz-Grundverordnung, NJW 2018, 113 (116); unentschlossen hingegen Wybitul/Neu/Strauch, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen, ZD 2018, 202 (203). Kohn, ZD 2019, 498 (502) spricht differenzierend von einer »teilweisen« Beweislastumkehr. Zur begrifflichen Klärung und Abgrenzung von Beweis, Beweismkehr und Anscheinsbeweis s. u. a. Groh, Beweis in Weber (Hrsg.), Creifelds, Rechtswörterbuch²³ (2019).

vereinbarungen hingegen nicht) und das dem Europarecht dem Grunde nach bekannte Institut des Mitverschuldens des Geschädigten als Korrektiv annehmbar ist.¹⁶⁶ Als Anspruchsgegner der Schadenersatzansprüche kommen sowohl Private als auch Stellen der öffentlichen Hand in Betracht, da die DS-GVO in diesem Zusammenhang keine Differenzierung zwischen öffentlichem und nicht-öffentlichem Bereich vornimmt.¹⁶⁷ Ergänzend zu und neben Art. 82 DS-GVO bleiben die mitgliedstaatlichen Haftungsregime unberührt.¹⁶⁸ Abschließend ist festzuhalten, dass der europäische Normgeber keine tatbestandlichen Beschränkungen für die Ansprüche nach Art. 82 vorgesehen hat: Weder finden sich derartige Regelungen in der DS-GVO selbst noch ist über die Brücke einer in der DS-GVO enthaltenen Öffnungsklausel die Zulässigkeit von entsprechend einschränkenden Vorschriften der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen gegeben.¹⁶⁹ Sollten in der Rechtsprechung Fragen der Auslegung der DS-GVO streitig werden, so ist der letztlich gebotene Weg der Streitentscheidung das Vorabscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV, welches dem EuGH die Möglichkeit der verbindlichen Auslegung der in der DS-GVO enthaltenen Begrifflichkeiten eröffnet.¹⁷⁰ Nicht zuletzt aus Gründen der Rechtssicherheit wie auch -klarheit wäre wünschenswert, dass hiervon nicht erst die vorlageverpflichteten, für den jeweiligen Rechtsstreit die abschließende Instanz darstellenden Gerichte Gebrauch machen (dh all diejenigen Gerichte, gegen deren Entscheidung ungeachtet ihrer konkreten Position in der Gerichtspyramide im konkreten Einzelfall kein Rechtsmittel mehr zulässig ist), sondern bereits die Eingangsgerichte, die ohne jeden Zweifel vorlageberechtigt sind.

Das serbische Recht orientiert sich in Art. 86 srDSG wiederum ganz wesentlich an dem soeben dargestellten Art. 82 DS-GVO, bildet ihn jedoch nicht vollständig nach. Hinsichtlich der Person des Schadenersatzberechtigten stellt Art. 82 I srDSG von Anfang an ausschließlich auf die Person des Betroffenen ab.¹⁷¹ Der Sache nach erfasst sind sowohl materielle als auch immaterielle Schäden der Patienten. Anspruchsbegründende Tatbestandsvoraussetzung ist ein Verstoß gegen die Bestimmungen des srDSG¹⁷². Dem Verantwortlichen ist gem. Abs. 4 die Exkulpation eröffnet, soweit er den entstandenen Schaden nicht zu vertreten hat. Ansprü-

166 Paal, MMR 2020, 14 (18) m. w. N. hinsichtlich des Streitstandes und – rein für das deutsche Recht – dem Hinweis auf die Inhaltskontrolle des § 307 II Nr. 1 BGB im Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen.

167 Paal, MMR 2020, 14 (15).

168 S. u. a. Paal, MMR 2020, 14. In Folge dessen sind im deutschen Recht insb. die §§ 280 (i. V. m. § 278 auch noch als Haftung für Erfüllungsgehilfen, s. Buchner in Buchner, Datenschutz² 96), 823, 824, 826, 831, 839 und 1004 BGB relevant. Für das kroatische Recht sind an dieser Stelle insb. die deliktische Generalklausel des Art. 1045 des kroatischen Gesetzes über Schuldverhältnisse (*Zakon o obveznim odnosima*, Narodne novine 35/05 i. d. F. 29/18) sowie der Unterlassungsanspruch nach Art. 167 des kroatischen Gesetzes über Eigentum und andere dingliche Rechte (*Zakon o vlasništvu i drugim stvarnim pravima*, Narodne novine 91/96 i. d. F. 152/14) zu nennen. Soweit durch den Datenschutzverstoß ein grenzüberschreitender Sachverhalt entsteht, bemisst sich das Deliktstatut des Internationalen Privatrechts in Anwendung der Rom II-Verordnung nach dem Ort des gewöhnlichen Aufenthalts des Patienten, s. Quaas in BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 12.

169 Quaas in BeckOK Datenschutzrecht Art. 82 Rz. 4.

170 S. hierzu an Stelle vieler Streinz, Europarecht¹¹, Rz. 701 ff.

171 Die in Bezug auf Art. 82 I DS-GVO geführte Diskussion betreffend die Reichweite der aktiven Anspruchsberechtigung (s. soeben Fn. 157) erübrigen sich damit im serbischen Recht von Anfang an.

172 Die DS-GVO stellt hingegen auf Verstöße »[...] gegen diese Verordnung [...] ab«, vgl. Art. 82 I.

che aus anderen Gesetzen bleiben auch nach dem srDSG unberührt¹⁷³, da dessen Art. 86 keine abschließende Regelung beinhaltet.

E. Ausgewählte Fälle

Anhand tatsächlich entschiedener Fälle wird nachstehend die tatsächliche Anwendung des Datenschutzrechtes in der Rechtsprechung in den Blick genommen. Der Schwerpunkt der Ausführungen liegt dabei auf den Kriterien für die Zuerkennung immateriellen Schadenersatzes, namentlich der genaueren Bestimmung der für die Abgrenzung von Bagatellfällen dienenden Erheblichkeitsschwelle, welche im Rahmen einer unionsautonomen¹⁷⁴ Auslegung der DS-GVO zu erfolgen haben. Die besprochenen Entscheidungen wurden lediglich exemplarisch ausgewählt und können allein schon aufgrund ihrer Anzahl keinen Anspruch auf eine repräsentative oder gar vollständige Untersuchung erheben; auch ist die Anzahl publizierter Rechtsprechung zu dieser Frage sehr überschaubar, weshalb neben Fällen mit Bezug zum Gesundheitswesen auch Fälle mit Bezug zu anderen Bereichen berücksichtigt wurden.¹⁷⁵

An erster Stelle soll eingegangen werden auf eine Rechtssache, die zumindest thematisch die engste Verbindung zur vorliegenden Abhandlung aufweist. Einschränkend ist allerdings vorauszuschicken, dass sich der streitgegenständliche Sachverhalt noch vor Geltungsbeginn der DS-GVO ereignet hatte und das heute gültige Datenschutzrecht somit nicht auf diesen anwendbar ist. Allerdings können die gerichtlichen Ausführungen zu Kriterien für die Zubilligung bzw. Verweigerung immateriellen Schadenersatzes nach §§ 823 I, 253 BGB dem Grunde nach als Überlegungen für Kriterien zu Art. 82 DS-GVO hinzugezogen werden. In der betreffenden Rechtsache¹⁷⁶ hatte das Landgericht Lübeck im Jahr 2019 über die unbefugte Berichterstattung des beklagten Psychologen an eine Berufsgenossenschaft zu entscheiden. Der Kläger war im Rahmen einer Tätigkeit als Zeitungsausträger Opfer eines Überfalls geworden; im Nachgang hierzu hatte die Be-

173 Zu nennen sind in diesem Zusammenhang insb. die deliktische Generalklausel des Art. 154 des serbischen Gesetzes über Schuldverhältnisse (*Zakon o obligacionim odnosima*, Službeni list SFRJ 29/78 i. d. F. Službeni glasnik 18/20) sowie der Unterlassungsanspruch des Art. 42 I des serbischen Gesetzes über die Grundlagen der Eigentumsverhältnisse (*Zakon o osnovama svojinskoprvnih odnosa*, Službeni list SFRJ 6/80 i. d. F. Službeni glasnik 115/05).

174 Zur Auslegung des Unionsrecht, insb. dem Erfordernis, in unionalen Rechtsakten anzutreffende Begriffe aus dem Unionsrecht selbst heraus (»unionsautonom«) abzuleiten und gerade nicht von dem Begriffsverständnis der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen abhängig zu machen s. an Stelle vieler Seyr, *Der effet utile* in der Rechtsprechung des EuGH (2008) 40 ff. m. w. N. Zur Begriffsbildung im Unionsrecht s. u. a. Streinz, *Europarecht*¹¹, Rz. 634.

175 Neben den nachstehend dargestellten Entscheidungen seien zum Thema des immateriellen Schadenersatzes überblicksartig insb. noch folgende Entscheidungen erwähnt: (i) OGH Wien 27.11.2019, 6 Ob 217/19h = BeckRS 2019, 36677 – hier konnte der Kläger keinen Schaden nachweisen (Rz. 7), so dass mangels Schaden auch keine Ausführungen zu dessen Erheblichkeit erfolgten; (ii) LG Karlsruhe 02.08.2019, 8 O 26/19 = BeckRS 2019, 17459 – die allerdings aufgrund des Fehlens eines Verstoßes gegen die DS-GVO (Rz. 12 ff.) erst gar nicht zur Erörterung von Kriterien für die Erheblichkeit der Persönlichkeitsrechtsverletzung des Klägers kommt; (iii) OLG Dresden 11.06.2019, 4 U 760/19 = BeckRS 2019, 12941 – auch hier ergab der Sachverhalt keinen Verstoß gegen die DS-GVO, so dass folglich auch keine Kriterien zur Erheblichkeit einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts erörtert oder gar neu herausgearbeitet werden konnten.

176 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18, ZD 2020, 255 = BeckRS 2019, 14957.

rufsgenossenschaft, offensichtlich nach längeren Meinungsverschiedenheiten¹⁷⁷, die Kosten für insgesamt fünf probatorische Sitzungen des Klägers mit dem beklagten Psychologen übernommen. Im Nachgang zur ersten derartigen Sitzung am 08.09.2016 forderte die Berufsgenossenschaft den Beklagten am 13.09.2016 dazu auf, Bericht zu erstatten. Dieser Aufforderung kam der Beklagte in weiterer Folge auch nach, wobei wohl zumindest keine schriftliche Einverständniserklärung (Einwilligung) des Klägers für diese Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten in Form einer Übermittlung an die Berufsgenossenschaft vorlag (ob eine mündliche Einwilligung erteilt worden war, konnte im Verfahren nicht ermittelt werden). Aufgrund der in diesem Vorgang liegenden Verletzung seines allgemeinen Persönlichkeitsrechts begehrte der Kläger Schadenersatz in Form eines Schmerzensgeldes in Höhe von mindestens 5001,- EUR sowie die Erstattung seiner vorgerichtlichen Anwaltskosten, beides jeweils zuzüglich gesetzlicher Zinsen.¹⁷⁸ In seiner Begründung für die Klageabweisung führt das Landgericht Lübeck zunächst aus, dass der Kläger rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 242 BGB gehandelt habe, da davon auszugehen sei, dass er bei einem entsprechenden Verlangen durch den Beklagten die schriftliche Einwilligung zur Datenübertragung an die Berufsgenossenschaft auch erteilt hätte; eine Verweigerung dieser Einwilligung hätte gleichsam das Ende der vom Kläger nicht zuletzt aufgrund des bestehenden Leidensdrucks vehement verlangten Behandlung bedeutet.¹⁷⁹ Weiters weist das Gericht darauf hin, dass dem Kläger aus der unbefugten Weitergabe der Daten an die Berufsgenossenschaft auch gar kein Schaden entstanden sei: Zum einen sei der Berufsgenossenschaft der Zustand des Klägers bereits aus der Vorkorrespondenz mit ihm bekannt gewesen. Zum anderen, und dieser Teil der Begründung ist nach hier vertretener Ansicht als Kriterium für die zu überwindende Erheblichkeitsschwelle für immaterielle Schadenersatzansprüche nach Art. 82 DS-GVO übertragbar, genüge die bloße Rechtsverletzung noch nicht, um ein Schmerzensgeld zu verlangen. Das Gericht weist darauf hin, dass die Berufsgenossenschaft aus den Berichten des beklagten Therapeuten keine neuen Erkenntnisse über den Zustand des Klägers gewonnen habe,¹⁸⁰ ebenso sei es zu keinen Auswirkungen auf das Krankheitsbild oder den Behandlungserfolg gekommen.¹⁸¹ Zwar ist die vom Gericht gewählte Formulierung in sprachlich negativer (verneinender) Form gehalten, was freilich die logische Folge der einzelfallbezogenen Entscheidungsfindung ist. Positiv gewendet könnte hieraus allerdings die Schlussfolgerung gezogen werden, dass die unzulässige Weitergabe *neuer* Informationen über den Gesundheitszustand von einem Therapeuten (behandelnden Arzt) an die Berufsgenossenschaft (oder einen sonstigen Leistungsträger, oder auch an einen anderen Leistungserbringer¹⁸²) einen Schmerzensgeldanspruch der betroffenen Person nach sich zieht, insbesondere und umso mehr dann, wenn hieraus negative Entwicklungen des Krankheitsbildes folgen und/oder sich der Behandlungserfolg verschlechtert. Offen ist freilich, ob sich dieser Argumentation auch die Oberge-

177 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18 Rz. 6.

178 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18 Rz. 10.

179 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18 Rz. 20 ff.

180 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18 Rz. 32 ff.

181 LG Lübeck 11.04.2019, 12 O 270/18 Rz. 29.

182 Für eine detaillierte Aufstellung s. Kühling, MedR 2019, 611 (617 f.) m. w. N.

richte anschließen werden: Gegenwärtig ist beim OLG Celle¹⁸³ ein Rechtsmittel gegen diese Entscheidung des Landgerichtes Lübeck anhängig.

In seinem rechtskräftigen Schlussurteil vom 07.11.2018 musste das Amtsgericht Diez über den noch offenen Teil des Klagebegehrens betreffend ein Schmerzensgeld i. H. v. mindestens 500 EUR entscheiden.¹⁸⁴ In der Sache selbst ging es um den Erhalt einer ungewollten E-Mail-Nachricht am 25.05.2018 (dem ersten Geltungstag der DS-GVO). Mit der gegenständlichen Nachricht hatte der Beklagte die Einwilligung des Klägers für den weiteren Bezug des Newsletters des Beklagten angefragt.¹⁸⁵ Mit Teil-Anerkenntnisurteil war dem Kläger ein Schadenersatz i. H. v. 50,- EUR zzgl. Prozesszinsen zugesprochen worden. Der darüber hinaus geltend gemachte Anspruch scheiterte allerdings am Fehlen eines aus dem Verstoß gegen die DS-GVO resultierenden Schadens auf Seiten des Klägers. Das Gericht hat in diesem Zusammenhang insbesondere ausgeführt, dass bloße Unannehmlichkeiten nicht dafür reichen, dem Kläger einen über den Betrag des Teil-Anerkenntnisurteils hinausgehenden Geldbetrag als immateriellen Schadenersatz zuzusprechen. Vielmehr müsse die Beeinträchtigung der persönlichen Belange des Klägers sowohl objektiv bestehen als auch von ihrem Ausmaß her spürbar sein. Eine bloße Bagatelle genüge hingegen nicht für die Geltendmachung des hier noch streitgegenständlichen Betrages.¹⁸⁶

Das Landesgericht Feldkirch (Österreich) war im Jahr 2019 mit einer Rechtsache¹⁸⁷ befasst, in welcher der Kläger von der beklagten Österreichischen Post AG¹⁸⁸, die u. a. im Rahmen des Direktmarketings eine Art politische Markt- und Interessensforschung sowie Adresshandel betreibt¹⁸⁹, immateriellen Schadenersatz i. H. v. 2500,- EUR begehrte. Als Rechtsgrundlage hierfür benannte der Kläger eine ganze Reihe von Datenschutzverstößen durch die Beklagten, welche von zunächst verspäteter und anschließend unvollständiger Auskunftserteilung über rechtswidrig erfolgte Datenverarbeitung (Erfassung seiner parteipolitischen Affinitäten) bis hin zu Verstößen gegen das Richtigkeitsgebot der Datenverarbeitung reichten¹⁹⁰ und zwischen den Parteien im Wesentlichen bis zuletzt streitig waren. Das LG Feldkirch sah das Bestehen einer entgegen der DS-GVO erfolgten Datenverarbeitung als erwiesen an und sprach dem Kläger 800,- EUR immateriellen Schadenersatz zu.¹⁹¹ Hinsichtlich der Kriterien für die Schadensbemessung stellte das Gericht unter Berufung auf die Literatur u. a. auf die Kategorie der rechtswidrig verarbeiteten Daten, die Auswirkungen des Datenschutzverstößes beim Betroffenen sowie Gewicht und Zeitraum dieses Verstößes ab und schloss zugleich bloße »Unlustgefühle« als anspruchsbegründend aus.¹⁹² Im konkreten Fall kam dem Umstand entscheidende Bedeutung zu, dass die Erhebung und Speicherung

183 AZ 4 U 7419.

184 AG Diez 07.11.2018, 8 C 130/18, BeckRS 2018, 28667.

185 AG Diez 07.11.2018, 8 C 130/18 Rz. 4, 7.

186 AG Diez 07.11.2018, 8 C 130/18 Rz. 5 ff.

187 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b – 15, BeckRS 2019, 18276.

188 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 46.

189 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 14, 26 ff.

190 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 1 ff.

191 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 80 f.

192 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 70 f.

der Parteilaffinität des Klägers die Verarbeitung einer besonderen Kategorie personenbezogener Daten i. S. v. Art. 9 I DS-GVO darstellt.¹⁹³ In Folge dessen kann in Bezug auf die Erheblichkeitsschwelle eines Datenschutzverstoßes als verallgemeinerungsfähiges Kriterium aus dieser Entscheidung herausgelesen werden, dass bei den in Art. 9 I DS-GVO detailliert bezeichneten besonderen Kategorien personenbezogener Daten – und hierzu gehören auch Gesundheitsdaten – bereits eine ohne Rechtsgrundlage erfolgte Verarbeitung die Erheblichkeitsschwelle für einen Schadenersatzanspruch überschreiten kann.

F. Ergebnis

Der legislative Rahmen des Datenschutzrechts im Gesundheitswesen innerhalb der Europäischen Union ist gekennzeichnet durch das Mit- und Nebeneinander mehrerer Regelungsebenen, welche einerseits in einem Hierarchieverhältnis stehen, andererseits allerdings auch miteinander verschränkt sind: einer europarechtlichen Ebene, einer nationalen (mitgliedstaatlichen) Ebene sowie (soweit vorhanden) einer landesrechtlichen Ebene. Auf der europarechtlichen Ebene angesiedelt ist die seit 25. Mai 2018 Anwendung findende (in Geltung stehende) DS-GVO, welcher in ihrem Anwendungsbereich zwar Anwendungsvorrang zukommt, die allerdings in der hochkomplexen Materie des Datenschutzrechts im Gesundheitswesen als Teil des Sozialwesens über Öffnungsklauseln Raum für nationale Abweichungen belässt. Diesem Aufbauschema der normativen Grundlagen entspricht die Strukturierung der Aufsichtsbehörden hingegen nur teilweise: dem europäischen Datenschutzbeauftragten kommt in dem in dieser Abhandlung dargestellten Rechtsgebiet keine Bedeutung zu; auf nationaler Ebene sind in Deutschland der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und in Kroatien die Agentur für den Schutz personenbezogener Daten, und in Deutschland wiederum auf der Ebene der Bundesländer die einzelnen Landesbeauftragten für den Datenschutz zu nennen. Diesem Ansatz folgt dem Grunde nach auch das nationale Recht der Republik Serbien, welche als Beitrittskandidat für die Europäische Union zwar nicht unmittelbar an das Unionsrecht gebunden ist, allerdings im Rahmen des Beitrittsprozesses gem. Art. 72 des mit der EU geschlossenen Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens auf eine Angleichung seiner nationalen Vorschriften an den *Acquis communautaire* hinarbeitet.

Für die Datenverarbeitung im Gesundheitswesen gilt in allen drei behandelten Rechtsordnungen im Ausgangspunkt gleichermaßen das sog. Verbotprinzip mit Erlaubnisvorbehalt, demzufolge jede Verarbeitung personenbezogener Daten einer Rechtsgrundlage bedarf. Während die diesbezüglichen gesetzlichen Erlaubnistatbestände in den einschlägigen Normen des Sozialrechts aufzufinden sind, bedarf die Einwilligung als alternativer Erlaubnistatbestand einer informierten und ausdrücklichen, wenngleich nicht zwingend förmlich abgegebenen Willenserklärung der von der Datenverarbeitung betroffenen natürlichen Person.

Hinsichtlich des Schutzes der Rechte der betroffenen Personen wurden in dieser Abhandlung im weiteren das Auskunftsrecht, das Widerspruchsrecht, das

193 LG Feldkirch 07.08.2019, 57 Cg 30/19b Rz. 81.

Recht auf Berichtigung und Löschung personenbezogener Daten sowie einzelne Instrumente zur Rechtsdurchsetzung als in allen drei betrachteten Rechtsordnungen vorgesehene Rechtsinstitute behandelt. Schlaglichtartig zeigte sich hierbei bezüglich des Auskunftsrechts, welchem datenschutzrechtlich ganz besonderes Gewicht zukommt, ein strukturelles Defizit: Die Anfertigung von Kopien der Patientenakten, der nicht zuletzt im Falle der gerichtlichen Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen sehr große Bedeutung zukommt, ist nach den Regelungen aller drei nationalen Rechtsordnungen gebührenpflichtig. Im Falle Deutschlands und Kroatiens verstößt dies jedoch ganz offen gegen Art. 12 V DS-GVO. Wenngleich in der Lehre nachhaltige Argumente für diese nationalen Regelungen vorgebracht werden, verlangt nicht zuletzt die unionale Vertragstreue eine Behebung dieser Normenkollision im Wege einer Angleichung der nationalen Rechte an die DS-GVO.

Von den vielfältigen, gleichsam vom Zivilrecht, öffentlichen Recht und Strafrecht zur Verfügung gestellten Maßnahmen zur Durchsetzung der Patientenrechte wurde schwerpunktmäßig auf die Frage eingegangen, welche Erheblichkeitsschwelle ein vom Verantwortlichen begangener Datenschutzverstoß aufweisen muss, um immateriellen Schadenersatz für die betroffene Person nach sich zu ziehen. Wenngleich die Rechtsprechung zu dieser Frage – nicht zuletzt aufgrund der noch überschaubaren Zeitspanne seit Geltungsbeginn der DS-GVO – noch keine ständigen (geschweige denn zwischen den Gerichten der Mitgliedstaaten einheitlichen) Kriterien herausbilden konnte, besteht doch insoweit Einigkeit, dass die reine Tatbestandsmäßigkeit eines allgemeinen Datenschutzverstoßes für sich alleine genommen nicht ausreichend ist. Gleiches gilt dem Grunde nach für reine Bagatellschäden. Anders könnte sich dies jedoch im Bereich des Datenschutzes im Gesundheitswesen gestalten, da hier die Verarbeitung von Gesundheitsdaten als besonders geschützter Kategorie personenbezogener Daten betroffen ist. Es bleibt allerdings abzuwarten, in welche Richtung das judikative Pendel genau ausschlagen wird. Zudem ist abschließend rein klarstellend festzuhalten, dass die (verbindliche und abschließende) Auslegung der in der DS-GVO enthaltenen Begrifflichkeiten – und sohin auch des Begriffs des immateriellen Schadenersatzes – in Form einer unionsautonomen Auslegung *de lege lata* alleinige Angelegenheit des EuGH ist.

G. Literaturverzeichnis

- Bieber/Epiney et al., Die Europäische Union¹³ (2019).
- Bieresborn, Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Anpassungen des nationalen Sozialdatenschutzes an das europäische Recht, NZS 2017, 887.
- Bieresborn, Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Verarbeiten von Sozialdaten, Reichweite von Einwilligungen, grenzüberschreitende Datenübermittlung und Auftragsverarbeitung, NZS 2017, 926.
- Bieresborn, Sozialdatenschutz nach Inkrafttreten der EU-Datenschutzgrundverordnung – Betroffenenrechte, Aufsichtsbehörden und Datenschutzbeauftragte, neue Zuständigkeiten für die Sozialgerichtsbarkeit, NZS 2018, 10.

- Bodiroga-Vukobrat/Dulčić, Zaštita osobnih podataka pacijenata u europskom i hrvatskom pravu, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2008, 1.
- Breyer/Zweifel/Kifmann, Gesundheitsökonomik⁶ (2013).
- Brink/Joos, Reichweite und Grenzen des Auskunftsanspruchs und des Rechts auf Kopie, ZD 2019, 483.
- Buchner (Hrsg.), Datenschutz im Gesundheitswesen² (2019).
- Buchner/Schwichtenberg, Gesundheitsdatenschutz unter der Datenschutz-Grundverordnung, GuP 2016, 218.
- Büttner/Geminn et al., Die Arena der Datenschutz-Grundverordnung (2018).
- Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEU⁵ (2016).
- Čatipović, Novi Zakon o obveznom zdravstvenom osiguranju, Revija za socijalnu politiku 2014, 69.
- Čizmić, Pravo na pristup podacima u medicinskoj dokumentaciji, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2009, 91.
- Čizmić/Boban, Učinak nove EU uredbe 2016/679 (GDPR) na zaštitu osobnih podataka u Republici Hrvatskoj, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci 2018, 377.
- Damjanović/Vladislavljević/Arapović, Modeli finansiranja zdravstvenog osiguranja, Oditor – časopis za Menadžment, finansije i pravo 2018, 85.
- Däubler/Wedde et al., EU-Datenschutz-Grundverordnung und BDSG-neu (2018).
- Egberts/Monschke, Einführung in das neue Datenschutzrecht unter der EU Datenschutz-Grundverordnung, JA 2018, 1100.
- Engeler/Quiel, Recht auf Kopie und Auskunftsanspruch im Datenschutzrecht, NJW 2019, 2201.
- Freund/Shagdar, Sozialdatenschutz – europäisch?, SGB 2018, 267.
- Fuhlrott, Data Incident Management: Rechtlicher Umgang mit Datenpannen, NZA 2019, 649.
- Gola/Klug, Die Entwicklung des Datenschutzrechts im zweiten Halbjahr 2019, NJW 2020, 660.
- Halter, Europarecht³ Band I (2017).
- Halter, Europarecht³ Band II (2017).
- Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch. SGB X.
- Hauck/Noftz (Hrsg.), Sozialgesetzbuch. SGB I.
- Herberger/Martinek et al., (Hrsg.), jurisPK-BGB⁹ (2020).
- Holzner, Datenschutz, Dokumentations- und Organisationspflichten in der ärztlichen Praxis (2020).
- Höpfner/Rüthers, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, 1.
- Hunzinger, Das Löschen im Datenschutzrecht (2018).
- Iliopoulos-Strangas (Hrsg.), Soziale Grundrechte in den »neuen« Mitgliedstaaten der Europäischen Union (2019).
- Jauernig (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch¹⁷ (2018).
- Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (2016).
- Keppeler/Berning, Technische und rechtliche Probleme bei der Umsetzung der DSGVO – Löschpflichten, ZD 2017, 314.
- Kohn, Der Schadensersatzanspruch nach Art. 82 DS-GVO, ZD 2019, 498.
- Körner/Leitherer et al. (Hrsg.), Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht.
- Kovač, Financiranje zdravstva – situacija u Hrvatskoj, Ekonomski vjesnik, 551.
- Krahmer, Sozialdatenschutzrecht⁴ (2020).

- Krahmer/Palsherm, Der neue Sozialdatenschutz nach dem Inkrafttreten der EU-Datenschutz-Grundverordnung – mit besonderem Blick auf seine Bedeutung für die Sozialarbeit/-pädagogik, ZFSH/SGB 2019, 600.
- Krstić, Ostvarivanje prava iz obveznog zdravstvenog osiguranja u kombinovanom sistemu finansiranja u Republici Srbiji, Pravni zapisi 2017, 283.
- Kühling, Datenschutz im Gesundheitswesen, MedR 2019, 611.
- Kühling, Verfassungsrechtliche Überprüfung des Volkszählungsgesetzes 1983, NJW 2017, 3069.
- Kühl/Rohrer/Schneider, Ein europäischer Gesundheitsdatenschutz, DuD 2018, 735.
- Kühling/Schildbach, Die Reform der Datentransparenzvorschriften im SGB V, NZS 2020, 41.
- Laufs/Kern/Rehborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts⁵ (2019).
- Lilge/Gutzler (Hrsg.), SGB I. Sozialgesetzbuch Allgemeiner Teil⁵ (2019).
- Mitsch (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten⁵ (2018).
- Otto/Rüdin, Standardisierung von Patienteneinwilligungen im Krankenhaus, ZD 2017, 519.
- Paal, Schadensersatzansprüche bei Datenschutzverstößen, MMR 2020, 14.
- Paal/Pauly (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz² (2018).
- Pickel/Marschner (Hrsg.), SGB X. Kommentar zum Sozialgesetzbuch (2019).
- Plagemann (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Sozialrecht⁵ (Beck 2018).
- Plath (Hrsg.), BDSG/DSGVO³ (2018).
- Roßnagel, 20 Jahre Volkszählungsurteil, MMR 2003, 693.
- Rost, Datenschutzsanktionen: scharfes Schwert oder Papiertiger?, DuD 2019, 488.
- Säcker/Rixecker et al. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch⁸ (2020).
- Sarres, Patientenrechtegesetz: Recht auf Einsicht in Krankenakten ist vererblich, EE 2018, 160.
- Schwartmann/Jaspers et al. (Hrsg.), DSGVO/BDSG (2018).
- Seyr, Der effet utile in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (2010).
- Sjenčić, Uvodenje sistema socijalnog zdravstvenog osiguranja kao načina finansiranja zdravstvenih usluga, Strani pravni život 2007, 219.
- Sovilj, Usporednopravna analiza i izazovi regulisanja i finansiranja zdravstvenog osiguranja, Strani pravni život 2018, 143.
- Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht³ (2018).
- Stipetić, Ukinuto privatno zdravstveno osiguranje, svije osiguranja 2002, 25.
- Streinz, Europarecht¹¹ (2019).
- Surla/Markotić/Vori, Zaštita osobnih podataka, Journal of Applied Health Sciences 2020, 159.
- Sydow (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (2020).
- Toš, Oslove regulatornog usklađenja, fip 2019, 157.
- Waltermann, Sozialrecht¹³ (2018).
- Werry/Knoblich, Die neue europäischen Datenschutz-Grundverordnung – Inhalte und akuter Handlungsbedarf für Pharma- und Medizinprodukteunternehmen, MPR 2017, 1.
- Will, Das 2. Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz – alle im Einklang mit der DS-GVO?, ZD 2019, 429.
- Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht (2020).
- Wybitul, Immaterieller Schadensersatz wegen Datenschutzverstößen – Erste Rechtsprechung der Instanzgerichte, NJW 2019, 3265.

- Wybitul/Baus, Wie weit geht das Recht auf Auskunft und Kopie nach Art. 15 DSGVO?, CR 2019, 494.
- Wybitul/Brams, Welche Reichweite hat das Recht auf Auskunft und auf eine Kopie nach Art. 15 I DSGVO?, NZA 2019, 672.
- Wybitul/Neu/Strauch, Schadensersatzrisiken für Unternehmen bei Datenschutzverstößen, ZD 2018, 202.
- Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996).

Collective Actions in Labour Disputes in Europe

Table of Contents

- A. Introduction
- B. Collective Redress in Labour Disputes in Europe
 - I. EU Level
 - II. Regulation in the Member States and Other European Countries
- C. The Slovenian Experience with Collective Actions in Labour Disputes
 - I. Regulation of Labour Disputes in Slovenia
 - 1. Relevant legislation
 - 2. The notion of labour dispute
 - 3. Jurisdiction in labour disputes
 - 4. Available procedural mechanisms for solving labour disputes collectively
 - II. Collective Proceedings under the CAA
 - 1. Scope of application
 - 2. Temporal application
 - 3. Jurisdiction
 - 4. ADR as a formal requirement for filing a collective action
 - 5. Standing and representativeness
 - 6. Certification
 - 7. Systems for forming the class
 - 8. Awarding and distribution of damages
 - 9. Costs and funding
 - III. First Slovenian Collective Action in a Labour Dispute Compared to Braun v Wal-Mart
 - 1. Analysis of the case
 - 2. Comparison to the decision in Braun v. Wal-Mart Stores, Inc.
- D. Conclusion

Abstract: The purpose of this article is to present the regulation of and experience with collective actions in labour disputes in Europe. Relevant legislative framework on the EU level and the legislation of EU Member States and other European countries and their application in practice is analysed. Particular focus is placed upon the recent Slovenian experience with collective proceedings and the challenges the judges have faced in applying the rules of the novel Collective Actions Act to labour disputes. A comparative analysis of the first Slovenian collective action in labour dispute and the US judicial collective procedure in Braun v. Walmart outlined the problems encountered and issues raised amid the assessment of collective actions in labour disputes, and attempted to ascertain the suitability of collective redress mechanisms for the protection of the workers' rights.

* Assoc. Prof. Dr. Ana Vlahek, University of Ljubljana, Faculty of Law.

** Assist. Prof. Dr. Neža Pogorelčnik Vogrinc, University of Ljubljana, Faculty of Law.

Keywords: collective redress, labour dispute, certification of collective action, collective action in labour dispute, Slovenian Collective Actions Act, Braun v. Wal-Mart Stores

A. Introduction

In recent years, the importance of collective redress as a tool for guaranteeing access to justice has grown in the European Union and its Member States. The EU has to date managed to harmonize collective injunctive and declaratory relief for the protection of specific interests, mostly the consumers', and is just about to harmonize collective consumer compensatory redress. Other than that, collective redress on the EU level is regulated in a piece of soft-law, namely the European Commission's Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under EU law.¹ The Member States have thus far followed the existent EU framework by implementing the binding directives on injunctive relief, while they have either omitted regulating collective compensatory redress or set out their own versions of this type of remedy ranging from general horizontal collective redress legislation to provisions covering redress for a specific set of rights. Both the EU and the national legislators focus mostly on consumer protection while labour disputes have not been in spotlight of their activities although infringements of the workers' rights often result in mass harm cases calling for a unified redress mechanism ensuring access to justice to weaker parties in the employment relationship. Slovenia was one of the first Member States that reacted to the 2013 Commission Recommendation by adopting in 2017 the Collective Actions Act (CAA)² that introduced compensatory and injunctive collective settlements and collective actions for the protection of a variety of rights of mass harm victims, including the workers'.

In two years after the beginning of the application of the CAA, three collective actions were filed with the Slovenian courts under the rules of the CAA. Although labour law cases were not at all in focus of the drafters of the CAA, the first ever collective proceedings in Slovenia covered a labour dispute. Compensatory collective action in these proceedings was filed with the Labour and Social Court in Ljubljana by the Ministry of Defence Union against the Republic of Slovenia³ already in July 2018, i. e. already three months after the CAA started to apply. In December 2018, the action was dismissed in the certification stage of the proceedings. It showed how complex collective proceedings are and raised questions as to the suitability of collective redress mechanisms for solving labour disputes diminishing thereby sharply the initial enthusiasm for collective redress present before and upon the enactment of the CAA.

The purpose of this article is to present the regulation of collective actions in labour disputes in Europe. Relevant legislative framework on the EU level and

1 2013/396/EU.

2 *Zakon o kolektivnih tožbah (ZKolT)*, Official Gazette of RS, No. 55/17.

3 No. Pk 1/2018.

the regulation of collective redress in the Member States and other European countries, as well as their application in practice is analysed. Particular focus is placed upon the recent Slovenian experience with collective proceedings and the challenges the judges are facing in applying the rules of the novel CAA to labour disputes. Comparative analysis of collective proceedings in labour disputes in foreign jurisdictions was also made in the attempt to detect the problems encountered and issues raised amid the assessment of collective actions in such disputes, and to thus ascertain the suitability of collective redress mechanisms for the protection of the workers' rights. Within this assessment, the analysis of the first Slovenian collective action proceedings in a labour dispute is being compared to the one in the US *Braun v. Wal-Mart Stores* case.

B. Collective Redress in Labour Disputes in Europe

I. EU Level

In contrast to the US and other common law jurisdictions, collective redress in Europe has only started to emerge. The initial ideas of regulating collective redress in the EU date back to the 1980s. The development has been slow and gradual and has to date not been completed.⁴ It first resulted in adoption of legislation on collective injunctive and declaratory relief for the protection of specific interests, in particular those of the consumers. This type of relief is regulated in a set of directives prohibiting specific commercial practices⁵ or laying down the rules on specific market behaviour,⁶ as well as in the general Injunction Directives of 1998 and 2009.⁷ Claims arising from labour disputes are not covered by this set of rules. Further EU legislative efforts focused on expanding injunctive and declaratory relief to other areas of law as well as accompanying it with rules on collective compensatory redress. The latter has to date still not been set out in binding EU law.

The attempts to regulate compensatory collective redress on the EU level commenced in 2005 and were oriented in two specific areas of law, i. e. consumer protection and antitrust, where mass harm cases arise most often and where the claims are typically suitable for assessment in collective action proceedings. Unfortunately, these attempts failed, and the Commission eventually decided to regulate collective redress (both injunctive and compensatory) horizontally.⁸ In 2010

4 For a detailed analysis of the development of collective redress in Europe, see A. Vlahek A. Vlahek, *Development of Consumer Collective Redress in the EU: a Light at the End of the Tunnel?*, BYIL, Vol. 18, to be published in 2020.

5 Such as misleading advertising, unfair commercial B2C practices, unfair contract terms in B2C contracts.

6 E. g., in directives on consumer distance contracts, consumers' rights, medicinal products for human use, etc.

7 Directive 98/27/EC of the European Parliament and of the Council of 19 May 1998 on injunctions for the protection of consumers' interests, OJ L 166, 11 June 1998, in force from 1 July 1998, repealed by Directive 2009/22/EC of the European Parliament and of the Council of 23 April 2009 on injunctions for the protection of consumers' interests (Codified version) Text with EEA relevance, OJ L 110, 1 May 2009. Redress set out in these directives could be applied only in cases of protection of consumer interests as set out in consumer directives listed in the annexes to the Injunctions Directives.

8 A. Vlahek (tbp 2020), op. cit.

and 2011, it launched a public consultation »Towards a more coherent European approach to collective redress« and stressed that a general legal framework for collective redress would be drafted to correspond to the European legal tradition, perhaps allowing for specialized regulation of collective redress in certain specific fields, such as antitrust. In 2013, the Commission issued a Recommendation on both injunctive (requiring cessation of or prohibiting a violation of rights) and compensatory collective redress. This piece of soft-law should facilitate access to justice, stop illegal practices and enable injured parties to obtain compensation in mass harm situations caused by violations of rights granted under EU law, while ensuring appropriate procedural safeguards to avoid abusive litigation.⁹ The Commission stressed that the principles set out in the Recommendation should be common across the EU, while respecting the different legal traditions of the Member States, and called upon the Member States to ensure that their collective redress procedures are fair, equitable, timely and not prohibitively expensive.¹⁰ The principles should be applied equally in all areas where collective claims in respect of violations of the rights under EU law would be relevant. The Preamble lists the typical areas of EU law where collective redress is of value: consumer protection, competition, environment protection, protection of personal data, financial services legislation and investor protection.¹¹ Labour disputes are not mentioned there nor have they so far been in focus of any EU drafting activities in the field of collective redress. This, however, does not mean that the principles of the Recommendation may not be applied also in this type of disputes should the Member States decide so. When implementing the Recommendation, the Member States can extend the rules on collective redress also for labour disputes irrespective of whether the workers' rights are safeguarded by EU law or national law only.

Standing was to be given to a group of two or more natural or legal persons harmed in a mass harm situation,¹² and to – this being collective redress *stricto sensu* – representative non-profit entity (designated either in advance in any of the Member States or *ad hoc* under the proviso it has administrative and financial capacity to be able to represent the interest of plaintiffs in an appropriate manner) and/or to a public authority.¹³ Certification is required to avoid an abuse of the proceedings and to guarantee the sound administration of justice.¹⁴ The Member States should establish national registries of collective actions.¹⁵ With regard to injunctions, the Commission asked the Member States to ensure that the competent authorities treat injunctive orders with all due expediency, where appropriate by way of summary proceedings, and to establish appropriate sanctions against the losing defendant with a view to ensuring the effective compliance with the injunctive order.¹⁶ Opt-in was set as a rule in collective compensatory proceedings while any exception to this principle, by law or by court order, should be

9 Para. 1 of the Recommendation.

10 Para. 2 of the Recommendation.

11 Para. 7 of the Preamble.

12 On the ambiguity of this provision, see A. Vlahek (tbp 2020), op. cit.

13 Paras. 4–7 and 17–18 of the Recommendation.

14 Paras. 8–9 of the Recommendation

15 Paras. 35–37 of the Recommendation.

16 Paras. 19–20 of the Recommendation.

duly justified by reasons of sound administration of justice.¹⁷ Elements such as punitive damages, intrusive pre-trial discovery procedures and jury awards should be avoided as a general rule being foreign to the legal traditions of most Member States.¹⁸ The »loser pays principle« should apply.¹⁹ Third-party funding is allowed but strictly regulated so that it does not lead to an abuse of the system or a conflict of interest.²⁰ Contingency fees are not desirable and must not create any incentive to litigation that is unnecessary from the point of view of the interest of any of the parties.²¹ The Recommendation fosters the use of consensual alternative dispute resolution (ADR) that should be available to the parties before and throughout litigation proceedings.²²

The Commission asked the Member States to implement the Recommendation's principles by the end of July 2015 and declared that it would decide after evaluating the Member States' response whether to draft any binding rules on collective redress in order to guarantee that the rules on collective actions procedures are laid down and harmonized throughout the EU. In January 2018, the Commission issued a Report on the implementation of the Recommendation²³ showing that consumer injunctive relief is available in all Member States as a result of the implementations of the binding directives, while only a part of the Member States have decided to expand it to other areas of law either by applying the rules horizontally (Bulgaria, Denmark, Lithuania, the Netherlands, Sweden) or only within specific sectors, such as competition, environment, but also employment and anti-discrimination. Hungary and Spain are mentioned as having available collective injunctive relief in employment matters, while Slovenia that also offers it, was somewhat erroneously not yet covered by the Report as a Member State with available collective redress although at the time the Report was issued, it had already adopted the CAA (and not merely drafted it as stated in the Report). According to the Commission, compensatory collective redress was at the time available in 19 out of the (then) 28 Member States (Austria, Belgium, Bulgaria, Denmark, Germany, Finland, France, Greece, Hungary, Italy, Lithuania, Malta, the Netherlands, Poland, Portugal, Romania, Spain, Sweden and the UK), out of which more than a half limited it more or less intensively to specific sectors (mainly to consumer claims), while only six Member States have taken a horizontal approach in their legislation, allowing for collective compensation proceedings across a variety of areas (Bulgaria, Denmark, Lithuania, the Netherlands, Portugal and the UK are listed here).²⁴ Only seven Member States in fact

17 Paras. 21–24 of the Recommendation.

18 Para. 31 of the Recommendation.

19 Para. 11 of the Recommendation.

20 Paras. 14–16 and 23 of the Recommendation.

21 Paras. 29–30 of the Recommendation.

22 Paras. 25–28 of the Recommendation.

23 Report from the Commission to the European Parliament, the Council and the European Economic and Social Committee on the implementation of the Commission Recommendation of 11 June 2013 on common principles for injunctive and compensatory collective redress mechanisms in the Member States concerning violations of rights granted under Union law (2013/396/EU), 25 January 2018, COM(2018) 40 final.

24 In some of the listed Member States, redress termed broadly by the Commission as »collective action« is, however, available only in the form of joinder of actions or assignment of claims.

reacted to the Recommendation by adopting new legislation on collective compensatory actions, or amending the existent legislation accordingly, while nine Member States remained passive in this regard. The Commission also concluded that where available, collective compensatory redress was mainly used in the area of consumer protection and related areas such as passenger rights or financial services, as well as in competition follow-on actions. Labour disputes are not mentioned here. The Commission stressed that the relative absence of recourse to collective redress in other fields than consumer law is not only due to the fact that in many Member States compensatory or indeed injunctive relief is available only for consumers or in competition law, but it also appears to be linked to other factors such as the complexity and length of the proceedings or restrictive rules on admissibility, often related to legal standing.²⁵

As there was only a limited reaction to its 2013 Recommendation by the Member States, the Commission decided to draft a binding piece of EU legislation instead of further resorting to soft-law measures. Already in April 2018, it published a proposal for a new directive on consumer representative actions²⁶ that is now in the final stage of the legislative process.²⁷ Despite favouring a general, horizontal approach potentially combined with specific regulation in antitrust, the Commission eventually decided to draft a collective redress scheme for the protection of the consumers' interests only. Regulation of collective redress in labour disputes thus remains in the ambit of the Member States' own legislative activities.

II. Regulation in the Member States and Other European Countries

A world-widely known jurisdiction enabling class actions for all kind of disputes, regardless of their nature, including labour disputes, is the one of the United States of America.²⁸ A similar form of collective redress can be found also in other common-law countries, such as Canada,²⁹ Australia,³⁰ Israel,³¹ but also in Turkey³² which has a civil law legal system. The mechanism of class action in EU Member States is on the other hand primarily still designed to protect the interests of consumers. The majority of other European countries, too, explicitly limits it to

25 Para 2.1.1 of the Report.

26 Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on representative actions for the protection of the collective interests of consumers, and repealing Directive 2009/22/EC (Text with EEA relevance) {SWD(2018) 96 final} – {SWD(2018) 98 final}, COM(2018) 184 final 2018/0089 (COD), 11 April 2018.

27 On 30 June 2020, the Council has issued a redrafted proposal.

28 N. M. Pace, *Class actions in the United States of America: an overview of the process and the empirical literature*, http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/USA_National_Report.pdf (9 July 2020).

29 A. Monkhouse and K. Wisnicki, *Categories of Employment Class Actions*, www.monkhouselaw.com/wp-content/uploads/2019/05/CPD-Essay-Class-Actions-Final-Version-jmd.pdf (9 July 2020).

30 V. Morabito and J. Caruana, *Australian Unions – the Unknown Class Action Protagonists*, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Morabito%20CJQ%20union%20class%20actions.pdf> (9 July 2020).

31 G. Rozent, H. Ashlagi and R. Karmi, *lass/collective actions in Israel: overview*, [https://uk.practical.law.thomsonreuters.com/8-617-6659?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practical.law.thomsonreuters.com/8-617-6659?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1) (9 July 2020).

32 E. Büyüksagis, *Collective Actions in Turkey*, p. 2, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Turkey.pdf> (9 July 2020).

the disputes in that field. In the following paragraphs, some of the national legal regulations of class actions relevant for labour disputes are presented. It should be noted, however, that the sources on this topic in English are rather limited and are scattered throughout different documents that might at some point be already outdated having regard to the fact that in Europe many states are in the middle of the legislative process for the adoption of the rules on collective redress.

In Poland, where collective redress, both in the form of injunctive and compensatory relief, seems to be a very attractive mechanism,³³ the Class Actions Law³⁴ does not apply to labour cases. According to the initial drafts, the act was to be available for all disputes irrespective of their nature and source, but it was eventually decided to have a narrow scope of application. Labour law disputes are therefore not included, the reason for that being in concerns for the financial stability of the industrial sector of Poland.³⁵ Accordingly, employees cannot file a class action for the breach of their labour law rights,³⁶ but can do so if their claim grounds on other law provisions³⁷ (i. e. tort law).³⁸ The scope of application of the act was probably restricted only to test the mechanism in practise, and was planned to be widened later,³⁹ but it has not been done so in the 10-year time after the adoption of the act. What is interesting in the Polish system is that it sets out a rather strict commonality requirement in cases involving monetary claims, i. e. that a class action is possible only if the amount claimed by each class member is the same (this may be done in sub-classes of at least two people), while in other cases involving monetary claims, the lawsuit may be limited to a mere declaratory relief, which can then be followed by individual lawsuits.⁴⁰

Similarly, a class action cannot be used for labour disputes in Greece⁴¹ (where such a mechanism is limited to consumer disputes only), Luxembourg⁴² (where

33 M. Tulibacka, *Class Actions in Poland – 2015 update*, p. 1, mentions that only in the first four years of the Class Actions Law being in force, there were more than 100 court cases. See <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/POLAND.pdf> (8 July 2020).

34 Pol. *Ustawa o dochodzeniu roszczeń w postępowaniu grupowym*, adopted 17 December 2009, Official Gazette No. 7/2009. The act is in force since 19 July 2010.

35 M. Tulibacka (2015), *op. cit.*, p. 6.

36 The rule was criticized in L. Guza, *Pracownik łatwiej odzyska zaległą pensję*, <https://praca.gazetaprawna.pl/artykuly/491924.pracownik-latwiej-odzyska-zalegla-pensje.html> (7 July 2020).

37 The Class Actions Law (article 1.2) states that it can be used for «claims seeking consumer protection, claims concerning liability for defective products and claims in tort, excluding claims for protection of personal rights». M. Tulibacka and R. Goral, *An Update on Class Actions and Litigation Funding in Poland*, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Polish%20civil%20justice%20updatePDF.pdf> (8 July 2020).

38 M. Tulibacka (2015), *op. cit.*, p. 6. Tulibacka presented a case of cca. 30 000 Polish firefighters working extra hours without payment. As mentioned, a collective action cannot be used for labour law disputes, but being a firefighter in Poland, is legally speaking not a regular employment. The firefighters were claiming that they are not subject to the labour law regulations and were therefore pursuing claim in tort. For more, see Tulibacka, *What's Going On In Poland? An Update on Class Actions and Litigation Funding*, pp. 12–14, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Polish%20civil%20justice%20updatePDF.pdf> (7 July 2020).

39 M. Tulibacka (2015), *op. cit.*, p. 6.

40 *Ibid.*, p. 3.

41 A. Mikroulea and A. Satti, *Greece*, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/greece/factsheet (8 July 2020).

42 L. V. Steinmetz, *Luxembourg*, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/luxembourg/factsheet (8 July 2020).

it is limited to consumer and competition disputes), Germany⁴³ (where the injunctive and limited compensatory relief mechanism is available for collective shareholder actions and for collective consumer claims) and Finland⁴⁴ (where it is also limited to consumer disputes). In France,⁴⁵ the application of class actions regulation has been slowly broadened from initial protection of consumer rights, health and competition to several other areas, including environmental liability, personal data protection, and discrimination.⁴⁶ Nevertheless, the regulation still does not cover labour disputes.

On the other side, in some European countries a »procedural protection« in the form of a collective action is provided also to workers. One of the first countries offering a collective redress for employment-related disputes in Europe was Sweden. Its Group Proceedings Act⁴⁷ provided for different types of collective actions already in 2002. Although the typical US-style class action that is otherwise available in Sweden, cannot be used for labour disputes,⁴⁸ these can be an object of a representative action. The latter can be filed by trade unions and employer representative organisations which can later also represent their members in the court procedure and conduct legal proceedings on their behalf.⁴⁹

In Spain, a class action can be used in various different sectors, such as consumer law, environment, industrial property, antidiscrimination law, as well as labour law.⁵⁰ However, in contrast to consumer disputes where compensatory collective actions are available, labour disputes can be the subject-matter only to injunctive collective redress.⁵¹

-
- 43 H. Schaloske, *Collective Redress in Germany*, www.mondaq.com/germany/trials-appeals-compensation/867908/collective-redress-in-germany (8 July 2020), and E. Lein, *Germany*, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/germany/factsheet (8 July 2020).
- 44 K. Viitanen, *Collective Litigation in Finland*, p. 3, http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Finland_National_Report.pdf (8 July 2020).
- 45 A. Bailly and X. Haranger, *Class/collective actions in France: overview*, [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/Iba1d69fa406211e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?transitionType=CategoryPageItem&contextData=\(sc.Default\)&navId=0752913B3B84D85CA93EC993B6EB21C8&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Document/Iba1d69fa406211e598dc8b09b4f043e0/View/FullText.html?transitionType=CategoryPageItem&contextData=(sc.Default)&navId=0752913B3B84D85CA93EC993B6EB21C8&comp=pluk&firstPage=true&bhcp=1) (8 July 2020), and D. Fairgrieve and A. Biard, *France*, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/france/factsheet (8 July 2020).
- 46 The type of collective redress depends on the specific sector. In some of the sectors only compensatory collective redress is available (consumer, competition and health law), in some only injunctive (data protection), and in some both compensatory and injunctive (discrimination and environment). D. Fairgrieve and A. Biard, *op. cit.*
- 47 Issued on 30 May 2002, www.government.se/49d550/contentassets/ee615abb083742e88b9fd4fac8f82183/group-proceedings-act-2002_599.pdf (8 July 2020).
- 48 P. G. Karlsgodt, *World Class Actions: A Guide to Group and Representative Actions around the Globe* 1st Edition, Oxford University Press, 2012, pp. 200, 202.
- 49 N. Widjeskog and M. Bjerkelund, *Sweden*, www.linklaters.com/en/insights/publications/collective-redress-2018/collective-redress-across-the-globe-2018/sweden (8 July 2020), P. H. Lindblom, *The Globalization of Class Actions*, pp. 6–7, http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Sweden_National_Report.pdf (8 July 2020).
- 50 M. Paz García Rubio and M. Otero Crespo, *Spain*, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/spain/overview (8 July 2020). For an English version of the relevant act (*Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social*), see www.global-regulation.com/translation/spain/618862/law-36-2011-%252c-of-10-october-%252c-regulating-the-social-jurisdiction.html (8 July 2020).
- 51 A. Vegia Torregrosa, Araoz & Rueda Abogados, *Class/collective actions in Spain: overview*, <https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-617-9400?navId=EDE3FF0DBC92AF417654238CE15320E7&comp=pluk&transitionType=Default&contextData=%28sc.Default%29> (8 July 2020).

A Member State where a collective action in labour disputes was recently enabled (or was at least supposed to be enabled) is Italy. In April 2019, the Italian Parliament adopted an act governing class actions which predicted that a class action can be used as a compensatory or injunctive collective redress by anyone.⁵² The act was supposed to apply to unlawful actions committed after the act came into force, which was predicted for 19 April 2020, i. e. a year after its adoption. The new regulation was promising, but sadly the date of the act entering into force has been postponed already twice and is currently predicted for 19 November 2020.⁵³

Collective actions (albeit in some cases only in the form of injunctive and/or declaratory relief) can be used in labour disputes also in some other European countries, e. g. Hungary,⁵⁴ Norway,⁵⁵ Lithuania,⁵⁶ Croatia⁵⁷ and Portugal⁵⁸ to name a few. Probably the most recent legislation in that field, which enables also collective compensatory redress, is Slovenian, as presented below. When adopting the regulation on collective redress in Slovenia, a wide range of the disputes, including labour disputes were explicitly listed as falling within the scope of the new act on collective actions and settlements.

Workers in the countries where collective actions are not available for labour disputes, could still resort to the rules on collective redress in anti-discrimination disputes if these are available (as in France, for example⁵⁹). In such cases, collective redress is limited only to discriminatory practices at workplace and cannot cover breaches of other workers' rights.

52 Law no. 31 of 12 April 2019. E. Rajneri and C. Poncibò, Italy, www.collectiveredress.org/collective-redress/reports/italy/factsheet (8 July 2020).

53 See www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/04/18/19G00038/sg (8 July 2020).

54 Report 2013/396/EU stresses that Hungary and Spain are the EU Member States, providing for a collective injunctions mechanism in the field of employment, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SL/TXT/HTML/?uri=CELEX:52018DC0040&from=en> (9 July 2020).

55 S. Taslaman, Norway, highlights a case LG-2013-138827 concerning the interpretation of an agreement on pension rights for a group of workers in the oil industry, which passed the requests of the initial certification phase and was able to proceed as a class action. See http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Norway_0.pdf (9 July 2020).

56 Ž. Juška, Country Report Class Actions in Lithuania, <http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/LITHUANIA.pdf> (9 July 2020).

57 A limited form of collective redress in Croatia exists since 2011. The Civil Procedure Act (*Zakon o parničnom postupku*, Official Gazette of RH, No. 53/91, et seq.) sets out the general rules on collective injunctive and declaratory relief for the cases where any specific legislation is to make available collective redress in a specific field of law, while the victims may pursue only individual compensatory relief on the basis of the findings in collective proceedings. The relevant Art. 502.a does not provide for an exhaustive list of the disputes that can be subject matter of a collective action. It states that the interests protected with a collective action may be environmental, moral, ethnic, consumer, anti-discrimination and other that are legally guaranteed and which are seriously harmed or endangered by the activity of the person, against whom a collective claim is filed. Consequently, these interests can also be workers' rights.

58 J. M. Pimentel and A. S. Rendeiro, Portugal: Class and Group Actions Laws and Regulations 2020, point 1.9, <https://iclg.com/practice-areas/class-and-group-actions-laws-and-regulations/portugal> (9 July 2020).

59 A. Bailly and X. Haranger, op. cit.

C. The Slovenian Experience with Collective Actions in Labour Disputes

I. Regulation of Labour Disputes in Slovenia

1. Relevant legislation

Labour disputes in Slovenia are generally dealt with in special civil procedure regulated in the Labour and Social Courts Act (LSCA).⁶⁰ This procedure is customized to the specifics of the disputes in the field of labour law. It is supposed to be expedited compared to regular civil procedure,⁶¹ and the worker's position in the procedure under the LSCA is favoured as opposed to regular civil procedure where the parties have equal procedural rights and protection. In labour disputes, the provisions of the Civil Procedure Act (CPA)⁶² are to be applied subsidiarily.⁶³ However, if labour disputes are being solved by way of a collective action or collective settlement, the procedural rules of the CAA apply. According to the CAA, the rules of the CPA (and thus not necessarily those of the LSCA) apply *mutatis mutandis* regarding procedural questions not covered by the CAA or another act.⁶⁴ The drafters of the CAA opined that subsidiary application of the LSCA in collective proceedings is not necessary as in such proceedings (as opposed to regular individual proceedings) there is no need for the protection of the workers as weaker parties in a labour dispute. Namely, in collective proceedings the workers themselves are not plaintiffs but are merely members of the represented class.⁶⁵

2. The notion of labour dispute

The provisions of the LSCA are, however, relevant, *inter alia*, for the determination of labour disputes as referred to in the CAA. According to the LSCA, labour disputes are divided into two groups: individual labour disputes and collective labour disputes,⁶⁶ the identity of the parties and the subject-matter of the dispute being the distinguishing factor.

Individual labour dispute is defined as a dispute between an employer and an employee over an individual right, duty or legal relationship.⁶⁷ The LSCA lists individual labour disputes as those: (i) concerning the conclusion, existence, duration and cessation of employment relations; (ii) concerning rights, obligations and responsibilities arising from the employment relationship between employees and employers or their legal successors; (iii) concerning rights and obligations arising in connection with relationships between employees and the clients they are contracted to work for under a contract between the employer and the clients; (iv) between employers and applicants in connection with recruitment procedures; (v)

60 *Zakon o delovnih in socialnih sodiščih (ZDSS-1)*, Official Gazette of RS, No. 2/04, et seq.

61 Art. 20 of the LSCA.

62 *Zakon o pravnem postopku (ZPP)*, Official Gazette of RS, No. 26/99, et seq.

63 Art. 19 of the LSCA.

64 Art. 11 of the CAA.

65 CAA Proposal, No. EVA 2016-2030-0007, pp. 93–94.

66 Art. 2 of the LSCA.

67 A. Cvetko, A. Galič, K. Kralj, J. Novak, *Zakon o delovnih in socialnih sodiščih s komentarjem*, GV Založba, 2005, p. 18.

concerning rights and obligations deriving from industrial property, agreed between a worker and an employer on the basis of employment relationships; (vi) concerning work performed by children under 15 years of age, apprentices, pupils and students; (vii) concerning personnel scholarships, between employers and pupils or students; (viii) concerning the voluntary performance of probation; and (ix) others specified by law.⁶⁸

A collective labour dispute is a dispute over a collective right, duty, legal relationship or interest.⁶⁹ Depending on the subject-matter in the specific case, the participants of the procedure could also be associations of workers or employers. The LSCA lists collective labour disputes as those: (i) between the parties to a collective agreement or between the parties to the agreement and a third party concerning the validity and execution of a collective agreement; (ii) concerning competence to conduct collective negotiations; (iii) concerning the concordance of collective agreements with the law, the mutual concordance of collective agreements, and the concordance of general legal acts by the employer with the law and with collective agreements; (iv) concerning the legality of strikes and other industrial action; (v) concerning the participation of workers in management; (vi) concerning the competences of trades unions in connection with employment relationships; (vii) in connection with decisions on the representativeness of trades unions; and (viii) others specified by law.⁷⁰ Depending on the subject-matter of the collective labour dispute, the LSCA provides for some special procedural rules (e. g. regarding time limits, legal remedies, provisional measures etc.).

Despite the fact that the term »collective labour dispute« indicates it could be used for collective or mass claims of the workers, this is not the case. A mechanism of collective labour dispute shall only be used for the above listed claims. These claims are neither monetary claims nor injunctive reliefs which are typical claims in mass labour law cases. On the other side, a collective action, regulated in the CAA, cannot be used for collective labour disputes. The CAA explicitly states that a collective action can be used only for claims of workers in individual labour disputes as they are regulated in the LSCA. A collective labour dispute procedure and a collective action are therefore two individual and independent mechanisms which do not overlap.

3. Jurisdiction in labour disputes

In Slovenia, there are four labour courts of first instance deciding in individual and collective labour disputes.⁷¹ The Labour and Social Court is located in Ljubljana, while additional first instance labour courts have their seats in Maribor, Celje and Koper, while additional external offices are located in seven other Slovenian cities. Proceedings under the CAA, however, may only be held at the seats, and not external offices of the four first instance labour courts.⁷²

68 Art. 5 of the LSCA.

69 A. Cvetko, A. Galič, K. Kralj, J. Novak (2005), *op. cit.*, p. 19.

70 Art. 6 of the LSCA.

71 Arts. 12–13 of the LSCA.

72 Art. 6(2) of the CAA.

In principle, labour courts decide in panels composed of a judge who is the president of the panel, and two lay judges as members of the panel, one of which must be elected from a list of candidates of workers or insured persons, and the other from a list of candidates of employers or institutions.⁷³ Individual labour disputes concerning material legal claims where the value of the subject-matter in dispute does not exceed EUR 40 000, and certain important matters irrespective of the value of the subject-matter in dispute, are, however, heard by an individual judge.⁷⁴ Special rules in this regard apply in collective proceedings under the CAA: here, the cases must always be heard before a panel of three judges constituted according to the general rules of the LSCA presented above.⁷⁵

The Higher Labour and Social Court based in Ljubljana decides in the panel of three professional judges on appeals against decisions of the first instance labour courts, while specific types of extraordinary remedies are available before the Supreme Court of Slovenia depending on the type of labour dispute in question.⁷⁶

4. Available procedural mechanisms for solving labour disputes collectively

A collective action to recover workers' claims is a novelty in Slovenia. Prior to the adoption of the CAA, the workers could (and they still can) avail themselves only of some general procedural mechanisms to facilitate their claims collectively. These mechanisms are regulated in the CPA and apply also in regular civil procedures, while the LSCA on the other hand does not provide for any procedural mechanisms to deal with mass workers' claims.

The CPA provides for a possibility of joinder of actions.⁷⁷ In the event that several cases are litigated between the same persons in the same court, or if several cases in which the same person is the opponent of several plaintiffs (or several defendants) are heard by the same court, the panel may decide that such cases be jointly heard if this is convenient to speed up the proceedings or to reduce the costs. The panel may also decide for the severance of the action consisting of several claims and may render separate decisions on particular claims after hearing them separately from each other. Although this mechanism is available also to the labour courts, they almost never make use of it.

Another procedural mechanism that may serve as a substitute for collective redress is the model case procedure.⁷⁸ This mechanism has been rather popular in labour court procedures. Since the adoption of the LSCA in 2003 until the adoption of the amendments to the CPA⁷⁹ in 2008, the model case procedure was regu-

73 Arts. 14–16 of the LSCA.

74 E. g. individual labour disputes relating to the suspension of an employment contract, trial work, overtime work, breaks, rests and leave and other absences from work, the duty to perform work because of exceptional circumstances, disciplinary sanctions, temporary suspension from work because of the initiation of a disciplinary procedure and temporary reassignment.

75 Art. 6(2) of the CAA.

76 Arts. 3 and 33 of the LSCA. In individual labour disputes, revision and reopening of proceedings are the available extraordinary remedies. Rules of the CPA regulating them apply.

77 Art. 300 of the CPA.

78 Art. 279.b of the CPA.

79 *Zakon o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravdnem postopku (ZPP-D)*, Official Gazette of RS, No. 45/08.

lated in the LSCA specifically for individual labour cases. The CPA amendments of 2008, however, laid down new general rules on model case procedure that apply also to individual labour dispute procedures, and thus repealed the provisions of the LSCA on model case procedure. The general regulation of the model case procedure as laid down in the CPA is basically identical to the one previously contained in the LSCA. The CPA now states that if a large number of actions are brought before the court, and their claims are based on the same or similar factual basis, and on the same legal basis, the court may, after receiving the defendants' replies to the actions, carry out a model case procedure based on one action only. Other procedures are suspended. Before issuing a decision on suspension, the court must enable the parties to give a statement regarding the suspension of the procedure, and the plaintiff to state the allegations in regard to the defendant's defence plea. No appeal is allowed against such suspension procedure. After the judgment issued in the model case procedure has become final, the court shall decide on the suspended proceedings that do not have substantial particularities, taking into account the decision taken in the model case procedure. A party who has had the opportunity to participate in the model case procedure, cannot challenge in the suspended procedure the factual and legal findings and the court's positions taken in the model case procedure. The model case procedure is prioritised. The described mechanism is often used in the case of a large number of individual labour cases deriving from the same factual event, i. e. the same breach of workers' rights in a specific situation. In 2019, the Labour and Social Court in Ljubljana for example dealt with 707 mass disputes, all of them lodged against the Republic of Slovenia. Out of these, 415 were soldiers' disputes regarding overtime payment, 125 were soldiers' disputes regarding compensation for unused weekly rest days, 83 were policemen disputes regarding transfer of their workplace, and 29 were disputes with bus drivers of the public undertaking for passenger traffic of the city of Ljubljana regarding payments of their retirement provision contributions.⁸⁰ Submissions of such mass disputes in individual labour disputes greatly affects the workload of labour courts. Altogether 1 684 court procedures were initiated in 2019 at the Labour and Social Court of Ljubljana, out of which 707 were claims in the above-mentioned mass disputes.⁸¹ These lawsuits, the submissions of which are unpredictable by the courts, strongly affect the labour courts' yearly workload. That is why the Supreme Court of Slovenia called on the legislature to set out an obligatory ADR when the Republic of Slovenia is sued by the workers.⁸²

For the model case procedure to be used, it is necessary that each of the workers files his or her own claim. Their court procedures are separate, and it is up to the court to decide whether the model case procedure will be employed or not. The model case procedure is a very suitable substitute for collective redress, despite having some imperfections, in particular the need to issue a decision to suspend each individual procedure that takes a lot of time and effort on the side of the court if there is a large number of individual cases. Labour and Social Court

80 Supreme Court Annual Report on effectiveness and performance of courts, year 2019, p. 51, www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2020052510305888 (3 July 2020).

81 *Ibid.*

82 *Ibid.*

of Ljubljana therefore proposed introducing a new mechanism⁸³ – a so called »leading case« in which no need for separate decisions of suspension of each individual procedure would be required. The court would simply decide which of the numerous similar court cases is the leading one and carry out its court procedure in priority order. The court procedures in the rest of the cases would be suspended on the basis of the statutory provision itself, without the need for individual decisions on suspension to be issued in each of them. After the court decision in the leading case would become final, the court would use it to decide in other cases. It is possible to assume that the plaintiffs of the suspended procedures would withdraw the claim or conclude a settlement after acquainting themselves with the final decision in the leading case.

The CPA provides also for a joinder of parties. This enables several persons to sue (or to be sued) by the same action (co-litigants). This is possible only if in respect of the cause of a specific action, these persons form a legal community; or if their rights or obligations are based upon the same factual and legal ground; or if they are joint and several debtors or creditors. If claims are not based upon the same, but »only« a similar factual and legal ground, the plaintiffs can sue together as co-litigants if the disputed claims or obligations are of the same type, and if the same court has substantive as well as territorial jurisdiction over each of the claims and each of the defendants. Lastly, the parties can act as co-litigants when so stipulated in another act. The mechanism of joinder of parties is relatively rarely found in court procedures dealing with individual labour disputes. If so, all of the workers are parties (normally plaintiffs) of judicial proceedings, all of them have to file an action, and all of them shall perform procedural acts in the proceedings.⁸⁴ Joinder of parties, too, is therefore not a mechanism of collective redress *stricto sensu*.

Same goes for the civil law instrument of assignment of claims that has to our knowledge thus far not been employed in mass harm labour cases. According to the Slovenian Code of Obligations,⁸⁵ assignment of claims is not possible with regard to those claims the transfer of which is prohibited by law, as well as personal claims, and claims the nature of which contradicts their transferability.⁸⁶ No express provision on the assignment of the workers' claims has been laid down in Slovenian law. The Supreme Court of Slovenia has emphasized that although an employment relationship is an *intuitu personae* relationship, the nature and the purpose of each of the rights in question, as well as the potential change in the debtor's situation (the neutrality principle) has to be taken into account in order to determine whether a particular worker's right is transferrable. It explained, for example, that workers' claims on salaries and holiday allowances in netto amounts,

83 Letter to the Supreme Court of Slovenia, No. Su 272/2016-2 of 9 September 2016, sent within the process of collecting proposals to the Ministry of Justice's draft CAA.

84 For more details on joinder of parties, see A. Galič, Slovenia, Kluwer Law International BV, 2008, pp. 94, 95.

85 *Obligacijski zakonik (OZ)*, Official Gazette of RS, No. 83/01, et seq.

86 For more details on assignment of claims, see D. Možina, A. Vlahek, *Contract Law in Slovenia*, Wolters Kluwer, 2019, pp. 104–106.

as well as the employers' damages claims for pecuniary loss caused by the workers are transferrable.⁸⁷

Collective redress *stricto sensu* in the form of collective actions and collective settlements in individual labour disputes is available in Slovenia only as of April 2018. The CAA expressly states that a mechanism of collective action can be used for the category of »claims of workers in individual labour disputes as regulated in the LSCA«. As described above, the term »individual labour dispute« covers numerous different disputes, where in reality a collective action is not suitable for all of them. This is the case when mass breach of workers' rights is not realistic or typical.⁸⁸ It is expected that the collective action mechanism will be most relevant in cases of underpayment, breaches of a right to a break or annual leave, overtime work, and the situations of workers' status misclassification. As will be analysed *infra*, the first collective action in Slovenia regarded workers' claims for non-paid overtime work during handing over the shifts, and work during the lunch breaks that were not guaranteed.

I. Collective Proceedings under the CAA

1. Scope of application

Collective redress in Slovenia *stricto sensu* is regulated in the CAA that began to apply in April 2018 when six months passed after the act was enacted. Before that, Slovenian law did not provide for collective compensatory mechanism for any group of victims let alone the workers. Only collective injunctive relief was available for safeguarding the interests of consumers under the Consumer Protection Act 1998 (CPA)⁸⁹ that implemented the EU Injunctions Directives⁹⁰ and set out the rules on actions for the cessation of illegal practices in B2C relationships and actions for a declaration of nullity of consumer contracts or their provisions. As in the recent years more mass harm cases had been detected in Slovenia, and collective redress has become one of the focal topics within the EU, the adoption of collective redress legislation was perceived as an urgent piece of legislation and was a top priority of the Slovenian Government in guaranteeing access to justice.⁹¹ The CAA was drafted taking into account the Commission Recommendation of 2013, as well as best legislative solutions and practices of various foreign models.⁹² It set out the rules on both collective injunctive and compensatory actions as well as collective injunctive and compensatory settlements.

87 See, e. g., Judgments of the Supreme Court of Slovenia, Nos. VIII Ips 178/2013 of 25 November 2013 and VIII Ips 80/2014 of 27 October 2014. See also M. Juhart, Denarna terjatev delavca iz delovnega razmerja kot predmet odstopa in drugih poslov s primerljivimi učinki, Podjetje in delo, No. 1/2014, GV Založba, Ljubljana 2014, pp. 5–16; M. Juhart in M. Juhart et al., Obligacijski zakonik s komentarjem, 2. knjiga, GV Založba, Ljubljana 2003, pp. 571–575.

88 Cf. A. Vlahek, Kolektivne tožbe kot novo pravno sredstvo zoper množične kršitve pravic iz delovno-pravnih razmerij, Delavci in delodajalci, No. 2–3/2018, pp. 495–515, 499.

89 *Zakon o varstvu potrošnikov (ZVPot)*, Official Gazette of RS, No. 20/98, et seq.

90 See *supra* note 7.

91 A. Galič, A. Vlahek, Challenges in Drafting and Applying the New Slovenian Collective Actions Act, in A. Uzelac, C. H. Van Rhee (eds.), *Class Actions – The Holy Grail for (European) Civil Procedure?*, Springer, to be published in 2021.

92 *Ibid.*

In order to test this new set of rules that deviates to a large extent from the traditional framework of civil procedure, the initial pragmatic idea of the CAA drafters was – following the Belgian model⁹³ – to first cover only collective compensatory redress for a rather limited scope of consumer disputes where mass harm situations typically occur.⁹⁴ Redress other than compensatory would not be covered, as it had already been regulated in specific consumer legislation. Later in the drafting process, however, additional areas of law, including labour law, were added broadening the scope of application of the CAA to an almost horizontal level as advocated also by the Commission Recommendation of 2013.⁹⁵ The final version of the CAA thus provides for collective settlements and collective actions in the following areas (irrespective of whether they are regulated in EU or national law): consumer law, labour law, financial instruments market law, antitrust, environmental accidents and (only in the form of injunctive relief) within anti-discrimination law.

As already mentioned above, the category of »claims of workers in individual labour disputes as regulated in the LSCA« is expressly covered by the CAA and is one of the rare categories where a collective action can be filed against the State. In this type of disputes, special rules of the CAA on standing and jurisdiction apply.

Feedback on the draft CAA from the stakeholders regarding the inclusion of labour disputes in the CAA's scope was divergent. The Slovenian Health and Social Security Union, for example, welcomed this additional redress for the protection of the workers' rights.⁹⁶ The Labour and Social Court in Ljubljana, on the other hand, stated that labour disputes are not well suited to be solved in collective proceedings taking into account that it is typical in such disputes that damages (regarding the initial salary, bonuses, overtime hours and the like) may only be determined by taking into account the circumstances of each individual worker. The court also stressed that awarding aggregate damages cannot be accepted in labour disputes as the outcome in such a case may be that the awarded damages are not sufficient to compensate the workers in full, and this would also have a negative impact on the workers' rates for salaries and pensions. The court proposed that instead of regulating mass harm labour disputes in the CAA, modernised rules on the model case procedure should be laid down in the LSCA.⁹⁷ The same proposal was given by the State Attorney's Office that also detected problems regarding the determination and awarding of compensation in labour disputes under the rules of the CAA, and stressed that they do not suit the specifics of labour law claims and their calculation.⁹⁸

93 For details on the Belgian regulation, see S. Voet, *Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions to the Rescue?*, *Eur Bus Org Law Rev* 16, pp. 202–222.

94 For more details on the drafting stage, see A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), *op. cit.*; A. Galič, A. Vlahek, *Zakon o kolektivnih tožbah*, *Pravosodni bilten*, 2/2018, pp. 29–30.

95 A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), *op. cit.*

96 Letter to the Ministry of Justice, No. 05-328/16 of 5 September 2016.

97 Letter to the Supreme Court of Slovenia, No. Su 272/2016-2 of 9 September 2016.

98 Letter to the Ministry of Justice, No. DP-A01-58/2016 of 5 September 2016.

2. Temporal application

Due to the fear of possible over-burdening of the courts with novel collective actions and settlements should the CAA apply also to pre-CAA cases, the initial CAA draft opted for a cautious approach and provided for the act to apply only to cases where the harm was sustained after the act's entry into force. Eventually, however, the rules of the CAA on its temporal application were amended in the final stage of the parliamentary proceedings to cover the cases irrespective of whether the harm was sustained before or after the act's entry into force (as long as the limitation period has not run out).⁹⁹

The first Slovenian collective action was filed on 23 July 2018 in a labour dispute and covered cases where the alleged harm was sustained by the workers in the period from 20 July 2013 to 20 July 2018,¹⁰⁰ i. e. also already before the CAA entered into force in October 2017. Had the legislator not opted for the application of the CAA to existent mass harm cases, collective redress in this case would not have been fully possible, and only individual labour litigation would be available to the workers.

3. Jurisdiction

In general, collective actions and settlements in Slovenia are assessed only by four (out of 11) district courts, i. e. district courts in Ljubljana, Maribor, Celje and Koper. Collective actions and settlements in labour disputes, however, are assessed by specialized first instance labour courts at their seats in Ljubljana, Maribor, Celje and Koper.¹⁰¹ In order to guarantee uniform and consistent application of the novel collective redress mechanism, the initial idea of the CAA drafters was to give exclusive jurisdiction to one of the district and one of the labour courts,¹⁰² but in the final stage of the parliamentary proceedings, jurisdiction was broadened within the general debate on the need to decentralize judicial decision-making in Slovenia.¹⁰³

A has already been emphasized, the CAA states explicitly that in collective actions in labour disputes, the cases are decided by the court of first instance in a senate composed in accordance with the provisions of the LSCA, i. e. by a

⁹⁹ A. Galič, A. Vlahek, (tbp 2021), op. cit.

¹⁰⁰ The collective action in a specific case is dated 20 July 2018. The plaintiff stated that workers have claims that go even further backwards, but the statute of limitation for claims arising from an employment relationship is limited to a period of five years (Art. 202 of the Employment Relationships Act, *Zakon o delovnih razmerjih (ZDR-1)*, Official Gazette of RS, No. 21/13, et seq.).

¹⁰¹ The general rules of the LSCA on determining the territorial jurisdiction of the labour courts, thus do not apply in collective actions.

¹⁰² A. Galič, A. Vlahek (2018), op. cit., p. 34. The Labour and Social Court in Ljubljana, for example, proposed that in the case labour disputes are covered by the CAA and jurisdiction is vested only in one court, the Labour and Social Court in Ljubljana should have exclusive jurisdiction to solve them. It stressed that such decision would be most economical as this court is located in the centre of Slovenia and as almost all mass labour actions are filed against the State, whose bodies are mostly located in Ljubljana. The seat of the State Attorney's Office and the majority of trade unions is also in Ljubljana.

¹⁰³ A. Galič, A. Vlahek, (tbp 2021), op. cit.

three-member senate.¹⁰⁴ In the first Slovenian collective action in a labour dispute, the senate of the Labour and Social Court in Ljubljana was comprised of a professional judge and two lay judges, one from the list of employers and one from the list of employees. The Labour and Social Court in Ljubljana had jurisdiction in this case as the defendant was the state of Slovenia who has its formal business seat in Ljubljana.¹⁰⁵

4. ADR as a formal requirement for filing a collective action

The CAA generally does not require any preliminary ADR procedure prior to filing a compensatory collective action. In the case of collective injunctive actions (i. e. actions requiring cease and desist measures) that may also be relevant in labour disputes, the CAA, however, requires a pre-judicial phase initiated by the potential future plaintiff prior to filing such an action. Such a person must firstly »warn« an alleged infringer about his or her intent to file a claim unless he or she ceases the infringement. The plaintiff must then wait 15 days before filing a claim. Such pre-trial phase has an intention to force an infringer to discontinue the (alleged) violations. It is not an ADR *stricto sensu*, but aims at the same goal: the parties solving a problem on their own without the need for a court intervention.

An obligatory ADR prior to the court procedure is, however, requested in the LSCA for cases where (i) such a requirement is determined by a law or (ii) by a collective agreement.¹⁰⁶ In such cases, the action shall be admissible provided that an ADR procedure was initiated but did not end successfully in 30 days' time. As the CAA is silent on whether these provisions of the LSCA apply also in collective action procedures regarding individual labour disputes, it is not entirely clear whether the court must take them into account when assessing the admissibility of collective actions. However, in the most typical collective labour law disputes this type of ADR will not even be relevant because in such disputes, ADR is seldom determined as an obligatory prerequisite for a court procedure.

In the first Slovenian collective action case, which is analysed in detail further below, the defendant was a State – the Republic of Slovenia. In such a case, additional special regulation has to be complied with. Namely, the Slovenian State Attorneys Office Act¹⁰⁷ requires the person intending to initiate litigation or another procedure against the State or a State body, to first suggest to a State Attorneys Office that the dispute is settled amicably. The parties of such preliminary ADR are the State or a State body on one hand, and whoever intends to initiate (litigation or another) procedure against the State or a State body on the other. But the Act provides for some exceptions. There is no need for a preliminary ADR pro-

104 As opposed to the general rules of the CPA where in principle, single judges are solving the cases, including collective action cases. Exceptionally, the single judge may ask the president of the respective high court to transfer the case to a three-member senate if the case raises complex legal or factual questions.

105 The victims (intended class members) are employees of the Ministry of Defence, but individual ministries in Slovenia are not legal persons, therefore the lawsuit had to be filed against the state.

106 Art. 23 of the LSCA.

107 *Zakon o državnem odvetništvu (ZDOdv)*, Official Gazette of RS, No. 23/17.

cedure when a dispute concerns exercising employment rights.¹⁰⁸ In the presented Slovenian case, the preliminary ADR procedure was therefore not obligatory.

Although in principle, there is no requirement set out in Slovenian legislation to initiate an ADR procedure prior to or after filing a collective action in a labour law dispute, experiences from abroad (i. e. American case-law regarding class actions) show that class action procedures typically end with a settlement and rarely with a judgment. Parties are apparently willing to compromise and conclude an agreement even in the event of the absence of an obligatory ADR. This enables the plaintiff to avoid lengthy court procedure, and the defendant to agree on paying an amount of money, acceptable to its management, and settle the case (to a lesser or fuller extent depending on the number of the victims covered by the settlement). Further, the parties may in such cases agree also on atypical measures or commitments by the defendant (beside the usual payment) which could not be set out within judicial proceedings. The importance of consensual settlement and ADR is stressed also in the 2013 Commission Recommendation that suggests to the Member States that they ensure that the parties to a dispute in a mass harm situation are encouraged to settle the dispute about compensation consensually or out-of-court, both at the pre-trial stage and during the civil trial, and that judicial collective redress mechanisms are accompanied by appropriate means of consensual collective ADR available to the parties before and throughout the litigation.¹⁰⁹

The CAA lays down detailed rules on collective settlement as an autonomous mechanism of ADR. It may be submitted to the court for an assessment and approval before or after a collective action is filed.¹¹⁰ It is available in all disputes covered by the CAA, i. e. also in mass individual labour disputes.¹¹¹ However, this mechanism, too, is not obligatory, although once the parties submit the settlement to the court, the CAA requires the court to assist the parties with the text of the settlement in order for it to be fit for approval. According to the general rules of the Act on Alternative Dispute Resolution in Judicial Matters,¹¹² the court shall only present to the parties the option of ADR in every case, except where the judge determines that this would not be appropriate in a particular case. Introducing into the CAA a formal requirement of an ADR before or after the collective compensatory action is filed (and submitting the collective settlement if agreed on to the court for approval) would possibly be a welcoming change which would improve the current regulation.

5. Standing and representativeness

According to the rules of the CAA that partially differ from those set out in the Commission Recommendation, two types of persons may generally initiate col-

108 The Supreme Court of Slovenia does not agree with such regulation. For the last three years, in its Annual Report on effectiveness and performance of courts, it has expressed its expectations that the Republic of Slovenia as a defendant in mass disputes procedures should agree with a systemic solution, including an ADR. See www.sodisce.si/mma_bin.php?static_id=2020052510305888, p. 51 (3 July 2020).

109 Paras. 25–26 of the Recommendation.

110 The CAA chapter on collective settlement (Arts. 12–25) was drafted on the basis of the Dutch model.

111 For more, see A. Galič and A. Vlahek (tbp 2021), op. cit.

112 *Zakon o alternativnem reševanju sodnih sporov (ZARSS)*, Official Gazette of RS, No. 97/09, et seq.

lective proceedings: (a) a higher state attorney, and (b) an existent or *ad hoc* non-profit private law entity with a direct connection between its main goals of action and the rights which were allegedly violated and regarding which the action is being filed (they need not be officially designated in advance as entities having standing in collective proceedings¹¹³). US-style class actions filed by individual class members for the benefit of the whole class are thus not available in Slovenia.

Standing was given to a higher state attorney on the basis of the Commission Recommendation listing public authorities as potential plaintiffs in collective proceedings, as well as the opinion of the CAA drafters that collective proceedings are carried out also in the public interest.¹¹⁴ The drafters deemed that state attorneys would best serve this role. The higher state attorney may, however, not file a collective action or propose the collective settlement against the Republic of Slovenia. This will be of particular relevance in labour disputes where the state is most often in the position of the defendant.

If the plaintiff does not have standing, the court rejects the action as inadmissible. However, even if the plaintiff does have standing, it will have to show that it is able to represent the group adequately and fairly. Such »representativeness« is one of the prerequisites for the certification of the action. In deciding on the certification, the court takes into account all of the circumstances of the case, in particular: (i) the existing financial means, human resources and legal knowledge for representing the group; (ii) the activities already accomplished regarding the preparation of the collective settlement or collective action, as well as the organizing of the injured persons and the communications with them; (iii) the number of victims supporting its activities; (iv) media involvement of the plaintiff and its activities in disseminating information on the intended collective proceeding; and (v) possible prior experience in collective proceedings. If more than one person acts as the plaintiff and each of the plaintiffs represents only a part of the class or an individual sub-class, the representativeness must be assessed taking into account all of these persons together.

In labour disputes, collective actions will mostly be filed by representative entities, i. e. trade unions.¹¹⁵ These are non-profit private law entities that were established independently of a specific labour dispute. Because of their work in the field of labour law and their responsibility to protect workers' rights, there exists a direct connection to the workers' rights which were allegedly violated and regarding which the action is being filed. According to the Slovenian Representativeness of Trade Unions Act,¹¹⁶ a trade union is deemed to be representative

113 One of the reasons for not limiting standing to pre-designated entities was that so far, no collective actions were filed by consumer organizations and other existent bodies although they were designated in advance as having standing to file injunctive and declaratory actions for the protection of the consumers' interests. A. Galič, A. Vlahek (2018), *op. cit.*, p. 31.

114 A. Galič, A. Vlahek (2018), *op. cit.*, p. 31. In their feedback to the CAA draft, the State Attorney's Office emphasized that having regard that they are to pursue a public interest, they deem it appropriate only to seek injunctive, and not also compensatory relief under the CAA, in particular of no *cy-pres* awarding of damages is available.

115 A question may arise whether trade unions can file a claim only on behalf of their members, not other victims. See also Olson, *The logic of collective action*, Harvard University Press, 1965, p. 66 ff.

116 *Zakon o reprezentativnosti sindikatov (ZRSin)*, Official Gazette of RS, No. 13/93.

if it fulfils a specific set of requirements (continuous functioning of at least six months, a certain number of members, etc.). This gives trade unions a stronger and better mandate to represent their members. When drafting the CAA, a proposal was made that representative trade unions shall automatically be deemed able to represent the workers adequately and fairly. In such a case, the trade union as a plaintiff of the collective action would not have to show its representativeness in order for the action to be certified.¹¹⁷ The proposed solution of *ex lege* representativeness of trade unions was not adopted. Trade unions must therefore demonstrate in each particular case under the CAA that they have the ability to represent the victims. However, in labour disputes where unions will typically be filing collective actions, the elements of standing and representativeness will typically not be at issue. In the first Slovenian collective action, the court determined without any doubt that the Union of the Ministry of Defence both has standing and shows representativeness as required by the CAA. In its decision, the court stated regarding representativeness that the plaintiff has sufficient financial resources to finance collective proceedings. It added that the defendant has not even disputed this. It was interesting that in its feedback to the CAA draft, the Labour and Social Court in Ljubljana expressed its doubts about the viability of collective redress in labour disputes. It stated that in most of such cases, state attorneys will not have standing, trade union representatives are not legal experts, whereas the remaining option of self-organization and establishment of *ad hoc* entities is too burdensome.¹¹⁸

In addition to persons who generally have standing in collective actions proceedings, collective injunctive relief may generally also be sought by a body designated by the State to safeguard specific groups or interests, while in discrimination cases (where under the CAA, only collective injunctive actions are available), such relief may only be sought by the Slovenian Equal Rights Ombudsman or by an NGO with a recognized status of acting in the public interest in the field of protection against discrimination or protection of human rights.

6. Certification

After the court has established that the lawsuit contains all the required elements, that it falls under the CAA's scope of application, and that it is filed by a person having legal standing under the CAA, it proceeds to assess whether the lawsuit is to be certified, i. e. whether it is appropriate it is assessed in collective actions proceedings. The following criteria must be met for certification of compensatory collective actions:

1. *The claims are of the same nature, they are filed on behalf of a determinable group of persons and they concern the same, similar or connected factual or legal issues; they concern the same case of mass damage and they are suitable for being decided in collective proceedings.* In determining suitability, the court must assess whether collective proceedings enable effective resolution

117 Letter from the Slovenian Health and Social Security Union to the Ministry of Justice No. 05-328/16 of 5 September 2016.

118 Letter to the Supreme Court of Slovenia, No. Su 272/2016-2 of 9 September 2016.

of common legal and factual issues; what are the costs and benefits of advancing with collective proceedings; whether any individual claims have already been filed; what are the size and the characteristics of the class; what are the options for determining class membership; whether the amounts are suitable to be awarded as aggregate damages; and whether ADR and other means for resolving the dispute are available.

2. *There are more common legal and factual issues for the whole group than questions relating only to individual members of the group.*
3. *The group is so numerous that the filing of individual claims or another manner of joining its members, e. g. joinder of claims or joinder of actions, would be less efficient than the filing of a collective compensatory action.*
4. *The plaintiff is representative.*
5. *The collective compensatory action is not manifestly ill-founded.*
6. *The conditions regarding the agreements on costs and funding are fulfilled.*
7. *The court deems that the eventual agreement with the attorney on contingency fees is reasonable.*

The lawsuit is first forwarded to the defendant, who is at this stage to reply only as regards the certification criteria, and not yet as to the merits of the case. The court then invites the parties to a hearing. Class members and other interested parties may send the court their written opinion on certification criteria. The court may, if it so wishes, invite such persons to a hearing and enable them to present their opinion. This was also the case in the first Slovenian collective action proceedings where the Confederation of Slovenian Unions provided its written opinion, was granted the status of an interested party, and had their representative present at the hearing.

If the court decides that the certification criteria are not met, it rejects the collective action as was the case in the first Slovenian collective action. Otherwise, the court issues a decision approving the collective action, where it determines, *inter alia*, whether the system is an opt-out or an opt-in one, and sets the defendant a deadline for submitting a reply to the action as to the merits of the case. After the collective action is approved (the same rule applies in the case of confirmation of the collective settlement), the filing of another collective action in the same case is not allowed.¹¹⁹

7. Systems for forming the class

Two systems of forming the class have evolved within collective compensatory redress: opt-in and opt-out. In the opt-in system, only those victims will form

119 If more than one collective action is filed before the start of the certification stage with regard to the same mass harm case, the court decides which of the actions it will approve. Such provision was drafted on the basis of the comments received by the Slovenian Health and Social Security Union that stressed that the initial provision of the CAA draft setting out the *first come first serve* rule was not appropriate as it would not guarantee that the most suitable trade union is filing the collective action. If individual actions were filed before a collective action was filed, the courts assessing such individual claims must stop the proceedings and wait for the outcome of the collective proceedings. The CAA also lays down the rules on the effects of collective proceedings on the limitation periods.

the class that will willingly enter the group, while in the opt-out system, all the victims will form the class unless they will willingly exit the group. It is important to note that in both systems, class members do not hold the procedural position of the plaintiff (party to the proceeding) which is reserved for the representative, the public body or any other person granted standing to file a collective lawsuit or collective settlement. Although the EU has been clearly favouring the opt-in system, the Slovenian legislator decided to allow for both opt-in and opt-out mechanisms. The decision was taken on the basis of the experience of other countries, such as the UK, where opt-in has not given the desired results, as well as taking into account the recent developments of regulation of collective actions in other parts of the EU where some Member States have opted (also) for the opt-out system.¹²⁰

According to the CAA, the plaintiff must propose the type of mechanism and state the reasons for its choice in its lawsuit. It is, however, the court that in the end decides on the type of mechanism on the basis of the circumstances of the case, in particular the value of the individual class member's claims and circumstances essential for certifying the action. The court is, however, not entirely free in setting the type of mechanism as the CAA lists the cases where only opt-in is available, i. e. if non-pecuniary damages are requested; if 10 % or more of the claims are estimated to be higher than EUR 2000; or if the class member does not have a permanent address in Slovenia. If the court certifies the collective action, it decides on the system and sets a deadline of 30–90 days for opting in/opting out. In the case of a collective settlement, it is the representative plaintiff and a defendant who have drafted the settlement and submitted it jointly to the court for assessment and approval, who decide on the system of forming the class.¹²¹

Once the victims opt in or are part of the class because they have not opted out, it is up to the collective action/settlement administrator (or eventually the court if the persons whose membership was denied, objects to the administrator's decision) to establish whether the declared members in fact form the class or sub-class and are thus entitled to compensation. The victims need not file any lawsuits, their only task is to opt in or opt out and request the sums to be paid to them (or any other remedy dependent on the type of action) if the plaintiff is successful.

In labour law disputes, the framework for deciding on the type of forming the class will typically depend on the value of the estimated individual claims

120 A. Galič, A. Vlahek (2018), *op. cit.*, p. 39; A. Vlahek, *Razvoj kolektivnega varstva na področju antitrusta v Združenem kraljestvu*, in M. Pavliha et al (eds), *Izzivi prava v življenjski resničnosti = Challenges of law in life reality: liber amicorum Marko Ilesič*, Pravna fakulteta v Ljubljani, Ljubljana, pp. 546–554.

121 In collective settlements, the parties set the type of mechanism (opt-in or opt-out) and must state the reasons for their choice. In the case of opt-in, the declarations of class members opting in coupled with the evidence of their status must be attached to the settlement. According to the CAA, the settlement may stipulate that any party may cancel it within a period of maximum 30 days from the expiration of the period set for opting in/opting out if, when a settlement has been concluded under the system of opt-in, more than a certain number of class members opt out, or if, when a settlement has been concluded under the system of opt-in, less than a certain number of class members opt in. A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), *op. cit.*

– if 10 % or more of the claims are estimated to be higher than EUR 2000, only opt-in is available. In practice, pecuniary damages will most possibly be requested, and in the majority of the cases, the workers will have a permanent address in Slovenia.¹²²

8. Awarding and distribution of damages

In setting out the rules on how damages are to be awarded among the class members, the CAA drafters analysed the existent foreign models and attempted to set a rational awards system. Solving questions as to how this system should function in practice in a plethora of different types of claims, actions and judgments available under the CAA was rather challenging.¹²³ The difficulty of tackling with the awarding system, in particular where there are individual particularities on the side of the class members, was apparent also from the first Slovenian collective proceedings.

The CAA provides for two main options for awarding damages in collective actions proceedings depending on whether all class members are known or not at the time the judgment is rendered. The first option is an individual award, where the judgment lists all the victims by name and the amounts granted to them. In such case, the judgment is an enforcement title and each of the class members determined in the judgment may start enforcement proceedings. The second option which is in focus of collective proceedings regulation, is a non-individual award, where either aggregate damages are set or a per capita amount or other value or obligation to be fulfilled to each (not yet determined) class member is awarded by the court, and an estimate of the total amount is made.¹²⁴ If class members form subgroups, the judgment must set the repayment for each of the subgroups. The awarded or estimated amount is paid to a fiduciary bank account of the notary who acts as an administrator of collective damages and determines who of the persons who opted in or that had not opted out, is in fact entitled to damages.¹²⁵ If the amount is not paid to the notary's account in accordance with the judgment, the notary and the claimant party (not class members) may start enforcement proceedings. In the case of the opt-out system, the rules on the filing of individual requests by class members who have not opted out must also be set out (whereas in the case of an opt-in system, class members have to file a request already upon their opt-in which takes place after the collective action is approved).

122 If the class members are »mixed« in terms of some having their permanent address in Slovenia, and some not, a »mixed« opt-out/opt-in system could also be determined. The CAA does not expressly provide for such solution, but it does not prohibit it. A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), op. cit.

123 A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), op. cit.

124 In the Letter to the Ministry of Justice, No. DP-A01-58/2016 of 5 September 2016, the State Attorney's Office emphasized that the mechanism of aggregate damages is not suitable in collective action procedures dealing with individual labour disputes. It is as well not possible for the court to determine the compensation for each individual worker because this amount is not and cannot be the same for all class members. Payments related to employment relationships are always in correlation with the amount of the salary of an individual worker. Only based on that, the amount of the compensation to which each individual victim is entitled can be decided.

125 In the event of a settlement, the parties have the autonomy to determine any person or body to act as administrator of collective damages, aggregate/estimated damages must, however, be paid to a fiduciary account of a notary.

If the awarded aggregate damages do not suffice for repayment of all class members, the amounts to which they are entitled are to be lowered accordingly. According to the initial cautious approach of the new Slovenian regime of collective actions, the CAA does not provide for any *cy-pres* solutions. Any surplus of the awarded damages is returned to the defendant. Despite not offering any mechanisms of punishment in the form of *cy-pres* or fines, the CAA is supposed to have a deterrent effect already by introducing collective actions and easing access to justice.¹²⁶

9. Costs and funding

The CAA lays down specific rules on the costs of collective proceedings and third-party funding that derogate or supplement the general regime on the costs of the proceedings.¹²⁷

The CAA determines the amount in dispute in collective injunctive actions to maximum EUR 10 000 irrespective of the actual value of the dispute, while in collective compensatory actions the amount in dispute is set to 20 % of the aggregate/estimated monetary value of all claims thereby lowering the costs of collective proceedings and rendering collective redress more accessible. In the first Slovenian collective action where the requested damages amounted to EUR 500 000, the amount in dispute was thus set to EUR 100 000.

The »loser pays principle« – that is also a general principle of Slovenian civil procedure – applies. The CAA adds that also indispensable costs incurred by the plaintiff before the filing of the action for the purposes of organizing and informing class members on the intent to file the action fall within the category of recoverable costs. The CAA gives the court discretion to order the plaintiff to lodge security for costs as a prerequisite for certification of a collective action. In the first Slovenian collective action, the unsuccessful plaintiff had to pay the defendant the costs in the amount of EUR 1703.65. Class members do not have to participate in collective proceedings and do not cover any of the costs of the parties to these proceedings irrespective of the outcome of the case. If they nevertheless decide to participate under the rules of the CAA, they must bear their own costs sustained in the proceedings. In the first Slovenian labour collective action, the workers did not decide to participate actively in the proceedings.

As contingency fees are generally allowed in Slovenia, the CAA does not prohibit them despite the negative stance of the European Commission towards this mechanism. Additional reason for allowing (and upgrading) them within collective proceedings was the position of the drafters that without such incentive for the attorneys, collective proceedings would remain a dead letter. According to the Slovenian Attorneys Act,¹²⁸ contingency fees may be set up to 15 % of the awarded amount, whereas according to the additional specific regulation of the CAA, contingency fees in collective actions may be set up to 30 % of the awarded

126 A. Galič, A. Vlahek (tbp 2021), op. cit.

127 *Ibid.*

128 *Zakon o odvetništvu* (ZOdv), Official Gazette of RS, No. 18/93, et. seq.

amount if the attorney takes on the risk, not only to work for free if the action fails (in that case, fees may be set up only to 15 %), but to cover all costs in that case. This unique provision has been characterized as a »*sui generis* attorney third party funding«, as it very much resembles third-party funding *stricto sensu*.¹²⁹ In order to prevent the attorneys from collecting an unreasonable amount in contingency fees in an opt-out, low-claim scenario, the awarded amount for calculating contingency fees in opt-out cases is the actual amount claimed by the members, and not the total aggregate/estimated amount. This amount, however, cannot be lower than 30 % of the attorney's fees calculated on the basis of the total awarded amount.¹³⁰

If the agreed contingency fees of a successful plaintiff's attorney are not covered by the amount to be paid for attorneys' fees by the defendant, the fees are paid from the awarded damages, thus lowering the class members' amounts. In the first Slovenian collective action procedure, the plaintiff's attorneys did not bear the burden of financing the collective action procedure against the Republic of Slovenia as the plaintiff (Ministry of Defence Union) had enough funding and was prepared to cover the costs on its own. Existence of an agreement on costs and funding, and existence of an agreement with the attorney on contingency fees were examined by the court within the certification phase of the procedure (see *infra*).

The CAA allows also for genuine third party funding that is otherwise not regulated in Slovenian law. When drafting the CAA, the legislator implemented the majority of the provisions on third party funding as set out in the 2013 Commission Recommendation, including the safeguards in pursuit of sound administration of justice. Compared to attorney contingency fees arrangements that enable attorneys to gain significant amounts by assuming very moderate cost-risks, general third party funding in Slovenian collective proceedings seems financially non-viable.¹³¹

Comparing the above described cost regulation of the CAA to the burden of costs that workers have to carry in individual labour dispute procedure, we can conclude that both situations are special and only partly comparable.

The general »loser pays« principle that applies also in labour law procedures is set out in the CPA. However, as an employee is typically a weaker party in a labour dispute, the LSCA provides for a partially special regulation in regard to costs of individual labour dispute court procedures. Namely, the court may decide that the employer must cover all costs, incurred in respect to taking of evidence, even if the employee failed to succeed in respect of a full claim, when no extra expense was incurred due to that particular part of the claim. This exception is provided only for the costs incurred in respect of taking of evidence (which are

129 M. Djinović, A. Vlahek, *Uncharted waters: analysis of TPLF funding in European collective redress*, U. S. Chamber, Institute for Legal Reform, Washington, 2019, p. 73.

130 *Ibid.*

131 *Ibid.*, p. 71 ff.

usually the most expensive), and not for other costs (court fees, costs of the employee as a party of the procedure).¹³²

The other exception regarding individual labour disputes for the benefit of the employee covers the situation when an employee participated in the proceedings without an authorised person, or was represented by a representative of a trade union, but succeeded in the dispute only partially. In such a case, the court may decide that each party bears its own costs of representation. In the described situation, the employee does not incur any costs for representation. Existent rules regarding costs in individual labour disputes procedure are considerably favourable to workers. Especially when the worker is represented by the trade union and he or she succeeds at least partially, there is a good chance they will have to carry only minimal costs of the proceedings.

It is difficult to compare the burden of costs for the worker in cases where the worker decides to claim his or her rights in a regular individual labour dispute procedure, with cases where the worker merely joins the other victims as a class member in proceedings with a collective action. The amount of the costs in regular individual proceedings where workers obviously participate in the procedure as plaintiffs, depends primarily on their success in the procedure. It is also important in that regard who represents them and what the agreement on the fee is. The court may also apply the abovementioned exceptions of the LSCA on cost allocation that can lower the burden of the worker. Workers as members of the class, on the other hand, do not have to participate in collective proceedings and consequently do not have the right to reimbursement of costs should they decide to participate in the proceedings.

II. First Slovenian Collective Action in a Labour Dispute Compared to Braun v Wal-Mart

1. Analysis of the case

To date, three compensatory collective actions have been filed with Slovenian courts in accordance with the CAA.¹³³ No collective settlements as well as no claims for collective injunctive relief are reported. Although the drafters and the practitioners were being sceptical of the relevance of the CAA for employment disputes, and this type of disputes was covered by the CAA's scope of application at a rather late stage of the CAA drafting, the first collective action filed in Slovenia was in the field of labour law.¹³⁴ On the other hand, this was not of much surprise taking into account that at the time, a set of breaches of employment rights by the state and public undertakings were being alleged and covered by the media. As mentioned above, as much as 707 lawsuits were filed in individual labour disputes in 2019, deriving from mass breaches of rights of policemen, soldiers and bus drivers.

¹³² A. Cvetko, A. Galič, K. Kralj, J. Novak (2005), op. cit., p. 198.

¹³³ A centralized registry of collective actions in Slovenia is available at the following link (in Slovene only): www.sodisce.si/sodni_postopki/javne_obravnavne/kolektivne_tozbe/.

¹³⁴ The other two cases are still pending, one of them covering alleged fraud related to cross-border purchase of securities, and the other covering unfair interest rates for bank loans.

The first Slovenian collective action was filed already in July 2018, i. e. three months after the start of application of the CAA. It was filed with the Ljubljana Labour and Social Court by the Ministry of Defence Union against the Republic of Slovenia. The subject of the claim¹³⁵ was a requirement towards the State to pay the Ministry's employees for non-paid overtime work during handing over the shifts, and for lunch breaks that were not guaranteed. The plaintiff assessed the number of victims at approximately 250 and their aggregate damages at EUR 0.5 million. The group of victims was divided into two subgroups: the one requesting the payment for non-paid overtime work, and the other requesting the payment for the work done in the time slots predicted to be paid lunch break. Approximately one third of the victims were in both groups, while the others were only in one of them. The plaintiff was of an opinion that there are common and related factual and legal issues of the mass breach of the workers' rights. All class members are employees of the defendant; they enjoy the same inalienable rights regarding breaks and the payment for the work done; they are part of the same or similar work organization, which is typically understaffed, which is the main reason why their rights were breached; and they are obliged to carry out mandatory handing over the shifts which forces them to stay at work over time or to come to work earlier, and not being paid for that. In the plaintiff's opinion, all of this shows that there are more common legal and factual issues for the whole group than questions relating only to individual members of the group. The plaintiff proposed that a formula for the calculation of a *per capita* amount is set by the court. The amount of compensation shall be calculated taking into account (i) the duration of unpaid work that had to be performed over full-time work/during unused lunch breaks, and (ii) the elements of the workers' individual basic salary, seniority bonus and bonus for overtime work.

The defendant on the other hand stated that the claims in the case at hand are not suitable for collective proceedings. In its opinion, such proceedings are not appropriate for cases in which extensive taking of evidence is required. It claimed that in the case at hand, individual factual issues prevail and that it would be necessary to find out specific facts for each member of the group (how each individual person worked, did they have a right to a lunch break, was the handing over the shifts carried out during work time or not, etc.). The circumstances of the work organization were not the same for all class members, and some of their working positions are subject matter to distinct work conditions (such as guards, kitchen workers, on call duty workers). Individual taking of evidence would therefore have to be carried out for each of the victims for each working day in a 5-year period covered by the action.

The court carried out a hearing on certification on 6 December 2018 and later issued a decision denying certification of the action, ordering the plaintiff to pay the defendant EUR 1703.65 for the costs of the proceedings plus interest. The plaintiff filed an appeal, but on 4 July 2019, the Higher Labour and Social Court in Ljubljana confirmed the first instance court's decision.

135 The claim (in Slovene only) is available on www.sodisce.si/mma_bin.php?id=2018092714174245 (11 July 2020).

As was already explained *supra*,¹³⁶ the plaintiff has to prove seven requirements for the collective action to be certified. In the case at hand, requirements listed in points 4–7 of Art. 28(4) of the CAA were not problematic. The plaintiff was representative, the collective action was not manifestly ill-founded, the conditions regarding agreements on costs and funding were fulfilled, and there was no agreement with the attorney on contingency fees. The reason for denying certification was the court's decision that requirements 1–3 of the said article were not met.

The first requirement (Art. 28(4)(1)) is composed of multiple elements. The court has to ascertain that the claims are of the same nature, that the claim is filed on behalf of a group of individuals that can be specified, that all of individual claims are factually or legally related, and that they concern the same loss event. The court also has to decide that a mechanism of collective proceedings is suitable for this specific case. When assessing such suitability, the court ponders on different issues that are listed in Art. 28(5) of the CAA.¹³⁷ When assessing the second requirement (Art. 28(4)(2)), the court has to compare the extent of the common legal and factual issues for the whole group, to the extent of questions relating only to individual members of the group. In relation to the third requirement (Art. 28(4)(3)), the court decides the appropriateness and effectiveness of the collective action mechanism in a specific case compared to other procedural options of filing claims (e. g. individual claims, joinder of claims).

The Slovenian CAA is a new act and at the time of deciding on certification, there was no case law that could assist the court as guidelines when pondering on the existence of the certification requirements. The Labour and Social Court in Ljubljana was therefore the first one to interpret the requirements that need to be fulfilled for the case to pass the certification phase under the CAA.

The main reason for denying certification was the argumentation that in the case at hand, the factual and legal situations of the victims were not the same, and that common legal and factual issues for the whole group did not dominate over questions relating only to individual members of the group. The court established that the sole common legal issue for the individuals in the first subgroup is the question whether each of the workers has a right to a break during the working hours and the way of ensuring that, while the fact that all victims worked over-time when handing over the shifts is the only common factual issue for the second group. The sole common factual issue for all victims in both subgroups is that they are employed by the defendant. The court was of the opinion that apart from that, the situation for each of the victims in both subgroups was different. To decide whether an individual actually falls in one of the subgroups, the court would need to carry out the taking of evidence separately for each person. In the opinion of the court, the defendant's civil liability cannot be established generally, but only specifically in relation to each of the

136 See *supra* chapter C.II.6 on certification.

137 See *supra* chapter C.II.6 on certification.

victims.¹³⁸ The court has to find out for each of them how their work was organized, whether the right to a break was *de facto* infringed, how many times in a 5-year period this happened in practice, and how long the victim's lunch break on each specific day was supposed to be. To decide on the amount of the compensation for each individual victim, it would be necessary to determine also the amount of the worker's salary at the time of the infringement. In order to determine that, the court would have to organize a hearing of 250 victims (the plaintiff proposed the hearing of all of them) and approx. 100 witnesses. The procedure would be disproportionately longer¹³⁹ and more expensive¹⁴⁰ compared to the court procedures dealing with individual claims. Collective procedure would thus be less efficient, less rational and less economical compared to carrying out regular individual court procedures. On this basis, the first instance court decided that requirements 1–3 of Art. 28(4) are not fulfilled.

The first Slovenian collective action in the field of labour law was therefore dismissed already in the certification phase. The importance of this phase, the aim of which is to dismiss manifestly unfounded cases and cases in which conditions for collective actions are not met, is emphasized also in the 2013 Commission Recommendation. The Slovenian case shows that the assessment of the certification criteria is of utmost importance for making sure that disputes are being solved in the most appropriate proceedings. Such verification is common to majority of national regulations of collective actions. An exception is Australia where its collective action system entails a plaintiff-friendly decertification phase. Namely, the court does not examine »certification« requirements *ex officio*, but the defendant can assert and prove that they are not fulfilled,¹⁴¹ which is supposed to be a rather difficult task.¹⁴² In Europe, the only national regulation without a typical certification phase is Swedish. There is normally no requirement for a special ruling on »certification« to continue a class action procedure,¹⁴³ but the Swedish Group Proceedings Act¹⁴⁴ nevertheless provides for preconditions¹⁴⁵ which are observed by the court *ex officio* and have to be fulfilled for the court to decide on the substance of the case. These requirements which very much resemble the typical certification criteria, are not examined in a special certification phase (as for example in

138 The CAA unfortunately does not provide for declaratory judgments, in which the court would merely establish the existence or non-existence of the workers' right. If such an option was possible, the decision of the declaratory judgment would obtain a *res iudicata* effect. When deciding on individual compensations of individual victims in subsequent court procedures, the court would be obliged to take into account the previous declaratory decision.

139 The court calculated the proceedings in a specific case to last at least four years, which is longer compared to an individual court procedure with a similar claim.

140 The court calculated the expenses of the plaintiff in the specific case to add up to almost EUR 55 000, and the expenses of the defendant to almost EUR 45 000.

141 Access to Justice – Litigation Funding and Group Proceedings, Victorian Law Reform Commission, July 2017, Page 70 and the following (<http://lawreform.vic.gov.au/projects/litigation-funding/access-justice%E2%80%94litigation-funding-and-group-proceedings-consultation> (16 June 2020)).

142 Ashurst, Class Actions in Australia, www.ashurst.com/en/news-and-insights/legal-updates/quickguide-class-actions-in-australia/ (14 July 2020).

143 P. H. Lindblom, Global class actions, National report, November 2008, http://globalclassactions.stanford.edu/sites/default/files/documents/Sweden_Update_paper_Nov%20-08.pdf (16 June 2020).

144 Group Proceedings Act issued on 30 May 2002.

145 See Section 8 of the Swedish Group Proceedings Act.

Slovenia where a special hearing is carried out for this reason), but in the initial phase of the proceedings together with all other formal prerequisites.

The certification phase is an exceptionally important step in a lifetime of a collective action procedure. It can cause the end of the court procedure even prior to examination of the substance of the case. The court in the Slovenian case was clear that there is a lack of common factual and legal issues and that the need of finding out the specifics of each individual victim indicates that the case is not suitable for a collective action mechanism. Interestingly, the opposite was decided by a US court in a very similar case with resembling circumstances.

2. Comparison to the decision in *Braun v. Wal-Mart Stores, Inc.*

In the case *Braun v. Wal-Mart Stores, Inc.*,¹⁴⁶ a plaintiff Michelle Braun filed a claim against Wal-Mart Stores, Inc. on her own behalf and on behalf of other similarly situated former and current Wal-Mart employees (working in Pennsylvania), with an option to opt-out. Eventually the case included 187 979 class members. The plaintiff stated that the workers were forced to miss promised (meal and other) breaks or work through them, and had to work after a scheduled shift had concluded without getting paid for that. Factual circumstances were therefore almost the same as in the Slovenian case. The outcome was, however, diametrical as far as certification (and consequently also the result regarding the main claim) is concerned. The relevant rule 1702 of the Pennsylvania Rules of Civil Procedure requires¹⁴⁷ five criteria that are to be met for the procedure to pass the certification test:

1. *The class is so numerous that joinder of all members is impracticable.* Because the number of the potential victims was huge, the court decided that the requirement of the numerosity had been demonstrated.
2. *There are questions of law or fact common to the class.* In the specific case, the defendant's computer records were offered as an evidence. The expert was appointed to inspect them and to deliver his opinion. On the basis of the expert's opinion, the court concluded that the systematic absence of contractual break- and mealtime existed in Pennsylvania stores. In the court's opinion, the computer records demonstrate the existence of common legal and factual questions, and consequently also the predominance of common issues. The court thus decided that the requirement of commonality had been proved.
3. *The claims or defences of the representative parties are typical of the claims or defences of the class.* The court concluded that the interests of employees who state that they were forced to work in asserted circumstances, are suffi-

146 Michelle Braun, on behalf of herself and all others similarly situated, Appellee, v. WAL-MART STORES, INC., a Delaware Corporation, and Sam's Club, and Operating Segment of Wal-Mart Stores, Inc. Appellants. Dolores Hummel, on behalf of herself and all others similarly situated, Appellees, v. Wal-Mart Stores, Inc., a Delaware Corporation, and Sam's Club, an Operating Segment of Wal-Mart Stores, Inc., Appellants. Judgment of the Supreme Court of Pennsylvania decided December 15, 2014, Nos. 32 EAP 2012, 33 EAP 2012, <https://caselaw.findlaw.com/pa-supreme-court/1687043.html> (19 June 2020). See also www.donovanlitigationgroup.com/braun-v-wal-mart-stores-inc/ (7 July 2020).

147 See Memorandum opinion, p. 2, https://donovanlitigationgroup.com/wp-content/themes/donovanlit/documents/Walmart_ApproveCC.pdf (6 July 2020).

ciently aligned with the interests of the entire class, and therefore the requirement of the typicality had been proved.

4. *The representative parties will fairly and adequately assert and protect the interests of the class as required by the criteria set forth in Rule 1709.* The court concluded that the requirement regarding the adequacy of representation had been met, because the counsel had class action experience and had already demonstrated diligence and competence when representing this class.
5. *A class action provides a fair and efficient method for adjudication of the controversy under the criteria set forth in Rule 1708, which determines a set of different requirements whether a monetary recovery or an equitable or declaratory relief is sought.* When deciding on the fair and efficient method of adjudication, the court pondered on the following criteria: predominance of common questions of law and fact, the existence of serious management difficulties, a potential for inconsistent adjudications, the extent and nature of any pre-existing litigation, and the appropriateness of this forum; and whether the separate claims of the individual plaintiffs are insufficient in amount to support separate claims or their likely recovery. The court decided that this criterion, too, is met.

Based on all the above described criteria, the Court of common pleas of Philadelphia County granted a class certification in a specific case.¹⁴⁸

Comparison of the LSCA requirements for certification with the above listed requirements that were used in *Braun v. Wal Mart Stores, Inc.* shows that the requirements do not differ much. Both sets of rules require that common factual and legal issues are present; a finding that a class action provides a fair and efficient method for adjudication; and numerosity of the group. Nevertheless, the results of the certification procedures in the two cases were diametrically opposite.

After the certification phase had been concluded, the American trial spanned six weeks, during which eighteen fact witnesses and three expert witnesses were called, and dozens of depositions occurred. Besides, both of the sides presented the testimony of a number of former and current Wal-Mart employees who testified that they had regularly been forced to work without breaks, or on the opposite, who testified that they have never been forced to miss a rest break and had always been paid for the breaks they did take. In the end, it was established that the breach of the workers' right to a break occurred on numerous occasions, and that additional unpaid work was requested by workers as many as three times a week.¹⁴⁹ We can thus conclude that the breach did not occur every day for all of the employees. The court rendered a verdict¹⁵⁰ in favour of Wal-Mart on all claims relating to meal breaks, but in favour of the applicants on all claims relating to rest breaks and non-paid overtime work. The defendant was ordered to

148 For details, see Court of Common Pleas – Order Approving Class Certification, pp. 2–3, https://donovanlitigationgroup.com/wp-content/themes/donovanlit/documents/Walmart_ApproveCC.pdf (6 July 2020).

149 Second amended class action complaint, pts. 5, 30 and 34, <https://donovanlitigationgroup.com/wp-content/themes/donovanlit/documents/BraunComplaint.pdf> (July 14 2020).

150 Class action procedure rarely ends with a judgment. In the vast majority of cases, the defendants are willing to settle due to the predictability and the control of the result.

pay USD 187 648 589 to class members¹⁵¹ (the final amount including the interest totalled to USD 241 082 296, attorneys' fees included).¹⁵²

The appellate court – Pennsylvania Superior Court – partially reversed and partially affirmed the verdict. Wal-Mart afterwards requested discretionary review on the question whether the procedure was carried out as a »trial by formula«¹⁵³ which was disapproved by the United States Supreme Court in two previous separate cases.¹⁵⁴ Wal-Mart suggested that the claims could only be properly proven by individual examination of the 187 979 class members to determine whether each had been forced to miss promised paid breaks, or work through them, and whether each had, or had not, been forced to work overtime without payment. At the same time, Wal-Mart suggested that damages may only be determined on an individual class member basis, and that general assessment of damages violates due process. The latter would require a series of mini trials for each of the member of the class. The Supreme Court of Pennsylvania did not agree.¹⁵⁵ It denied the defendant's statement that the disapproved »trial by formula« was at work in the case, and argued in that regard that in the present case, »[...] there was no initial or prior adjudication of Wal-Mart's liability to a subset of employees that would then be extrapolated to the rest of the class [...]« and that »[b]y contrast, the evidence of Wal-Mart's liability to the entire class for breach of contract and WPCL violations was established at trial by presentation of Wal-Mart's own universal employment and wage policies, as well as its own business records and internal audits. These records were sufficient to support the factfinder's determination that *there was an extensive pattern of discrepancies between the number and duration of breaks earned and the number and duration of breaks taken (emphasis added)*«.

Furthermore, the Supreme Court disagreed with the defendant's statement that »any determination of damages is only proper on an individual class member basis, and that any tabulation of damages across-the-board would violate due process«, and additionally explained its decision as follows: »There was a single, central, common issue of liability here: whether Wal-Mart failed to compensate its employees in accordance with its own written policies. On that question, both

151 For more on the damages in question, see Judge Bernstein's Opinion on Damages and Pennsylvania Superior Court Opinion, www.donovanlitigationgroup.com/braun-v-wal-mart-stores-inc/ (6 July 2020).

152 The amount was paid to the »Wal-Mart Pennsylvania Class Action Account«. Funds were then distributed to class members on the basis of different formula. Individual payments ranged from USD 5.00 to USD 7726.46, with the average payment being USD 1150.25. For details, see Amended Class Judgment, Order Approving Next Steps Concerning the Distribution of the Class Fund and Notice by special class masters regarding declaration of Paul Mulholland, CPA, www.walmartpaaclassaction.com/case-developments/ (6 July 2020).

153 The »trial by formula« indirectly means that the class does not need to produce common evidence on key elements of their claims. The Supreme Court of Pennsylvania explained the mechanism in the judgment using the opinion of the United States Supreme Court in *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, U. S. 131 S.Ct. 2541 (2001): »Under this system [»trial by formula«], the district court would appoint a master to determine whether and how much back-pay was due to a sample set of class members. The court would then multiply the total number of class members by the percentage of claims the special master determined were valid. Next, it would multiply that number by the average backpay award for sample plaintiffs with a valid claim to determine the class's recovery.«

154 These were *Comcast Corp. V. Behrend*, U. S., 133 S.Ct. 1426 (2013) and (another Wal-Mart case) *Wal-Mart Stores, Inc. v. Dukes*, U. S., 131 S.Ct. 2541 (2011).

155 Wal-Mart later petitioned for a writ of certiorari, but was denied by the United States Supreme Court.

parties presented evidence. Wal-Mart's *liability was proven on a class-wide basis (emphasis added)*. Damages were assessed based on a computation of the average rate of an employee's pay (about eight dollars per hour) multiplied by the number of hours for which pay should have been received but was not. In our view, this was not a case of »trial by formula« or of a class action »run amok«. ¹⁵⁶

Justice Saylor filed a dissenting opinion. In his opinion, the burden of proof in the specific wage-and-hour case was extended of an untenable magnitude – experience of each of six testifying class members was projected upon 30 000 other group members and the concrete data regarding breaks collected from 16 Pennsylvania stores were extrapolated to 139 others.

As mentioned above, the court in the described Slovenian case decided that the procedure for taking evidence would need to be carried out for each individual member of the group in order to establish whether the defendant in fact breached the law, and that that would result in long and expensive collective procedure. An additional problem in the Slovenian legal environment in advancing with collective actions in labour disputes would be that most often, the workers' compensation depends on their individual positions and cannot be determined in equal or easily determinable *per capita* amounts. If the set aggregate damages were eventually not sufficient, the workers would not be fully compensated, etc. In *Braun v. Wal Mart Stores, Inc.*, on the other hand, the court did not carry out separate procedures for taking evidence or separate trials for each of 187 979 individuals, composing a class behind the plaintiff, and the defendant's general liability for violations of the rules regarding breaks and shifts was established. These cases show that disputes in the field of labour law are very complex and it is certainly not *prima facie* clear whether they are suitable to be solved in class action procedures.

D. Conclusion

The possibility to use a collective redress for mass labour disputes in Europe is scarce. Not many countries provide for such option despite the advantages of the mechanism for workers – typically weaker parties in the relation to the employer. Becoming a class member with the aim to assert his or her rights can encourage an employee to overcome the fear that is normally related to filing a lawsuit against the employer. Being in a group of victims means that the possible retaliatory sanctions for each of the individual class members are less likely and that eventually the enforcement against the employer shall be easier. Nevertheless, the majority of the European countries have not been convinced by these benefits. The main reasons are probably historical and systematic. The mechanism of collective redress was established primarily for the protection of the rights of the consumers and had been only slowly, if at all, transferred to other legal fields. Furthermore, the European Commission stressed that the relative absence of recourse to collective redress in other fields than consumer law is not only due to the fact that in many Member States compensatory or indeed injunctive relief

156 See *supra* note 139.

is available only for consumers or in competition law, but it also appears to be linked to other factors such as the complexity and length of the proceedings or restrictive rules on admissibility, often related to legal standing.¹⁵⁷ Similar could also be seen in the first Slovenian collective action case where certification was not granted due to lack of commonality and the need to perform evidence for each individual worker in order to establish the breach of law. In Slovenia, the reason for the mechanism's general unattractiveness surely lies also in the wide amplitude of other procedural instruments that the workers may avail themselves of. They are well-known in court practice and have a long tradition in the field of labour law disputes. Still, making available collective redress also for labour law disputes is an additional step in guaranteeing the workers access to justice. Based on the Slovenian experience as well the practice from the US courts where despite a long class action tradition the assessment of certification criteria in labour disputes has proven difficult, one may, however, conclude that it is not yet clear how labour law disputes fit into the system of collective redress and which cases are suitable to be assessed in collective proceedings. Those in which the determination of the workers' position and individual compensation is not demanding can surely be detected as such. In the light of different »COVID-19 measures« implemented recently in the countries all over the world, we assume that collective redress in labour law disputes will – where available – intensify. In Slovenia, for example, the front-line workers are entitled to special benefits for working in the midst of the quarantine period – since there were many categories of workers and they were promised different amounts of money based on different criteria, some of them fell through the system without getting anything beside their regular salary. It is thus plausible that their representatives will – despite a stringent assessment of the certification criteria in the first Slovenian collective action – make use of the collective redress mechanisms.

157 Para 2.1.1 of the Report.

Gabriela Mendizábal Bermúdez¹

Discrimination against men in a gender policy – Analysis of Social Law in Mexico

Table of Content

- A. Introduction
- B. Methodology
- C. Conceptual Framework
 - I. Gender: Male and Female
 - II. Equity vs. Equality
 - III. The Construction of Masculinity
- D. Factors of Male Discrimination in Social Law (Labor and Social Security)
 - I. Labor Law
 - II. Social Security Law
 - 1. Maternity vs. Paternity
 - 2. Childcare
 - 3. Pensions
- E. Results: Inequitable Gender Policy in Social Law in Mexico
- F. Conclusions
- G. Notes
- H. Research Sources

Abstract

Throughout the world, when we speak of gender inequality and violence, we usually focus on types of violence perpetrated against women, forgetting that violence and discrimination against men also exists. In this regard, by using a deductive methodology and from a male perspective, this article addresses how the lack of a gender policy in Social Security Law provisions in Mexico leads to inequality and discrimination against men. The hypothesis to be tested is that legal provisions and their application are not always fair. Consequently, some laws do not acknowledge the differences between men and women and are applied equally while others grant rights only to women. In both cases, the implication is that both sexes are affected by superimposing or upholding masculinized gender stereotypes, such as the obligation of mothers to care for children, the sick or the elderly.

Keywords: male discrimination, social law, social security and gender

¹ Professor-researcher of the School of Law and Social Sciences of the Autonomous University of the State of Morelos in Mexico. ORCID: 0000-0003-3681-4025/gabymendizabal@yahoo.com.mx

A. Introduction

When any issue related to social policies is analyzed: health, education, or violence, to name a few, and gender perspective is added to it, many readers or attendees at forums think that discussions will center on women, discrimination against them and how men have acted wrongly, violating rights by taking advantage of the different characteristics that repeatedly put women in often more vulnerable positions than men. One such example is the difference in physical strength between men and women, which has been abused and therefore there is a greater degree of physical violence against women, than vice versa; that is, from women towards men.

This way of thinking is not mistaken, but it is a reductionist vision of gender equity studies since such studies involve men and women because they need to coexist. Moreover, the participation of both is essential in building a gender policy to achieve a more equal society. Therefore, applying a gender perspective to the analysis of any issue implies analyzing the differences that exist between men and women in the design of social policies.

However, there is much literature in gender studies from a female perspective because studying such issues from a male perspective is relatively new.

The way in which gender perspective is understood in building gender policies, or the absence of such policies, has direct consequences in shaping legal provisions. One clear example of this is the legal framework of social law in Mexico.

Legal provisions and their application are not always equitable. Hence, some laws do not acknowledge the differences between men and women and are applied equally, such as: the requirements for obtaining old-age pension, where the same number of contributions is required for men and women without taking into account biological differences, which results in men enjoying greater work continuity than women due to maternity.

There are also some provisions that grant rights only to women. In both cases, this means that both men and women are affected as masculinized gender stereotypes are superimposed or upheld, like the obligation of mothers to care for children, the sick and the elderly, which is also a clear example of male discrimination.

Thus, this article presents the results of legal research on gender inequality in social law from a male perspective. The hypothesis is that legal provisions, their scant reforms and their application do not always follow an equitable approach but lean towards the protection of women. When equity means recognizing the differences between men and women and applying the rules seeking the equal exercise of rights for today's men and women and not just a reclamation of the rights that had not been granted to women for many years, this can lead to an impairment of women's own rights by superimposing or upholding masculinized gender stereotypes.

To give a quick example, it can be said that childcare services for women, which, because it is a woman's right, also becomes an obligation that belongs exclusively to women.

Considerable progress has yet to be made within society to achieve gender equality in view of the fact that many women suffer from discrimination and violence. Therefore, positive discrimination actions, also known as affirmative action, are absolutely necessary. The truth is that we must never lose sight of the fact that gender equity consists of changing gender stereotypes without radicalizing attitudes and without trying to empower only women because this is not a war of the sexes, but to implement measures that address the constantly changing reality of women and men within a society (National Women's Institute, 2008: 25–26).²

In view of the above, a conceptual framework is presented first to establish a position on the social construct of gender and masculinity in Mexican society to then enter into an analysis of factors of male discrimination in social law. The specific topics of labor and social security benefits to be examined include the balance between work and family life from a legal perspective; and social security benefits applied to men and women on a discriminatory basis: childcare and pensions, to mention the most important ones. The article continues with a brief section critiquing Mexico's limitations in building social policies with a gender perspective, which have an impact on the regulatory framework. Lastly, the conclusions are presented as proposals, followed by the corresponding research sources.

B. Methodology

This documentary research is conducted under two main methods: the deductive method and the exegetical method. The first one defined the order of ideas to be developed.

Therefore, the research begins with a doctrinal analysis that builds a conceptual framework to be able to enter the study of the issue of male discrimination in the fields of labor and social security.

The second, the exegetical method, allowed for a sound interpretation of the applicable legal provisions and case law, revealing the fact that regulation, as an element of social policy, has not been adequately reformed to achieve gender equity. However, with their interpretations judges – as public policy actors – have made it possible to establish more equitable mechanisms for men and women in the world of work and social security.

C. Conceptual Framework

In order to start with the specific analysis of contexts, policies and provisions of social law that are considered discriminatory against men, it is necessary to clarify a couple of ideas about certain concepts: gender on the one hand, and the principles of equality, equity and gender equity, on the other.

2 On this issue, INMUJERES points out: gender perspective does not refer exclusively to »women's issues«, but to the social and cultural processes that make a sexual difference on the basis of gender inequality. Assuming that it is a women's issue would be tantamount to invisibilizing male participation in these processes, either as agents who reproduce inequality or, on the contrary, as agents of change and champions of gender equity.

I. Gender: Male and Female

Most medical and biological dictionaries agree that sex is the organic condition that distinguishes male from female and assigns each condition a specific role in procreation. In the case of human beings, we speak of men and women, of the male and female sexes, respectively.

Meanwhile, gender restricts us to take into account the set of psychological, social, political and cultural characteristics that are socially assigned to people and are generally linked to the sex to which each belongs.

In this regard, the Official Mexican Standard (NMX-R-025-SCFI-2012, 2012: 14,) on labor equality between women and men states that gender is the set of social and political ideas, beliefs and roles constructed in each culture and historical moment, based on sexual difference. The concepts of »masculinity« and »femininity« are built upon this, establishing the rules, patterns of behavior, roles, opportunities, values and relations between women and men.

Gender is also divided into male and female and as it is a social construct, it is different in each society and time. It is worth pointing out that this construct can be changed through awareness and training.

II. Equity vs. Equality

For a long time, the terms equality and equality have been used as synonyms and it is important to mark a difference between them because we believe that the confusion surrounding these terms contributes to discrimination.

Machado Goncalves de Silva (2014) classifies equality as formal and substantial, explaining that the first one refers to the same treatment for all, even those who are substantially different, while the second, substantial equality, seeks to ensure the same opportunities for all, compensating the most underprivileged (Murari, 2008: 109). It is precisely in this sense that might make it possible to understand not only formal equality but what substantial equality between genders seeks.

The »Protocol for judging with a gender perspective, making the right to equality a reality« (Supreme Court of Justice of the Nation, 2013: 30) points out that equality can be understood in two dimensions: as a principle and as a right.

As a principle, it substantiates and gives meaning to the entire legal scaffolding – of national and international origin – and to acts stemming from it, whether formally or materially administrative, legislative or judicial. This dimension implies that equality must be used as a hermeneutical guide for the drafting, interpretation and application of the law.

And it adds (Supreme Court of Justice of the Nation, 2013: 32, b) that as a right, equality is a subjective tool for access to justice; that is, it endows individuals with the right to demand, through various means, the effective implementation of equality in the exercise of other rights.

The Constitutional Court of Colombia (2008) observes that the interpretation of the principle of equality is not limited to the understanding of equality from

the point of view of mathematical or formal comparability that would require absolute homogeneity, but should be seen from a material perspective that establishes equal treatment between equals, different treatment between different circumstances and, even different measures to benefit groups that are equal in one respect but may require better treatment by the State in another.

As we can see, both Courts understand equality as a principle based on the characteristics of distributive justice: equal treatment of equals and unequal treatment of unequals, which is why equity is confused with equality, as will be discussed below.

Equity is understood (González, 2000: 21) as a principle associated with the idea of equality essentially embodied in justice, the object of all natural and positive law. Therefore, it can be understood as a set of principles that complement each other. If we want to be more specific, we could say that equality is based on the commutative justice, where a right corresponds to an obligation and is granted in the same way, in which case we are talking about formal equality. Meanwhile, equity is the basic principle of distributive justice, the fundamental premise of which is to treat equals equally and unequals unequally. In other words, the rights and obligations of each individual are established on the basis of the recognition of differences.

Specifically, the principal Mexican regulations alluding to gender equity are the Law of the Women's Institute and Official Mexican Standard NMX-R-025-SCFI-2012 »For labor equality between men and women«, which state respectively:

Gender equality: a concept that refers to the principle that men and women have fair and equal access to the use, control and benefits of the goods and services of society, including those that are socially valued, opportunities and rewards, for the purpose of attaining fair participation of women in decision-making in all areas of social, economic, political, cultural and family life (Chamber of Deputies, 2018).

An ethical principle of justice that consists of eliminating existing inequalities in the access to and control of resources between women and men and achieving recognition of gender differences, without this implying a reason to discriminate (NMX-R-025-SCFI-2012, 2012: 13, a).

It is accepted that both regulations coincide in the following elements:

1. It is a principle.
2. The objective is to eliminate inequalities between men and women
3. To thus attain an equitable society in various aspects, such as access to justice, labor, social, and decision-making, and fairness, among others.

After defining these terms, we can now add the second conceptual element of this research: masculinity.

III. *The Construction of Masculinity*

Understanding the discrimination that can exist on account of being a man implies analyzing how masculinity itself is shaped, as well as the causes that have led to the construction of *machismo* and discrimination against men who try not to adhere to this stereotype.

Although the topic of masculinity is starting to gain popularity in Mexican society, feminists have carried out studies on this issue since the 1990s. Since then, studies on masculinity that are not linked to feminism can be found in Europe, the United States, Canada and Latin America (Salguero, 2013: 39).

To begin, it must be said that one of the accepted definitions of masculinity (Hardy and Jiménez, 2001: 79) is the quality of masculine, which includes virility and being manly, assertive, strong and macho. It is observed that masculinity is based on physical values that are later transformed into moral values. Although, as we will see throughout this analysis, this definition corresponds to only one type of masculinity.

Masculinity, like femininity and gender, are stereotypes that are constructed and change from one society, country or region to another. Even within the same culture, they can vary from one family to another and over the course of individual men's lives, depending on their own perception of what it is to be a man.

Therefore, there is not only one masculinity, but it is acknowledged that there is a dominant figure that has long been recognized as the stereotype of the masculine. In this respect, Salazar (2013) points out that:

For centuries, the prevalent model of the male has been characterized by the triangle of heterosexuality-marriage- procreation. The ideal was the man who projected himself in the public sphere, who formed a family and who assumed the role of provider. There was a cultural precept that defended the spaces of male development, including paternity understood from the dual perspective of absence-presence.

However, nowadays, the studies that have been carried out in Latin America (Jiménez, 2007: 102) show that there is no unified idea of masculinity, but one must rather speak of the complexity, ambiguity, contradictions and multiple meanings of masculinities.

To understand that there are several types of masculinities is to understand that today's man has the opportunity to cultivate his masculinity differently, in addition to acquiring greater awareness.

D. Factors of Male Discrimination in Social Law (Labor and Social Security)

The Mexican government has taken important steps and made some progress in terms of building gender equity policies. Some worth highlighting are the previous presidential administration's National Program for Equal Opportunities and Non-Discrimination against Women (Proigualdad) and the creation of a regulatory framework, the most significant laws of which are: General Law on Wom-

en's Access to a Life Free of Violence, the Federal Law to Prevent and Eliminate Discrimination, and the General Law for Equality between Women and Men. However, in order to live with gender equity, it must permeate all aspects of our lives and work is an important part of that.

Naturally, the issue of gender equity in the sphere of labor involves discussing the specific differences between men and women in exercising their labor and social security rights.

The greatest inequity in this access and exercise of rights is given in the differences that are not recognized by men in an androgenic society into which women have been late in being incorporated and under unfavorable circumstances. This has made it very difficult for women to gain access to management positions, equal salaries, decision-making and, of course, qualifying for the same social security benefits as men.

Notwithstanding the above and since I have already explored this analysis in previous studies,² on this occasion my research looks at the differences that the law itself establishes for men and women, whether with the intention of vindicating women's rights – in an attempt to bring about a more equitable and inclusive world of work– or as part of a distinction between gender-specific activities that are reproduced in keeping with the society at the time they were issued, as in the case of providing childcare services to women by bearing out a single requirement: being employed. However, some differences constitute forms of discrimination for young men in particular.

This analysis is central to revealing how the law, through the legal reforms that have attempted to do justice to women for the injuries brought about by the *macho* society in which they have lived. However, the principle of gender equality is a legal principle that does not help women exclusively by granting them rights by undermining men's rights. It is a legal guideline to ensure that both women and men have equal access – considering their differences – to the pursuit and administration of justice, to access to economic benefits and benefits in kind, as well as to employment benefits.

Unfortunately, this does not always happen and although the principle of gender equity is embodied in many legal provisions, it is not always interpreted in the best light, let alone applied.

I. Labor Law

The first thing that should be noted about Individual Labor Law in Mexico is that its legislation explicitly contemplates anti-discriminatory precepts on the basis of gender. The most all-encompassing one states that women enjoy the same rights and have the same obligations as men (Art. 164). Some of the articles that establish the non-discrimination on the basis of gender are briefly presented below.

- Article 2 states that non-discrimination is integral to dignified or decent work because it fully respects the worker's human dignity and there is no gender-based discrimination. Other causes of discrimination that cannot be part of dignified and decent work are also mentioned. This same article reads: »The

substantive or *de facto* equality of male and female workers with respect to their employer is protected. Substantive equality is that which is reached by eliminating discrimination against women that undermines or nullifies the recognition, enjoyment or exercise of their human rights and fundamental freedoms in the workplace. It implies access to the same opportunities, taking into account the biological, social and cultural differences between women and men.«

- b) Article 3 stipulates that there can be no conditions involving discrimination between workers on the basis of gender.
- c) Meanwhile, Article 56 says that »Working conditions based on the principle of substantive equality between women and men may in no case be inferior to those established in this Law and must be proportional to the importance of the services and the same for the same work, without any differences and/or exclusions on the basis of ethnic origin or nationality, sex, gender, age, disability, social status, health, religion, opinions, sexual preferences, pregnancy, family responsibilities or marital status, except for the conditions expressly stated in this law.«
- d) Article 86 sets out the basis for equal pay, stating that equal work, equal position, equal working hours and equal conditions of efficiency must correspond to equal pay.
- e) Similarly, paragraph 133 prohibits employers or their representatives from:
 - Refusing to accept workers – among other reasons – on the basis of gender. It also specifically states that they are prohibited from: requiring medical certificates of non-pregnancy for entry, continuance or promotion in employment; and dismissing a female worker or directly or indirectly coercing her to resign due to pregnancy, change in marital status or care of young children.

As to the differentiated rights and obligations that the Mexican Individual Labor Law establishes for women and men, the rights are contained in Title Five, entitled »Women’s Work«, provided in Article 170, Section Two, establishing that:

- II. They shall enjoy a six-week leave before and a six-week leave after childbirth. At the express request of the female worker, with prior written authorization of the physician of her corresponding social security institution or, where appropriate, the healthcare service provided by the employer, taking into account the employer’s opinion and the nature of the work performed, up to four of the six weeks of pre-birth leave may be shifted to post-birth leave. In the event that the children are born with any type of disability or require hospital care, the leave may be extended to up to eight weeks after the birth, upon presenting the corresponding medical certificate.
- II Bis. In the case of the adoption of an infant, they will be given a six-week paid leave, after the day of they receive the child.

For working fathers, on the other hand, the only stipulated benefit is established in Article 132, Section XXVII Bis, established under the employer’s obligations

section: To grant a five-day paid paternity leave to male workers for the birth of their children and likewise in the case of the adoption of an infant (Federal Labor Law, 2019).

As can be seen from the Federal Labor Law, there is a great difference in the benefits granted to women and men in terms of their status as mothers or fathers, respectively. Naturally, the biological changes that women experience during the gestation, childbirth and post-partum periods cannot be disregarded, and this undoubtedly requires a completely different approach from that of fathers. But it is also true that parental benefits (maternity and paternity) should be aimed not only at bringing the mother back to health after the gestation period but should also serve as an opportunity to introduce the new member of the family and for all the members to adapt to this arrangement. In this sense, adoption benefits for men are still absent, and it is even more unfair when the issue is analyzed in the light of the composition of new families made up of same-sex couples. Where does this leave questions like: How many days of maternity leave should be granted to lesbian mothers? If one gives birth, is the other one left without any rights? And in the case of male couples, is neither of them entitled to maternity benefits? Will they both receive a five-day leave in accordance with the Federal Labor Law? These and other questions are on the table of Mexican reality; they are controversial issues that the law needs to resolve to achieve the best possible conditions of coexistence of human beings in our society.

Lastly, with regard to male discrimination, the following precept is eminently discriminatory because being a woman is not a requirement for having a seat during working hours; men also need seats, especially if they are older adults.

Article 172: In establishments where women work, the employer must keep a sufficient number of seats or chairs available for working mothers.

II. Social Security Law

This section briefly analyzes the benefits granted to working mothers and working fathers through the social security institutions that insure formal workers nationwide: the Mexican Social Security Institute (IMSS), the Institute of Security and Social Services for State Workers (ISSSTE), and the Social Security Institute for Mexican Armed Forces (ISSFAM). The analysis will focus on the benefits associated with three insured situations that are perceived as discriminatory against men: maternity, childcare and widowhood pensions.

1. Maternity vs. Paternity

In this section we focus our attention on two specific benefits: granting the layette at the birth of a child who is a beneficiary of an insured female worker and granting maternity leave.

As can be observed, the terminology clearly implies that these are benefits intended solely for women, even though nowadays both men and women should have rights that allow them to enjoy their parenthood and assume their responsibilities.

Pursuant to the Social Security Law that governs the IMSS, Chapter IV with Articles 84 to 111 establishes the subjects that are covered by illness and maternity insurance, as well as the requirements that beneficiaries must meet to enjoy the benefits provided by this insurance.

Concerning the topic at hand, the legislation in question specifies that benefits in kind and economic benefits will be provided, whereby the benefits in kind are as follows:

- Article 94. In the case of maternity, the Institute shall provide the insured woman with the following benefits during the pregnancy, childbirth and post-partum period:
 - I. Obstetric Care

Assistance in kind for six months for breastfeeding and training and promoting breastfeeding and nursing, encouraging breast milk to be given exclusively for six months and as a supplement until well into the second year of life;

During the nursing period, they shall have the right to decide whether to have two extra half-hour breaks per day, or an extra one-hour break per day to breastfeed her children or to manually pump the milk at an appropriate and hygienic place provided by the institution or facility, and
 - II. A layette at the birth of the child, the amount of which shall be determined by the Technical Board (Social Security Law, 2019).

As can be seen, this article defines the benefits in kind that are granted only to women insured by the institute; that is, working women who have a direct affiliation with the IMSS. These benefits – as mentioned above – are divided into four. 1. Obstetric care, 2. Assistance in kind for breastfeeding for six months 3. Two extra half-hour breaks or one extra one-hour break a day to breast feed their children during the period of nursing, and 4. A layette at the birth of the child (Social Security Law, 2019, c). Along this line, Article 95 states:

- Article 95. The female beneficiaries identified in Sections I and II of the previous article shall have the right to enjoy the benefits described in Sections III and IV of Article 84 of this Law.

Hence, the beneficiaries (spouses of the insured workers), as they are not directly insured, are excluded from receiving the benefits stipulated in Sections III and IV, despite the fact that the insured person – the male worker – also makes contributions to the IMSS so as to have the benefits of this insurance. This again is discriminatory.

Of course, the premises in Section III are inapplicable because breastfeeding is only done by women. Since a man is not a female worker, he does not require breastfeeding breaks. Notwithstanding, the question of whether it is possible to give the time granted to women for breastfeeding to men so that these can care for their children in a shortened working day, in the same proportion as that given to women can be considered for discussion. This would benefit women because they would no longer be at a disadvantage in terms of productivity between men and women, an issue that is more damaging to women mothers than to men fathers.

Likewise, regarding the layette provided only to the insured mother as provided in Section IV of Article 94, we are once more faced with a discriminatory regulatory framework since this benefit is only given to the insured woman. This is controversial because if both workers – male and female – are paying in their contributions for the same insurance, a layette should be provided per birth of a child. In other words, an insured female worker's child should be given a layette as should an insured male worker's child if the mother is not an insured worker and is only a beneficiary.

Regarding the financial benefits granted to the insured woman, Article 101 mentions that: During pregnancy and post-partum, the insured woman is entitled to a cash benefit equal to one hundred percent of the last daily wage for contribution, which she will receive for forty-two days prior to and forty-two days after childbirth.

On this topic, it is worth wondering why no progress has been made towards parenting benefits where a maternity allowance is obviously granted to female workers, but paid leave or part of it is not only restricted to 6 weeks for the pregnant mother to recover her health, but is not extended to the father as well, so that they may incorporate the new member of the family together, as best as possible, by sharing responsibilities and commitment of parenting.

With regard to the ISSSTE on matters of maternity, which is governed by the Law of the Institute of Security and Social Services for State Workers (2019), Article 39 lists the benefits granted to pregnant women:

- Article 39. The female Worker, the pensioner, the spouse of the Worker or the Pensioner or, as the case may be, the concubine of one or the other, and the unmarried daughter of the Worker or Pensioner under the age of eighteen who is economically dependent on them, according to the conditions of the following article, shall be entitled:
 - I. Obstetric care required as of the day in which the Institute certifies the pregnancy. This certification shall indicate the probable date of delivery for the purposes of Article 28 of the Federal Law of State Workers, governing Article 124 Subsection B of the Constitution;
 - II. To training and promoting breastfeeding and nursing, encouraging the exclusive use of breastmilk for six months and as a supplementary food until well in to the second year of life, and assistance in nursing when, according to medical opinion, there is a physical or occupational impediment to breastfeed. This assistance shall be provided in kind for up to six months after the birth, and will be given to the mother or, in her absence, to the person in charge of feeding the child;
 - III. During the nursing period, they shall have the right to decide whether to have two extra half-hour breaks per day or one extra one-hour break per day to breastfeed her children or to manually pump the milk, at an appropriate and hygienic place provided by the institution or facility, and
 - IV. A maternity layette shall be charged to the health insurance upon the birth of the child, the amount of which shall be periodically established by the Institute, by agreement of the Board of Directors. (Art. 39).

In this law we can yet again find an act of discrimination against male workers just like in the corresponding IMSS law. According to Article 39, Section IV of the Social Security Law, protection is only granted to female workers, pensioners, the male worker's spouse or concubine, as well as the worker's underage unmarried daughter, all of whom are entitled to receiving the well-known maternity layette, except for the male worker even though he also makes his contributions to this insurance. Therefore, a layette should be provided for each child born to an insured male or female worker and not to the mother.

It should be pointed out that the ISSSTE Law gives maternity benefits to the direct female worker, as well as to the male worker's spouse or concubine. In other words, it makes no distinction as to who has the direct relation with the institute at the time of granting the benefits provided by this insurance.

It is now time to analyze the ISSFAM and learn about the maternity benefits contained in its ISSFAM Law.

– Article 149 says:

Mother and child care shall be granted to the following subjects:

- I. Female military personnel;
- II. Wife of a serviceman;
- III. Concubine of a serviceman, and
- IV. Underage daughters who are the serviceman's economic dependents and who have not married or established a common-law partnership.

Mother and child care includes: obstetric and prenatal consultation and treatment; delivery care; infant care and nursing assistance. (ISSFAM Law, 2013)

The benefits provided in mother and child care are outlined in Articles 150 to 155 (ISSFAM Law, 2013, d), which are: nursing assistance in the event of an impediment to breastfeed the child, the right to a layette, paid leave for 3 months and medical care, which comprises surgical, obstetric, pharmaceutical and hospital services.

Like those of the IMSS and the ISSSTE, this law contains the same errors regarding the oft-mentioned layette because it is only given to female military personnel, a serviceman's spouse or concubine. But if we find that both parents are in the military, only the mother is entitled to it even though both contribute equally to the Institute.

After reviewing the legislation governing maternity in the most important social security systems in Mexico, it can be said that the Supreme Court of Justice of the Nation (SCJN) of Mexico has pronounced itself on the issue of maternity and paternity. In one of its isolated rulings³ entitled »Principle of equality between men and women, the granting of custody of a minor should not be based on gender prejudices,« the Court points out that judges previously gave preference to the mother to be given custody of the children since she was considered better suited to the care of the minors. However, today there needs to be equality so that both men and women can obtain custody of children since both have the same rights, in this case the right to be with the child. All this will change when we stop making these differences based on sexist stereotypes.

The First Chamber (Supreme Court of Justice of the Nation, 2012: 1112) pointed out that it is a well-known fact that the inner workings of families, in terms of the division of roles between the father and the mother, has evolved towards the father becoming more involved in the task of caring for the children, becoming a figure who is present and who has taken on the role of caregiver.

It is from this idea that we can infer that Mexican legislation has made little progress in the issue of granting paternity rights. This is an important step that the law has already taken since we can also observe that the Federal Labor Law now grants paternity leave.

There are some poorly substantiated claims that hold women's participation in workforce responsible for the increase in some social problems, such as higher crime rates, lack of family values, family disintegration, more divorces, and so on.

The cause of these problems is not an increase in the female workforce, but the lack of public policies and regulations to reconcile the working lives of men and women in such a way that allows them to share responsibilities, obligations and enjoyment of children and family life.

2. Childcare

The benefit in kind consisting of childcare service provided by the IMSS can be found in Chapter VII entitled childcare insurance and social benefits. Significant progress towards gender equality in social security benefits was reached on October 21, 2020, with the amendment of Articles 201 and 205 of the Social Security Law on childcare insurance. This reform replaced the words »man« or »woman« with »worker person« to refer to those entitled to childcare insurance benefits for their children. It should be made clear that prior to this, this law discriminated against men, who could only access this right in the event of widowhood, divorce or when they held custody by court order. This change is intended to ensure equal treatment of workers to exercise the right to childcare.

- As for the ISSSTE, Article 2, Section XIX of the Regulations of the ISSSTE Childcare Centers for the Well-being and Development of Children (2019) mentions who the beneficiaries are. It refers to who the beneficiaries will be, indicating working mothers and, by exception, working fathers who have divorced, are widowed or for any other reason have exclusive legal custody of the child, as long as there is evidence of this under the applicable legal provisions.
- Article 18 of the ISSFAM Law (2013) sets out the benefits to be granted to military personnel and mentions Child Well-being Centers in Section XVI. Likewise, Article 136 indicates that »the Institute shall establish child well-being centers in designated areas to care for children over 45 days and under 7 years of age, children of military personnel, when the need for this assistance is proven.«
- In this regard, Article 69 of the Regulations of the ISSFAM Law (2013) establishes that this benefit, among others, will be granted by the Institute based on its budgetary resources. In view of this, there are currently no regulations for

this benefit that define the mechanisms by which this right to services will be guaranteed.

It should be noted that the SCJN (2016) has issued an innovative ruling on this issue. The Second Chamber decided on *Amparo* proceeding under review 59/2016, which raised the issue of the unconstitutionality of Articles 201 and 205 of the Social Security Law since it was deemed discriminatory against the male sex.

This *amparo* was filed by a working father, who had been repeatedly denied the possibility to enroll his child in a childcare center. Consequently, he sought the protection of his rights, claiming the following human rights: non-discrimination, equality between men and women, the right to social security and the best interest of the child.

The right to non-discrimination -stipulated in Article 1 of the Constitution- states that discrimination on the basis of nationality, age, gender, and social status, to name a few, is prohibited. Equality between men and women is enshrined in the first paragraph of Article 4 of the Constitution which states that man and woman are equal before the law.

While the provision of childcare was implemented for women to enter the workforce, it is now necessary to ensure that the roles of a child's care and development are not the responsibility of women alone. Therefore, by denying childcare service to male workers, the above-mentioned rights are violated, leading the SCJN to rule in favor of the petitioning father.

3. Pensions

It should be mentioned that on this point reference will only be made to the widowhood pensions that are guaranteed by the main three social security institutes.

In this context, we have Article 127 of the Social Security Law (2019), which under the section on life insurance establishes that: When the death of the insured person or disability pensioner occurs, the Institute shall provide his or her beneficiaries, in accordance with the provisions of this chapter, with the following benefits: I. Widowhood pension; II. Orphan's pension; III. Pension for ascendants ... and others. In the above law, we also find the requirements that must be met to be eligible for the benefits provided by the widowhood pension. Unfortunately, we also find discriminatory articles based on sexist issues that directly affect men.

A clear example of the above is laid down in Article 130, which states: »The same pension shall correspond to the widower or male partner who is financially dependent on the insured female worker or female disability pensioner.«

As seen, for a man to be able to receive widowhood pension benefits in the event of the female worker's death, the widower or male partner, in addition to meeting the general requirements, will have to prove his financial dependence on the insured female worker, a burden demanded of him simply on account of being a man, as well as it adhering to a gender stereotype constructed by legislators, which again generates total discrimination against men.

Regarding the Law of the Institute of Security and Social Services for State Workers (2007), Article 129 declares: »The death of the Worker from causes unrelated to work, whatever his age, and provided that he had contributed to the Institute for three years or more, shall lead to the payment of widowhood, common-law partner, orphan's or ascendant pensions, where appropriate, as prescribed by this Law ...«

Article 131 also sets out the order of beneficiaries who may be granted benefits when the worker dies.

It should be pointed out that fortunately and thanks to the 2007 reform, this law no longer requires the condition of financial dependence on the female worker for a male beneficiary to enjoy the benefits of the widowhood pension. However, this is required by the Law of the Mexican Social Security Institute.

Continuing with the pensions of the members of the Mexican armed forces, which have always stood out for having greater benefits than those in the IMSS and ISSSTE, pensions are no exception. Thus, the Law of the Social Security Institute for the Mexican Armed Forces states that only family members who are beneficiaries under the law are entitled to a pension upon the death of the male or female serviceman. Article 38 of the ISSFAM Law lists those who are considered family members of male and female servicemen for purposes of pension and/or compensation.

The ISSFAM is more equitable since both the widower or widow – man or woman – are required to meet the same requirements to be eligible for a widowhood pension. This is the opposite of calling for the man's financial dependence on the deceased female worker, which reflects gender discrimination.

The SCJN has set various precedents regarding the unconstitutionality of Article 130 of the Social Security Law that have led to the creation of two case laws under the following headings:

Widowhood pension. Article 130, second paragraph, of the Social Security Law, by making its issuance conditional on the widower or common-law husband proving economic dependence on the deceased insured female worker, violates Article 123, paragraph a, section XXIX, of the Political Constitution of the United Mexican States. And Widowhood pension. Article 130, second paragraph, of the Social Security Law, by making its issuance conditional on the widower or common-law husband proving economic dependence on the deceased insured female worker, violates the guarantees of equality and non-discrimination. Both were proposed by the Second Chamber of Mexico's highest court in 2009.

The significant issue of these criteria is that by obligating both the widower or male partner to prove economic dependence on the deceased female worker, the social guarantee is violated because if the deceased female worker contributed during her working life so that those who survived her would be entitled to the insurance provided by law, it follows that widowhood pension is not a free concession but a right generated during her productive life for the purpose of ensuring, to some degree, the subsistence of her beneficiaries (Supreme Court of Justice of the Nation, 2009). It is in this sense that we can speak of discrimination against women, too. It is discrimination against female workers by imposing one more

requirement to their beneficiaries in order to be entitled to the same benefits as those enjoyed by the beneficiaries of male workers.

Despite the fact that these criteria have been in force for 10 years, the corresponding legislation has not been reformed. Therefore, the subjects who find themselves in these circumstances will have to go before a jurisdictional authority to enforce their right to a widowhood pension.

E. Results: Inequitable Gender Policy in Social Law in Mexico

If we work from the idea that public policies are expressions of the obligations of the State and that they become legal provisions and consequently embody the benefits or rights of citizens, we can conclude that in the area of labor and social security, benefits are not equally granted to men and women.

Thus, based on the legal analysis presented, it is evident that gender policy in Mexico is inequitable in the world of labor and social security, and that it discriminates against men.

Without a doubt, one of the activities that most requires the creation of inclusive policies with a gender perspective is work because we spend most of our time carrying out productive activities in the formal or informal economy. Therefore, it is a fitting place to generate changes within society to reduce gender discrimination not only against women, but also against men.

As was observed throughout the analysis of legal provisions, men are still not truly recognized by Mexican social law as fathers or even as members of a family.

Fortunately, the work of interpreting the principles of gender equality and equity on the part of judges in the administration of justice is beginning to generate a change.

The few labor benefits granted by labor law, which are given to fathers, are limited to five days of paid leave for the birth of a child. However, social security laws have not been reformed and do not include this benefit, leaving the burden solely on the employers. This means that the employers directly cover the payment of 5 days of wages to fathers, despite paying employer social security contributions.

This also leads us to conclude that Mexican social law reproduces the gender stereotype of the male provider and the female caregiver of children, although nowadays the world of labor has changed.

By not recognizing the different masculinities of men, this discrimination against men negatively impacts women's struggle for equality because by not establishing paternal rights, only women are burdened with the age-old obligation of caring for the family.

To this end, gender politics should mainly include measures that enable work and personal life to be reconciled, in both the public and private sectors.

Fatherhood, widowhood and childcare are interesting issues today because we live in a society where many still think that the man is the person who provides the resources to maintain a home. This should not mean and imply that it is a

reason to turn a back on responsibilities with the children, such as taking them to school, caring for them when they are sick, and feeding them, among other things, and leaving all these child-related activities to women. In fact, it is essential for both parents play a role in caring, teaching and protecting the children.

However, it is necessary to legislate that men and women must assume family responsibilities on an equal footing. Thus, society has the obligation to provide male and female workers with the social infrastructure needed to allow them to balance their professional and family lives.

This is possible by enacting hybrid legal provisions that take into account the needs of male and female workers as members of a family: through Family Social Law. This type of law is the set of legal provisions that regulate labor and social security relations of employers, workers and social security institutions from the perspective of the family, establishing rights and obligations that regard the worker as a member of a family with all its legal implications. At the same time, these provisions provide benefits in kind and economic benefits for men and women as members of a family and not as isolated individuals.

These legal provisions contain certain rights that have already been established, such as maternity leave, maternity disability subsidies, and paternity leave, among others, as well as others that are pending, such as non-discrimination of workers for having child, sick or elderly dependents; reduced working hours; flexible working hours; adjusted school schedules; parental leave to care for a dependent family member (child, sick, disabled and/or elderly dependents); acknowledgement of the right to an old-age pension for persons (in the understanding that the majority are women) who have devoted their lives to doing unpaid work in caring for dependent family members, and so on.

And one last matter yet to be included in Family Social Law is the issue of couples made up of persons of the same sex in terms of not violating their rights and to allow benefits to be granted to all families on an equal basis. One specific case is that of providing maternity benefits to lesbian mothers or to fathers with a homosexual partner. It may be taboo for society, and yet they require the unprejudiced and non-discriminatory protection of social security provisions.

F. Conclusions

First: Gender discrimination is greater against women, but this does not mean that it does not exist against men and this needs greater visibilization.

Second: Gender policy making must include rights for men and women because only then can the social burdens historically imposed on women be redistributed and balanced.

Third: In building social policies that have an impact on the construction of social law, it is necessary to consider female and male workers as part of a family in order to guarantee rights that prevent discrimination.

Fourth: Preserving rights that have historically been granted only to women for being mothers perpetuates the burden on women as the ones having family obligations and discriminates against men.

G. Notes

2. Collective book: *Equidad de Género y Protección Social*, Porrúa, Mexico, 2014; Collective book: *La equidad de género en los derechos sociales*, Ed. Fontamara, Mexico, 2010. Articles: *Los pisos de protección social y la perspectiva de género, un balance desde el Derecho Comparado: casos de Alemania, Colombia y México*. *Revista de Doctrina, Jurisprudencia e Informaciones Sociales, Derecho Laboral*, Tomo LVII, No. 256, – enero 2015, Uruguay; *Mujeres, vulnerabilidad y derecho*, *Revista Inventio*, UAEM, marzo, Mexico, 2012; *El acceso a la seguridad social de las Mujeres*. Centro de estudios para el adelanto de las mujeres y la equidad de género del Congreso de la Unión, febrero, Mexico, 2010; *Mutterschaftsleistungen der Sozialversicherung in Mexiko*. *Zeitschrift des Max Planck Institut für Sozialrecht, Deutschland*, *Revista de circulación internacional elaborada por el Instituto de Derecho Social Max Planck*, 2010; [] *Discrimina La Seguridad Social A Las Mujeres?* *Revista Latinoamericana de Derecho Social*. *Acoso sexual y discriminación por maternidad*. UNAM, número 4, enero-junio, Mexico, 2007.

3. It should be noted that an isolated opinion is not binding, although it does serve to guide the court in making a decision.

H. Research Sources

Cámara de Diputados (2018) *Ley del Instituto Nacional de las Mujeres*. Available at: www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/88_040615.pdf (accessed 8 May 2020).

González Brito, Adolfo (2000) *Precisiones conceptuales al principio de equidad*, *Pensamiento Educativo*, Vol. 26, 15–29.

Hardy E and Jiménez AL (2001), *Masculinidad y género*. *Rev. Cubana Salud Pública*. 27(2): 77–88.

INMUJERES (2008), *Guía metodológica para la sensibilización en género: Una herramienta didáctica para la capacitación en la administración pública*. Mexico: Instituto Nacional de las Mujeres.

Jiménez Guzmán L (2007) *Algunas ideas acerca de la construcción de las masculinidades y las feminidades, el mundo público y el mundo privado*. In Jiménez Guzmán L and Tena Guerrero O (eds) *Reflexiones sobre masculinidades y empleo*. Mexico: CRIM- UNAM, pp. 1–17.

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (2013)

Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (2019)

Ley del ISSFAM (2013)

Ley del Seguro Social (2019)

Ley Federal del Trabajo (2018)

Machado Goncalves De Silva, LA (2014) La discriminación de género en las relaciones laborales y medidas para la implementación del empleo digno. In Mendizábal Bermúdez G (ed), *Equidad de género y protección social*, Mexico: Universidad Autónoma del Estado de Morelos-Porrúa, 211.

Marcelo Murari, Marlon (2008), *Limites constitucionais ao poder de direcao do empregador e os direitos fundamentais do empregado*, Sao Paulo: LTr.

Norma Mexicana NMX-R-025-SCFI-2012 (2012) Para la igualdad laboral entre hombres y mujeres.

Reglamento del Servicio de Estancias para el Bienestar y Desarrollo Infantil del ISSSTE (2019)

Salazar Benítez O (2013), *Masculinidades y Ciudadanía: los hombres también tenemos género*. Dykinson.

Salguero Velázquez, MA (2013) Masculinidad como configuración dinámica de identidades. In: Ramírez Rodríguez, JC and Cervantes Ríos, JC *Los hombres en México, Veredas recorridas y por andar, Una mirada a los estudios de género de los hombres, las masculinidades*. Mexico: Ed. Universidad de Guadalajara – CUCEAAMEGH, pp. 30–45.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2008), *Sentencia C-862/08 Corte Constitucional e Colombia*, SCJN.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2012), Principio de igualdad entre hombres y mujeres. el otorgamiento de la guarda y custodia de un menor de edad no debe estar basado en prejuicios de género, Décima Época, Primera Sala, Seminario Judicial de la Federación y s. u. Gaceta, Tesis 1a. XCV/2012 10a., Tesis Aislada: Constitucional, Libro VIII, Mayo de 2012, Tomo 1, p. 1112.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2013), *Protocolo para juzgar con perspectiva de género, haciendo realidad el derecho a la igualdad*, SCJN.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016) Comunicado de prensa, segunda sala declara inconstitucionales artículos de la ley del seguro social y del reglamento para la prestación de los servicios de guardería del IMSS, Available at: www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=4346 (accessed 11 May 2020).

Peertz, Robert Cornelius, *Die Übereinstimmung des deutschen Rechts mit der Maritime Labour Convention 2006*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019, Schriften zum Völkerrecht, Band 234., 509 S., ISBN 978-3-428-15256-8, 119,90 €

Das Meer lädt zum Abenteuer ein. Wie Odysseus in der Antike, verwirklichen sich unzählige Seeleute in der Seefahrt, wo sie durch die gefährlichen Naturbedingungen zu ihrem eigenen Wert finden und sich beweisen können. Da aber solche Reisen eben unterschiedliche Risiken beinhalten, kann sich die Freude am Meer schnell in einen Albtraum verwandeln. Das Risiko ist noch höher in dem vom internationalen Wassertransport geprägten Globalisierungsprozess (bis zu 80 % des internationalen Handelsvolumens werden auf dem Wasser transportiert). Veraltete Schiffe, kombiniert mit einer fahrlässigen Führung, können Menschenleben kosten (wie im Fall der »Scantrader« 1990) oder Umweltkatastrophen verursachen (man denke an den Schiffbruch der »Erika« von 1999). Seeleute vor diesen Risiken zu schützen, gilt deshalb als Aufgabe der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO), die sich diesem Thema seit ihrer Gründung 1919 widmet. Daraus resultiert eine Reihe unterschiedlicher Normen, deren Umsetzung der ILO Schwierigkeiten bereitet. Erst 2006 ist es der ILO gelungen, durch die internationale Arbeitskonferenz (d. h. die Zusammenarbeit zwischen Mitgliedstaaten und Sozialpartnern) ein ambitioniertes und umfassendes Übereinkommen über die Seearbeit zustande zu bringen. In Deutschland wurde die »Maritime Labour Convention« (unten »MLC«) 2013 ratifiziert.¹ Die Umsetzung der MLC wurde durch das Seearbeitsgesetz (SeeArbG) vom 30. März 2013 vollzogen. Die Frage, die sich damit unmittelbar stellt, lautet jedoch: Wird das deutsche Recht dem internationalen Abkommen gerecht? Dies zu beantworten ist die Herausforderung, der sich Robert Cornelius Peertz in dem hier zu besprechenden Buch gestellt hat. Anhand einer konkreten Erfahrung hinsichtlich des Umsetzungsprozesses durch seine Beteiligung als Referent für Arbeitsrecht beim Verband Deutscher Reeder gewann der Autor den Eindruck, dass der Umsetzungsakt inhaltlich nicht vollkommen ist. So entstand sein Dissertationsprojekt, das sich der Überprüfung der Völkerrechtskonformität des SeeArbG widmet.

Die Bearbeitung der Forschungsfrage erfolgt durch einen minutiösen Vergleich der Texte der MLC und des SeeArbG. »Der Hauptteil der Arbeit«, so der Autor selbst, »folgt in seiner Untergliederung dem Aufbau der Konvention.« (S. 38) Dieser Teil wird durch eine allgemeine Überlegung über den Kontext der Umsetzung, die juristische Auslegungs- und Umsetzungslehre eingeleitet. Sie fasst die herrschende Meinung zusammen und dient im Hauptteil als Grundlage für die Prüfung jedes einzelnen Artikels der MLC. Die Prüfung wird gemäß der Natur der zu untersuchenden Norm unterschiedlich durchgeführt, sie folgt aber einem allgemeinen Muster, wonach die Auslegung nach dem Wortlaut eine herausragende Rolle spielt. Wenn der Autor eine unzulängliche oder gar falsche Umsetzung feststellt, dann wird auf die »Überwindung der Völkerrechtswidrigkeit« eingegangen,

1 *Maul-Sartori*, Das neue Seearbeitsrecht – auch für Landratten von Interesse, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. Sonderheft, 2013, S. 821–827; *Loskamp*, Das Seearbeitsgesetz – Kernstück des Gesetzes zur Umsetzung des Seearbeitsübereinkommens 2006, *Jahrbuch des Arbeitsrechts*, 2014, S. 47–51.

indem Techniken wie die Rechtsfortbildung oder die unmittelbare Wirkung der MLC angewendet werden. Falls die Völkerrechtswidrigkeit dennoch weiterbesteht, hält der Autor eine Änderung des SeeArbG für notwendig. Am Ende der Arbeit werden die Bewertungen aller Artikel in einer langen Tabelle zusammengefasst, und die Änderungsvorschläge für das SeeArbG erscheinen als Entwurf eines Änderungsgesetzes. Diese Vorgehensweise erlaubt dem Autor, die Inhalte der MLC und des SeeArbG *analytisch* darzustellen. Dadurch entsteht eine Objektivität, die auf einem nahen Vergleich der nationalen Regelung mit dem internationalen Recht beruht. Dementsprechend verliert aber die Darstellung gewissermaßen einen *synthetischen* Blick auf den Problembereich insgesamt (die Entwicklung der Seearbeit im Zeitalter der Globalisierung), den Kontext der MLC oder den »Geist« der Gesetze, der allerdings die Feststellung der Völkerrechtskonformität beeinflussen könnte.

Man muss aber sofort ergänzen, dass eine Einbettung der MLC in ihren Kontext natürlich nicht ganz fehlt. In der Einleitung weist der Autor auf die langjährige – seit 1920 bestehende – Tätigkeit der ILO für die Arbeit auf See hin. Im Laufe der Zeit wurden mehr als dreißig Übereinkommen in diesem Bereich ausgearbeitet, aber diese Vielzahl von Regelungen bedeutet nicht nur Komplexität, sondern auch eine ungleiche Umsetzung zwischen den Abkommen (»*application à la carte*«). Als Beispiel kann man das Übereinkommen über die Soziale Sicherheit der Seeleute von 1987 nennen: Nur drei Staaten haben diese Konvention ratifiziert. Die MLC stellt sich vor allem als Kodifikation solcher Regeln dar und soll einen umfassenden Schutz für Seeleute garantieren. Deshalb wird sie, wie der Autor hervorhebt, als »*seafarers' Bill of rights*« bezeichnet und ergänzt die internationale Regelung der Schifffahrt im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts. Ein weiterer nennenswerter und globaler Kontext ist das Prinzip der freien Registrierung des Schiffes, soweit eine genuine Verbindung zwischen Schiff und Flaggenstaat besteht (S. Artikel 91 des Seerechtsübereinkommens, 1982).² Diese wirtschaftliche Freiheit trägt massiv zu einem internationalen Wettbewerb und dem »*law shopping*« bei. Die MLC versucht in diesem Kontext, allgemeine »Mindeststandards« einzuführen. In der Dissertation werden beide Kontexte erwähnt, jedoch nicht vertieft untersucht. Man könnte hier fragen: Was bedeutet ein Mindeststandard, und gibt es einen Einfluss der verschiedenen Grundrechte (im Völkerrecht oder im innerstaatlichen Recht) auf die Auslegung der MLC und des SeeArbG? In diesem Sinne behandelt der Autor die Völkerrechtskonformität als eine klassische Frage der »Übereinstimmung« oder der semantischen Umsetzung des Völkerrechts ins nationale Recht. Darum die Betonung auf dem Wortlaut. Eine Ausnahme bildet jedoch die Berücksichtigung des EU-Rechts, welches die MLC bereits durch die Richtlinie 2009/13/EG (und später die Richtlinien 2013/ 38 und 2013/54) in einen Bestandteil des Unionsrechts gewandelt hat. Dieses immer häufigere »Mehrebenensystem« stellt wiederum die Frage, welcher Standard wird auf welcher Ebene angewandt und welche Effektivität hat das jeweilige Instrument?

Diese Frage wird in Teil C der Dissertation behandelt, der die Überschrift »Umsetzung, Auslegung und Rechtsnatur der MLC« trägt. Zunächst führt der Au-

2 *Chaumette*, *Seafarers: an international labour market in perspective*, 2016, S. 22.

tor eine interessante Diskussion über den Rechtscharakter des ILO-Abkommens (S. 41) und bejaht seine hybride Natur zwischen Gesetzen (oder rechtssetzenden Verträgen, *traité-loi*) und einfachen völkerrechtlichen Verträgen (oder Austauschverträgen, *traité-contrat*). Man könnte hier überlegen, ob diese These der Natur (und insbesondere der Effektivität) der MLC gerecht wird. Obwohl das Übereinkommen allgemeine Pflichten für die Unterzeichnerstaaten hat (wie in Art. 1 oder Art. 5 der MLC), wäre es schwer zu bestreiten, dass die MLC inhaltlich unter »Verträge, welche (...) sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen« (GG, Art. 59, II) eingeordnet werden kann. Sie besteht aus einer Präambel, einem allgemeinen Teil (in dem sich die »Artikel« befinden) und einem erläuternden Teil, der wiederum in zwei Unterabschnitte (wovon der eine – Teil A – verpflichtend und der andere – Teil B – eine Empfehlung ist) gegliedert ist. Jede Norm im erläuternden Teil wird unmittelbar anhand der entsprechenden Regelungen aus Teil A und Teil B konkretisiert. Angesichts der gewöhnlichen Normenproduktion der ILO, welche Konventionen und Empfehlungen klar voneinander trennt, kann die MLC gewissermaßen als Innovation betrachtet werden, aber die Regelungen (Artikel, Regeln und die Normen in Teil A) sind vollständig zu vollstrecken und können nach der Ratifizierung sofortige Wirkung besitzen. In diesem Sinne wird hinsichtlich der Frage der unmittelbaren Wirkung der MLC gesucht, ob das »*self-executing*« Kriterium vorliegt. Gerade in diese Diskussion bezieht der Autor die Richtlinie 2009/13/EG ein, weil die deutsche Umsetzungspflicht ebenfalls darauf beruht. Hier wird der Unterschied der Texte kurz aber sehr nützlich herausgestellt, und es besteht eher ein »weitgehender Gleichlauf zwischen dem internationalen Seearbeitsrecht und dem Unionsseearbeitsrecht«. Die Effektivität der Richtlinien folgt jedoch einem anderen System als die ILO-Übereinkommen. Hier hat der Autor zu Recht die vertikale unmittelbare Wirkung von der horizontalen unterschieden. Aber was die letztere betrifft, hat der Autor einen etwas vereinfachten Schluss gezogen (S. 92–93), wonach die Richtlinie 2009/13 nicht horizontal angewandt werden kann, weil sie keine allgemeinen Grundsätze des EU-Rechts konkretisiert. Heute ist jedenfalls klar, dass die Grundrechte der EU solche Grundsätze bilden und eine horizontale Wirkung durch die Richtlinien produzieren können (S. EuGH, Rs. C-555/07, C-414/16). Allerdings treffen diese Bedenken nicht auf die vorliegende Dissertation zu, weil ihre Stärke eher in der vorsichtigen Überprüfung des Umsetzungsaktes liegt.

Gemäß der Struktur der MLC werden die Umsetzung des allgemeinen Teils und des erläuternden Teils in zwei Kapiteln der Dissertation behandelt. Jede Prüfung zu erwähnen ist hier weder möglich, noch würde das dem Leser nützen. Stattdessen werden einige ausgewählte Beispiele genannt, um das Interesse der Dissertation vor Augen zu führen.

Die erste detaillierte Prüfung betrifft Artikel II der MLC, der ihren Anwendungsbereich bestimmt. Besonders interessant ist der Begriff der Seeleute, die durch die MLC geschützt werden (Art. II, Abs. 2). Nach der MLC umfasst dieser Begriff »alle Personen, die in irgendeiner Eigenschaft an Bord eines Schiffes, für das dieses Übereinkommen gilt, beschäftigt oder angeheuert sind oder arbeiten« (Art. II, Abs. 1., f.). Eine solch breite Definition ist im deutschen Recht nicht üblich, dessen Seemannsgesetz von 1957 – der Vorgänger des SeeArbG –

noch Kapitäne von Besatzungsmitgliedern trennte. Das SeeArbG definiert »Besatzungsmitglieder« in § 3 ebenfalls breit. Die Dissertation erwähnt zwar die Tatsache, dass es Ausnahmen (oder einen Ausschluss) in § 3, Abs. 3 gibt, geht darauf aber nicht ein und versteht die Ausnahmen als Folgen der Sozialpartnergespräche. Aber fraglich könnte die Konformität der Vorschriften in § 3, III, 8) und 9) sein, die eigentlich Ausbildung und Praktikum an Bord vom Anwendungsbereich ausschließen. Der breiten Definition der Seeleute entsprechend wird der Begriff des Reeders ebenfalls umfassend verstanden (Art. II, Abs. 1, j). § 4 folgt prinzipiell der Bestimmung der MLC, aber weist zusätzlich darauf hin, dass der Reeder immerhin für die Einhaltung des SeeArbG verantwortlich ist, obwohl es andere Arbeitgeber für die Besatzungsmitglieder gibt. Die Dissertation vergleicht diese umfassende Reederhaftung für beide Instrumente ausführlich (u. a. für Zahlungsverpflichtungen), insbesondere unter Heranziehung der Arbeitnehmerüberlassung und der Bürgschaft des Reeders für andere Arbeitgeber (S. 121 ff.). Als das SeeArbG verabschiedet wurde, war der letztere Punkt umstritten. Früher galt die Reederhaftung unmittelbar gegenüber den Besatzungsmitgliedern, aber das neue Gesetz hat diese Haftung auf die Bürgschaft beschränkt (mit dem gesetzlichen Ausschluss der Einrede der Vorausklage, § 4, Abs. 4 des SeeArbG). Der Autor hat drei Gruppen von Argumenten herangezogen, die jeweils die Natur der Reederhaftung, das Verständnisproblem der Besatzungsmitglieder gegenüber der Komplexität der Bürgschaft und die Regelungsalternativen betreffen. Man könnte über die Schlussfolgerung – es gäbe keine Völkerrechtswidrigkeit – diskutieren (u. a. könnte man fragen, ob die MLC einem Staat ermöglicht, seine eigenen Standards durch die Umsetzung der MLC zu senken), aber die ausführliche Darlegung der Debatte und die eingehende Analyse des Autors sollen hier anerkannt und den Lesern anempfohlen werden.

Weitere nennenswerte Beispiele finden sich in der Umsetzung der einzelnen Regelungen (also der »Regeln« und der »Normen« der MLC), wo Themen wie Mindestalter der Besatzungsmitglieder, Beschäftigungsbedingungen, Gesundheitsschutz, soziale Sicherheit usf. behandelt werden.

Die erste Völkerrechtswidrigkeit ist bei der Umsetzung der Anforderung hinsichtlich des ärztlichen Zeugnisses bzw. seiner Anerkennung (Regel 1.2., Norm A1.2.) festzustellen. Die Bedeutung eines Seediensttauglichkeitszeugnisses liegt auf der Hand, wird jedoch durch die Globalisierung verschärft. Dem nationalen (insbesondere »flaggenstaatlichen«) Gesundheitsschutz tritt nun eine Liberalisierung der Seearbeitskraft gegenüber. Die MLC besagt grundsätzlich, dass ein den Anforderungen der *International Convention on Standards of Training, Certification and Watchkeeping for Seafarers (STCW)* von 1978 entsprechendes Zeugnis als gültig anerkannt werden muss. Während gemäß der MLC eine *wesentliche* Entsprechung ausreichend ist, verlangt das SeeArbG, dass »das Zeugnis den Anforderungen des STCW-Übereinkommens genügt« (§ 12, Abs. 7). Jenseits der Auslegungsmöglichkeiten des Wortlautes taucht die Frage der MLC als »Mindeststandard« wieder auf. Der Autor selbst macht darauf aufmerksam, dass der Unterschied zwischen den Texten dadurch gerechtfertigt werden könnte, dass »§ 12 Abs. 7 SeeArbG eine für die Seeleute günstigere Regelung darstellt«, insbesondere wegen des Gesundheitsschutzes. Aber er fügt sofort hinzu, dass

die körperliche Untersuchung einen erheblichen Eingriff darstellen könne (z. B. durch Röntgenstrahlen), und plädiert für eine Einzelfallprüfung, die für die Seeleute weniger aufwändig wäre. Hier könnte man ferner fragen, ob die deutsche Vorschrift wirklich eine »formale« Entsprechung der Zeugnisse verlangt oder ob es mehr um ein inhaltliches oder »substantielles« Genüge-Tun und um die Festlegung einer klaren Norm geht. (In den verbindlichen englischen und französischen Fassungen der MLC ist eigentlich von »the substance« oder »en substance« die Rede.) Aber die Ausführungen in der Dissertation beschreiben die Abwägung zwischen den verschiedenen Interessen gut und wenden sogar implizit das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in der Gesetzgebung (angesichts des Rechts der Seeleute auf Gesundheitsschutz) an. Dadurch verstärkt sich die Überzeugungskraft der Argumentation.

Die Regelungen in Bezug auf die Anwerbung und die Arbeitsbedingungen bedürfen ebenfalls an mehreren Stellen einer Diskussion. Der Autor weist z. B. darauf hin, dass die Bedingungen der Anwerbung und der Arbeitsvermittlung (MLC, Regel 1.4.) ebenfalls für die Arbeitsüberlassung gelten müssen (damit Leiharbeiter nicht schlechter behandelt werden); dass die Verpflichtung eines Vermittlers bezüglich der Information der Seeleute (MLC, Norm A1.4. Abs. 5, c), ii.) im SeeArbG noch fehlt; dass die Regelung der Arbeits- und Ruhezeiten (MLC, Norm A2.3. Abs. 2) trotz eines scheinbaren Ermessensspielraums seitens des Kapitäns mit dem Übereinkommen vereinbar ist; dass die Repatriierung von Seeleuten (MLC, Norm A2.5.) in bestimmten Fällen noch immer völkerrechtswidrig bleibt; dass die Schaffung eines eigenen Schlafraums (MLC, Norm A3.1. Abs. 9) nicht für alle Seeleute garantiert wird, usw. Alle diese Regelungen betreffen unmittelbar das primäre Ziel der MLC, nämlich die Förderung von menschenwürdigen Arbeitsbedingungen der Seeleute.

Über den Arbeitsschutz und den Gesundheitsschutz hinaus sieht die MLC einen umfassenden Sozialschutz vor. Zunächst fordert die MLC eine Entschädigung für Seeleute bei Schiffsverlust oder Schiffbruch (MLC, Regel 2.6.). Aber ihre Umsetzung (§ 70 SeeArbG), die für eine bestimmte Dauer eine Heuerfortzahlung vorsieht, führt dazu, dass Seeleute, die eine lange Kündigungsfrist haben, unberücksichtigt bleiben könnten. Um der Völkerrechtswidrigkeit entgegenzuwirken, schlägt der Autor die Zahlung einer angemessenen Geldsumme vor. Was nun die Sozialversicherung anbelangt, sichert die MLC Seeleuten im nationalen Recht einen Zugang zum bestehenden Sozialversicherungssystem. Neun Sozialversicherungszweige werden aufgelistet (ärztliche Betreuung, Krankengeld, Leistungen bei Arbeitslosigkeit, Leistungen bei Alter, Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten, Familienleistungen, Leistungen bei Mutterschaft, Leistungen bei Invalidität und Leistungen an Hinterbliebene). Bei der Ratifizierung müssen die Mitgliedstaaten den Seeleuten mindestens drei dieser Sozialversicherungszweige zugestehen. Zudem sieht die MLC ein Verbot der Benachteiligung im Vergleich zu Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern an Land vor (MLC, Regel 4.5. Abs. 3). Genügt das deutsche Recht diesen Anforderungen? Der Autor stellt fest, dass die deutschen Besatzungsmitglieder durch das SGB und das SeeArbG in allen neun Zweigen abgesichert sind. Aber diese Regelungen stoßen an ihre Grenze, wenn Besatzungsmitglieder, die keinen Wohnsitz in der EU, dem

EWR oder der Schweiz haben, betroffen sind. Für sie besteht nämlich Versicherungsfreiheit, z. B. in der Krankenversicherung (§ 6, Abs. 1, 1a, SGB V) oder der Rentenversicherung (§ 6, Abs. 1, Nr. 3, SGB VI). Vor kurzem hat Deutschland gemäß Norm A4.5 Abs. 2 der MLC »ärztliche Betreuung, Krankengeld, Leistungen bei Alter und Leistungen bei Arbeitsunfällen und Berufskrankheiten« als garantierte Versicherungszweige bei der ILO gemeldet. Unabhängig von der Meldepflicht Deutschlands stellt sich die Frage, ob diese Regelung eine Benachteiligung der Seeleute zur Folge haben könnte. Der Autor behauptet, dass hier keine Völkerrechtswidrigkeit besteht, denn Regel 4.3 der MLC fordert keine exakte Gleichstellung der Seeleute mit Landarbeitnehmern. Norm A4.5 Abs. 3 S. 3 der MLC wird für die Rechtfertigung herangezogen, dass »ein geringerer Schutz für Seeleute, die keinen Wohnsitz im Hoheitsgebiet des Umsetzungsgesetzgebers haben, möglich [ist]« (S. 370). Tatsächlich ist Norm A4.5 Abs. 3 die angemessene Rechtsquelle für die vorliegende Frage, aber eine bessere Rechtfertigung wäre folgende: Die MLC fordert keine exakte Gleichbehandlung der Seeleute und der Arbeitnehmer an Land, nicht einfach weil sie sich auf verschiedenen Hoheitsgebieten aufhalten, sondern weil ein besserer Schutz für solche Seeleute eher durch bi- oder multilaterale Übereinkommen erreicht werden kann. Die Befreiung der Versicherungspflicht in Deutschland bedeutet keine Schlechterbehandlung, sondern eine Entlastung für die Seeleute, die wegen ihres beruflichen Werdegangs und mangelnder Übereinkünfte vielleicht keine Leistung von der deutschen Sozialversicherung erhalten werden. Immerhin könnte man hier betonen, dass die MLC danach strebt, »schrittweise einen umfassenden Schutz der Sozialen Sicherheit für Seeleute zu erreichen« (Regel 4.5).

Man könnte sich weiterhin mit der Verantwortung des Flaggenstaates und des Hafenstaates auseinandersetzen. Eine interessante Entwicklung des Seearbeitsrechts in den letzten Jahren ist die zunehmende Verantwortlichkeit des Hafenstaates. Das Beschwerderecht der Seeleute ist hier von besonderem Interesse. Im Rahmen einer Rezension können hier nicht alle Aspekte diskutiert werden. Dem Leser sei jedoch die Lektüre dieser klaren, detaillierten und gut argumentierten Studie empfohlen. Sie ist darüber hinaus ein sehr nützliches Werkzeug für die Praxis und leistet einen wertvollen Beitrag zu künftigen Nachbesserungen des Gesetzgebers.

Dr. Linxin He, München

Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter dieses Heftes

Bommers, Susanne, Studentische Mitarbeiterin, Zentrum für Arbeitsbeziehungen und Arbeitsrecht (ZAAR), Ludwig-Maximilians-Universität, München · He, Lixin, Dr. wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik, Abteilung für ausländisches und internationales Sozialrecht, München · Jukić, Anton, LL.M.Eur., Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München · Mendizábal Bermúdez, Gabriela, Prof. Dr., Universidad Autónoma del Estado de Morelos, Cuernavaca (Mexiko) · Pogorelčnik Vogrinc, Neža, PhD, Associate Professor, Department of Civil Law, University of Ljubljana, Ljubljana (Slowenien) · Vlahek Ana, PhD, Associate Professor, Department of Civil Law, University of Ljubljana, Ljubljana (Slowenien)

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 02-511, 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 € 169,00 zuzüglich Versandkosten ab Verlag von € 13,- Inland und € 18,- Ausland. Einzelheft € 92,00 zuzüglich Versandkosten. Der Abonnementsvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Kündigungen sind jeweils zwei Monate vor Ende des Bezugszeitraums möglich und dem Verlag schriftlich mitzuteilen, ansonsten verlängert sich das Abonnement um ein Jahr. Die Abonnementsgelder 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 dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet, öffentlich wiedergegeben, zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder verwertet werden. Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Redaktion wiedergeben.

Manuskripte: Manuskripte und Einsendungen sind an die Schriftleitung per E-Mail an reinhard@mpisoc.mpg.de zu richten. Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlags. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnenstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden. Mit der Annahme eines Manuskripts erwirbt der Verlag vom Verfasser das ausschließliche Recht zur Veröffentlichung und Verwertung. Eingeschlossen ist auch das Recht zur Einspeicherung in Datenbanken sowie das Recht zur weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege eines fotomechanischen oder eines anderen Verfahrens.

Verlag: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Telefon: +49 6221 1859 362, E-Mail: judith.hamm@cfmueller.de

Abonnentenservice: C. F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg; Tel.: +49 6221 1859 599, Fax: +49 6221 1859 598, E-Mail: kundenservice@cfmueller.de

Satz: Strassner ComputerSatz, Heidelberg. Druck: Westermann Druck, Zwickau.

ISSN: 0930-861X

Der Heidelberger Kommentar zur Datenschutz-Grundverordnung! *Fälle, Urteile, Erfahrungen*

DS-GVO/BDSG

Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz

Herausgegeben von Prof. Dr. Rolf Schwartmann,
RA Andreas Jaspers, Prof. Dr. Gregor Thüsing und
Prof. Dr. Dieter Kugelmann.

Mit den Auswirkungen der Maßnahmen zur Bekämpfung der SARS-CoV-2-Pandemie auf den Datenschutz.

Schwerpunkte der Neuauflage sind:

- die neuen Gesetze zum Bereichsspezifischen Datenschutz mit wichtigen Änderungen des BDSG,
- die aktuelle Rechtsprechung nationaler Gerichte und des EuGH, die für die Praxis bedeutsame Maßstäbe gesetzt hat,
- verschärfte Sanktionen durch die Datenschutzbehörden
- aktuelle Hinweise zur datenschutzrechtlichen Zulässigkeit von Maßnahmen zur Bekämpfung einer Pandemie.



Enthalten im **juris PartnerModul
Datenschutz:**
[juris.de/cfm-pmurgr](https://www.juris.de/cfm-pmurgr)



„Für das Werk mit seiner gelungenen Balance zwischen Praxisorientierung und Wissenschaftlichkeit ist nach alledem eine vorbehaltlose Empfehlung zum Kauf und zur Lektüre auszusprechen: Dem Kommentar ist eine große Leserschaft zu wünschen und er sollte in keiner (datenschutz-)rechtlichen Bibliothek fehlen!“
Professor Dr. Boris Paal, M.Jur. (Oxford) auf juris.de

2. Auflage 2020. 2.096 Seiten. € 189,-
ISBN 978-3-8114-5565-8

Bestellung: kundenservice@cfmueller.de, Tel. 06221/1859-599
C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg



C.F. Müller