

Pécsi Munkajogi Közlemények

V. évfolyam • I. szám • 2012. augusztus



Pécsi Munkajogi Közlemények

*A Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Összehasonlító és Európai Munkajogi Kutatóintézetének folyóirata*

A Szerkesztő Bizottság vezetője: Kiss György

A Szerkesztő Bizottság tagjai:

Hajdú József, Héthy Lajos, Öry Csaba, Pál Lajos, Radnay József

Főszerkesztő: Berke Gyula

A szerkesztőség címe:

Levélcím: 7622 Pécs 48-as tér 1.
Telefonszám: 72/501-500/23223
Fax: 72/501-500/23181

A lap elérhető a <http://icell.law.pte.hu> honlapon

Kiadja:

Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Felelős kiadó:

Berke Gyula dékán

Nyomdai előkészítés:

Molnár László

A folyóiratban közölt művek szerzői jogilag védettek. Minden jog, így különösen a sokszorosítás, terjesztés és fordítás joga fenntartva. A művek a kiadó írásbeli engedélye nélkül részeiben sem reprodukálhatók, elektronikus rendszerek felhasználásával nem dolgozhatók fel, nem sokszorosíthatók és nem terjeszthetők.

Megrendelhető a Kiadónál.

Nyomdai munkálatok:

Kódex Nyomda Pécs

A kötet a Magyar Tudományos Akadémia Támogatott Kutatócsoport keretében készült [2011TK435].

MTA-PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport MTA-PTE Research Group of Comparative and European Employment Policy and Labour Law. A kutatócsoport vezetője:
Dr. Kiss György egyetemi tanár.

HU ISSN 1789-7637

E számunk szerzői:

Bakos Eszter

PhD hallgató, Szegedi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Bankó Zoltán

egyetemi docens, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Berke Gyula

egyetemi docens, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Deli Petra Eszter

*PhD hallgató, Szegedi Tudományegyetem, Állam- és Jogtudományi Kar,
Munkajogi és Szociális Jogi Tanszék*

Barbara Grandi

Universita di Roma La Sapienza

Christina Hießl

Assistentin, Institut für österreichisches und europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht

Jarjabka Tünde

*Pázmány Péter Katolikus egyetem, Jog- és Államtudományi Kar,
Munkajogi Tanszék, PhD hallgató*

Kajtár Edit

egyetemi adjunktus, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Kovács Erika

*igazgató, Összehasonlító és Európai Munkajogi Kutatóintézet,
Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar*

Kiss György

egyetemi tanár, tanszékvezető, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar

Prof. Dr. Wolfgang Portmann

ordentlicher Professor für Privat- und Arbeitsrecht an der Universität Zürich

TARTALOM

Tanulmányok

- Bakos Eszter*: A digitális írástudás nyújtotta előnyök a munka világa szempontjából. 7
- Deli Petra Eszter*: A munkavállaló vétkességi alapú kárfelelőssége: az üzemi kockázat mint a limitált kártérítés jogi alapja és mozgatórugója a német munkajogban 23
- Barbara Grandi*: Let's deconstruct the meaning of "dependent work" to enlarge the scope of labour law 39
- Christina Hiebl*: 2:0 for registered partnership – Sexual orientation discrimination and the ECJ 61
- Wolfgang Portmann*: Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft. 81

Európai munkajog

- Jarjabka Tünde*: A sztrájkjog szabályozása a svájci és a magyar munkajogban . . 101
- Mélypataki Gábor*: A köztisztviselő fogalma a magyar és a német jogban 121

Jogalkalmazás

- Kiss György*: Az Alkotmánybíróság határozata a bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló törvény egyes rendelkezéseinek alkotmányellenességéről 141

Ismertetés

- Meghívó az MTA-PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport nyilvános projektindító tudományos értekezetére 151
- Ormos Mária*: A katedrától a halálsorig.
Ágoston Péter 1874–1925. Budapest, 2011, Napvilág Kiadó (*Berke Gyula*) . . . 154
- Beszámoló a Nemzetközi Munkajogi és Szociális Jogi Társaság X. Európai Kongresszusáról (*Kajtár Edit*) 154
- Valaki figyel – Beszámoló a „Munkahelyi adatvédelem” címen, 2012. április 2-3-án, Pécsset megrendezett nemzetközi konferenciáról (*Kajtár Edit*) 159

Szakirodalom

- Gyulavári Tamás (szerk.): Munkajog.
ELTE Eötvös Kiadó, 2012. (*Bankó Zoltán*) 163

TANULMÁNYOK

Bakos Eszter

A digitális írástudás nyújtotta előnyök a munka világa szempontjából

Bevezetés

A számítógépes eszközök és programok napjaink információs társadalmában az élet minden területén jelen vannak, és jelentős szerepet töltenek be. Ez alól a munka világa sem kivétel, és különösen a vállalkozások tekintetében kijelenthető, hogy a nemzeti és nemzetközi, globális szintű eredményes működéshez az *információs és kommunikációs technológiába* (IKT) történő befektetés és azok hagyományos eszközökön túli használata elkerülhetetlen. Ennek oka elsősorban abban gyökerezik, hogy az IKT által előmozdítható a termelékenység növekedése és javítható a versenyképesség. Ennek ellenére viszont sok esetben az emberek számottevő nehézséggel és kétségekkel kezelik a digitális eszközöket.

Minderre tekintettel tanulmányomban olyan alapvető fogalmak, mint az információs társadalom és a digitális írástudás bemutatása után, kifejezetten a munka világa szempontjából törekszem a digitális műveltség szükségességét alátámasztani. Végül pedig olyan nemzetközi bevált gyakorlatokat kívánok ismertetni, amelyek azon felismerésen alapultak, hogy a digitális írástudást előmozdító képzésekbe való investálás nem felesleges, amit a vállalati működés későbbi eredményei is megerősítettek.

I. Információs társadalom, IKT- kompetenciák, digitális írástudás

Az *információs társadalom* olyan társadalmi és gazdasági környezet, amelyben az új informatikai és telekommunikációs technológiák alapvető szerepet töltenek be a humán tevékenységek fejlesztésében. Mindezen eszközöknek köszönhetően ma már digitális formában juthatunk üzenetekhez, képekhez, szövegekhez, zenéhez és filmekhez. Az általános emberi ismeretek és információk jelentős része megalkotható és reprodukálható digitális formában, csökkentve a felmerülő költségeket.¹ Napjainkban az információk, öltsenek azok szórakoztató tartalmat, emberi kapcsolatokban megjelenő üzeneteket vagy éppen a szolgáltató, gazdasági, ipari szektor számára jelentős ismereteket, elkerülhetetlenek a társadalmi életben, a kisebb-nagyobb közösségekben való részvételhez.

¹ Pier Franco Camussone e Giulio Occhini (Ed.): *Il costo dell'ignoranza nella società dell'informazione*. Città di Castello, Etas, 2003. 9.

Az ezekhez való hozzáférés, illetve ezek megosztása nélkülözhetlenné teszi a digitális eszközök használatát, amelyek megjelenése, az élet minden területén megfigyelhető dominánssá válása szükségessé teszi a digitális műveltséget jelentő képességek elsajátítását.

Az információs társadalomban, ahogy neve is utal rá, az információ előállítás, elosztása, terjesztése, használata és kezelése jelentős gazdasági, politikai és kulturális tevékenység. E tevékenység miatt az információ-technológia központi szereppel bír a termelésben, a gazdaságban és általában a társadalomban. Tehát az információ a technológiai fejlődés alapja, amely miatt az ipari, gazdasági szférában is fontos szerepet kap. Ez a körülmény pedig kétségkívül megköveteli az információk lelőhelyének, az infokommunikációs technológiáknak a biztonságos és magabiztos, hatékony használatát. Tehát egyetérthetünk azzal a megállapítással, hogy „az információs társadalom messze több, mint az informatika vagy az elektronikus szolgáltatások: a társadalom, a gazdaság és a hétköznapi élet olyan átalakulása, amely a foglalkoztatásban, a termelésben és a fogyasztásban az információs- és tudástermékeket, a kulturális javakat, az oktatás és a tudomány teljesítményét értékeli fel, és teszi ezeket a versenyképesség zálogává.”²

Az információs társadalom eredménye az *információs és kommunikációs technológia*, röviden infokommunikációs technológia megjelenése: Internet, elektronikus levelezés és egyéb eszközök, csatornák és alkalmazások, amelyek az információk gyorsabb, rugalmasabb terjesztését és megismerését teszik lehetővé. A kifejezés azon eszközökre utal, amelyekkel információt továbbítunk és kezelünk, leggyakrabban számítógépek segítségével.³ Tágabban a fogalom magába foglalja a szövegből, számokból, képekből, hangokból és egyéb jelekből álló információ tárolását, kezelését, elérését és prezentációját. Továbbá kiterjed az információközlés számos formájára, az emberek közötti kommunikáción túl az ember-gép, de akár a gépek közötti kommunikációra is.⁴ Ezen eszközök elsősorban egy magas szintű technikai tudást igényelnek. A tudás funkcionális lényege a digitális eszközök megfelelő kiválasztása, használata egyrészt a digitális előállításhoz, másrészt a már kész tartalom olvasásához, igénybeviteléhez. Kulturális és kritikai vetülete pedig annak megértésére való képesség, hogy a fogyasztó a digitális eszközökön keresztül milyen információval találkozik.⁵ Azaz az infokommunikációs technológiákban való jártasság képessé teszi az embereket hatékonyan használni az IKT eszközöket és az információs forrásokat az információk elemzéséhez, feldolgozásához és bemutatásához, továbbá a külső események alakításához, méréséhez és ellenőrzéséhez.

² Mészárosné Szentirányi Zita: Információs műveltség és e-esélyegyenlőség a magyar társadalomban. In: Varga Katalin (szerk.): *A 21. század műveltsége – Ekönyv az információs műveltségről*. PTE FEEK, Könyvtártudományi Intézet, 2008. <http://mek.oszk.hu/06300/06355/html/index.htm> (2012.03.11.)

³ Dr. Kádár Imre - Rezner Árpád - Sebestyén Imre - Szandter Iván: *Az infokommunikáció beépülése a budapesti kis- és középvállalkozások tevékenységébe, különös tekintettel az innovációs folyamatokra*. <http://www.inco.hu/inco8/infogazd/cikk0h.htm> (2011.11.05.)

⁴ Information and Communication Technology <http://www.theblakeschool.btinternet.co.uk/WEBINFOICT.HTML> (2011.11.05.)

⁵ Universidad Autonoma de Barcelon: Study on Media Literacy Current trends and approaches to media literacy in Europe. Executive summary, 6.

A fentiek alapján a *digitális műveltséget, írástudást (digital literacy)* a következőképp definiálhatnánk: megfelelő digitális eszközök használatával a tartalomhoz való hozzáférésre, a digitális eszközökön megjelenő tartalom megértésére és az abban való részvételre vagy annak megalkotására való képesség. Ugyanakkor a digitális írástudás nem szűkíthető le a szoftverek és eszközök használatára, hanem magába foglalja a digitális környezet használatához szükséges kognitív, motorikus, társadalmi és érzelmi képességeket is.⁶

A digitális műveltség lényege a társadalomban való aktív részvételben gyökerezik, tekintve, hogy a digitális technológia az emberek számára egyre több lehetőséget kínál a kommunikálásra, a szolgáltatások igénybevételére és a szórakozásra, azaz az interaktív részvételre. Ma már nem igen létezik életünknek olyan területe, ahol a számítógép használata elkerülhető lenne. Az egyéni munkavállalók, a vállalkozások, a szolgáltató szféra dolgozói számára nélkülözhetetlen képesség, hogy biztonságosan használják a digitális eszközöket, kihasználják az általuk nyújtott lehetőségeket. E nélkül egyre nehezebben találják meg helyüket és vesznek részt a körülöttünk lévő világban – ahogy az Európai Unió információs és médiaügyi biztosa, Viviane Reding is rámutatott.⁷ További hátránya e képességek hiányának, hogy a digitálisan írástudatlanokra egyre több veszély leselkedhet a nem kívánt és nem megfelelő tartalom elérése vagy a személyes adatok megdöntetlen kiszolgáltatása miatt.

Valójában a digitális írástudás elnevezés egyesíti az információs műveltséget, valamint az információs és kommunikációs technológiák hatékony használatát.⁸ Sajnos hazánkban a digitális írástudás elnevezés gyakran azt a leszűkítő értelmezést takarja, amely csak az IKT használatáról kíván tudomást venni, ezért, ahogy Koltay Tibor is felhívja a figyelmet a Médiaműveltség, média-írástudás, digitális írástudás című írásában,⁹ érdemes alaposabban áttekinteni a gilsteri értelemben vett digitális írástudást. Koltay rögzíti, hogy a digitális írástudás több írástudás átfogásával jelenti egyrészt az írás, az olvasás és a számolás készségeit a funkcionális írástudás keretébe illesztve, másrészt magába foglalja az értő olvasást és a megszerzett információk kritikus kezelését is. Továbbá része a könyvtárak használatának és a keresési stratégiák alkalmazásának készsége, az információforrások és a talált információ értékelése, kritikus kezelése, a tömegkommunikációs eszközök által nyert információk kritikus kezelése, de fontos alkotóeleme a számítógépes írástudás, mint a számítógépekhez köthető összes tudás és képesség. Koltay az idézett tanulmányában ismerteti az olvasóval Allan Martin megfogalmazását is, amely alapján a következőt mondja: „a digitális írástudás tudatosság, beállítódások és képességek olyan együttese, amely lehetővé teszi, hogy megfelelően használjuk a digitális eszközöket és intézményeket a digitális források azonosítására, elérésére, kezelésére, integrálására, értékelésére és szintetizálására, továbbá új tudás és médiamegnyilvánulások létrehozásá-

⁶ 4. Digitális Esélyegyenlőség Konferencia beszámoló <http://gyoka.hu/gyoka/digitalis-alairas.html> (2011.12.20.)

⁷ A Bizottság új célt tűz ki az információs társadalom számára: legyen mindenki jártas a modern médiákban! IP/09/1244, Brüsszel, 2009. augusztus 20.

⁸ Bawden, David: Origins and concepts of digital literacy. In: Lankshear, Colin & Michele Knobel (eds): *Digital literacies: Concepts, policies and practices*. New York, Peter Lang, 2008. 17–32.

⁹ Koltay Tibor: Médiaműveltség, média-írástudás, digitális írástudás. In: *Médiakutató* 2009 tél, 114.

ra, valamint arra, hogy másokkal kommunikáljunk, és reflektáljunk erre a folyamatra. Mindezt specifikus élethelyzetek kontextusában tesszük, annak érdekében, hogy konstruktív társadalmi tevékenységek váljanak lehetővé.”

Tehát a digitális írástudást jelentő készségek képessé tesznek az információszükséglet felismerésére, az adott probléma megoldásához szükséges információ azonosítására, a szükséges információ megtalálására, a megtalált információ értékelésére, az információ szervezésére és az információ hatékony felhasználására az adott probléma megoldása érdekében.¹⁰

Ma már életünk csaknem minden színtere megkívánja, hogy digitális írástudás fent említett készségeit elsajátítsuk, mert ezek teszik képessé az embert arra, „hogyan értsük és tudjuk használni a többféle digitális forrásból származó információkat”¹¹. A munka világa sem „engedheti meg magának” az IKT eszközöket, alkalmazásokat nem vagy nem kellően ismerő munkavállalókat és munkáltatókat. Ma már nagyon kevés vállalkozás, munkahely képes fennmaradni és versenyképesen működni IKT nélkül. Ezt felismerve, ahogy a majd későbbiekben ismertetésre kerülő European e-Business Report 2008 is rávilágít, eltérő hangsúllyal és hatásokat remélve szinte minden ágazatban, az elsődleges (termelés, marketing és logisztika) és másodlagos feladatok (ellenőrzés, humán erőforrások és számvitel) körében egyaránt alkalmazzák az IKT-t.¹² Mindez viszont csak akkor produkálhat pozitív eredményeket, amennyiben rendelkezésre áll a digitális írástudással rendelkező emberi erőforrás.

A digitális írástudás definíciójának és annak a munka világában kiaknázható előnyeinek szintézisével megalkotható a *digitális írástudással rendelkező emberi erőforrás* fogalma, amely magába foglalja a célokként is aposztrofálható elérendő eredményeket. Egyrészt a fogalom „emberi” oldala olyan, a fejlett technikai körülményekhez igazodni képes egyéneket jelent, akik az új technológiák között is „mozogni tudnak” és aktívan részt vállalnak a termelésben, ezáltal pedig nem hátráltatják a csoportos érdekeket. Másrészt az „erőforrás” oldal azt jelenti, hogy a munka világának szereplői képesek az IKT által eleget tenni a gazdasági hatékonysági követelményeknek. Az IKT ma már szükségszerű alkalmazása az emberi erőforrás változásával párhuzamosan a munkahelyek, a munkáltatók szervezeti céljaiban is változást eredményez. A gyors és hatékony, a digitális és online eszközöket és szolgáltatásokat nem nélkülözhető munka világában a korábban említett jellemzőkkel bíró emberi erőforrást, munkaerőt kell alkalmazni, hiszen annak hiánya általában súlyos, megoldás halasztását nem tűrő problémákat generál.

¹⁰ Final Report of ALA Presidential Committee on Information Literacy. American Library Association. Chicago, 1989.

¹¹ Koltay Tibor: Digitális írástudás, felnőttkori tanulás, WEB 2.0. In: *Felnőttképzés 2010/2.*, 5.

¹² The European e-Business Report 2008. The impact of ICT and e-business on firms, sectors and the economy. 6th Synthesis Report of the Sectoral e-Business Watch, 13.

II. Munkavállalás az információs társadalomban

1. Új követelmények a munka világa előtt. A digitális írástudás szükségessége általában

Az Európai Unió Bizottságának információs társadalomban történő munkahelyteremtésre vonatkozó stratégiáit tartalmazó dokumentuma¹³ kiválóan reprezentálja a modern világ munkahelyei, munkavállalói előtti követelményeket.

Mára a munka és a foglalkoztatás jellemzői megváltoztak. Napjainkban a sikeres vállalkozás *rugalmas, alkalmazkodó és többszörösen képzett, számos képességgel rendelkező* dolgozókat feltételez. A foglalkoztatás magas szintű készségektől és az alkalmazkodóképességtől függ. Miután egyre több munkakör az információk és az ismeretek köré szerveződik, az információs társadalom infokommunikációs eszközei egyre inkább előtérbe kerülnek. Tehát a munkavállalóknak *IKT művelteknek, magasan képzettnek, mobilisnak* kell lenniük, illetve *hajlandónak az élethosszig tartó tanulásra*, amely révén a munka világában a távolság és az idő mint akadályozó tényezők veszhetnek jelentőségükből vagy akár meg is szűnhetnek.

Valójában minden munkahelyen, az Internet-alapú vállalkozásoktól, mind a számítógépes és telekommunikációs szektorok, a banki, biztosítási, oktatási szférán át a kiskereskedelmi vállalkozásig szükségessé válik az IKT kompetens munkavállaló. Ennek oka, hogy az információs társadalom képességei, a digitális műveltség nem kizárólag *technikai műveletek* érdekében jelentős és nélkülözhetetlen, hanem ugyanúgy a *szakmai ismeretek, a társadalmi és szervezési feladatok ellátása* érdekében is. Az akadályok kiiktatása, az innováció *gazdasági növekedéshez* vezethet. Az IKT eszközök megfelelő, hozzáférő használata rugalmassá, fogékonná és költséghatékonná teheti a vállalkozások működését, amely végső soron *versenyképesebb pozíciót* eredményezhet. Az IKT eszközök, például az e-kereskedelem révén, világszintű jelenlétet biztosíthatnak, csökkenthetik a fogyasztók elérésének és az üzlet működtetésének költségét, javíthatják a szolgáltatások minőségét és megnyithatják az utat újabb piacok előtt.

Úgy vélem, hogy a fent említett új követelmények és elérhető előnyök alátámasztják, hogy az információkon alapuló szektoroknak nagymértékű befektetéseket kell megvalósítaniuk a saját személyzeti állományuk számítógépes oktatásában. A munkavállalóknak új kompetenciákkal kell rendelkezniük annak érdekében, hogy képesek legyenek kezelni a munkakörükkel összefüggésben az információs társadalom következtében felmerülő változásokat és, hogy fejlődjön a munkahelyen betöltött szerepük. Ilyetén formán pedig az öntanulásnak és a kollégák segítségének érvényesülnie kell, hiszen az információs társadalom minden jelenlegi és jövőbeli munkavállalójának felkészültnek kell lennie, illetve fel kell készülnie a munkavállalásra. Mind az aktív, mind a jövőbeli foglalkoztatottaknak érteniük kell a számítógép használatához, így az Internet, az elektronikus levelezés vagy éppen a szöveg- és munkalapszerkesztés nem gördíthet eléjük akadályt. Elsősorban az

¹³ Communication from the Commission: Strategies for jobs in the Information Society. Brussels, 04.02.2000 COM (2000) 48 final

intenzív használóknak minősülők – azon munkavállalók, akik feladatai közé tartozik az információs technológiai rendszer használata –, de az általános használók tekintetében is – akik használnak számítógépet, de nem tartoznak az előbbi kategóriába – fontos az alapos és megfelelő hosszúságú képzés, különösen, hogy egyre több munkakör nem tölthető be és látható el megfelelően számítógép-használat nélkül. A számítógépes programokat használó tervezők, a folyamatokat számítógépen ellenőrző és szabályozó szakértők, az adminisztratív munkakörben lévők nem nélkülözhetik az iskola falain túli, azon kívüli élethosszig tartó tanulást. Legyen szó bármilyen vállalkozásról, az üzleti partnerekkel és a szolgáltatásokat igénybe vevő fogyasztókkal való kapcsolattartás szükségessé teszi a számítógépen történő gyors kommunikálást vagy a honlapok működtetését. Ha csak ez utóbbit nézzünk, már ez is komoly felkészülést igényel, hiszen nem elegendő a kulcsin vagy a jó tartalom. Ahhoz, hogy hatásos legyen, a fogyasztók is megtalálják, vagyis a tökéletes működés, sokkal aprólékosabb munkát kíván meg, amelyet megfelelő képzésen átesett szakemberek tudnak elvégezni a vállalkozáson belül.

Összefoglalóan: a termelékenység növekedése attól függ, hogy az egyes egyének hogyan tudják használni az informatikai eszközöket, miként tekintik át és egyszerűsítik a saját munkájukat ezen eszközöknek köszönhetően, hogy több időt tudjanak szentelni tartalmasabb üzletekre, vállalkozásokra, amely nagyobb hozzáadott értéket eredményezhet. Az IKT eszközök hozzáértő használata nem csak *munkaidő-csökkenéshez* vezethet, hanem a munka kimenetelét is javíthatja, amely végső soron *átfogóbb és gazdagabb tartalmakat* eredményezhet. Mínderre tekintettel a digitális írástudást, az IKT használatát elősegítő képzések fontossága nem vitatható és a következő, kifejezetten a vállalkozások tevékenységére gyakorolt hatásai még inkább megerősítik, hogy a munka világának előnyét szolgálja a modern kor által megkövetelt kompetenciák elsajátítása, hiszen a képzések révén *kialakulhat a hozzáadott eredményekre való törekvés igénye, javulhat a munkateljesítmény és az elégedettség vállalati és egyéni szinten, illetve a munkavállalók pozitívabban állnának a munkájukhoz*. Mindezek révén pedig *elkerülhető az IKT felhasználói ismeretek alacsony szintje által keletkező pénz- és időveszteség*. Tehát általános érvénnyel leszögezhető, hogy az IKT technológiák termelési folyamatokba, és egyáltalán a munka világába való implementálása megköveteli a szakképzett munkaerő tömeges jelenlétét. Ezzel egy időben pedig csökken a „régai gazdasági alkalmazottak” iránti igény.¹⁴

2. A digitális írástudás szükségessége a munka világában, különös tekintettel a vállalkozásokra

2.1. A Bocconi Egyetem “Cost of ignorance” (A tudatlanság ára) kutatása

A vállalkozások szempontjából az információs technológiák ismeretének és a digitális írástudás szükségességének alátámasztására először a Bocconi Egyetem “Cost of ignorance” kutatása alapján készített tanulmányt hívom segítségül.¹⁵

¹⁴ Thomas Apolte: Labour Market in the New Economy: A Comparative View of Germany and the United States. In: *The European Journal of Mngement and Public Policy* 2006/1. 8.

¹⁵ Camussone e Occhini (Ed.), 2003. 9–26.

A vállalkozások tekintetében a termelés, termelékenység szempontjából jelentős információk megszerzése az – az infokommunikációs technológiákba való befektetés és használat által, – amely végső soron megköveteli a magas szintű digitális műveltséget. A digitális írástudás a vállalkozások tekintetében a hatékony működés alapja, amely nélkül felesleges minden IKT-ba való investálás, innováció. Csak a digitálisan képzett munkavállalók alkalmazásával aknázhatók ki a számítógép, a számítógépes alkalmazások, az információk következő, a gazdasági szereplők által megvalósítható előnyei, amelyek természetesen társadalmi szinten is pozitívan hatnak.

Mindenki számára egyértelmű, látható és érzékelhető, hogy az infokommunikációs technológiák használata mindenhol, így az egyes gazdasági szektorokban is változásokat idéz elő. Kellő hozzáértés esetén gyorsabb, rugalmasabb, költséghatékonyabb szolgáltatásnyújtást és -igénybevételt eredményeznek. Az új technológiák által okozott változások elsősorban azon szektoroknak kedveznek, mint például a pénzügyi szektor is, amelyekben az információk, azok tartalma relevánsabb. Ezen ágazatok tekintetében a megfelelő információk birtoklásával a *termelékenység jelentősen javulhat*, amely előidézheti a vállalkozások *belső folyamatainak újragondolását vagy újabb, információkkal gazdagított szolgáltatások és termékek kínálatát*.

Továbbá az infokommunikációs technológiákba történő befektetés, az ezek használatában jártas munkaerő révén az Internet mint kommunikációs eszköz megváltoztathatja a vállalatok közötti folyamatokat, *gyorsabb információcserét és párbeszédet* lehetővé téve. Ez hozzájárulhat a termelés, a szolgáltatás magasabb szintű megvalósításához számos szolgáltatót, vállalkozást bevonva a termelési láncba. A számítógépen keresztül lebonyolított tranzakciók alacsonyabb költsége kedvez a vállalkozások olyan kiterjedt hálózatának, amelyben minden egyes szereplő egy fázisra specializálódik a komplex szolgáltatási láncban. Ezt az említett olasz kutatás még inkább megerősíti az amerikai Kereskedelmi Minisztérium felmérése alapján: kétségkívül érdemes befektetni az új technológiákba, mert az éves szinten átlagon felüli termelékenység-növekedést idéz elő, míg a kisebb befektetés jelentősen alacsonyabb szintű emelkedést eredményez a termelékenységben.

A harmadik pozitív aspektusa az új technológiák terjedésének és használatának az *információ-előállítás költségének csökkentése*. Napjaink gazdasági, pénzügyi körülményei nagyobb tudást, több ismeretet követelnek meg a vállalkozásoktól, illetően formán pedig a munkavállalóktól, a döntéseket megelőzően, amely tény minden szektorban az időszerű és pontos információk iránti emelkedett keresletnövekedéshez vezetett. Az információk elérhetősége elengedhetetlen feltétele a gazdasági tevékenységek nagy részének irányításához, elvégzéséhez a pénzügytől a szállításig, a kiterjedt szervezeti forgalmazástól a gyártóvállalatokig és az üzleti folyamatokig. A gazdasági, pénzügyi, társadalmi környezet alaposabb ismerete csökkenti a bizonytalanságot ezek aktuális helyzete, jellemző vonásai tekintetében, amely jobb döntést eredményez. Tehát az információk minden szektor számára lényeges birtokolandó javak a gazdasági tevékenységek teljesítéséhez. Minderre tekintettel a vállalkozásoknak ki kell fejleszteniük a saját, jól működő és kifinomult belső informatikai, információs rendszerüket és figyelembe, illetve igénybe kell venniük azokat

a piaci szereplőket, akik információt biztosítanak a külgazdasági környezetre vonatkozóan. Természetesen a megfelelő informatikai, információs rendszerek kifejlesztése és a mindennapokban történő alkalmazása csak annyiban lehetséges, amennyiben a munkavállalók képesek az infokommunikációs technológiákat használni, képesek a szükséges információkat megtalálni, és kezelni saját munkakörük ellátása során. Tehát, valójában a vállalati döntés napjainkban egy „digitális döntés” is egyben, hiszen a megfelelő információk megszerzése megkívánja a számítógép rendelkezésre állásán túl azt is, hogy a használónak meglegyen a szükséges technikai tudása vagy a lehetősége, hogy azt elsajátítsa, hogy a hozzáértés hiánya ne akadályozza az eredményes használatot.¹⁶ Az információk megtalálásának, kezelésének, a gazdasági helyzet által megkívánt ismeretek elsajátításának fontosságát – amely kétségtől számítottéppen, infokommunikációs eszközökön keresztül történik – az is indokolja, hogy a szolgáltatások és a javak előállítása egyre inkább megkívánja az információk és ismeretek „művelt” dolgozók általi felhasználását, és ennek mértéke jelentősen meghatározza a konkurens vállalkozások gazdasági versenyben elfoglalt helyét, pozícióját, betöltött szerepét. Amennyiben a vállalkozások, a dolgozók és a fogyasztók együttes tudására alapozva képesek informatikai hálózaton is szolgáltatást nyújtani, akkor nagyobb termelékenységet, illetve költségcsökkenést produkálhatnak.

Összefoglalóan: a Bocconi kutatás alapján elmondható, hogy az infokommunikációs technológiák használata nemzeti szinten fejlesztőleg, pozitívan hat a gazdaságra, és így hozzájárul a nemzeti jövedelem növekedéséhez. Ez figyelemre kell, hogy intse a munkáltatókat, hogy gondoskodjanak arról, hogy a munkavállalóik képesek legyenek a számítástechnikai erőforrások megfelelő használatára, de maguknak a leendő és az aktív munkavállalóknak is érdekeltnek kell lenniük ebben, mert a vállalati vezetőknek a legképzettebb, az IKT-kat használni tudó szakemberekre van szükségük, hogy a versenyben helyt tudjanak állni.¹⁷

2.2. *The European e-Business Report 2008*

Az IKT használatának előnyeit a már említett, a vonatkozó szakirodalmat széles körben feldolgozó, az Európai Bizottság által 2008-ban készített, három feldolgozóipart (vegyipar, acél- és bútorgyártás) és három szolgáltatószektort (kiskereskedelem, szállítás és logisztika, illetve a banki szektor) vizsgáló e-Business Jelentése is alátámasztja, amely többek között az IKT vállalkozásokra és egyes ágazatokra gyakorolt hatását vette górcső alá.¹⁸ Ennek legfőbb megállapítása, hogy az IKT használatával a vállalkozások forgalma minden ágazatban nő, és hasonlóan pozitív hatás figyelhető meg a piaci részesedés tekintetében is.

Általánosságban leszögezhető az IKT vállalati teljesítményre és jellemzőkre, illetve működési környezetre gyakorolt hatása, ugyanakkor az említett hatások a más-más szektorban működő különböző vállalkozásoknál eltérő eredménnyel járnak. Az eltérő kime-

¹⁶ Dessewffy Tibor – Fábán Zoltán – Z. Karvalics László (Ed.): *Internet.hu. A magyar társadalom digitális gyorsfényképe* 3. Budapest, Gondolat, Infonia Alapítvány, Aula, 2006, 214.

¹⁷ Digitális Cselekvési Megújulási Terv, 3.2.2.1. Magas szintű IKT szakemberképzés, átképzés, 44.

¹⁸ *The European e-Business Report 2008*. 13.

netel elsősorban azzal magyarázható, hogy míg az IKT minden vállalkozást innovációra készítet, az bizonyos külső és belső jellemzők mellett – mint a vállalati kultúra vagy a terjesztési csatorna – jelentős mértékben függ a munkaerő képességeitől, készségeitől is. Azaz valójában, közvetett módon, csak kedvező vállalati jellemzők esetén lehet az IKT használatának olyan pozitív eredménye, mint a javuló munkaerő-termelékenység vagy új termékek kifejlesztése. Az IKT eszközök kompetens, hozzáértő használata segítheti a vállalkozásokat az egyre erősödő versenyben, de hangsúlyozni kell, hogy az IKT csak abban az esetben vezethet hatékony működéshez, amennyiben a modern eszközökbe való befektetést, többek között, a humán erőforrásba történő kiegészítő innováció is kíséri. Ennek megfelelően pedig a munkaerőbe való befektetés az IKT eszközök és új technológiák alkalmazásának előfeltételeként is aposztrofálható, hiszen a piacképes termékek, az IKT segítségével megvalósítható folyamatok tudásbázissal és szakértelemmel rendelkező munkavállalókat igényelnek. Tehát az IKT eszközök és a képzett személyzet együttes feltétele az innovációnak és a versenyképes működésnek.

Az innovatív technológiák *költségsökkenéshez* vezethetnek és lehetővé tehetik az *üzletvitel újszerű folytatását*. Erre kiváló példa a Jelentésben is hivatkozott, az 1992-ben alapított FORTE Bútorgyár esete, amely egyre nagyobb eladási mennyiséggel a lengyel bútorpiac vezetője, illetve Nyugat- és Kelet-Európa exportőre lett az IKT segítségével. Ebben különösen nagy szerepe volt az úgynevezett Elektronikus Adatátviteli Rendszer bevezetésének, amely lehetővé tette az adatátviteli hibákból eredő költségek csökkentését, az üzleti kapcsolatok kialakítását és megerősítését, illetve a munkaszervezet átalakítását.

Az információcsere érdekében az IKT alkalmazásokba való befektetés előnyeire – az IKT által lehetővé tett *termékek és szolgáltatások kialakítására* – kiváló példa a Jelentés által bemutatott jelentős pénzügyi szolgáltatásnyújtó esete, amely azáltal, hogy az IKT alkalmazásokba fektetett be a vállalati alkalmazások integrációja és standardizálása, illetve az üzleti folyamatai automatizálása érdekében, olyan innovációkra volt képes, mint az e-bank vagy a telefonos banki szolgáltatás. Mindezen innovációk pedig növelhetik a vállalati teljesítményt. Ennek elsősorban az az oka, hogy az IKT megadja a lehetőséget a vállalkozásoknak, hogy kiterjesszék az általuk elérhető piacot, leküzdve a földrajzi határokat, akadályokat. Így a jelentős IKT adottságokkal rendelkező vállalatok *növelhetik a piaci részesedéseiket*.

Az IKT-alapú rendszerek alkalmazása más területeken is pozitív hatással bírhatnak, segítségül lehetnek például a *beszállítói lánc harmonizálásában és standardizálásában*, a *minőségi management kialakításában* vagy éppen a *vállalatok közötti információcserében*. Ahogy a Jelentés is felhívja a figyelmet, az IKT által lehetővé tett szervezeten belüli integráció és együttműködés megerősíti a vállalkozás innovációs képességét azáltal, hogy lehetőséget kínál a közös tanulásra, a technikai tudás átadására és az erőforrások cserejére. A Jelentés az adat és az információ IKT segítségével való integrálása leglátványosabb hatásának az *értéklánc optimalizálását* tekinti az ellátási lánc managementben kihívást jelentő úgynevezett „bullwhip” hatás megszüntetése érdekében. Emellett a kommunikációs infrastruktúra kiépítése kedvez a termelési hálózatoknak, lehetőséget kínál a megegyező feladatokat ellátó vállalati csoportok, üzleti egységek partneri együttműködésére, amely előmozdíthatja

az IKT-innovációk bevezetését. Az IKT pozitív hatása megfigyelhető az üzleti innovációk leképeződésének szervezeten keresztül átformálódásában is, hiszen – ahogy a Jelentés is rögzíti – a vállalati újítások szervezeten keresztül alkalmazása alacsonyabb költségen lehetséges a minőség veszélyeztetése nélkül. Például a feldolgozóiparban, ahol gyorsan változnak a gyártási technikák és intenzív technológiai verseny van, az új termelési eljárások elfogadásának sebessége meghatározó, hogy a vállalkozások élvonalban maradjanak.

Összefoglalóan: a Jelentés rávilágít arra, hogy az IKT valójában nem befolyásolja a vállalkozások teljesítményét, hanem lehetővé teszi számukra, hogy javítsák a munka-termelékenységet, újragondoljanak és kifejlesszenek eljárásokat, illetve bevezessenek új termékeket. Azaz elősegíti az innovációt és a termelékenység növekedését. A fentebb vázolt lehetséges előnyök kiaknázása mind a nagyobb, mind a kis- és középvállalkozások (kkv) számára szükséges napjaink gazdasági életében, így a vállalatoknak hangsúlyt kell fektetniük a képzett munkaerő foglalkoztatására a fennmaradás és lehető legjobb versenypozíció érdekében.

3. Digitális írástudás szükségessége a munkavégzés „modern formáira” való tekintettel

A következő fejezetben ismertetett, a digitális írástudás elterjesztését szolgálni hivatott kezdeményezések munkavállalói – munkáltatói kihasználása a fentiek túl további okok miatt is igen fontos lenne meglátásom szerint. Egyrészt, *hamarosan a munkahelyek 90%-ának betöltéséhez szükség lesz a digitális írástudásra.*¹⁹ Másodsorban pedig a mai fejlett világban egyre nagyobb szerepe van az atipikus munkavégzésnek, elsősorban a *táv munkának*. A munka „modern” foglalkoztatási módon történő megszervezésének számos előnye van:

1. bővül a foglalkoztatás,
2. javulnak a teljesítménymutatók,
3. javul a versenyképesség.

Természetesen ehhez nem elég, hogy a vállalatok alkalmazzák a távmunkát, felismerve, hogy ezzel

1. csökkenthetik a költségeiket,
2. növelhetik a termelékenységet,
3. és rugalmasan működhetnek.

¹⁹ Megkerülhetetlen az informatikai tudás <http://nonstopuzlet.hu/megkerulhetetlenne-valik-az-informatikai-tudas-20100122.html> (2011.11.05.)

Szükséges hozzá az is, hogy a munkavállalók is reagálni tudjanak erre a változásra, elsősorban a távmunka végzéséhez szükséges ismeret és tudás megszerzésével, hiszen ez számukra is előnnyel járhat.²⁰

Sajnos mindezen egyéni és vállalati pozitívumok ellenére hazánkban a távmunka még mindig nem elterjedt, mindössze a foglalkoztatottak 3%-át érinti, ahogy az Ipsos Zrt. legfrissebb kutatásából kiderül,²¹ ugyanakkor mind a hatályos,²² mind az új Munka Törvénykönyve²³ szabályozza, és megadják a távmunka fogalmát

„E törvény alkalmazásában távmunkát végző munkavállaló: a munkáltató működési körébe tartozó tevékenységet rendszeresen az általa választott, a munkáltató székhelyétől, telephelyétől elkülönült helyen, *információtechnológiai és informatikai eszközzel végző* és a munkavégzés *eredményét elektronikus eszközzel továbbító* munkavállaló.” (1992. évi XXII. törvény, 192/D. §)

„Távmunkavégzés a munkáltató telephelyétől elkülönült helyen rendszeresen folytatott olyan tevékenység, amelyet *információtechnológiai vagy számítástechnikai eszközzel* (együtt: számítástechnikai eszköz) *végeznek és eredményét elektronikusan továbbítják.*” [2012. évi I. törvény, 196. § (1) bek.]

Látható, hogy a fogalmak – szükségképpen – magukba foglalják, hogy távmunka esetén a munkavállaló *IKT eszközökkel végzi a munkáját és annak eredményeit is elektronikusan juttatja el* a munkáltatójának. Ugyanakkor további szabályozást nem találunk az IKT eszközök alkalmazásához szükséges kompetenciákat illetően. Természetesen elvárható, hogy a munkavállaló – már csak saját érdekében is – akkor vállaljon távmunkát, ha birtokolja a munka teljesítéséhez szükséges kompetenciákat, illetve a munkavállalók is előzetesen tájékozódni e képességek meglétéről, illetve ösztönözzék e kompetencia elsajátítását a maguk érdekében.

III. Nemzetközi bevált gyakorlatok

Figyelembe véve, hogy ma már minden vállalat, vállalkozás hatékonysága, termelékenysége és versenyképessége igen nagy arányban az IKT-képzett munkaerőtől függ, a világon számos kormányzati, közigazgatási, oktatási, vállalati és magán kezdeményezés született, hogy minden ember, minden aktív és jövőbeli munkavállaló digitális írástudóvá váljon. Ezen intézkedések kitalálói, támogatói, megvalósítói felismerték és „kiaknázták” azt a lehetőséget, hogy a nemzeti Európai Számítógép-használói Jogositvány (ECDL) Alapít-

²⁰ A távmunka támogatása és elterjedése Magyarországon. Információs Társadalom- és Trendkutatás Alapítvány, 2009. 3.

²¹ Itthon elenyésző a távmunka <http://www.ipsos.hu/site/itthon-eleny-sza-tvmunka/> (2012.03.16.)

²² 1992. évi XXII. törvény a munka törvénykönyvéről, 192./C.§-193./A.§

²³ 2012. évi I. törvény a munka törvénykönyvéről, 196-197. §

ványok küldetése az IKT szakszerű használatának előmozdítása ECDL, ICDL (Európán kívüli ECDL, vagyis International Computer Driving Licence) programokon keresztül, hogy az egyének, szervezetek és az egész társadalom megszerezze a digitális írástudást jelentő készségeket, képességeket.

Néhány európai és Európán kívüli országban a magán, a vállalati és az állami szféra átfogóan a nemzeti fejlődés és haladás érdekében terveket készített az IKT hatékony használatának megvalósulása érdekében, hogy annak pozitív aspektusait valóban élvezhesse minden polgár és vállalkozás, összességében pedig az egész társadalom.

A tanulmány e fejezete néhány ilyen kezdeményezés bemutatására vállalkozik az ECDL Alapítvány *Promoting Digital Literacy, Case Studies from around the world* című kiadványa alapján,²⁴ bízva abban, hogy hazánkban is követésre találnak, ami kétségteljesen számos előnyt produkálna az emberek, a vállalatok és a nemzetgazdaság számára egyaránt.

1. Kormányzati, közigazgatási kezdeményezések

Az *egyiptomi kormány* 2000-ben fogalmazta meg az "ICT Master Plan" elnevezésű tervét, hogy biztosítsa a polgárainak és a vállalkozásainak az IKT hatékony alkalmazását és használatát. Átfogó értékelő és felülvizsgálati mechanizmusokat alakítottak ki, hogy elemezzék a szakpolitikai kihívásokat és az IKT lehetőségeit az információs gazdaság számára.

Ennek eredményeként 2006-ban az ottani ECDL Alapítvány, az UNESCO Cairo Office és a Kommunikációs és Információtechnológiai Minisztérium (MCIT) az Oktatási, Felsőoktatási Minisztériummal célul tűzte, hogy bizonyítványt adjanak egymillió egyiptominak az ICDL-ről egy ötéves periódus után. Miután az egyiptomi kormány elsődleges szempontja az volt, hogy a polgárai IKT képességeit mind az otthoni, mind a munkahelyi megfelelő használat érdekében megerősítse, végső soron az egész nemzet javára, számos programot és kezdeményezést indított. Mindennek hosszútávú céljaként pedig azt tűzte, hogy Egyiptom teljes mértékben és jövedelmezően részt vehessen a globális gazdaságban.

A törekvések megvalósításához az egyiptomi kormány az ICDL programot tartotta a legmegfelelőbb választásnak. Az MCIT három minisztériummal, több kkv-val és más vállalatokkal dolgozott a Nemzeti ICDL Ösztöndíjprogramon négy évig, hogy IKT-képzett emberi erőforrást teremtsenek, különös tekintettel a fiatalokra.

A célok elérése érdekében az ICDL program több mint 340 képző- és vizsgaközpontban elérhető az országban. Az MCIT ingyenesen kínálja fel az ICDL képzési és tanulási

²⁴ http://www.ecdl.org/media/ECDL_Case_Studies_Booklet_Portrait1.pdf (2012.03.15.)

anyagot, az úgynevezett Skills Card-okat és a hét modultesztet minden jelentkezőnek. Vagyis az egyiptomi kormány felismerte, hogy napjainkban el kell fogadnia az „IKT mindenkinek” megközelítést, és ezért a program ösztöndíjként történő megvalósítását választotta, hogy minden életkorú és jövedelmű csoportot elérjen.

Ennek, a kormány által pénzügyileg teljes mértékben támogatott kezdeményezésnek természetesen a hatása sem maradt el. A vállalkozások és a munkahelyek tekintetében a következő pozitív eredmények említhetők. Átfogóan az ICDL program közvetlenül hozzájárult a kedvezményezettek 35%-a esetén a foglalkoztatáshoz, annak megerősítéséhez a bizonyítvány megszerzése utáni öt hónap elteltével. Továbbá az ICDL képességek munkában történő alkalmazása megváltoztatta a munkavégzést, sőt a képességeket a munkájuk során felhasználók 45%-a úgy gondolja, hogy teljes mértékben megváltozott a munkavégzésük. Végül elmondható, hogy a résztvevők 58%-a hasznosította a megszerzett ismereteket a munkájuk során, amely számukra és a rajtuk kívül állóknak egyaránt időmegtakarítást jelentett.

Hasonló kezdeményezéssel találkozhatunk *Bosznia-Hercegovinában*. A United States Agency for International Development (USAID) létrehozta a Streamlining Permits and Inspections Regimes Activity (SPIRA) elnevezésű programot, amely 2000-2009 között Szarajevóban futott az engedélyek és vizsgálatok ésszerűsítését célözva.

Valójában a SPIRA azért fogalmazódott meg, hogy fejlessze a kkv-k piachoz való hozzáférését az adminisztratív akadályaik csökkentésével. Ezt a célt sikerült is a programnak megvalósítania azzal, hogy kiiktatta azokat a hátráltató tényezőket, amelyekkel a kkv-knak szembe kellett nézniük az engedélyek és vizsgálatok területén. Továbbá a program azt az átfogó eredményt produkálta, hogy csökkentek a kkv-kat sújtó jogi, szabályozási és közigazgatási terhek. Valójában a SPIRA célkitűzése az volt, hogy integrálja az ország gazdasági terét az európaiba, amely érdekében támogatta azokat a tevékenységeket, amelyeket a Kisvállalkozások Európai Chartája ajánl:

1. olcsóbb és gyorsabb indulás,
2. jobb jogi és szabályozási környezet,
3. kommunikáció az állami szervek és a kisvállalatok között,
4. a kisvállalatok hatékonyabb és erősebb jelenléte minden szinten,
5. és online hozzáférés az üzleti folyamatokat támogató információkhoz.²⁵

Míndezekre tekintettel az USAID-SPIRA többedmagával létrehozta a Republic of Srpska Inspection Management System-et, ugyanakkor a projektek sikeres gyakorlati

²⁵ Fő cselekvési irányok. 10-15.

megvalósítását nagyban akadályozta a területen lévő ellenőrök alapvető számítógépes képességeinek hiánya. Ez végső soron pedig meggátolta az Integrated Inspection Management System megvalósításához szükséges specializáltabb IKT-tudás kialakítását.

E tudás hiánya miatt döntöttek a programpartnerek úgy, hogy az ECDL bizonyítványt választják a szükséges IKT-képességek deficitjének gyors orvoslására. Az ECDL Start képzés – a 2–4. és 7. modullal – és a bizonyítvány Szarajevóban, Dobojban, Prijedorban és Trebinje-ban elérhetővé vált 120 munkavállaló számára, majd később a többi modullal is megismerkedtek a munkavállalók más városokban is. A képzés eredményeként Srpska mind a 300 vizsgálója megszerezte az ECDL Start bizonyítványt. Így már a vizsgálóképző szakemberek sikeresen elvégezhették az Inspection Management System használatára vonatkozó képzést és az ott megszerzett tudást átadhatták a vizsgálóknak.

Tehát végső soron az ECDL megteremtette a vizsgálók képességét, hogy azt a legjobban ki lehessen használni, továbbá hozzájárult a termelékenységre 70%-os növekedéséhez azáltal, hogy csökkent a dokumentumáramláshoz szükséges idő és eltűntek a földrajzi akadályok is.

2. Vállalati és magán kezdeményezések

A Spar Ausztria ma a második legnagyobb áruházlánc az országban. 2010-ben az éves forgalma meghaladta az 5 milliárdot és kb. 29%-os piaci részesedése volt. A 34.000 közvetlen alkalmazottjával Ausztriában a Spar az egyik legnagyobb nemzeti munkaadó.

A Spar az ECDL-t a „támadó szakmai képzésének” („apprenticeship offensive”) részeként vezette be. A Spar felső vezetése úgy tekintett az alkalmazottai képzésére, mint amely a felelős vállalatirányítás integráns része. Miután a vezetésnek az is célja volt, hogy mércét állítson fel a képzéssel, az ECDL-t választotta, mint a legmegfelelőbb IKT-képességeket biztosító program a szakmunkástanulói, gyakornokai számára.

A Spar, mint osztrák élelmiszer-üzletlánc, évente csaknem 900 szakmunkásképzést kínál az ECDL bizonyítvány megszerzésének lehetőségével együtt. Ez azt jelenti, hogy a Spar képezi a legtöbb szakmunkástanulót a kiskereskedelmi élelmiszerpiac számára. A visszajelzés pozitív: a fiatal résztvevők véleménye szerint a PC képzés nélkülözhetetlen a mindennapi munkájuk egyszerűbb elvégzéséhez.

A Spar felismerte, hogy az alapvető számítógépes képességek szükséges előfeltételei annak, hogy valaki vezetői pozíciót töltsön be, tehát a karrier alapját képezi az üzletlánc szervezetén belül. Mindezt a Spar magára vállalta a gyakornok ECDL programra való jelentkezés díját és a vizsgaköltségeket is. A legjobb gyakornokok pedig a képzési program sikeres teljesítésével állandó munkához jutnak a vállalatnál.

Valójában a Spar az ECDL képzést a saját képzési rendszerébe, a Spar Akadémiába integrálta, ezzel pedig a tanulók a kereskedelmi és a számítógépes ismereteket együtt sajátíthatják el. Ugyanakkor a Spar nem csak a fiataloknak, hanem az idősebb munkavállalóknak is megadja a lehetőséget arra, hogy az ECDL program által kifejlesztett képességek birtokába jussanak. Mindez pedig garantálja a Spar-nak, hogy a foglalkoztatottjai megszerezzék azokat IKT-készségeket, amelyek a zsúfolt élelmiszerszektorban nélkülözhetetlenek a versenyképességhez, azaz az ECDL közvetlen hatással bír a működés hatékonyságára és versenyképességére a Spar esetében is.

Hasonló kezdeményezés látott napvilágot *Toyota Africa*-nál a különböző tanulmányi háttérrel rendelkező munkavállalók eltérő IKT-műveltségének orvoslása érdekében. A Toyota Tsusho számára szintén az ICDL jelentette a praktikus megoldást a vállalat átfogó termelékenysége javítására és azért, hogy a vállalat információs management rendszereit megfelelően hasznosítani lehessen.

A célok megvalósítása érdekében 2008-ban a Toyota úgy döntött, hogy valamennyi, a vállalat információs management rendszereiben dolgozó munkavállalójának négy ICDL modul előfeltételül tesz. Azóta pedig egyes képzőközpontok a Toyota-nál már regisztrált ICDL központokká is váltak.

Az ICDL program a Toyota számára is számos pozitív hatást generált. A résztvevők lelkesednek a számítógépes képességeikért és a munkájukban is számos előnyt élveznek a gyakorlati készségeknél. Ezzel egyidejűleg a Toyota vezetése is elégedett az eredményekkel, mert javult a termelékenység a vállalatnál és az ICDL programot teljesítő munkavállalók bizalma is.

Álláspontom szerint az előbbieken ismertetett kezdeményezések eredményei messze menőkig alátámasztják azt, hogy minden nemzet kormányzatának, vállalati- és magán-szférájának hangsúlyt kellene fektetnie a dolgozók digitális írástudásának fejlesztésére, hiszen a befektetések teljes mértékben megtérülnek egyéni, vállalati és nemzetgazdasági szinten egyaránt.

Zárszó

A XXI. század szolgáltató szférája számára a digitális írástudás elsajátítása nélkülözhetetlen. Ez több szempontból is alátámasztást nyer. Egyrészt „a lakossági fogyasztást megcélzó vállalatok nemcsak reprezentálják magukat az interneten, hanem információt, szolgáltatásokat is nyújtanak, sőt olcsóbbá teszik ügyfeleik életét.”²⁶ Másrészt, ahogy a szakirodalom is rávilágít, az offline világgal szemben az online információátadás jelentősen nagyobb lehetőséget teremt a cégeknek szolgáltatásaik, termékeik továbbérté-

²⁶ Dessewffy-Fábián-Z. Karvalics (Ed.), 2006. 236.

kesítésére.²⁷ Harmadrészt pedig, ahogy a Bocconi egyetem „A tudatlanság ára” kutatása, az European e-Business Report 2008, illetve a témában az év elején megjelent, még csak holland nyelven elérhető *Ctrl, Alt, Delete: IT problémákból és nem megfelelő digitális ismeretekből fakadó veszteségek a munkahelyeken* c. tanulmány²⁸ is egyértelműen leszögezi, hogy a vállalatok belső működési folyamatai is a digitálisan írástudó munkavállalókat igénylik a versenyképesség, hatékonyság és a költségek ésszerűsítése érdekében. Mindezen pozitív aspektusok tényleges megvalósulása hosszú távú feladatokat ad a kormányzati, civil és piaci szereplőknek, ugyanakkor a feladat teljesítése nem lehetetlen, és egyáltalán nem szükségtelen, ahogy azt a nemzetközi példák is reprezentálják.

* * *

Bakos Eszter: Benefits of Digital Literacy in the World of Work

In today's information society the application of IT tools and programmes is present in life's various realms. The world of work is no exception. For an enterprise to thrive at national, international and global levels, investment in info-communication technology and the use of new, non-traditional tools is inevitable. ICT can enhance productivity growth and increase competitiveness. Nonetheless in many cases people handle digital tools with considerable difficulty and uncertainty. After the display of basic concepts such as information society and digital literacy the article aims to demonstrate the necessity for digital literacy in the world of work. Last but not least it describes good international practices (e.g. Spar Austria, Toyota Tsusho Africa). While ignorance comes with a cost, education pays off in terms of success. The successful functioning of the enterprises underlines that investment in digital literacy education is a necessity.

²⁷ Dessewffy-Fábián-Z. Karvalics (Ed.), 2006. 237.

²⁸ Van Deursen, A.J.A.M. - Van Dijk, J.A.G.M.: *CTRL ALT DELETE. Productiviteitsverlies door ICT problemen en ontoereikende digitale vaardigheden*. Enschede, Universiteit Twente, 2012, 55.

Deli Petra Eszter

A munkavállaló vétkességi alapú kárfelelőssége: az üzemi kockázat mint a limitált kártérítés jogi alapja és mozgatórugója a német munkajogban*

Bevezetés

A német munkajog nem rendelkezik olyan kodifikált törvénykönyvvel, amely a munkajogviszony egyes kérdéseit átfogóan szabályozná. A munkaszerződés (*Arbeitsvertrag*) egy polgári jogi kontraktus, az ún. szolgálati szerződés (*Dienstvertrag*) keretei közé illeszkedik. A német Polgári Törvénykönyv (*Bürgerliches Gesetzbuch, továbbiakban BGB*) 611. § (1) bekezdése értelmében a szolgálati kötelem visszerthes magánjogi természetű jogügylet. Tártyát képezheti a szolgálat nyújtásának minden formája [BGB 611. § (2) bek.] tekintet nélkül arra, hogy annak teljesítése egyszeri vagy tartós, illetve, hogy a kötelezett jogi pozíciója önálló vagy függő. Mivel ez a szerződéstípus természeténél fogva a klasszikus polgári jog ismertetőjegyeit viseli magán, a munkajogviszony alanyai között fennálló alá- és fölérendeltségi viszonyra nem képes reagálni. Ebből következik, hogy a privátautonómia és a felek egyenjogúsága által meghatározott szolgálati szerződést hozzá kell igazítani a munkajog kereteihez. Ennek eszköze egyrészt egyes munkajogi tárgyú jogintézmények külön törvényekben való szabályozása,¹ másrészt pedig a bírói jogfejlesztés. A folyamathoz szervesen kapcsolódik a *lex specialis derogat legi generali* jogelv és a (*klaudikálóan*) *kölgens* szabályozási jelleg.

A szolgálati szerződés és a munkaszerződés egymáshoz való viszonya a következőképpen szemléltethető. Minden munkaszerződés szolgálati szerződés, de nem minden szolgálati szerződés munkaszerződés. A szerződéstípusok egymással való kapcsolata természetesen kirajzolódik a felelősségtani kérdések esetében is. Amennyiben a szolgálati szerződés kötelezettje a kötelmi jogviszonyból származó kötelezettségét megszegi, úgy a hitelező követelheti ebből eredő kárának megtérítését [BGB 280. § (1) bek.]. Nem tartozik kártérítéssel a kötelem adósa, ha annak helytállási kötelezettsége a BGB 276. § (1) bekezdése szerint nem állapítható meg. Azaz a kötelezettnek legalább a gondatlansága kell, hogy átfogja a kötelezettségszegést. A munkaszerződés esetében kiindulópontunk, hogy a munkavállaló felelősségét érintő kérdéseket a német jogalkotó nem rendezi törvényi szinten. Látszólag azonban nem áll fenn joghézag, mivel a szolgálati szerződés kapcsán felvázolt kárfelelősségi szabályok irányadók lehetnek. Tétélezük fel, hogy a munkáltató kártérítési igénnyel lép fel a neki vétkes kötelességsértéssel kárt okozó munkavállalóval szemben a BGB 280. § (1) bekezdése alapján. Amennyiben a polgári jog szabályait alkalmazzánk, úgy a munkavállaló mind szándékos, mind pedig gondatlan maga-

* A tanulmány a Magyar Ösztöndíj Bizottság támogatásával, az Állami Eötvös Ösztöndíj keretében készült.

¹ Például a felmondási védelemről szóló törvény (*Kündigungsschutzgesetz*), az üzemi alkotmányról szóló törvény (*Betriebsverfassungsgesetz*), a munkaidőre vonatkozó törvény (*Arbeitszeitgesetz*).

tartás esetében köteles lenne a teljes kár megtérítésére [BGB 276. § (1) bek.]. Belátható, hogy ez a jogi megoldás – a munkaviszony természetére, annak személyes jellegére (BGB 613. §), illetve szociális meghatározottságára tekintettel – aránytalanul hátrányos helyzetbe hozná a munkavállalót. Így megállapítható, hogy ebben a kérdésben a jogalkotó által nem tervezett, ún. rejtett joghézag forog fenn.² Ennek feloldására – törvényi szabályozás hiányában – a jogtudománnyal együttműködő bírói jogfejlesztés hivatott.³ Azaz a német munkajogban maga a bírói gyakorlat alakítja ki, hogy milyen feltételek mellett, milyen jogalpra tekintettel, valamint milyen módon csökkenthető a kártérítés összege.

Jelen tanulmány tárgyköre a munkavállaló munkáltatóval szemben fennálló, vétkességi alapú felelősségének jogintézménye a német munkajogban. Középpontjában a korlátozott (limitált) kártérítés elvi és jogi alapjának vizsgálata áll,⁴ különös tekintettel az üzemi kockázat (*Betriebsrisiko*) jogintézményére. Mivel ez a fogalom nem ismert a magyar munkajogban, itt előjáróban annyit érdemes megjegyezni, hogy ez a jogi konstrukció világos példa arra, hogyan formálja a német bírói joggyakorlat – illetve a vele szervesen együttműködő jogtudomány – a polgári jog szabályait egy munkajog-konform felelősségi rendszer kialakításának céljából. Az üzemi kockázat alapvető jelentősége, hogy a munkáltató oldalán – vétkességtől független – helyállási kötelezettséget ismer el gondatlan károkozás esetében, ezáltal lehetővé téve a munkavállaló és a munkáltató közötti kárfelosztást. Ennek elvi megfontolása szerint a munkáltató is köteles bizonyos károkat illetve kárrészeket viselni, figyelemmel elsősorban arra a körülményre, hogy a munkavállaló az ő érdekében fejt ki hasznot hajtó tevékenységét.

A tanulmány a következőképpen épül fel. A bevezető gondolatokat követően a 2. pont a jogalap kérdésének jogirodalomban való intézményi fejlődésére irányítja a figyelmet.

A 3. pont a jogtudományban kialakított egyes teóriák bírói gyakorlatban való megjelenését mutatja be.

A tanulmány 4. pontja az üzemi kockázat jogintézményét állítja a középpontba. Megvizsgálásra kerül az annak alkotmányos vetülete, a gondatlanság körében kialakított egyes koncepciókhoz való viszonya, a joggyakorlatba való integrálásának jogtechnikai eszköze, valamint a vétkesség fokának megítélését, illetve a felelősséget befolyásoló hatása.

Végül az 5. pont a munkavállaló kártérítési felelősségének magyar modellje kapcsán tartalmaz következtetéseket.

² Karl Larenz: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*. Berlin, Springer Verlag, 1991, 258, 265.

³ Alfred Söllner: Das Arbeitsrecht im Spannungsfeld zwischen dem Gesetzgeber und der Arbeits- und Verfassungsgerichtbarkeit. In: *NZA 1992/16, 721–731, 721.*, Hans-Martin Pawlowski: *Methodenlehre für Juristen*. Heidelberg, C. F. Müller Verlag, 1999, 208.

⁴ Gregor Dornbusch – Ernst Fischermeier – Manfred Lövisch: *Fachanwaltsskomment Arbeitsrecht*. Köln, Luchterhand, 2008, 924., Rüdiger Krause: Geklärte und ungeklärte Probleme der Arbeitnehmerhaftung. In: *NZA 2003/11, 577–586., 579.*

1. A kártérítés korlátozásának jogalapja körül kikristályosodott jogirodalmi álláspontok

A limitált kártérítés jogalapjának megjelölésével kapcsolatban számos jogirodalmi álláspont látott napvilágot. A kárösszeg korlátozását, illetve adott esetben elengedését célzó teóriák két csoportba sorolhatóak. Az egyik áramlat központi eleme egy – a felelősség megállapításához szükséges – tényállási elem tagadása (tényállás-orientált megoldás). Ehhez képest a másik irányzat a jogkövetkezmény redukcióját hangsúlyozza (jogkövetkezmény-orientált megoldás).⁵ Mindkét jogirodalmi vonulatnak közös kiindulópontja annak elismerése, hogy az ember természeténél fogva alkalmasszerűen szükségképpen követ el hibákat (*typische menschliche Unzulänglichkeiten*).⁶

A tényállás-orientált irányzat egyik jeles képviselője Rother, aki a munkaviszony tartamából (*Dauerschuldverhältnis*) indul ki és a munkavégzés minőségi meghatározottságát vizsgálja. A munkavégzésre mint folyamatra, illetve mint a munkafeladatok csoportjára tekint. Álláspontja szerint a gondos munkavállaló – figyelemmel emberi tökéletlenségére – alkalmanként természetsszerűleg vét kisebb hibákat. Hasonlóképpen igaz lenne ez a megállapítás egyebekben a munkáltatóra is, ha maga látná el a feladatokat. Ezért az ezzel összefüggésben keletkezett valamennyi kárért való korlátlan mértékben történő helytállás aránytalan eredményre vezetne. Véleménye szerint a tartós jogviszonyban a munkáltató csak közepes minőségű munkavégzést jogosult követelni. Így egyes hibák nem minősülhetnek kötelességszegésként (*Pflichtverletzung*), azaz azokért nem áll fenn a kártérítési kötelezettség sem. Rother párhuzamosan utal a BGB 243. § (1) bekezdésére, amely a kötelem fajlagos meghatározásáról rendelkezik. Eszerint az adós a kereskedelemben szokásos minőséggel köteles szolgáltatni (*mittlere Art und Güte*).⁷ Ehhez kapcsolódóan egyebekben az is megjegyzendő, hogy a munkavállaló – tekintettel az érvénytelenségre, ezen belül pedig semmisségre vonatkozó rendelkezésekre – nem vállalhat kötelezettséget a lehetetlenre (*ultra posse nemo obligatur* jogelv).⁸

Az irányzat másik képviselője, Schnorr von Carolsfeld a jogellenesség (*Rechtswidrigkeit*) tagadásának elméletét dolgozza ki. Álláspontja szerint, ha a munkavállaló kötelességsértését, átlagos, emberi magatartásként – ennél fogva pedig eredendően tökéletlen magatartásként – értékeljük, úgy az nem jogellenes. Azaz a munkavállaló károkozása nem minden esetben és szükségképpen minősül egyben jogellenesnek is.⁹

Az áramlat egy harmadik megoldása már a vétkesség tényállási elemére fókuszálva a BGB 276. § (2) bekezdésében meghatározott, a forgalomban megkövetelt gondossági

⁵ Wolfhard Kohte: Umbruch in der Rechtsprechung zur Arbeitnehmerhaftung. In: *Jura* 1985/6, 304–314., 304, Gamillscheg és Hanau három kategóriát különböztet meg: a tényálláshoz, a vétkesség fogalmához illetve jogkövetkezményhez kapcsolódót (Franz Gamillscheg-Peter Hanau: *Die Haftung der Arbeitnehmers* Karlsruhe, Verlag Versicherungswirtschaft e. V, 1974, 38–39.)

⁶ Gamillscheg-Hanau i.m. 39.

⁷ Kohte 1985 i.m. 304., Werner Rother: *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*. München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1965, 266–268., Uwe Reinhardt: *Die dogmatische Begründung der Haftungsbeschränkung des Arbeitnehmers*. Göttingen, Verlag Otto Schwartz & CO, 1977, 67–68.

⁸ Gamillscheg-Hanau i.m. 39.

⁹ Kohte 1985 i.m. 304., Gamillscheg-Hanau i.m. 39.

mércét (*im Verkehr erforderliche Sorgfalt*) kívánja korrigálni. A BGB 708. §-ának – amely a polgári jogi társaság tagjainak felelősségéről rendelkezik – analógia útján való alkalmazásával a munkavállaló a saját ügyeiben tanúsított gondossággal lenne köteles eljárni a munkaszerződésből folyó kötelezettségeinek teljesítése során (*Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten*).¹⁰ Scheuerle és Steindorff ehhez az állásponthoz képest a BGB 276. § (2) bekezdésében meghatározott gondossági mércét sajátos munkajogi tartalommal kívánja megtölteni.¹¹

Mivel egyik teória sem volt alkalmas arra, hogy a limitált felelősség általános jogalapjává váljon, a jogtudomány a jogi problémát a jogkövetkezmény oldaláról igyekszik a továbbiakban vizsgálni.

A jogkövetkezmény-orientált áramlaton belül kialakult egyik teória szerint a kártérítés korlátozása – meghatározott esetekben – a felek között fennálló hallgatólagos, a felelősség kizárását célzó megállapodásból következik illetve abból levezethető.¹²

Egy másik álláspont már a munkáltatói közrehatást vizsgálja a polgári jog azon szabályára hivatkozva, amely károkozás tekintetében a károsult vétkes közrehatást rendezni (BGB 254. §). Ha a munkáltató kár előidézésére jellegzetesen alkalmas munkával bízta meg a munkavállalót, úgy önmagában közrehat a később bekövetkező károkozásban. Tapasztalat szerint ezen esetekben a gondos munkavállaló a könnyebb súlyú hibákkal elkerülhetetlenül kárt okozhat. Megjegyzendő, hogy ez a konstrukció ugyanakkor csak arra alkalmas, hogy a munkáltató magatartását vétkességi alapon számítsa be.¹³ Egyesek szerint a munkáltató vétkes közrehatása annak ún. gondoskodási kötelességének megsértéséből (*Führsorgepflicht*) vezethető le, amelyből következően a munkavállalót a károk viselésének egy része alól mentesíteni kell.¹⁴

1964-től, elsősorban Gamillscheg és Hanau nyomán a jogirodalom már főszabályként az üzemi kockázatra mint vétkességtől független beszámítási pontra helyezi a hangsúlyt. Ez a jogi konstrukció, mint általános jogalap, alkalmas lehet arra, hogy a munkavállaló kárfelelősségét korlátozza, vagy adott esetben megszüntesse.¹⁵ Azaz a munkáltató alapvető károkért, illetve ezeknek egy részéért, amelyek az üzem érdekében végzett munka következményeként állnak elő, maga is felelősséggel tartozik.¹⁶ Meg kell említeni, hogy egyes szerzők a munkáltató oldalán értékelt – vétkességtől független – helytállási kötelezettséget a balesetbiztosítás jogából kívánják levezetni.¹⁷

¹⁰ Kohte 1985 i.m. 304., Ernst Steindorff: Fahrlässigkeit der Arbietnehmer. In: *JZ*, 1959/1, 1–9., 1–4.

¹¹ Kohte 1985 i.m. 304., Wilhelm Scheuerle: Der arbeitsrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff und das Problem des innerbetrieblichen Schadensausgleiches. In: *RdA*, 1958/7–8., 247–253., 251–252. Steindorff i.m. 1–9.

¹² Kohte 1985 i.m. 305., Gamillscheg–Hanau i.m. 37.

¹³ Scheuerle i.m. 251–252., Kohte, 1985 i.m. 305.

¹⁴ Kohte 1985 i.m. 305.

¹⁵ Kohte 1985 i.m. 306., Claus-Wilhelm Canaris: Risikohaftung bei schadensgeneigter Tätigkeit in fremden Interesse. In: *RdA* 1966/2 41–51., 41., 45., Gamillscheg–Hanau i.m. 46–47.

¹⁶ Hans-Wolffhard Kohte: *Arbeitnehmerhaftung und Arbeitgeberberrisiko*. Königstein, Athenäum, 1981, 227.

¹⁷ Kohte 1985 i.m. 306.

2. A bírói gyakorlat és a jogtudomány összefonódása

A felvázolt jogirodalmi irányzatok illetve ezeknek egyes teóriái, mint egyfajta együttes útkeresés, áthatották a bírói gyakorlatot. Azaz a bírói jogalkalmazás oldalán végbemennő jogfejlesztés elválaszthatatlanul hozzákapcsolódik a jogtudományhoz. Ebben a pontban az kerül felvázolásra, hogy a bírói jogfejlesztés mely elméletek mentén formálódott.

Az egykori Birodalmi Munkaügyi Bíróság (*Reichsarbeitsgericht*, RAG) a munkavállaló korlátozott kártérítésének kérdésében a felelőség hallgatólagos kizárása mellett foglalt állást.¹⁸ 1940-től már a munkajogviszony természetére, különösképp pedig a munkáltató gondoskodási kötelezettségére hivatkozik e körben. Ezt követően tilalmazott valamennyi kár munkavállalóra történő háritása, ha a károkozásra könnyű fokú hiba folytán kerül sor. Olyan esetekben alapítja döntését erre a bíróság, amikor a munka jellegzetessége szerint nagy valószínűséggel lehet arra következtetni, hogy a gondos munkavállaló alkalomszerűen vét olyan hibákat, amelyek egyébként elkerülhetők lennének. Azokat a munkavállaló tehát gondatlanul okozza. Ugyanakkor az ilyen hibákkal, mint a munka teljesítése során megvalósuló tipikus tévedéssel – tekintettel az emberi tökéletlenségre – a tapasztalat szerint számolni lehet.¹⁹ Ebben a kategóriában jól láthatóan két elem olvad össze. Egyrészt a munka veszélyességi karaktere mint objektív tényező. Másrészt az emberi tökéletlenség mint szubjektív elem. Kár előidézésére tipikusan alkalmas munka (*gefährignete Arbeit*) többek között teherautó vezetése nagyvárosi forgalomban, hangeséggel töltött demizsonok targoncával történő áthelyezése, a feladatok alig elviselhető hőségben (pl. kohóban) való végzése.²⁰

1955 után a Legfelsőbb Szövetségi Bíróság (*Bundesgerichtshof* továbbiakban BGH) és a Birodalmi Munkaügyi Bíróság (*Bundesarbeitsgericht* továbbiakban BAG) fenntartja a kár előidézésére tipikusan alkalmas munka kategóriáját, és a kárfelelőség korlátozása tekintetében továbbviszi a munkáltató gondoskodási kötelezettségére való hivatkozást. A BAG nagytanácsának 1957-es döntése nyomán felelősségkorlátozásra már kizárólag ilyen privilegizált tevékenységi kör esetében kerülhetett sor.²¹ A tevékenység ilyenként való minősítése 1958-tól mint önálló tényállási elem jelenik meg a felelősségkorlátozás kapcsán. Azaz ekkortól kifejezetten és mindenekelőtt azt kellett eldöntenie a bíróságnak, hogy a munkavégzés bírt-e ilyen ismertetőjeggel.²² Amennyiben ez pozitív megállapítást nyert, akkor volt csak helye limitált felelőségnek. Ekkortól vált a jogi kategória a felelősségkorlátozás

¹⁸ A Birodalmi Munkaügyi Bíróság 1926 és 1945 között működött. Jogutódja a Szövetségi Munkaügyi Bíróság, melyet 1954-ben alapítottak.

¹⁹ Kohte 1985 i.m. 306., Helmut Döring: *Arbeitnehmerhaftung und Verschulden*. Berlin, Duncker & Humblot, 1977, 23, Peter Lipperheide: *Arbeitnehmerhaftung zwischen Fortschritt und Rückschritt*. BB, 1993, 720-725, 721, Fachanwaltskommentar Arbeitsrecht i.m. 923.

²⁰ Günther Küchenhoff: *Modernisierung des Schuldbegriffs aus arbeitsrechtlichen Einsichten*. AuR, 1969, 1093-204 itt nem stimmel az oldalszám, 194.

²¹ Reinhard Richardi - Otfried Wlotzke - Hellmut Wissmann - Hartmut Oetker: *Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht*. Band 1. München, Verlag C. H. Beck, 2009, 825. BAG GS 25.9.1957 AP RVO §§ 898, 899 Nr. 4. számú határozat.

²² Döring i.m. 25.

alkalmazhatóságának elsődleges és elengedhetetlen feltételévé, amely pozíciót a BAG 27.9.1994 GS 1/89 (A) számú határozatának meghozataláig meg is tartott. A bíróság ugyanis ekkortól valamennyi üzem érdekében végzett tevékenység (*betrieblich veranlasste Tätigkeit*) kapcsán elismeri a limitált kárfelelősséget és vizsgálja az üzemi kockázatot.

A BAG gyakorlatában a munkáltató gondoskodási kötelezettségére való hivatkozást a hetvenes évektől váltja fel az üzemi kockázat koncepciója. Azonban már egy 1966-os határozat szerint az üzemi rizikó mint önálló beszámításra alkalmas tényező jelenik meg: a kár okozására alkalmas tevékenység mind gazdasági, mind pedig technikai értelemben a munkáltató érdekköréhez tartozik, amire tekintettel nem megengedhető valamennyi kárnak a munkavállalóra történő hárítása (BAG 30.8.1966 1 AZR 456/65. számú határozat).²³ Kiemelendő a BAG 3.11.1970 1 AZR 228/70. számú határozata, amely szerint privilegizált tevékenység esetében a felelősség mértéke a munkavállaló vétkességéhez igazodik. Közepes fokú gondatlanság esetében valamennyi körülményre figyelemmel kell a kárt megosztani a felek között. Ebben a mérlegelésben a munkavállaló oldalán a vétkesség foka, míg a munkáltató oldalán az üzemi kockázat értékelendő. Az üzemi kockázat beszámításának eszköze a károsulti vétkes közrehatásról rendelkező törvényhely (BGB 254. §) analógia útján való alkalmazása (ld. 4.4.). A felek kárviselésének aránya e két oldal egymáshoz való viszonya szerint alakul azzal, hogy a munkáltatói oldalon esetlegesen figyelembe kell venni a közvetlen vétkes közrehatást is (BGB 254. §). Az üzemi kockázat ebben a tekintetben már mint a munkáltatói oldalon felelősséget megalapító körülmény értékelt.²⁴

A bírói joggyakorlat fejlődése szempontjából – ahogyan arra utaltunk a privilegizált tevékenységi kör kapcsán is – a BAG 27.9.1994 GS 1/89 (A) számú határozata kiemelkedő jelentőséggel bír. Ekkortól ugyanis az üzemi kockázat valamennyi üzemi tevékenység esetében alkalmazást nyer. A munkához, illetve a munkáltatáshoz kapcsolódó veszélyesség – többek között a termelésben használt berendezések, a termelési folyamat maga, az előállított termék – a munkáltatói oldalon minden esetben értékelendő, amely önmagában limitált felelősséghez vezet. A munkáltató jogosult és kötelezett megszervezni az üzemet, és irányítani a munkafolyamatokat. A munkavállaló csupán integrálódik ebbe a szervezeti egységbe abból a célból, hogy egyedül vagy kollégáival együtt a munkáltató által annak a saját felelősségére kitűzött célt elérje. Így többek között azt sem a munkavállaló határozza meg, hogy milyen műszaki paraméterekkel rendelkező berendezéseket kezel, azok milyen értékűek vagy, hogy a termelési folyamat milyen minőségi és mennyiségi kritériumok szerint halad. Nem utolsó sorban a munka végzése munkáltatói utasításhoz kötött. Továbbá egy ilyen módon meghatározott környezetben a munkáltató jogosult megtenni azokat az intézkedéseket, amik csökkentik a kár bekövetkeztének kockázatát (többek között a munkafolyamatok megváltoztatásával, az ellenőrzéssel, a biztonsági előírások betartásával, biztosítás megkötésével).

Összegzésként megállapítható, hogy az üzemi kockázat mint a limitált felelősség általános jogalapja a XX. század utolsó harmadában épült be a német bírói gyakorlatba.

²³ Kohte 1981. i.m. 235.

²⁴ Kohte 1981 i.m. 226., Krause i.m. 577., Martin Ahrens: Arbeitnehmershaftung bei betrieblich veranlasster Tätigkeit. In: *DB*, 1996/18, 934–938., 935.

Először csak a kár előidézésére tipikusan alkalmas tevékenységek kapcsán jut szerephez. Majd a jogalap alkalmazási köre, így a limitált felelősség kerete is kitágul. Mára átfogja valamennyi, az üzem érdekében végzett tevékenységet, amely fogalom alatt a jelen joggyakorlat szerint olyan tevékenységet kell érteni, amelyet a munkavállaló a munkaszerződés alapján vagy a munkáltató érdekében végez. A tevékenység gyakorlásának közeli kapcsolatban kell állnia az üzemmel, illetve az üzem hatáskörével.²⁵ Nem állapítható meg az összefüggés a munkavégzés és a munkáltatói érdek között, ha a károkozásra az üzemi jelenlét csak alkalmat teremtett. Tehát a pusztán időbeli vagy térbeli összefüggés nem elégséges.²⁶

3. Az üzemi kockázat jogintézményének jogalkalmazási kapcsolódásai

A tanulmány e pontja az üzemi kockázat egyes jogalkalmazási kapcsolódásait hivatott bemutatni. Első lépésben a korlátozott kárfelelősség jogalapjának alkotmányjogi gyökereit vizsgáljuk meg. Ugyanis a munkavállaló egyes alapjogaiból is az következik, hogy nem feleltethető meg az alkotmányos követelményeknek egy olyan felelősségi struktúra, amely a munkáltatói kárviselés beszámítását mellőzve a munkavállaló egyoldalú és teljes terhelésén alapul. Ebben a körben egyes alapjogok magánjogba történő horizontális behatása kerül előtérbe (*Drittwirkung*). Majd a jogintézmény és a vétkesség kapcsolatát mutatjuk be. Azt vizsgáljuk, hogy a gondatlanság egyes fokai kapcsán milyen intenzitással jelenik meg az üzemi kockázat intézménye. Harmadik lépésként a bírói gyakorlatba történő integrálás jogi eszköze kerül a figyelem középpontjába. Végül pedig a jogintézmény vétkességet és felelősséget befolyásoló hatására helyezzük a hangsúlyt.

3.1. Az üzemi kockázat mint az alkotmánykonformitás garanciája

Az Alkotmánybíróság (*Bundesverfassungsgericht*) gyakorlata szerint az alapjogi normák nem pusztán az egyén állammal szembeni, szubjektív védelmi jogát jelentik. Ezen túlmenően azok megtestesítenek egy objektív értékrendet is, ami – mint alkotmányjogi alapdöntés – valamennyi jogterület számára iránymutatásul szolgál mind a jogalkotó, mind pedig a jogalkalmazó tekintetében. Így a polgári jogi szabályok sem állhatnak szemben azokkal az elvekkel, amelyek az alapjogokban testesülnek meg. Ez mindenekelőtt érvényes azokra az előírásokra, amelyek kényszerítőek, és így a privátautonómiát is korlátozzák.²⁷

A BAG meglehetősen későn nyúl a korlátozott kárfelelősség és vele együtt az üzemi kockázat alapjogi kapcsolódásához. A felelősségkorlátozás jogi alapjának alkotmányjogi

²⁵ Günter Schaub – Ulrich Koch – Rüdiger Linck: *Arbeitsrechts-Handbuch*. München, Verlag C.H. Beck, 2005, 438.

²⁶ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht i.m. 831., Hansjörg Otto – Roland Schwarze: *Die Haftung des Arbeitnehmers*. Karlsruhe, VVW, 1998, 81–85.

²⁷ Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 12. Auflage, 2012, zu GG Art. 2 (Schmidt) Rn. 31–32. (www.beck-online.de)

értékelése először a BAG 12.10.1989 8 AZR 276/88 számú határozatában jelenik meg. A BAG a munkavállaló pénzügyi megélhetését veszélyeztető teljes kártérítési kötelezettség, a bér és az általános személyiségvédelem közötti összefüggésre utal. Hivatkozik a német alkotmány (*Grundgesetz* továbbiakban GG) alapjogi kartája által deklarált általános cselekvési szabadságra [GG 2. § (1) bek.], megjelölve egyúttal az emberi méltósághoz fűződő jogot [GG 1. § (1) bek.] is. Eszerint mindenkinek joga van személyiségének szabad kifejlesztésére, feltéve, hogy az mások jogait nem sérti, illetve nem ütközik az alkotmányos és erkölcsi rendbe. Ez az alapjog egyrészt megtestesíti a munkáltató gazdasági tevékenységére irányuló szabadságát, valamint arányos mozgásteret biztosít annak vállalkozási kezdeményezésének szabad kifejlődésére. Másrészt pedig védi az általános személyiségi jogot (*allgemeine Persönlichkeitsrecht*), ezáltal pedig a munkavállaló személyiségének szabad kibontakozását. Ez éppen a munka világának modern alakulására és az ahhoz kapcsolódó veszélyekre tekintettel nyeri el jelentőségét. A BAG 12.06.1992 GS 1/89. számú határozata már a munkavállaló szabad hivatásgyakorlásához fűződő jogára [GG 12. § (1) bek. 2. mondat] is tartalmaz utalást. Eszerint egy korlátozásoktól mentes felelősségi alakzat a munkavállalói oldalon mind a személyiség szabad kifejlődéséhez való jogba, mind pedig a hivatásgyakorlásához fűződő jogba aránytalan behatolást jelentene. A hivatásgyakorlás szabadságához fűződő jog a személyiségi jog megvalósulásának lényeges részét képezi. Megtestesíti az általános életszükségletek és az egzisztenciális minimum biztosításának igényét. Ezek az emberhez méltó élet legalacsonyabb szintű feltételeiként jelennek meg, összefüggésben a GG 20. §-ának (1) bekezdésében foglalt szociális állam konstrukciójával. A szabad hivatásgyakorlás joga aránytalan mértékben kerül korlátozásra akkor, ha a munkaviszonyban a viselt általános kárriskózat el nem várható anyagi terheléshez vagy a munkavállaló egzisztenciális helyzetének veszélyeztetéséhez vezethet. Erre akkor kerülne sor, ha a munkavállaló a legcsekélyebb károkozásért is helytállási kötelezettséggel tartozna. Összefoglalva a munkavállaló kárfelelősségének intézménye – teljes kárfelelősség esetén – a munkáltató oldalán érintené a gazdasági cselekvési és tevékenységi szabadságot, míg mind a munkáltató, mind pedig a munkavállaló oldalán kihatna a személyiség szabad kifejlődéséhez és a foglalkozás gyakorlásának szabadságához fűződő jogra.²⁸ A BAG 27.9.1994 GS 1/89 (A) számú határozatában az alkotmányjogi dimenzió már kevésbé hangsúlyozott. Az indokolás szerint a törvényalkotónak a felelősségre vonatkozó szabályok kialakításánál mindenképpen figyelembe kell vennie a felek alapjogi pozíciójának kiegyensúlyozatlanságát.²⁹

3.2. Üzemi kockázat és gondatlanság: a limitált kártérítés kerete

A limitált felelősség jögalapja, illetve az ahhoz kapcsolódó alkalmazási kör – ahogyan az a bírói gyakorlat jogtudománnyal való összefonódásának bemutatása kapcsán láthatóvá vált – a mai konstrukció kialakításáig többször változott. Ennek vizsgálata mellett az sem hagyható figyelmen kívül, hogyan formálódtak a gondatlanság körében megjelenő koncepciók. A tanulmány ezen alpontja az üzemi kockázat és a vétkesség kapcsolatára

²⁸ Otto-Schwarze i.m. 36.

²⁹ Otto-Schwarze i.m. 36.

irányítja a figyelmet. Azaz arra helyeződik a hangsúly, hogy a gondatlanság mely esetkörökben és milyen intenzitással kerül beszámításra maga a jogi konstrukció.

1957 előtt – még a RAG gyakorlatában – a gondatlanság két pilléren nyugszik: az egyszerű gondatlanságon, illetve a súlyos gondatlanságon (*grobe Fahrlässigkeit*).³⁰ Limitált kártérítésre természetesen csak az előbbi kategóriában kerülhet sor.

A gondatlanság hárompilléres szerkezete 1957 után kerül kialakításra.³¹ Eszerint a munkavállaló teljes terjedelemben helytállni tartozik súlyosan gondatlan károkozás esetében. Közepes fokú gondatlanság (*mittlere Fahrlässigkeit*) fennforgásakor az eset összes körülményét értékelve a munkáltatóval való kármegosztás irányadó, figyelemmel a méltányossági és beszámítási szempontokra. A legkönnyebb fokú gondatlanság (*leichteste Fahrlässigkeit*) esetében pedig kizárásra kerül a kártérítés, azaz a kárt teljes egészében a munkáltató viseli.³²

1983-ban a joggyakorlat ismételten a kétpilléres koncepció felé mozdul el. A BAG 23.3.1983 7 AZR 391/79. számú határozata a kár előidézésre alkalmas tevékenységek esetében mentesíti a munkavállalót a kártérítés alól enyhe és közepes fokú gondatlanság esetében. Ekkor ugyanis a munkavállaló vétkességének foka – elszakadva a polgári jogi terminológiától – nem minősül súlyosnak (*nicht schwere Schuld*). Tehát valamilyen kár, amelyet a munkavállaló sem nem szándékosan, sem nem súlyosan gondatlanul nem okozott, a munkáltató üzemi kockázatához tartozott.³³ A BAG indokolásában utal arra, hogy a munkáltató az üzemi munkamegosztásra tekintettel a munkavállalót munkaszpecifikus veszélynek teszi ki. A munkamegosztás módja és formája, valamint az üzemi szervezet kialakítása a munkáltató érdekkörébe esik. Az üzemi- és munkaszervezetet a munkáltató képes meghatározni, figyelemmel annak utasításadási jogára, illetve tulajdonosi pozíciójára. Minderre a munkavállalónak alapvetően nincs befolyása. A munkáltató van leginkább abban a helyzetben, hogy mind technikai, mind pedig szervezeti intézkedésekkel az üzemspecifikus kockázatot uralja, illetve, hogy a kárt magát biztosítsa. Az üzemi munkamegosztás nem vezethet ahhoz, hogy a munkáltató a kockázatot áthárítsa a munkavállalóra. A kár nagysága elsődlegesen a technikai és szervezeti kialakítástól függ. Nem hagyható továbbá figyelmen kívül, hogy a technológiai fejlődés minden gazdasági ágazatban ahhoz vezet, hogy a munkavállalók az értékes gépek üzembe helyezésével egyre magasabb kockázatot viselnek. Ezzel szemben a munkáltató a technikai racionalizálással bérköltséget takarít meg.

A bírói gyakorlat 1987-ben mégis visszatért a gondatlanság hárompilléres szerkezetéhez. A BAG 24.11.1987 8 AZR 66/82. számú határozata szerint nem lehet kizárni a munkavállaló felelősségét rendes (közepes fokú) gondatlanság (*normale Fahrlässigkeit*) ese-

³⁰ Otto-Schwarze i.m. 8.

³¹ BAG 19.3.1959 AP 8 zu § 611 BGB. számú határozat.

³² Arbeitsrechts-Handbuch i.m. 436.

³³ Arbeitsrechts-Handbuch i.m. 436.

tében.³⁴ Ezek után ez a struktúra határozza meg a gondatlanság esetköreit. Erre tekintettel a kártérítés limitálásának jelenlegi szabályai a következőképpen alakulnak. Súlyos gondatlanság esetében – főszabály szerint – a munkavállaló a kár teljes egészéért köteles helyt állni. A német jog által megkülönböztetett közepes mértékű gondatlanság esetében a kár megoszlik a munkáltató és a munkavállaló között. A bíróság az eset összes körülményének mérlegelésével határozza meg, hogy a felek milyen arányban kötelesek a kárt viselni, figyelemmel a méltányossági és az észszerűségi szempontokra. A bíróság többek között értékeli a munkavállaló vétkességét, a tevékenység kár előidőzésre alkalmas voltát, a munkáltató által a kár kalkulálhatóságát, illetve annak biztosítással történő fedezését, a kockázati primumot (a munkavállaló által vállalt megemelkedett kockázat munkabérben való ellentételezése), a munkavállaló munkaviszonyának tartamát, a munkavállaló életkorát, annak családi viszonyait és eddig tanúsított magatartását (BAG 23.1.1997 8 AZR 893/95. számú határozat).³⁵ A gondatlanság legenyhébb foka esetében pedig a munkavállaló nem tartozik helytállási kötelezettséggel. A felelősség limitálásának így formálódott tételei *klauzikálón kőgenssek*, tehát attól a munkavállaló terhére sem munkaszerződésben, sem pedig kollektív szerződésben eltérni nem lehet (BAG 5.2.2004 8 AZR 91/03. számú határozat).

A hárompilléres koncepcióval támasztott kritika középpontjában az áll, hogy a munkavállaló a munka teljesítése során – tekintettel az emberi tökéletlenségre – elkerülhetetlenül követ el kisebb hibákat. Következésképp nem elfogadható az álláspont, ami szerint már könnyű vagy közepes fokú gondatlanság esetében is felelősséggel tartozik a munkavállaló. Ennek azért sincs létjogosultsága, mert szabály szerint nem kerül sor kiegészítő bérelemmel való ellentételezésre.³⁶ A kétpilléres koncepció támadható pontja ugyanakkor annak belátása, hogy az a munkavállalót tudat alatt ösztönözheti kisebb fokú hanyagságok tanúsítására.

Összegzésként általánosságban megállapíthatjuk, hogy az üzemi kockázat intézménye egyrészt csökkentheti, másrészt pedig akár nullára is redukálhatja a kártérítés összegét. Az intézmény a vétkesség fokával fordítottan arányos. Így minél kisebb mértékben gondatlan a munkavállaló, annál nagyobb teret enged a bírói mérlegelés az üzemi kockázat értékelésének, tehát annál kisebb kárrész hárul a munkavállalóra. A jogfejlesztés eredményeképpen tágul az üzemi kockázat beszámításának határa, ugyanis jelen szabályok szerint az meghatározott esetekben (ld. 4.4.) még a súlyos gondatlanság esetében is beszámítást nyer.

3.3. Az üzemi kockázat jogtechnikai megoldása

Kiindulópontunk szerint a jogalkotás, illetve a bírói jogfejlesztés hivatott a munkajog, illetve az alkotmányjog szabta követelményeknek megfeleltetni a szolgálati szerződést mint munkaszerződést. Megállapítottuk, hogy a munkavállaló munkáltatóval szemben fennál-

³⁴ Otto-Schwarze i.m. 12–13.

³⁵ Kai Altemann: *Die betriebliche Praxis der Arbeitnehmerhaftung*. Aachen, Verlag Shaker, 1995, 72., Gamillscheg-Hanau i.m. 77., Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht i.m. 831–834.

³⁶ Lippperheide i.m. 724.

ló, vétkességi alapú felelőssége kapcsán ún. rejtett joghézag áll fenn, amelynek feloldása törvényi szabályozás híján a bírói gyakorlatban megy végbe. Ehhez kapcsolódva ennek az alpontnak a középpontjában a jogfejlesztés jogtechnikai eszköze, az *analógia legis* áll. Eszerint a joghézag kitöltésére olyan tényállást hívunk segítségül, amely legalább egy lényeges elemében hasonlóságot mutat a nem szabályozott esettel. Láthattuk, hogy az üzemi kockázat mint jogirodalmi álláspont öltött formát. Jogalapot teremt a kártérítés limitálására azaz, hogy a munkáltató oldalán – szemben a munkavállaló vétkességével – beszámítási alapot nyújt azon körülményekért, amelyek pusztán a munkajogviszony természetéből folynak. Most ennek joggyakorlatba való integrációjának eszközét mutatjuk be.

A BGB 254. § szabályozza a károsulti vétkes közrehatást.³⁷ A BGB 254. § *közvetlen (direkt) alkalmazása* során azt vizsgálják, hogy a munkáltató vétkesen közrehatott-e a kár keletkezésében, illetve eleget tett-e kárenyhítési kötelezettségének. A törvényhely ezzel összefüggésben ír elő kármegosztást. Ennek értelmében a károsult (munkáltató) maga viseli a kárnak azt a részét, ami abból származik, hogy ő maga a forgalomban megkövetelt gondosság szerint elvárható magatartást elmulasztja tanúsítani. A károkozótól (munkavállalótól) csak az ezt meghaladó részben követelheti kárának megtérítését. Így minősül többek között tipikusan a munkavédelmi előírások megszegése, hibás gépek üzembe helyezése, helytelen utasítás adása, nem megfelelő szakmai ellenőrzés.³⁸

Ehhez képest a BGB 254. §-ának *analógia útján való alkalmazása* során a vétkességet, mint a szakasz egyébként szükséges tényállási elemét, nem vizsgálják. Viszont ezen hivatkozással számítják be a munkáltatói oldalon az üzemi kockázatot, amelynek alapján a keletkezett kárért, illetve annak egy részéért a munkáltató vétkességétől függetlenül is helytállni tartozik.³⁹

A tényállások megítélése során szükséges figyelemmel lenni a kétszeres értékelés tilalmára. Tehát az a körülmény, amely már, mint közrehatás minősített, nem vehető figyelembe az üzemi kockázat vizsgálata során.⁴⁰ Amennyiben pedig a bíróság egy tényállási elemet mint vétkességet csökkentő körülményt vizsgált, úgy az nem értékelhető közrehatásként is.⁴¹ A munkáltató vétkességtől függetlenül megállapított üzemi kockázata (illetve vétkes közrehatása) és a munkavállaló vétkessége egymással szemben kerül elszámolásra.⁴²

3.4. Az üzemi kockázat finomítása a joggyakorlatban

Az üzemi kockázat kihat mind a vétkességre, mind pedig a felelősségre (*verschuldens- und haftungsmindernde Wirkung*). Az intézmény vétkességre kiható hatása a vétkesség „relatívává válásával” kapcsolódik össze. A munkavállaló magatartása, illetve vétkessége

³⁷ BAG 27.9.1994 GS 1/89 (A) számú határozat.

³⁸ Kohte 1983 i.m. 1607.

³⁹ BAG 27.9.1994 GS 1/89 (A) számú határozat.

⁴⁰ Krause i.m. 584.

⁴¹ Kohte 1983 i.m. 1607.

⁴² Raimund Waltermann: Risikozuweisung nach den Grundsätzen der beschränkten Arbeitnehmerhaftung. In: RdA 2005/2, 98–109., 99.

adott körülmények között – például a kezdő munkavállaló tapasztalatlansága esetén – eltérően minősülhet a munkáltatóval és más forgalmi résztvevővel szemben. Amíg magatartása harmadik személy tekintetében például súlyosan gondatlan, addig munkáltatójával szemben – az általa vállalt magasabb kockázatra, a munkavállaló tapasztalatlanságára tekintettel – csak közepes fokban gondatlan. Ennek oka, hogy a munkáltató oldalán ilyenkor megemelkedik a vállalt üzemi kockázat mértéke. Ebben a körben értékelhető többek között a munkavállaló túlterheltsége, túlhajszoltsága, az adott munkahelyi situációban megemelkedett stressz.⁴³ A következő jogeset a konstrukció jobb megvilágítására szolgálhat.

A BAG 23.3.1983 7 AZR 391/79. számú határozatának tényállása szerint a munkavállaló egy brémai húsüzem alkalmazásában gépjárművezetőként kezdett dolgozni röviddel azt követően, hogy megszerezte a jogosítványt. A munkába lépéskor a gépkocsi park vezetőjétől kapott ugyan általános utasításokat, kitanításra az általa vezetett gépjármű sajátosságait, valamint a helyi viszonyokat illetően már nem került sor. Különösképp arról sem tájékoztatták a munkavállalót, hogy 200-300 m-re a telephelytől van egy vasúti átjáró, ami csupán 3 m magas. A munkavállaló próba gyanánt elkísért egy másik vezetőt Kölnbe, visszafelé pedig már mintegy 4 és fél órát maga vezetett. Röviddel alkalmazása utána a munkavállaló azt a feladatot kapta, hogy egy pótkocsi teherautót a telephelyen máshova helyezzen át. Ennek magassága 3,65 m volt. A munkavállaló úgy érzete – mint ebben a feladatban még gyakorlattal nem rendelkező –, hogy a gépjármű hosszára, illetve a parkoló gépjárművekre tekintettel nem tudja a telephelyen megoldani a feladatot. Ezért a gépjárművel kihajtott a telephelyről, hogy jobb pozícióba kerülve könnyebben tudjon manőverezni. Ehhez végighaladt az utcán, ahol egy éles jobb kanyar után következett a 3 m magas vasúti felüljáró, ahol egyébként már a munkáltató több sofőrje beragadt a gépjárművel. Erre már a telephelynél a magasságot is tartalmazó közlekedési tábla figyelmeztette a dolgozókat. A munkavállaló – a gépjármű vasúti felüljáróba való beragadása folytán – jelentős kárt okozott a munkáltatónak. A tartományi bíróság szerint a sofőr nem ellenőrizte a magasságot, illetve figyelmen kívül hagyta a figyelmeztető táblákat. Ennek folytán magatartása súlyosan gondatlanként lenne minősíthető. Súlyos gondatlanság esetében azonban mind az objektív, mind a szubjektív körülményeket értékelni kell. Ennek megfelelően a tartományi bíróság helyesen arra alapítja döntését, hogy a munkavállaló vétkességének foka nem éri el azt. Ebben a körben ugyanis a bíróság a káreseménnyel összefüggő szubjektív körülményként a munkavállaló javára értékelte a hiányzó gyakorlatot, valamint a gépjárművel kapcsolatos jártasság hiányát.⁴⁴

Az üzemi kockázat felelősségsökkenő hatása azt jelenti – ahogyan arra már kitértünk –, hogy a BGB 254. §-ának analóg alkalmazása alapján a kár egy részét vagy egészét a munkáltató viseli. Ennek mind enyhe, mind közepes, mind pedig súlyos gondatlanság esetében helye van, illetve helye lehet. Ekként minősül például, ha a gépkezelő munkavállaló súlyos hibája azért eredményez nagy összegű kárt, mert maga a gép különösen

⁴³ Kohte 1983 i.m. 1605–1606., Gamillscheg–Hanau i.m. 74–75., Döring i.m. 127.

⁴⁴ Kohte 1983 i.m. 1606.

értékes. Ebben az esetben a magatartás – akár egy harmadik személlyel, akár a munkáltatóval szemben is – súlyosan gondatlanként értékelt, ugyanakkor ennek ellenére indokolt a csökkentés. Hiszen az a körülmény, hogy a munka során igénybe vett gép értékes, mindenekelőtt a munkáltató üzemi kockázatának körében értékelendő.⁴⁵

Már utaltunk arra (ld. 4.2.), hogy súlyos gondatlanság esetében korábban teljes kártérítésnek volt helye. A hatályos bírói gyakorlat szerint ugyanakkor ebben a körben is érvényesülhet az üzemi kockázat. Ugyanis a BAG 23.01.1997 8 AZR 893/95. számú határozata szerint nem kizárt súlyos gondatlanság esetében sem a kártérítés mértékének korlátozása. Az eset összes körülményének mérlegelése során az a körülmény hangsúlyos, hogy a munkavállaló keresete és a tevékenységgel vállalt kárkockázat között egyértelmű aránytalanság áll-e fenn. A BAG 12.10.1989 8 AZR 276/88. számú határozatának indokolásában – a súlyos gondatlanság kapcsán – a bíróság kifejti, hogy az üzemi kockázat mindaddig alárendelt szerepet játszik, amíg a keletkező kár mértéke nem veszélyezteti a munkavállaló egzisztenciáját. Tehát mindaddig, amíg a munkavállaló abban a helyzetben van, hogy béréből fedezni tudja a kárt, nincsen nyomós ok arra nézve, hogy szociális megfontolásból korlátozzák a kártérítést. Továbbá utal a bíróság arra, hogy öszszeszerű korlátozást csak a jogalkotó határozhat meg. Ehhez képest ugyanakkor a LAG München 27.07.2011 11 Sa 319/11. számú határozatában már úgy foglal állást a tartományi bíróság, hogy a munkáltató kártérítési igénye a súlyosan gondatlanul közlekedési balesetet okozó gépjárművezető munkavállalóval szemben rendszerint 3 havi bruttó keresetre korlátozott.

Kérdésként vethető fel, hogy a munkáltató pontosan megfogalmazott szolgálati utasítással képes-e a felelősségkorlátozás, illetve az üzemi kockázat határait elmozdítani. Ez a probléma a LarbG Mainz 26.01.2011 7 Sa 638/10 számú határozat kapcsán is megiejenik. A tényállás szerint a munkavállaló ápolóként dolgozott. A munkáltató profilja mobil beteg- és idősgondozással kapcsolatos feladatok ellátása. A munkavállaló a munkáltató szolgálati gépjárművében okozott kárt. A munkáltató arra hivatkozott, hogy a munkaszerződés egy speciális szolgálati utasítást határozott meg, amely szerint a munkavállalónak tilos a szolgálati gépkocsival tolatni, amennyiben nincs jelen egy másik személy (pl. kísérő, járókelő), aki gépjárművön kívül gondoskodik a biztonságos eligazításról. Kivétel e szabály alól a parkoló öbölbe való beállítás, ha a tolatás sürgősen szükséges és a vezető különös gondosságot tanúsít. A bíróság kifogásolta a szolgálati utasítás nem világos voltát, ami tartalmilag sem összeegyeztethető egy mobil beteg- és idősgondozással foglalkozó ápoló személy napi munkájával. Harmadik személyek bevonása további kockázatot eredményez, hiszen például az egyes járókelők képességei egyébként is különbözők. Éppen ezért a szolgálati utasítás relevanciáját a felelősség tekintetében az elsőfokú és a másodfokú bíróság is elutasította. Az eljáró bíróságok a felperes vétkességét könnyű fokúnak ítélték meg. A jogesetből az a következtetés vonható le, hogy a felelősséget korlátozó bírói gyakorlattól munkáltatói utasítással sem lehet a munkavállaló hátrányára eltér-

⁴⁵ Kohte 1983 i.m. 1606–1607., Gamillscheg–Hanau i.m. 75.

ni.⁴⁶ Megállapítható, hogy a szolgálati utasítások a belső üzemi folyamatokat rendezik és strukturálják, de azok nem eredményezhetnek eltolódást az üzemi kockázat viselésében. Továbbá érdemes kiemelni, hogy a GewO 106 §-ából, illetve a BGB 315. §-ából következik ugyan a felelősséghatárolás munkáltatói utasítással történő csökkentése, de az előbbi jogeset is azt mutatja, hogy ilyenfajta gyakorlat az utasításadás kontrollját jelentő eszközök ellenére is nyilvánvaló jogbizonytalanságot eredményezne.^{47 48}

Ugyanakkor megjegyzendő, hogy a munkáltató utasításadási jogát gyakorolva szoríthatja a legalacsonyabb szintre magát a kárkockázatot.⁴⁹ Amennyiben a munkáltatói utasítás szándékos megsértése nem vezetne teljes kártérítéshez, úgy a felelősség intézményének tartalma puhulna fel.⁵⁰

4. Záró gondolatok

Összegzésképpen a vizsgált német jogintézmény azon vonásai kerülnek kiemelésre, amelyek a munkavállaló kártérítési felelősségének magyar modelljéhez képest nagyfokú eltérést jelentenek. Figyelemmel arra, hogy a tanulmány által csak egyes kérdéskörök kerültek megvizsgálásra, az így összefoglalt lista nem törekszik a teljesség igényére.

Egyrészt a limitált kártérítés német konstrukciójának kialakítása nem jogalkotói, hanem jogalkalmazói úton megy végbe. A kártérítés korlátozásának jogi alapja, vagyis az üzemi kockázat intézménye rugalmas rendszert biztosít. Ehhez kapcsolódóan a bírói mérlegelés jut kiemelkedő szerephez, amelynek keretében a munkavállalói és munkáltatói oldalon fennálló – vétkes, illetve attól független – körülmények egymással szemben való elszámolásával kerül meghatározásra a kártérítés összege. Lényeges különbség, hogy olyan kárplafon, amely a munkavállaló átlagkeresetének hányadában határozná meg a kártérítés maximális összegét, szokásjogi úton sem kerül kialakításra.⁵¹

Másrészt ki kell emelni, hogy a gondatlanság fogalomköre a magyar modellhez képest eltérő. A német bírói gyakorlat egy olyan hárompilléres szerkezetet helyez a jogalkalmazás középpontjába, amely a gondossági kötelezettség megsértésének súlya szerint

⁴⁶ Juris Praxis Report Arbeitsrecht 33/2011 Anmerkung zu LarbG Mainz, Urteil vom 26.01.2011, 7 Sa 638/10 von Prof. Dr. Wolfhard Kohte.

⁴⁷ A GewO 106. §-a a munkáltató utasításadási jogáról rendelkezik. Így a munka teljesítésének helyét és idejét méltányos mérlegelés alapján meghatározhatja a munkáltató, amennyiben ezek a feltételek nem kerülnek megállapításra a munkaszerződésben, az üzemi megállapodásban vagy az alkalmazandó kollektív szerződésben, illetve törvényi rendelkezésben. Mindez irányadó a munkavállaló üzemben tanúsított magatartásának tekintetében is. A BGB 315. §-a az egyoldalú teljesítés-meghatározásról rendelkezik, tekintettel a méltányos mérlegelés elvére.

⁴⁸ Juris Praxis Report Arbeitsrecht 33/2011 Anmerkung zu LarbG Mainz, Urteil vom 26.01.2011, 7 Sa 638/10 von Prof. Dr. Wolfhard Kohte, Vö. Waltermann i.m. 106.

⁴⁹ Krause i.m. 583.

⁵⁰ Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht: i. m. 832.

⁵¹ Ld. LAG München 27.07.2011 11 Sa 319/11. számú határozat.

differenciált. Könnyen belátható, hogy ebben a rendszerben az egyes magatartásformák vétkessége sokkal árnyaltabban ítélhető meg. Az egyes vétkességi fokokhoz eltérő mértékben rendelik hozzá az üzemi kockázatot. Ki kell emelni, hogy az üzemi kockázat nemcsak a kártérítés korlátozását, hanem annak teljes redukcióját is eredményezheti.

* * *

The employee's liability based on delinquency: the risk of damage as a legal basis for the rules of liability limitation in the German law

The topic of this article is the employee's liability based on delinquency against the employer in the German labour law. It focuses on the legal basis and operation of the liability limitation in particular on the legal institution of the risk of damage (Betriebsrisiko) developed by the jurisprudence and the legal practice. The risk of damage's fundamental importance is that it creates on the employer's side – irrespective of culpability – obligation to wear the certain part of the damages in case of damage caused by negligence. Emphasis is put on – among other things – the constitutional structure of the legal institution, its relation to the concepts of negligence, its legal instrument of integration to the legal practice and its influence on culpability and liability.

Barbara Grandi

Let's deconstruct the meaning of “dependent work” to enlarge the scope of labour law

1. The problem of defining the dependent worker: the Italian and the English legal systems as two examples from the common law and the civil law

It is well known that there has been and there is still an important discussion amongst academics and lawyers about the meaning of “dependent worker”.¹ It is known also that in both common law and civil law the meaning of “dependency” is far from being a fixed point in employment law, meaning also that it is far from being indicative of a clear fact. Indeed, it is not even clear if we are supposed to deal with it as a matter of fact rather than as a matter of law.²

What is sure is that beyond the definition of dependent worker/employee, there is a huge struggle in terms of social policy, since by that definition we derive the scope of employment law. It is just the classification of a worker as a dependent one that generally implies a protection by the State which is severely different from that granted to an independent worker. This is true both for labour law and for social security law, thus meaning that both labour rights and social protections are allocated depending on whether the worker is dependent or self contractor.

Therefore, not at all by coincidence, every legal tradition (wherever being an expression of a modern economy) focuses on the issue of defining dependent work as a fundamental issue in employment law. This “definitional category” is cardinal for limiting the scope of our legal discipline in countries like Italy, United Kingdom, as well as United States, Sweden, France, Germany, Australia, Spain, Japan, etc.³

¹ It is a common feature within the modern legal systems to determine the nature of a dependent employment relationship by deriving it from several indicators. As T. Akari & S. Ouchi pointed in *Comparative Labor Seminar, The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The Scope of labor law and the notion of employees*, in JILPT Report No. 1 2004, “In the countries mentioned during the seminar the concept of employee is determined by taking various factors into consideration. But which factors take precedent over others is not clear and factor dependent and case-by-case approach are widespread. No theoretical basis has been established to help clarify what criteria should be used when approaching this question” (that comprehensive comparative study is also published in digital version in http://www.jil.go.jp/english/events_and_information/0309_report.htm). The consciousness of a worldwide common problematic when defining dependence in labor law stems also from *The Scope of the Employment Relationship* – Report V to the 92th Session of the International Labour Conference (2003) on the ILO website.

² This complex matter is theoretically approached by M. Bove, *Il sindacato della Corte di Cassazione, contenuto e limiti*, 1993 Giuffrè, 24, writing from an Italian legal perspective.

³ Comparative contributions over this topic have been offered by S. Engblom (2003) *Self employment and the personal scope of labour law* quoted above. S. Ouchi gave a contribution for Japan (*Labor law coverage and the concept of worker*), K.G.Dau Schmidt contributed for the U.S. (*The definition of employee in American*

Although the present research moves from a full analysis of the Italian and the English legal system only, the perspective of searching for a possible common legal theory makes it necessary to observe the Italian and the English systems as examples of the two main legal traditions, the common law and the civil law. Of course by taking Italy and United Kingdom as representatives of the civil law and common law we could face the risk of an unfair generalisation. Nevertheless, any further highlighting about specific aspects taking distance from the comparative approach as here proposed would contribute to rise the debate, and to provoke the search for a common theoretical framework concerning a topic that is asking for deeper investigations.⁴

It is commonly known that globalization affected labour markets and evidenced a state of ineffectiveness of the old definitions of employee as just fixed around the old big manufactory industry and around the blue collar type of employee. The increasing demand for work in the services sector, the need for outsourcing, the diversification of working styles, all this has made it particularly difficult to determine whether a subordinate position does exist in the relation between the worker and the enterprise.

The legal systems have generally gone through this economic-social evolution by adjusting themselves on a case law base rather than on a statutory law base.

As for the national legal frames analysed, we could briefly recall that the Italian system codified the definition of dependence in 1942, by stating that the employee is the one “*who agrees to collaborate with an enterprise for remuneration, carrying out intellectual or manual labour in the employment of and under the direction of the entrepreneur*”⁵ (art. 2094 Civ. Cod.), thus focusing, as for the determinant factor, on the presence of a *power of direction* actually exercised by the hirer.

This definition has been applied by law interpreters through the years to determine the personal scope of the major Italian labour rights.

Italian jurisprudence has played a major role in giving a broader interpretation to that definition, trying to accord labour rights to those worker who could have been told “under the direction” of the employer in a broad sense.⁶ Scholars have contributed

labor law and employment law), Joo-Cheong Tham for Australia (*The scope of Australian labor law and the regulatory challenges posed by self and casual employment*), C. Barnard for the U.K. (*The personal scope of the employment relationship*), R. Wank for Germany (*Diversifying Employment patterns, the scope of labor law and the notion of employees*), P. Lockiec for France (*The scope of labor law and the notion of employee: aspects of French labor law*), M. Tirabochi & M. Del Conte for Italy (*Employment contract: disputes on definition in the changing Italian labour law*), M. Ronnmar for Sweden (*The personal scope of labor law and the notion of employee in Sweden*), all these are included in 2004 JILPT Report No. 1 as quoted above.

⁴ The reader may find few specifications concerning specific countries in the following footnotes (see f.n. 8, 11, 25).

⁵ Translation from M. Tiraboschi & M. Del Conte, *Employment contract: disputes on definition in the changing Italian labour law*, in 2004 JILPT Report No. 1.

⁶ For an Italian dissertation over the case law dealing with indicators of subordination see F. Lunardon (2007) *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro - Commentario diretto da F. Carnici*, UTET, Torino, Volume

as well to give "dependence" a broader meaning, especially by analysing the economic and social dimension of dependence.⁷ From another point of observation, also a restricted meaning of "employee" has been required, in order to prevent from recognizing the strongest protections to individuals not matching the strict meaning of dependent workers nor needing such a strong protection.

According to legal theory, if the written law is expressly referring to an individual or a group of individuals, then it cannot be applied to individuals different from that named person or group of persons. It is via that name, which is a legal definition, that the personal scope of a law is declared.

This is particularly true in the continental legal tradition, where the connection between the formal wording of the law and the judge interpretation is more rigid than it is in the common law.⁸

⁷ De Luca Tamajo - Flammia - Persiani (1997) *La crisi della nozione di subordinazione e della sua idoneità selettiva dei trattamenti garantistici. Prime proposte per un nuovo approccio sistematico in una prospettiva di valorizzazione dei diversi generi, il lavoro coordinato*, in Atti del Convegno 27 maggio 1996 Centro Studi di diritto del lavoro D. Napoletano, 1997, Bari; L. Nogler (1990) *Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato*, in Ridl, I, 182, Pessi R. (1988) *Spunti per una riflessione sulla fattispecie di lavoro subordinato*, in DL, I, 513; Spagnuolo Vigorita L. (1967) *Subordinazione e diritto del lavoro, problemi storico critici*, ed. Morano, Naples.

⁸ As for the *French system*, the scope of labor law rests on the idea of dependence as well, although the definition of "employee" is not a statutory definition. It rather developed through case law, the latter making the definition quite adaptable to the evolution of industrial relations. The system provides for some legal presumptions in case of self employment (art. L 120-3) and in case of some particular profession (art. L 751-1 for sales representatives, art. L.761-2 for journalists, art. 762-1 artists and model), see P. Lockie, *The scope of labor law and the notion of employee: aspects of French labor law in 2004 JILPT Report No. 1*.

In *Germany*, the employment contract (*Dienstvertrag*) finds different definitions in different legal context. For examples in sec. 7 SGB IV (*Sozialgesetzbuch IV, Social Security Law Book IV*) we can read that items for an employment relationship are work following orders and integration in the work organization of the person giving orders. There is not full acceptance that this can be taken as a general definition, but it can be observed that the various legal definitions tend to be similar (see R. Wank, *Diversifying Employment patterns, the scope of labor law and the notion of employees*, in 2004, JILPT Report No. 1).

As for *Sweden*, the notion of employee is not statutorily defined, it is a mandatory legal concept that derives from an overall assessment by the courts, based on several indicators like the personal duty to perform according to the contract, the remuneration being a guaranteed salary, till also the economic and social situation of the worker being equal to that of an ordinary employee (see K. Kallstrom, *Employment and contract work*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, Vol 21, 1999, p. 167). See also S. Engblom (2003) *Self employment and the personal scope of labour law. Comparative lessons from France, Italy, Sweden, United Kingdom and United States*, European University Institute of Florence.

The *Japanese system* provides statutory definitions of worker for labour law purposes and collective bargaining purposes. Art. 9 of the Labour Standard Law (the basic statute in this area) says that the worker is the one who is employed at an enterprise or place of business and who receives wages therefrom, without regard to the type of occupation while art. 3 of the Trade Union Law defines the worker as the one who lives by her/his wage, salary, or other remuneration assimilable thereto, regardless to the type of occupation, thus including unemployed too.

In *Austria* a presumption of subordination is applicable in the case of sales representatives, pharmacists who work in dispensaries open to the public and sportspeople (for whom a mandatory presumption of subordination has been established (R. Pedersini, *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*, 2002, Eurofound Publishing).

In any common law legal system it has been a direct duty of judges to legally define the position of a dependent worker.

The statutory descriptions of what an employee is are quite empty in the English legal system. According to English statutory law (ERA 1996, sec. 230) an employee is: “*the individual who has entered into or works under ... a contract of employment*”, where a “*contract of employment is a contract of service or apprenticeship, whether expressed or implied and (if expressed) whether oral or in writing*”.

This norm clearly adopts a generic concept for employment, not describing any specific fact determining the dependent position: it is a redundant definition, giving the judge the chance to extrapolate any circumstances that he thinks might be expression of such implied significance.⁹

The common law judges uses to adopt a purposive approach to the definition of employee: judges tend to search for a meaning being coherent with the purpose of the law.¹⁰ For example, if the purpose of the statute is to protect an economically weak worker, then the economic type of dependence has been investigated.¹¹

A problem arises when the purpose of the law is not expressed in fully clear terms, when it is made of a multiple purposes Act for example, thus requiring a difficult in-

⁹ This is also the case for some civil law based legal systems: France, Sweden, Japan, as recalled in the note above, do provide for wide open definition. I have remarked elsewhere that common law and civil law tend to get closer when considering the labour law field (see B. Grandi, *Definizione della dipendenza ex ante e definizione ex post, rilievi dopo uno studio comparato*, in RIDL n.2/2010)

¹⁰ The purposive approach may have the effect of “individuals finding themselves classified as employees for tax purposes (...) but not employees for the purpose of employment legislation and so enjoy no employment protection” (C. Barnard, *The personal scope of the employment relationship*, in 2004 JILPT Report No. 1). See in this respect *Byrne v. Baird*, 2002. For English case law, please see reference on <http://www.bailii.org/>.

¹¹ The American System uses to adopt a definition of employee to meet the purpose of each individual Act. For example, under the National Labour Relation Act it is the control test that determines who is an employee (A. L. Goldman (1996) *Labour and employment law in the United States*, 1996, 133), with the exception of managerial employees, while under the Fair Labour Relation Act it is the economic reality test to make the play (see *Goldberg vs Whitacker House Co-op, Inc.*, 366 U.S. 28 (1961); *Rutherford Food Corp. v McComb*, 331 U.S. 722 (1947)). One may see also G. Golisano G. (2008) *Il rapporto di lavoro e la worker misclassification nella giurisprudenza USA*, in *Il lavoro nella Giurisprudenza*, 8, 776 and G. Greenhouse G. (2007) *Investigating mislabeling of workers*, in *The New York Times*, June, 9th 2007. Linder M. (1999) *Dependent and Independent contractors in recent U.S. labour law: an ambiguous dichotomy rooted in simulated statutory purposelessness*, in *Comparative Labour Law & Policy Journal*, 21.

As for the Australian system, we note that there are key pieces of labour legislation which are generically applying to both employees and independent contractors, notably much of the income tax system and the unemployment income support are concerned regardless of the nature of the working relationship. Nonetheless, “the scope of Australian labour law significantly depends on the demarcation between workers that are employees and those who are independent contractors”. The definition of employee relies upon common law investigated factors: “the prevailing approach for determining whether a worker is an employee considers a range of factors, with the key factor being the degree of control the alleged employer has over the worker’s activities” (Joo-Cheong Tham, *The scope of Australian labor law and the regulatory challenges posed by self and casual employment*, in 2004 JILPT Report No. 1).

vestigation by the interpreters of law, who are supposed to go well beyond the formal wording.

Conclusively, in both the common law and the civil law, judges are still working without strict directions in recognising the factors showing the dependent position in a given case.

No proper priority has been given to a factor as just capable of solving ambiguous relationships, but a rather common attention has been paid by both the traditions to some factors as the "control/integration" and the "economic dependence", although using relevantly different legal approaches as I will try to explain hereafter. This is worthy to be closely analysed in the perspective of searching for a common ground of legal development in labour law.

The most interesting gap while comparing the English law to the Italian law having the same purpose concerns the consideration by the judges of the economic dependence. Actually there is still no proper reference in the Italian statutory framework to what can be called the "economic dependency" although the academic debate has been traditionally highlighting that point. Italian legislation tributes little attention to the economic relevance of any performed work¹².

The consequence of this "lack of attention" in Italian law is that the range of labour rights, even those that directly derive from European law, can only benefit those who are defined as subordinated workers (hierarchical dependence), whilst in the Anglo-Saxon common law judges are in power to deal "more broadly" with dependent labour in order to allocate protections whenever a substantial form of dependency according to also the economic reality test would be proved

1. The common debate over the concept of "employment relationship"

The concept of "employment relationship" itself, as a general category, naming a bilateral agreement which obliges the employee to give a service according to a certain method, and the employer to pay a salary for it, can represent the basic legal framework for any employment relationship. Despite this, it doesn't seem sufficient to properly consider and define the position of vulnerability distinguishing a dependent worker from any other contractor.

¹² To mention a very marginal relevance of the economic dimension of the agreement for classification purposes, it can be recalled that according to D.lgs 276/2003 art. 61, a level of 5.000 euro per year is the sum the worker is supposed to earn for his contract to be defined occasional, thus not implying any form of proper dependency on that employer.

Such lack of meaning can be possibly connected to an ambiguity lying underneath the legal concept of “employment relationship”: is the employment relationship a contractual relationship or is it a status position?¹³ Is that a condition in which duties and rights derive from a mutual agreement or is it a condition in which duties and rights derive directly from the law in a broader sense? Of course the aspect of the worker’s vulnerability is theoretically considered from divergent points of view according whether the relation is meant as a contract or as a status.

Going back deeper into that old debate, that can be translated in “how far is the worker vulnerable”, and that is common to the Italian¹⁴ and the English tradition¹⁵, we consider that the point is how far the “external sources” of regulation (statutes, collective agreements, work rules, custom and practices) can affect the “internal elements” of the bilateral contract of employment itself.

Finding the roots of any employment relationship inside the category of the contract, rather than inside the law, implies both political and judicial consequences indeed¹⁶.

From a political point of view if we move from the assumption that employment should be rooted in a private contract, then the legal system will turn out to have a very marginal role in governing the relationship.

According to this theory, at its very extreme consequences, the balance between the worker and the employer is left to the market force and adjustments and the best protection the State can offer to workers is to set easy conditions for them to claim for their contractual rights, as well as to grant the most transparent exchange of information to prevent any breach or frustration of their contract¹⁷.

¹³ The theory of the “*Eingliederung*” to say it with the original German term, as introduced later into the Fifties by the European labour doctrines, must here be recalled (see for a re-construction of the contractual vs. institutional/communitarian ground of the work relationship, the debate in the Fifties by P. Ichino (2008) *Dalla liberazione alla legge sui licenziamenti*, in *Il diritto del lavoro nell’et repubblicana*, P. Ichino (a cura di), 28.

¹⁴ See R. Scognamiglio, *La natura non contrattuale del lavoro subordinato*, in *Rivista Italiana Diritto del Lavoro*, 2007, 4, 379.

¹⁵ See also S. Deakin & G. Morris, *Labour Law*, 2005, Hart publishing, 121.

¹⁶ The matter is also relevant from a strictly legal point of view, in the sense that according to a different nature of rights as derived from the employment relationship, statutory or contractual, lawyers are obliged to follow different procedures once there is need for legal defence: in Italy we find differences as for the burden of proof while dealing with contractual rather than statutory rights; in the United Kingdom they even provide for different judging authorities depending whether the right is contractual or statutory. Of course such different normative regimes are connected to particular normative aspects of the employment relationship, but nevertheless to ground such norms in the framework of a certain legal model - the given definitional category - rather than another, has a potential influence in all cases where the source of a given right and entitlement is in doubt.

¹⁷ See the noble price D. Mortesen & C. Pissarides (1994) *Job creation and job destruction in the theory of unemployment in Review of Economic Studies* 61, pp. 397-415 on the importance of information as for unemployment rates.

On the other hand, if we find that the employment relationship should find its roots in the law intended as the law of the State, then a deeper public intervention by the State in ruling the relationship between the worker and the employer would be justified. According to such a theory, the content of any employment relationship in terms of normative effects may be greatly determined by the State, in order to govern the relationship as well as to protect employees against any abuse from employers.

Scholars from both legal traditions suggest that, beyond the struggle between these two theories, a fixed point can be achieved: every legal tradition actually bases the employment relationship upon a contract and every legal tradition provides for a minimum of statutory and/or fundamental inderogable norms, determining the content of the relation. Therefore, the theoretical struggle (contract vs community) should be eventually reconsidered over any specific normative consequences deriving from the employment relationship, rather than on the relationship in its whole factual dimension; in other words, the problem should be approached not at the classification of workers level, but rather at the normative effects - discipline level¹⁸, whenever there is the need for a specific aspect of the relationship to be disciplined by a private ruling rather than to the State-community governance or the reverse.

3. Dependency in its three constituent components

Studying the matter of defining "dependency" within an employment relationship from both a continental and a common law perspective, the importance has actually emerged of a preliminary consideration of the legal method by which the two legal systems do differently approach the issue of "dependency/subordination".

After breaking through the walls of language, it is necessary indeed to set some common methodological rules in order to deal with patterns, definitions, different layers of regulations which often operate very differently in the common law and in the civil law.

A relevant point to bear in mind for comparatively proceeding towards a deeper knowledge in the legal sector, especially when comparing institutions of an Anglo-Saxon common law based legal system to a continental European civil law based legal system, is to keep separated the three dimensions that constitute the considered phenomenon.

I am referring to:

- 1) the factual essence of the phenomenon,
- 2) its legal definition,
- 3) its normative effects.

¹⁸ See more precisely in the following section.

Thereafter, it comes up to three different theoretically relevant meanings of dependency in employment law: it is necessary to separate the meaning of dependency as a “fact” from the meaning of dependency as a “legal concept/category”, and also from the meaning of dependency as a “normative effect” deriving by law to the individual being in a dependent position.

The exercise of keeping these three aspects separated from each other should continue as long as the comparative study develops itself, since it helps capturing the relevant similarities and differences while dealing with different legal patterns.

Looking at the three components of the phenomenon closely, one may note that each of them does have a connection with a fundamental public function within the legal system.

In the first place, “facts” are dealt with by judges or by other qualified interpreters of law, they are considered as the concrete elements emerging from the real case in order to apply the law and its normative implications; they are a matter of concern for any judging activity.

So, as a matter of fact, dependency refers to a complex factual situation in which the employee may be giving his work or service in accordance with any order received by the employer. For example, we refer to physically staying inside the employer’s premises, or the use of tools owned by the employer, or the operating for a fixed time every day, as well as receiving in return a monthly salary, and so on.

Secondly, “*the definitional categories*” are the words used by law in a certain context of time and space to indicate the fact which is intended to be ruled; they are functional to connect the law with the real case, so they are instrumental to the exercise of the normative power in its more technical aspect. In other words, definitional categories work like tools for applying the law, be it a judge-made law or a statutory/codified law.

So, as a legal concept, or as a legal category, the matter of dependency becomes a matter of language, definition. This may emerge as a legal discourse within a common law based legal system, while in a civil law tradition it assumes the relevance of an exact written wording, that is the content of the “norm”, containing both description of facts and statement of discipline.

Thirdly, “*normative effects*” are the discipline, they reflect the exercise of the normative power in its strictly political sense. They are what the political body (represented by the Legislator or its delegated) has chosen to connect to a certain fact (as described by a definitional category) in order to drive individuals’ behaviours.

So, as a normative effect (one may refer to a “point of ruling” also) dependency is a strict point of policy: a matter of ruling over the employment relationship which is

showing a worker's factual dependent position. It is the issue of discipline in terms of individual rights and duties that have to be recognised by the legal system in a certain historical moment.

4. Dependency as a matter of fact

Let us assume that the facts establishing the worker's dependent position are the same in the common law as well as in the continental European experiences.

This could be the real scenario, considering that most of the factors indicating a dependent labour have been commonly examined from the Italian and the Anglo-Saxon legal systems, while few facts, instead, have been equivalently investigated¹⁹.

The Anglo-Saxon common law investigates the factual nature of the employment contract by using some criteria which focus on the relationship as it appears once the case has been put to trial (*ex post*).

On the other side, it is known that European continental traditions tend to predict and pre-fix the factual points of the relationships, by describing them in abstract, thus establishing a connection to a legal-type (*ex ante*).

Such latter juridical technique has proved to be not easily adaptable to a complex factual situation like that of dependency in employment, with the result that most part of the statutory definitions do not mention any determinant factor. In other words, the complexity of a labour relationship, which is linked to the possible evolution of the many circumstances related to any work agreements, has been dealt with statutory wide-general-empty definitions for "dependent worker". This has led to a situation in which, not differently from the common law, the relevant facts showing a dependency do not really emerge in advance, they rather come out afterwards, by means of an evolving judge-made law.

The more traditional "test" to determine the dependent position of a worker in the common law is the well known "control test"²⁰, whose aim is to investigate any sign of the power of the employer to determine the purpose, the manner, as well as the location of the worker's service.

¹⁹ Factors as the direction-control exercised by the hirer, the duty to perform in person and not by delegating other people, and so on, are just some of the many factors that all the legal systems do consider for the definition of an employee.

²⁰ "A servant (employee) is a person who is subject to the command of his master as to the manner in which he shall do his work" in *Yewes v. Noakes* 1880; "Control includes the power of deciding the thing to be done, the means to be employed in doing it, the time and the place where it shall be done" in *Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister for Pensions and National Insurance*, 1968. See reference in f.n 11 for the American System.

Then there is the more recently coined “mutuality of obligation test”, aimed at considering express or implied terms in the contract that may have established a stable obligation to offer and to do the job all over a certain period of time, although the job be required and performed time by time²¹. This test has been mainly used to distinguish an employee from a casual worker, considering the latter not as dependent because of the assumption that dependent employment must imply a continuative kind of agreement.

Moreover, we should consider the “integration test” and the “economic reality test”.

The first one is aimed at checking if the worker is part of the enterprise or not, if his job is peripheral or integral to the enterprise²².

The “economic reality test” considers instead the nature of the relationship from a financial/economic point of view²³: whose economic interest is to be realised with that service? Is it the economic interest of the employer or is it the economic interest of the worker? How may the economic situation between the worker and the employer be defined? Is the worker economically dependent on the employer or is he working for more “employers/clients” so as to appear in the same position of an independent professional? These are the questions that the economic reality test should consider in order to find substantial proof of the dependent/independent nature of the employment relationship.

Recently the case law in the UK has been more akin in using a multifactor test when investigating a worker’s dependence, according to the increased complexity of law and its purposes, and according to the increased complexity of the working relations as well²⁴. This kind of investigation does imply the use of control, mutuality of obligation and economic reality test in the same case.

Apart from facts arising from this last economic reality investigation, which does not find a proper equivalent in the continental legislation, it can be said that the Ital-

²¹ See, for the English system, *O’Kelly v. Trusthouse Forte*, 1983 wherein the employer used to hire workers on a causal basis, and to give preference in future hiring to the most frequently engaged once. The court didn’t find evidence of a proper mutuality of obligation in that case. See then *Carmichael v. National Power plc*, 2000, *Nethermere v. Gardiner*, 1984.

²² See *Stevenson Jordan & Harrison v. MacDonald & Evans* 1952, for the English System, declaring “under a contract of service a man is employed as part of the business and his work is done as an integral part of the business; whereas under a contract for service, his work, although done for the business, is not integrated into it but is only accessory to it”.

²³ See for the English system, *Consistent Group Ltd v Kalwak* del 2007; *Lane v. Shire Roofing Ltd* del 1995, nonché *Byrne & Brothers v Baird* del 2002. As for the American System see in f.n. 11 above.

²⁴ See *Market Investigation Ltd v. Minister of Social Security*, 1969, stating: “The most that can be said is that control will no doubt always have to be considered, although it can no longer be regarded as the sole determining factor; and the factors which be of importance are such matters as whether the man performing the services provides his own equipment, whether he hires his own helpers, what degree of responsibility for investment and management he has, and whether and how far he has an opportunity of profiting from sound management in the performance of his task”.

ian judge (not differently from many other continental judges) pays approximately the same attention to facts revealing the position of a typical employee as the English judge does: all those facts that can prove the exercise of a control over the worker's performance and his integration within the enterprise, as well as the facts that may prove a mutuality of obligation between the worker and the employer, all of these facts are likely to create a situation of dependent labour according to both Italian and English standards.

More precisely, facts that judges from the common law and judges from the continental tradition have commonly taken into consideration to give substance to an employment relationship are almost the same insofar as we refer to a large concept of personal employment contract, thus including the so called semi-dependent workers²⁵;

Three main *factors* can be actually recalled as establishing dependent relationships such as broadly meant²⁶.

²⁵ By **semi-dependent workers** we mean another legal category which content is quite difficult to comprehend. Atypical workers can be substantial employees not formally recognized as dependent workers, as well as actual and genuine independent contractors being linked to the employer by a certain degree of dependence.

According to the Italian system, semi-dependent workers are those named "lavoratori parasubordinati" (literally those individuals collaborating personally and continuously with the enterprise according to art. 409 Civ. Proc. Cod).

On the English side, such a larger range of personal work contracts may include agreements with those that can be named as just workers, as defined by the Employment Rights Act 1996 defining "workers" as those "Individuals who have entered into or works under a) a contract of employment or b) any other contract whether expressed or implied and (if expressed) whether oral or in writing, whereby an individual undertakes to do or perform personally any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or undertaking carried on by the individual" According to some case law in UK (see in particular the case *Byrne & Brothers v Baird*, 2002) the Working Time Regulation 1998 as later amended, and some academics too (G. Davidov (2005) *Who is a Worker?* ILJ, 34, 57) the workers who are entitled to the protection therein provided are supposed to be in "a substantial position as an employee when facing the employer" thus implying their economic vulnerability. For workers as mentioned in the Minimum Wage Act 1998 can be argued the same.

In *Portugal*, the law has introduced the notion of 'equivalent employment' which refers to formally autonomous employment relationships "which are considered to be close to subordinate work and therefore are believed to deserve the same protection" and in *Greece*, employment relationships based on 'contracts for services' can be considered as possibly involving economically dependent workers "as they are midway between dependent employment and self-employment and they are not covered by labour legislation"(R. Pedersini, *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*, 2002, Eurofound Publishing).

For more details on semi-dependence as an hypothesis of a mid-way legal category between self contracting and subordination, see S. Engblom, *Equal treatment of employees and self employment*, in Int. J. Com. Lab. Law&Ind.Rel. 2001, 211, 222; T. Akari & S. Ouchi et. Al. *Comparative Labor Seminar, The mechanism for establishing and changing terms and conditions of employment/The Scope of labor law and the notion of employees*, in JILPT Report No. 1 2004.

²⁶ "Duration", that is a different concept from "continuity", is dealt with when we consider special type of contracts, for instance an apprenticeship or a temporary work; we also deal with duration when aiming to apply a specific entitlement as connected to duration (as it happens in the case of protection against dismissal in the English system).

- 1) In the first place there is the prevalent “personal contribution” of the person to the activity to be done, notwithstanding the fact that he/her may have opportunities to ask for help from others. Any kind of help and collaboration from a third party must not obscure the main personal activity just done by that worker. This is a pure “fact-based-factor”.
- 2) Secondly, the performance of work is supposed to be “continuous” for a certain period of time. This factor does emerge from the mutuality of obligation test in the common law as well as from the Italian jurisprudence dealing with the so called “*lavoro parasubordinato*”. Nevertheless a specific duration is not generally required⁷ nor what kind of regularity is required to establish continuity is specified, therefore this “factor” turns to be a general and abstract “concept” thus interpretable by judges. In other words, continuity should be intended more like a strict definitional category indeed, rather than a pure fact.
- 3) The third factual element is the “power of the employer to direct”, to some extent, the performance of the worker. And here comes the main traditional issue: identifying the facts that can represent a relevant direction of the worker’s performance by his employer. Similarly to the element of continuity, here too the specific factual grounding establishing a “control” is necessarily delegated to the interpretation of lawyers. It follows that this factor too represents a legal and abstract concept rather than a pure fact.

It is lastly, again, remarkable that facts arising from the English-American “economic reality test” cannot similarly be taken into consideration from a European continental judge, since in most of the countries, the legal definition do not provides for such an open economic related provision ²⁷.

Such a lack of concern by the Italian jurisprudence ²⁸ (not by the doctrine as well, as I will point out later) is possibly due to the rigid interpretation given to art. 2094 of Italian Civil Code, as well as to other European legal definitions, which are norms defining the subordinated worker by using a terminology focusing on a hierarchical/functional dependence as noted above.

5. Dependency as a matter of terminology

After realising that dependency may result from the same facts in every social context, now we must consider the strict juridical aspects of this: firstly from the perspective

²⁷ It must be recalled the particular exception of Spain, as I will mention later. I may do not give an updated information on similar provisions introduced recently in other countries.

²⁸ As examples of cases where the economic reality test has been stressed out there are: *Consistent Group Ltd vs Kalwak*, 2007; *Lane vs Shine Roofing*, 1995; *Byrne & Brothers vs Baird*, 2002. See also R. Pedersini, *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*, 2002, Eurofound Publishing

of the legal terminology that can be used to describe such a relevant factual situation, secondly from the perspective of the normative effects, that is the normative impact that the legal system, in its more political drive, is going to derive from the happening of those facts.

As for the terminology, it can be appreciated that the comparative analysis may be of great relevance for the development of law as far as it turns out into a legal wording that can be directly understood by any reader from the other legal tradition²⁹. On this path, the use of the English language as the simplest language may just help, in the sense that it could represent a reference for finding a common wording: if a legal discourse, written or spoken, is given in a form that can be directly translated in English, in other words if it is given with a vocabulary easily reproducible in English, then it would also be easier for lawyers from different traditions to talk and to interact with each others.

At first, when I started studying comparatively the meaning of dependent work, I concentrated, on the side of the Italian tradition, on the meaning of the term "*subordinazione*" - "subordination".

The "subordinated worker" can be recalled as the main definitional category in Italian labour law, as it is the legal definition that limits the application of all the major social protections: all the main rights are addressed, in Italy, to those workers that can be defined as "subordinated workers", according to the norm of art. 2094 of the Italian Civil Code.³⁰ The whole Italian security system, from unemployment benefits to the protection of illness is connected to the status of being a "subordinated worker" and there are only few exceptional rules that recognise social rights to atypical workers³¹.

The Italian tradition, through all the years from the origin of labour law as an independent field of studies, has recognised the category of subordination as the one defining the dependency of the worker on the employer: in other words, *the term subordination and the term dependency* have had the same meaning in Italian labour law.

Italian labour scholars and lawyers have had several opportunities for discussing deeply and carefully the meaning of subordination³² but only recently the need to

²⁹ About the importance of a simple wording as a point for efficiency in a legal context see "The Decalogue of Smart Regulation" adopted in Stockholm in 12th November 2009 by the High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens (see at <http://www.pietroichino.it/?p=6836>)

³⁰ See amongst many other important studies: L. Spagnuolo Vigorita, *Subordinazione e diritto del lavoro*, 1967, ed. Morano; M. Pedrazzoli, *Democrazia industriale e subordinazione*, 1985, Giuffrè; P. Ichino, *Subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, 1989, Giuffrè.

³¹ According to the study of R. Pedersini, *Economically dependent workers, employment law and industrial relations*, 2002, Eurofound, also Belgium, Austria, Denmark, Finland, France, Italy, Portugal (Spain) do provide for a central terminology of subordination to mean the workers' dependence.

³² See, for a deeper analysis into the French and Spanish case for the definition of the economic and bureaucratic dependence in personal work relations (as well as for more details on the scholars' and judicial approach to the matter in Italy and in the United Kingdom) O. Razzolini, *The need to go beyond the contract:*

consider clearly the economic dependence as separated from what has been mainly interpreted as a functional and hierarchical kind of dependency (subordination) begins to be stressed also at a law making-level. *Subordination is thus on the way to represent a sort of sub section within the broader concept of “dependency”.*

The inability of the Italian legal system (not differently from other European continental systems) to describe the workers' condition of weakness while facing the employer has thus been revealed.

6. Dependency as a matter of normative effects

Dependency does mean the discipline ruling the relationship also. Being a dependent worker does imply having several rights and duties, like being the employer on the other side does³³

The dependent worker is subject to the control of the employer when performing his duties, he is obliged to serve the employer with loyalty and fidelity, he has the right to be paid regularly according to the economic agreement, he is obliged to contribute

economic and bureaucratic dependence in personal work relations, in *Comp. Labour Law & Policy Journal*, Vol. 31, Num. 2, Winter 2010. The Author is there moving from the need to go forward what are considered as traditional antithetical terms (equality versus subordination, contract versus hierarchical organization, freedom of contract versus employment relationship) and argues the opportunity of reducing the attention paid to formal agreement “to focus instead on the day-to-day facts of the relationship, denoting a condition of economic and bureaucratic dependence of the worker *vis-à-vis* the other party”.

³³ Let us have a look at the main rights that the English legal system and the Italian legal system draw out from a dependent relationship.

Taking the Italian legal system, amongst the subordinated worker's major rights is the right to a sufficient and proportional wage according to art. 36 of the Constitution, quantitatively interpreted by judges as the level of wage resulting from the collective bargaining. The subordinated worker has the right not to be dismissed but for justified reasons as mentioned in the law, and to claim for damages when the dismissal is unlawful. He has the right to a lump sum once the contract has finished and linked to the duration of employment, he has the right to social security treatments in case of illness and maternity and she cannot be dismissed in such periods; he/her is obliged to contribute to the social security system with a deduction of 33% of the total income, and, regardless to the fact that contributions have been regularly paid (by the employer, who is asked to directly operate the deduction) he/her will be able to access to social security treatments.

In the English legal system, amongst the major rights that a dependent worker may claim for, there is the one to a minimum wage as stated in the National Minimum Wage Act 1998; he has the right to claim against a wrongful or unfair dismissal and to consequential damages (Employment Rights Act 1996); the employee has the right to a contractual and economic protection in case of illness and maternity; moreover, he is obliged to contribute to a certain scheme as for tax purposes, and to contribute to the social security system according to the Class 1 scheme (instead of Class 2 concerning independent workers).

Looking closer at the English statutory and case law, it is firstly to be noted that some of the main rights do not apply to subordinated workers only, but broadly they apply to “employees” meant as dependent workers; furthermore, occasionally they apply to “workers” not further defined, as in the case of the National Minimum Wage Regulations, the scope of which is extended beyond the area of the typical dependent employment.

to the tax and social security system in a percentage on his income which is different from the contribution of an independent worker, and so on.

These are just some of the possible normative effects deriving from a position of dependency; some of these effects derive from the intervention of a third party, as it happens in correlation to the organised social security system, be it private or public. The latter intervenes because the execution of a professional relationship is connected by law to the social need to remedy to old age or unemployment.

Such aspect of dependency reflects the policies underlying the employment relations as governed by the legal system: it is what actually defines the way the legal system has decided to protect the worker, the way the legal system has decided to limit the individual freedom of individuals exchanging labour to be personally executed.

7. The need to use specific terms for specific kind of dependency

In an earlier study, exploring the opportunity of adopting a European comprehensive definition of the term "employee", as applicable in all relevant legislative models, I argued that this adoption would not solve the problem of workers misclassification³⁴. I reached such a conclusion after considering the content of national and European definitions for employee, but further considerations can now emerge. Beyond the assumption that several different facts may constitute a "dependent work" when this comes to be concretely executed, it was yet not clear to me that also an effort in distinguishing at the level of terminology (describing the facts) was required. Once cleared out that dependency, as a complex factual phenomenon, should be juridically analysed bearing in mind its three different components (facts, terminology, normative effects), it logically follows that not only different facts, but also different legal concepts, need to be the object of our specific attention. Then, considering that dependency as a definitional category may assume a comprehensive meaning, it would be more useful, to the aim of reforming labour law for the progress of our society, to give "dependency" some different and more specific meanings.

Specifically, what could be distinguished at a level of terminology, is the borderline between the term "subordination" and the term "dependency": an employment relationship may show a dependency but not a subordinated condition of the worker at the same time, since the worker may be asked to serve the employer with full autonomy, as it happens nowadays and more repeatedly in the global economy, and still that worker may rely on that employer only for his role in the labour market.

³⁴ B. Grandi, *Would Europe benefit from the adoption of a comprehensive definition of the term 'employee' applicable in all relevant legislative modes*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relation*, 2008,24,4, 495.

Moreover, according to the three dimensions approach which is driving this analysis, dependency just meant as “subordination” (“the subjection to a power of control”), emerged in the common law and in the civil law, is a word actually indicating not a factual point, not a concrete execution, but rather the normative effect deriving from the contract. In every employment relationship the exercise of control over the performance of the individual is a direct normative effect based on the contract as on the legal system that recognises that contract. Another thing is “the fact” of actually accepting such a control by the worker and behaving consequently, as well as “the fact” of actually exercising that control on the part of the employer, that has to be included indeed within the factual dimension. These latter things are supposed to be the object of an *ex post* interpretation by judges and lawyers. By contrast, the normative effect stands within the legal system at an abstract level, *ex ante*, independently of how the parties will actually act in reality. Therefore the temporal dimension turns out to be crucial in such a distinction.

The consequence of this observation is that adopting the term subordination in order to define the dependent work (that means to define the scope of any social legislation) can be misleading: *it results in qualifying the relationship on the basis of its ruling (normative effects), while any relationship should be legally qualified, instead, on the basis of the facts that are actually establishing it.*

As the international operators do recall indeed, one of the golden rules for classification of employment relationships is “the primacy of facts”³⁵. By virtue of this rule, lawyers are supposed to address protections and obligations on the basis of facts rather than on the basis of any formal indicators, since these latter can be easily manipulated by the employer to the detriment of the weakest party³⁶.

All labour lawyers are used to deal with a galaxy of norms which are mostly mandatory, norms that cannot be derogated by the private parties, in accordance with the social nature of labour legislation and its character of public and *super partes* intervention, at least to some extent³⁷. This is why a national or even supranational definition of “employee”, if identified via any normative effect (like the functional subordination or the mutuality of obligation are) as it actually is in some countries in Europe, definitely turns out to be pointless to avoid misclassification of workers.

³⁵ See on this specific principle, the ILO Conference 91th Session 2003, *The scope of employment relationship*.

³⁶ Not all the sources of labour law do act as norms protecting the employee, but even when dealing with that called as the “enterprise-protective models” of employment contract (for instance temporary contracts, stressing the need of the enterprise for flexibility) the statutory regulation is meant to be not modified by the parties mostly as a protection on the workers’ side.

³⁷ On the theme of inderogability of labour law, see also L. Wedderburn, *Inderogability, Collective Agreements and Community Law*, *Industrial Law Journal*, 1992, 245. Against the rule of labour law inderogability, there are possible more liberal interpretations, as meant to stress the parties’ freedom of contract and their intention of determining the level of autonomy, see P. Ichino (1993) *Autonomia privata e individuale e qualificazione del rapporto di lavoro*, Giuffrè.

Such a limitation is demonstrated by the huge number of disputes pending before employment tribunals in Europe and concerning relationships which do only appear to be contracted *for* service, while a contract *of* service is often hidden under the mask of such a formal agreement. This is happening because it is easy for the employer to force the worker *ex ante* to agree to perform with autonomy, but actually to control him with specific directions during the execution of the job.

The norm conceiving the scope of its own application by referring to certain normative effects is not of any capability in preventing misclassification: simply, such a norm is not useful to prevent the huge problem of abusing the name of the agreement established by the parties. This norm may still be useful to allocate part of the discipline once the facts have been actually verified by judges: for example, if the real case shows, *ex post*, that a worker has been actually subjected to the power of the employer (he performed his job by staying for all the working time in the premises of the employer and so on), then the law may well derive some specific normative effects from this, that is entitlement of the worker to a specific regime for dismissal, tax contribution, period of notice, or whatever the policy may suggest.

In the light of the arguments exposed so far, I may now come to a significantly different conclusion about the opportunity of adopting a comprehensive definition of employee. Considering that the misclassification of workers cannot be solved by an *ex ante* legislation, nevertheless the opportunity and effectiveness of a European (as well as a national) definition for "employee", or "dependent worker", does rely on the possible content to put in this definition: *the more the statutory definition is capable to identify a concrete fact, the more it will reduce the ability of individuals, after their agreement, to escape from the legal agreement.*

8. Steps towards the development of employment contract law; the statutory definition of economic dependency.

In recent years scholars and academics all over the world have been fruitfully working on the re-framing of the law concerning personal work contracts. Only little steps have been taken towards the necessary legislation, notwithstanding the large amount of proposals. Spain now has a statute definition for economically dependent workers which is intended to consider individuals that actually receive the 75% of their income from that single employer only.³⁸

On the English side, professor Mark Freedland's research on the personal work contract dated 2003, as later adjusted and developed³⁹, is probably still one of the most

³⁸ See the Real Decreto 197/2009 (Estatuto del Trabajo Autónomo en materia de contrato del trabajador autónomo económicamente dependiente).

³⁹ M. Freedland, *The personal employment contract* 2003, Oxford university press; M. Freedland (2007) *Application of labour and employment law beyond the contract of employment*, in *International Labour Review*,

comprehensive contributions. His group has been involved in a sort of re-wording of employment law on the basis of an acceptance that its scope must be enlarged beyond employment as traditionally meant.⁴⁰

Italian lawyers have also published significant contributions. Beloved Professor Marco Biagi and his collaborators challenged the traditional legal framework from a technical point of view, expressly basing his inspiration on the English legal System, as one can appreciate by reading the White Book dated 2001 presented by the Government⁴¹. Unfortunately, just few of those suggestions, extrapolated from their whole original context, have been adopted by the legislator in the 2003 Reform: new models of work contract have been formally ruled, mostly flexible types of contracts, but little attention has been devoted to the need to redistribute rights and social protections consequentially. Only the contractual flexibility has been achieved, but no proper balance on the part of the needed protection by the legal system has been granted, with the result that self employed workers (“*a progetto*”, independent contractors) only have little recognition and actually remain with no access to the main protections like being entitled to a minimum wage⁴², being entitled to unemployment benefits, being covered by an appropriate social security system for pensions purposes, being covered against dismissal justified on economic reasons etc.

Nevertheless, some studies developed both by academic lawyers and economists have been recently presented to the Italian Parliament, and amongst their declared intentions there is that of extending the scope of fundamental employment laws to workers outside the scope of the protection now in force. These proposals⁴³ do aim at

Vol., 146, no. 1-2; M. Freedland - N. Kountorius, *Towards a comparative Theory of the contractual construction of personal work relations in Europe*, *Industrial Law Journal*, 2008, 37. All these works have enhanced the progressive idea to go beyond the meaning of employment as traditionally referred to the old master-servant type of relationship.

⁴⁰ See other precious contributions by Collins H. (2006) *Multi-segmented workforces, comparative fairness, and the capital boundary obstacle*, in Davidov e Langille, *Boundaries and Frontiers of Labour Law*, Oxford and Portland, Oregon; Collins H. (1990) *Independent Contractors and the Challenge of Vertical Disintegration to Employment Protection Laws*, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1990 Vol. 10, 353; Davidov G. (2005) *Who is a Worker?* 34, *ILJ*, 57; Davidov G. (2002) *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, in *University of Toronto Law Journal*, 52, 357; Deakin S. (2007) *Does the “personal employment contract” provide a basis for the reunification of employment law?*, *ILJ*, 36, 68; Happle B. (1986) *Restructuring Employment Rights*, in *ILJ*, 15, 69; Honeyball S. (2005) *The Conceptual Integrity of Employment*, Vol. 36 *Cambrian Law Review*. For further details on bibliography see, in particular, the contributions as reported in G. Davidov - B. Langille, *Boundaries and frontiers of labour law*, Oxford and Portland ed., 2006. Burchell, B., Deakin, S. and Honey, S., *The employment status of individuals in non-standard employment*, Department of Trade and Industry, 1999.

⁴¹ Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, proposte per una società a attiva e per un lavoro di qualità (see at www.comitatoleggebiasi.it/web/documenti/libro_bianco.PDF)

⁴² Legge n.296/2006 (Legge finanziaria 2007) art. 1 co.772 now require the “project workers” to be compensated in accordance to art. 36 of the Constitution on the sufficient and proportionate salary. There is a questionable norm in the Legge n.2/2009 stating the right of individuals with “a progetto contract” to access to a 90 days maximum unemployment benefit, that should be financed with a contribution of 20% of the benefit by the collective bargaining.

⁴³ See Disegno di legge n. 1481/2009, Disegno di legge n. 2000/2010, Disegno di legge n. 1540/2009 at <http://www.senato.it/index.htm> (proposals are from Prof. Tito Boeri, Pietro Garibaldi, Pietro Ichino,

introducing, as a definitional category, that of workers who are actually economically dependent on a sole employer by whom they derive the most of their annual income. Literally, the proposals define the *economically dependent worker as the individual who earns more than 2/3 of his total annual working income from the relationship with that employer-enterprise.*

The introduction of these definitional dispositions in the Italian system, similar to the Spanish case, would be deeply innovating under several aspects. Firstly, this definition is based on a "fact" that can make up the real case, rather than on a normative effect that can be easily manipulated by a formal agreement at the advantage of the strongest party: such a fact (the worker's receiving the majority of his income from that single employer) can only exist as an *ex post* verifiable circumstance of the case. Unlike the worker being subject to the employer's control, this is not something that can be the object of an *ex ante* agreement between the parties, because this economic dependence is *ex ante* only predictable by the parties, because it refers to a global situation which is not (completely) at will. It can happen that the worker receives compensation for his services from other employers insofar that at the end of the year he could find himself in an economic position not completely relying on a single employer⁴⁴.

Moreover, economic dependence in this concrete meaning does not consider any psychological tensions that can exist amongst the parties and this is particularly important to prevent any possible soft manipulation of the weakest party by the employer while directing and organising the performance of his collaborators. It is well known that many legal protections allocated to dependent workers are thought, expressly or implied, to make the interest of an individual who is considered potentially threatened by the action and the attitude of the employer. This subjective vulnerability is actually recognised by the legal systems: for instance, the Italian Constitutional Court has already declared in the Sixties the principle according to which the deadline to claim for unpaid salary starts running when the relationship is finished⁴⁵ and not already when the worker may ask for his salary. This jurisprudence accorded this favourable procedure on the part of the worker on the consideration that the so called worker's "*metus*" (the Latin word for the psychological vulnerability), might frustrate the worker's effective entitlement to the salary as accorded by the Constitution. Some scholars' theories too have tried to give importance to the psychological condition of the worker, although that seems to be a rather difficult operation to be translated into a legal category. Moreover, any reference to a metaphysical aspect, rather than to a real fact, poses at a maximum level the problem of abstraction, as posed by any "normative effect", on the path to practically classify a worker.

⁴⁴ See Corte Costituzionale n. 63/1966. Time is intended to be running also during the course of the employment relationship, exceptionally, in case the contract is assisted with a regime of permanency and maximum protection according to the legislation on unfair dismissal.

⁴⁵ See the argument in this respect by G. Davidov, *The three axes of employment relationships: a characterization of workers in need of protection*, University of Toronto Law Journal, 52, 357.

A norm which would point out what the condition of the economic dependence is, may represent (in the continental legal tradition with its attitude to codify and set systematically all rules in advance) the legal category giving meaning to those facts that can be already considered by the English and American judges, namely the partition of the financial risk, the reliance of a worker on a single employer etc. which is possible through the economic reality test.

Referring to “a measured level of economic dependency”, measured upon the global income of the worker, moreover, arguably represents a step forward also in comparison to the Anglo-Saxon common law.⁴⁶ This can be argued because it gives relevance to one, amongst the economic indexes, which is the most indicative of a substantial dependency. Considering that most of the cases that can be recalled as an economic reality test application ground their conclusions on facts like the way the parties have shared the economic risk of the business, or the worker being working for that single employer only, or the obligation of the worker not to perform for others, it can be observed that these can correctly be considered as just normative effects, rather than facts, therefore they are not really significant to avoid misclassification and to avoid the connected frustration of law. In other words, those indicators of an economic dependency are not going deep into to the factual substance of the economic status as the fact of an *ex post* measured income derived from the enterprise does.

There seem to be no specific political choice in such a technique to ground a legal definition for an economic dependence. It rather seems to be the clearest way to define the dependency as it nowadays appears in the labour market all over the Continent, where the so called “open firm” or “de-structured enterprise” is still represent as the central entity around which personal work contracts continue to be established. The crucial political aspect does rise later, only at the moment when the Parliament decides consequentially “which kind of normative effects are going to rule” a defined dependent position.

Not reforming employment contract definitional categories means letting the old inadequate categories (such as that of “*subordinazione*” for the Italian system or the focus on that control test for the English system) prevent from analysing the real phenomenon judicially. This would denounce a weakness of the legal system, specifically a weakness of its administrative and political actors that are asked to keep the law effective and operational.

Since misclassification concerns a lot of work relationships whose parties are only motivated – when naming the relation as self employment or of independent contractors – by the need to escape from the normative effects connected to the traditional

⁴⁶ The problem in such a qualifying definition for being a dependent worker may be that it poses some tackles in assessing the required relative income on short time employment, during less than one year, but in a wished formalised economy, where the relevant exchange of money are recorded, a simple arithmetic proportion would solve the matter.

employment contract, it can be arguably envisaged that once the juridical recognition of the economically dependent work is made possible, then the interest in misclassifying the contracts will decrease.

It is questionable that the major protections addressed today to employees and subordinated workers are to be distributed to the larger range of economically dependent workers. Of course this is a huge policy concern, dealing with public finance as well as public social security. To draw a very brief conclusion, since lawyers use to close the circle by imagining a borderline between fundamental rights and rights at will, it can be said that while the point of extending which protection to whom may remain questionable, at the same time the idea of one or more definitional categories capable to extend the scope of fundamental rights to all workers can be supported⁴⁷. The hardest task is of the politicians.

* * *

Abstract: The article proposes to deconstruct the essence of the dependent work phenomenon into its three dimensions (facts, definitional legal category, normative effects) in order to explore a common ground of concepts meaning dependency from a comparative perspective. The study is mainly based over an English-Italian comparison and argues about the benefit that would possibly derive from defining the worker's dependency like a measurable fact specifically described by a statutory provision.

Summary: 1) The problem of defining the dependent worker: the Italian and the English legal systems as two examples from the common law and the civil law; 2) The common debate over the concept of "employment relationship"; - 3) Dependency in its three constituent components; - 4) Dependency as a matter of fact; - 5) Dependency as a matter of terminology; - 6) Dependency as a matter of normative effects; - 7) The need to use specific terms for specific kinds of substantial dependency; - 8) Steps towards the development of employment contract law; the statutory definition of economic dependency.

⁴⁷ This latest approach is the same that pragmatically the European judges have adopted while applying fundamental European rights to workers: they have an open wide category for fundamental rights but dispose a restricted personal scope in case of specific protections (es. Transfer of undertakings Directive). It is known that whenever dealing with fundamental European law (unfortunately to be considered binding only for few aspects like freedom of movement for services and persons), any worker who is involved must be intended in the broadest meaning, going beyond the duality between subordinated and autonomous workers. The personal scope of European law is quite more restricted in case of specific protections, such as rights in the event of a transfer of undertaking instead. About the variety of the possible definitions of workers according to the European Law see S. Giubboni, *La nozione comunitaria di lavoratore subordinato*, in *Il Lavoro subordinato* (a cura di Silvana Sciarra - Bruno Caruso) Giappichelli, 2009, 35. For the leading case on the meaning of worker see Case Lawrie Blum, European Court of Justice, 3 July 1986, C-66/85

Barbara Grandi: Vizsgáljuk meg a „függő munka” fogalmát a munkajog hatályának kiszélesítése érdekében!

Az összehasonlításhoz elengedhetetlen, közös alap kimunkálása érdekében, a cikk a „függő munka” fogalmát három elemre bontja, úgy s mint: tények, jogi definíció, valamint normatív hatás. A szerző angol-olasz összehasonlításra alapoz, állítása szerint haszonnal járna, ha a munkavállaló függő helyzete mint jogszabályba foglalt, mérhető tény lenne definiálva. A cikk az alábbi nyolc kérdéskört vizsgálja: 1) A „függő munkát végzők” fogalom meghatározásának problematikája, a romanista és az angolszász rendszereket illusztráló olasz és angol példán keresztül; 2) A „munkaviszony” koncepcióját érintő általános vita; 3) A függőség három komponense; 4) A függőség mint tény; 5) A függőség mint terminológia; 6) A függőség mint normatív hatás kiváltója; 7) A lényegi függőség speciális kategóriái speciális terminológiát igényelnek; 8) Út a munkaszerződés jogának kialakítása és a gazdasági függőség törvényi definíciójának kidolgozása felé.

Christina Hiebl

2:0 for registered partnership

Sexual orientation discrimination and the ECJ

1. Introduction

Sexual orientation could not be claimed to have been a specific concern in EU law to date. When in May this year the ECJ delivered its judgement in case *Römer*¹, this constituted only the second instance of the Court interpreting directive 2000/78² regarding this reason for discrimination – which compares to a virtually incessant flux of preliminary requests in the area of age discrimination.³ Before these two rulings, discrimination of individuals on grounds of their sexual orientation had figured in European case law only in two judgements⁴, in which – to the surprise of many⁵ – the ECJ refused to see such discrimination as unequal treatment on grounds of sex.

Together with its predecessor ruling in case *Maruko*⁶, the *Römer* judgement provides guidance on the impact the framework directive can have on the legal position of homosexual couples. For the time being, this is restricted to situations where national law allows these couples to enter into some kind of officially recognised partnership status, but denies them rights granted to heterosexual married couples. The present contribution discusses the pivotal findings of the cases in the context of the general transnational development of rights provided to those whose sexual orientation deviates from what is perceived as the norm. On this basis, the potential of EU law to further equality in an area where it would have been unthinkable until very recently will be assessed.

¹ Judgement of 10.5.2011, C-147/08.

² Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation (hereinafter: “framework directive”).

³ For an overview of decided and still pending cases on alleged discrimination on grounds of age see Schiek, *Age discrimination before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues*, Common Market Law Review 48(3)/2011, 777–799.

⁴ ECJ, *Grant*, 17.2.1998, C-249/96; ECJ, *D and Sweden v Council*, 31.5.2001, C-122/99, 125/99.

⁵ See eg McInnes, *Annotation to the Grant case*, Common Market Law Review 1999/36, 1043 et seq. Cf the seemingly more lenient approach of the ECJ to the case of a transsexual in *P. v S. and Cornwall County Council*, 13.4.1996, C-13/94.

⁶ *Maruko v Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen* (Vddb), 1.4.2008, C-267/06.

2. Sexual orientation: the legal framework

2.1 International standards on equal treatment

The mentioned focus of case law around the framework directive on age discrimination comes as no surprise, considering that age-related differentiation may concern everyone at a given point in time. As opposed to this, discrimination on grounds of sexual orientation goes much more to the heart of equal treatment law, as it seeks to protect a minority which has traditionally faced less favourable treatment all across Europe. As for this particular group, the need of protection is further accentuated by the exceptional degree of social stigma attached to “non-standard” sexual orientation. The Parliamentary Assembly of the Council of Europe has accordingly declared discrimination on this reason to be “one of the most odious forms of discrimination”.⁷ This statement was followed by a number of resolutions and recommendations dealing with the rights notably of homosexuals in Europe from different bodies of the Council of Europe.⁸

As of today, sexual orientation figures – expressly or by interpretation – in a number of international human rights standards, including the ECHR as the certainly most significant instrument establishing a floor of fundamental rights binding the EU member states. By virtue of art 14 of the Convention, all member states are obliged to apply the rights set out in the preceding articles in a non-discriminatory way. This includes notably art 8 on the right to private and family life in the broad interpretation given to this provision by the Court, as well as art 12 on the right to marry and found a family. Those EU member states which have also ratified Protocol 12 to the Convention have thereby committed themselves to refrain from discrimination in a more general manner (ie without a restriction to areas dealt with by other articles of the Convention). Departing from these general requirements of non-discrimination, the ECtHR has found sexual self-determination to be one of the central values of the Convention, so that any different treatment must be subject to particularly strict scrutiny on whether it can be considered “necessary in a democratic society”.⁹

The Convention and the ECtHR’s case law have thereby established a minimum level of rights that must be granted to individuals of different sexual orientation. To begin with, it is clearly inadmissible to sweepingly prohibit sexual contact between persons of the same sex or establish specific age limits for their admissibility; further to exclude homosexuals from service in the armed forces, to forbid the organisation of

⁷ Council of Europe, *Recommendation 1474 (2000): Situation of lesbians and gays in Council of Europe member States*.

⁸ For an overview, see Holzhaecker, ‘Gay Rights are Human Rights’, : *The framing of new interpretations of international human rights norms*, Paper for presentation at the American Political Science Association, Annual Meeting, Seattle, Washington, September 14, 2011, 15 et seq.

⁹ See the rulings in *L. & V. v Austria*, par 45; *S.L. v Austria*, par 37; *Woditschka & Wilfling v Austria*, 21.10.2004, 69756/01, 6306/02, par 29 et seq; *Ladner v Austria*, 03.02. 2005, 18297/03, par 24 et seq; *E.B. v France*.

Gay Pride Parades or of homosexual pornography.¹⁰ As concerns factual life partnerships between individuals of the same sex, case law has held on several occasions that these must receive access to the same rights that are granted to unmarried heterosexual couples, which implies equal entitlements to take over a rental contract after the death of the renter by their partner and the admission to the adoption of a child.¹¹

Bottom line of the case law just cited is that the binding European standard of non-discrimination is rather unambiguous with reference to *unmarried couples*: any difference in treatment is prohibited unless justified by a “weighty and legitimate reason”, which according to the ECtHR may even include “the protection of the traditional family”.¹² The restriction of a fundamental right must however in any case be necessary and proportional. In this respect, the Court has not accepted in any of the cases brought before it that it should constitute a danger to traditional family relations if same-sex partners were given additional rights.

The situation is less clear, though, as regards preferential treatment of *married couples* in countries where marriage is not permissible for homosexual couples. In case *Schalk & Kopf v Austria*¹³, the ECtHR was asked if it could be compatible with the ECHR as it stands if a state grants homosexual couples access neither to marriage nor to any other form of legal recognition of their relationship.¹⁴ While it was largely expected that the Court would answer this question in the affirmative, a definite statement of the ruling was pre-empted by a change of the legal situation in Austria (adoption of a Registered Partnership Act, in force since January 2010), so that the applicants in the case were no longer subject to such a legal situation.¹⁵

Nevertheless, the judgement just cited gives valuable insight into the Convention’s significance for registered partnerships regarding their relation to marital status. In this respect, the Court stresses that it “cannot but note that there is an emerging European consensus towards legal recognition of same-sex couples”.¹⁶ Notwithstanding this fact, the ECtHR is aware that at present a majority of countries know a number of legal privileges only available to spouses while preventing homosexual couples from attaining that legal status. Consequently, and in line with constant case law, the ECtHR allowed for the member states to invoke their *margin of appreciation* when keeping up

¹⁰ See judgements *Dudgeon v UK*, 22. 10. 1981, 7525/76; *Norris v Ireland*, 26. 10. 1988, 10581/83; *Modinos v Cyprus*, 22.4.1993, 15070/89; *A.D.T. v UK*, 31.7.2000, 35765/97; *L. & V. v Austria*, 9.1.2003, 39392/98, 39829/98; *S.L. v Austria*, 9. 1. 2003, 45330/99; *Lustig-Prean & Beckett v UK*, 27.09.1999, 31417/96; 32377/96; *Smith & Grady v UK*, 96 27.9.1999, 33985/96; 33986; *Baczkowski v Poland*, 3.5.2007; *European Commission for Human Rights, S. v Switzerland*, 14.1.1993.

¹¹ See judgements *Karner v Austria*, 24.7.2003, 40016/98; *E.B. v France*, 22.1.2008.

¹² *Karner v Austria*, par 40.

¹³ Judgement of 24.6.2010, 30141/04.

¹⁴ Cf Waaldijk, *Same-Sex Partnership, International Protection*, *Max Planck Encyclopaedia of Public International Law* (2010), margin no 11 et seq; Graupner, *Sexuelle Orientierung im europäischen Recht*, *Österreichische Richterzeitung* 09/09, 179 et seq.

¹⁵ See par 102 of the judgement.

¹⁶ Par 105 of the ruling.

differences in treatment in a number of areas, as this was the case in the Austrian law under scrutiny. Conversely, it has to be noted that the Court speaks of “a margin of appreciation in the timing of the introduction of legislative changes”. This confirms the frequently held view of observers in this field that “there are reasons to expect that international bodies will apply the prohibition of indirect discrimination to situations where same-sex partners are being excluded from certain legal benefits, because these are only available to married partners.”¹⁷ In the end, the judgment makes it clear that the member states are not given more than a period of grace until the ECtHR will consider the common floor of human rights sufficiently developed to require fully-fledged equality of treatment.

Calls for developing standards above those set by the ECHR and similar mandatory human rights documents can be found in a range of non-binding instruments on the European and international level. A prominent example are the *Yogyakarta Principles on the Application of Human Rights Law in Relation to Sexual Orientation and Identity* drafted by international human rights experts in 2007. The promotion of embracing these standards in national legislation is frequently associated with the activities of international NGOs and pressure groups, such as the International Lesbian and Gay Association (ILGA) and the International Gay and Lesbian Human Rights Commission (IGLHRC).¹⁸

2.2 Domestic law: forcing the pace

European and international non-binding standards¹⁹ as a supplement to the mandatory minimum standards flowing from the ECHR and other human rights instruments have furthered the development of more equality at national level. When the EP issued its first resolution in the area of sexual orientation discrimination, merely four member states had regulated equal treatment in this area in their domestic law at least to a certain degree.²⁰ By contrast, in 2004 at least 15 member states granted protection exceeding the compulsory standards of the EU framework directive, which currently gives over two thirds of EU citizens access to such equal treatment legislation.²¹ This development has been designated as “one of the most remarkable cases of convergent policy change in recent times”.²²

The schemes applicable in individual member states are commonly classified with a view to the legal institutions available to homo- and heterosexual partnerships. The most

¹⁷ Cf Waaldijk, *Same-Sex Partnership*, margin no 31.

¹⁸ Cf Holzhaecker, ‘*Gay Rights are Human Rights*’, 2 et seq; 11 et seq; Kollman, *European institutions, transnational networks and national same-sex unions policy: when soft law hits harder*, *Contemporary Politics* 15(1)/2009, 41 et seq.

¹⁹ Including those stemming from EU institutions: see next subsection.

²⁰ These states were Denmark, the Netherlands, Spain and Sweden.

²¹ This includes even three member states (Hungary, Slovenia and the Czech Republic) which had only entered the EU in that very year. Cf Graupner, *Keine Liebe zweiter Klasse – Diskriminierungsschutz und Partnerschaft für gleichgeschlechtlich L(i)ebende* (2004), 35.

²² Kollman, *European institutions, transnational networks and national same-sex unions policy*, 50.

widespread approach is the *Scandinavian model*, in which the possibility of registering as a partnership is open only to homosexual couples and its legal consequences may deviate from those of a marriage in several aspects. It has been noted that those differences have tendentially been on the decline over the last decade.²³ By contrast, the *French model* (as applied also in Luxembourg) offers registered partnership as an alternative to marriage to couples irrespective of their sex. Finally, the institution of marriage has been opened to homosexuals by the legislation of the Netherlands, Belgium, Spain and Sweden.²⁴

For the individual countries, the pace at which LGBT rights are introduced and the extent to which they are granted have been stated to depend on aspects such as religious traditions, the prevalence of conservative or liberal parties on the political scene, the strength of civil society movements and organisations and EU affiliation. For instance, the exceptionally prolonged hesitation of Austria to regulate this issue even when faced with a number of decisions of the ECtHR (see *supra*) has been associated with the opposition of the Christian Democrat-led government in power until 2007, the early collapse of the subsequent government, the comparatively weak coverage of the issue by national media and, importantly, the relatively low identification of the general public with the EU and European rules. This is compared to Germany as a founding member of the EU with a substantially higher degree of identification in this respect: although departing from similar preconditions and traditions as Austria, it was indeed the fourth EU country to enact a law on registered partnerships under the Social Democrat/Green coalition.²⁵

2.3 The emerging relevance of EU norms

EU institutions have begun to include discrimination on grounds of sexual orientation into their agenda in the mid-1990s. In 1994, the European Parliament (EP) issued a recommendation on the abolition of all forms of sexual orientation discrimination, and subsequently a *Resolution on equal rights for homosexuals and lesbians*.²⁶ Among the Parliament's follow-up activities, especially the *Resolution on homophobia in Europe*²⁷ is worth mentioning. The Council has recently issued a *Toolkit to Promote and Protect the Enjoyment of all Human Rights by Lesbian, Gay, Bisexual and Transgender (LGBT) People*.²⁸

Contrary to such early expression of political commitment, discrimination of homosexuals continued even within the schemes for the European institutions' own employees. This was exemplified vividly in case *D & Sweden v Council*²⁹, in which the ECJ

²³ Cf Waaldijk, *Same-Sex Partnership, International Protection*, margin no 8.

²⁴ Graupner, *Keine Liebe zweiter Klasse*, 62 et seq.

²⁵ See Kollman, *European institutions, transnational networks and national same-sex unions policy*, 39, 43 et seq, 48 et seq: it is also stressed that the German Green party had strong ties to its European counterparts, which had LGBT rights high on their agenda.

²⁶ OJ 1994 C 61/40, A3-0028/94.

²⁷ European Parliament, 18.1.2006, P6_TA(2006)0018.

²⁸ COHOM 162/PESC 804, 11179/10, 17.6.2010.

²⁹ As cited above, par 36.

confirmed that as EU law stood at that time there was no legal basis for challenging a rule that denied specific household supplements granted to married employees of the Council to employees in a registered partnership. It was only this judgement that gave the impetus for a revision of the respective provisions for Council servants.³⁰

It was not until the entry into force of the Treaty of Amsterdam that the EU was endowed with the competence to adopt legislation on equal treatment in fields other than free movement (nationality discrimination) and equal pay of men and women. Art 13 of the treaty (now Art 19 of the TFEU) gives the Council the power to enact rules of equal treatment unanimously and with the consent of the EP. On this basis, the framework directive 2000/78/EC was passed, which *lays down* standards for equal treatment regarding, inter alia, sexual orientation. The emphasis set here should serve as a reference to the fact that, as will be discussed in greater detail below, the ECJ has made it clear that the directive does not “establish” itself the rights contained in it.³¹ Accordingly, any assessment of EU standards of non-discrimination has to look beyond the framework directive into the fundamental rights standards that must guide EU action according to art 6 of the TEU. In this respect, a considerable step in the direction of a consolidation of the applicable floor of rights has been made in the framework of the Lisbon treaty, which sets the legal value of the EU Charter of Fundamental Rights as equivalent to that of the TEU and TFEU. As a result, art 21 of the Charter, stipulating that “[a]ny discrimination based on [...] sexual orientation shall be prohibited” currently has the status of binding primary EU law.

3. The facts of *Maruko* and *Römer* in their national context

Both *Maruko* and *Römer* concern male-male registered partnerships in Germany who were denied financial benefits envisaged for married couples. Under domestic law, registered partnerships have been given a clear legal status by the introduction of the Lebenspartnerschaftsgesetz in 2000 and its subsequent amendment in 2004. The essence of this legal framework is the establishment of mutual rights and obligations of the partners assimilated to those between spouses. By contrast, the left-wing government that adopted the law did not succeed in assimilating the treatment of marriage and registered partnerships also in areas such as financial and tax benefits: for this, consent of the right-wing dominated second chamber of parliament (*Bundesrat*) would have been needed.³²

As a result, homosexual partnerships are still excluded from a number of benefits that are reserved for married couples under German law. Most of these cases of unequal treatment could not readily be considered relevant under EU law as it stands, which addresses the issue of sexual orientation discrimination only in the framework

³⁰ See Graupner, *Sexuelle Orientierung im europäischen Recht*, 180.

³¹ Cf par 74 of the ECJ’s judgement in *Mangold*, 24.112005, C-144/04.

³² Cf Kollman, *European institutions, transnational networks and national same-sex unions policy*, 46 et seq.

of a directive on employment and occupation. Nevertheless, both *Maruko* and *Römer* successfully claimed the applicability of the framework directive to pension benefit schemes: The ECJ declared Mr Maruko to be entitled to a survivors' benefit after the death of his registered partner just as a married spouse would have been; Mr Römer could claim a more favourable calculation of his own supplementary retirement pension just as former employees who live in (not permanently separated) marriage.

The following subsections will outline the key points of the two rulings and their implications for the compatibility of national frameworks for registered partnerships with EU law.

4. Questions of scope

4.1 The boundaries of “employment and occupation”

The fact that the ECJ qualified the pension benefits at issue in both cases as elements of pay for work (and consequently “working conditions” within the meaning of art 3.1.c of the directive) can hardly be considered a surprising novelty. Much rather, this assessment is based on settled case law in the area of sex discrimination³³, which has been applied unchangedly in cases of discrimination on other grounds.³⁴ Nevertheless, this characterisation of the benefit makes up the major part of the Court's reasoning in *Maruko*, where it extends over more than 20 paragraphs.

The difficulty with pension schemes of various kinds is that in many cases their nature is ambiguous to a certain degree: they may contain elements both of a “postponed reward” for the work the employee performed for their employer and of a benefit granted to them by the welfare system of the state for social policy considerations (income security as a remedy for the social risks of old age and death). The latter category of benefits does not come within the scope of EU non-discrimination provisions in most areas: currently, only race³⁵ and gender discrimination³⁶ are prohibited in principle, and even those provisions are subject to far-reaching exceptions (see notably art 7 of Directive 79/7/EEC). Against this backdrop, it is hardly astonishing that the ECJ follows its longstanding general approach to construe exceptions to the applicability of a principle of EU law (non-discrimination) strictly and defines social security (as

³³ Most instructively in case *Beune*, 28.9.1994, C-7/93, par 21 et seq. As stressed by Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer in par 54 of his Opinion on Case C-267/06 (*Maruko*), 6.9.2007, the applicability of the definition of pay for purposes of equal pay in the sense of (now) art 157 of the TFEU is confirmed by the reference in recital 13 to the framework directive.

³⁴ Eg ECJ, *Impact*, 15.4.2008, C-268/06; ECJ, *Bruno and Pettini*, 10.6.2010, C-395/08 and C-396/08.

³⁵ See Directive 2000/43/EC implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin.

³⁶ See Directive 79/7/EEC on the progressive implementation of the principle of equal treatment for men and women in matters of social security.

the exempt area) as narrowly as reasonably possible. Accordingly, a characterisation of a benefit in this sense is excluded wherever a sufficient link with a (prior) contract of employment in a specific area can be established. This reasoning is backed up by the broad concept of pay contained in the wording of art 157 TFEU, which includes “any [...] consideration, whether in cash or in kind, which the worker receives directly or indirectly, in respect of his employment, from his employer”.

More precisely, the Court has come up with three criteria, the cumulative satisfaction of which implies that a specific scheme cannot be considered as one of general social security. These criteria, as set out more precisely in the *Beune* judgment cited above, are: the scheme’s restriction to a specific group of employees, the dependence of the grant on periods of employment, and its computation in relation to the employee’s last salary.³⁷ If all these conditions are fulfilled, the pension is considered a benefit provided by an employer for its own (former) employees and therefore a consideration for the performed work in the broader sense. Thereby such pension systems can be distinguished from social security pensions, which are provided upon “considerations of social policy, of State organisation, of ethics, or even the budgetary concerns”.³⁸

By contrast, the administration of a system by public organs or related institutions (which held true for all the cases just cited) is of no prejudice to its classification as an occupational scheme; neither is the obligatory nature of affiliation and payment of contributions.³⁹ Consequently, in *Maruko* the ECJ ascribed no importance to the fact that the scheme at issue was administered by the German Theatre Pension Institution (Vddb), a public-law body with legal personality under the administrative control of the State,⁴⁰ membership in which had been made obligatory for a designer of theatrical costumes such as the life partner of Mr Maruko by a collective agreement.⁴¹

This jurisdiction would appear to clear up the remaining doubts in respect of the system at issue in *Römer*, which concerned a scheme administered by the City of Hamburg for its employees and clearly fulfilled the three criteria of the ECJ (specific group of employees, calculation upon periods of employment and upon prior salary).⁴² The reason why the coverage of the schemes was again a matter of debate is obviously rooted in the wording of art 3.3 of the framework directive. This provision stipulates that the directive “does not apply to payments of any kind made by *state schemes* or similar, *including* state social security

³⁷ In his Opinion on Case C 147/08 (*Römer*), 15.7.2010, Advocate General Jääskinen voices the oft-heard – and certainly warranted – suggestion that the Court refrain from referring to the employee’s *last salary*, since many of the schemes meant by the formula use a calculation mechanism that takes account of changes in the amount of salary over time (see footnote 32 to the opinion).

³⁸ *Beune*, par 45. Cf also par 58 et seq of the Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case *Maruko*.

³⁹ See ECJ, *Garland*, 9.2.1982, 12/81, par 10; *Barber*, 17.5.1990, C-262/88, par 20; and *Lewen*, 21.10.1999, C-333/97, par 21.

⁴⁰ See Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case *Maruko*, par 34.

⁴¹ Cf par 19 et seq, 49 et seq of the judgement.

⁴² See Opinion of Advocate General Jääskinen on Case *Römer*, par 59.

or social protection schemes” (emphasis added). This wording basically defies an interpretation in the sense that it would refer *exclusively* to social security. Accordingly, it could be argued that the formulation is meant to include also publicly administered benefits which fall outside “social security” as defined by the ECJ in the mentioned case law.

Not surprisingly, the ECJ did not follow this kind of reasoning, which would have led to a substantially smaller scope of protection compared to other EU regulation on non-discrimination. Much rather, the Court maintains that art 3.3 simply expresses the exclusion of benefits which it has always recognised to be “not equivalent to pay”,⁴³ without even referring to the fact that the exception is formulated in a broader manner than in comparable provisions. A more in-depth analysis of the wording is provided by Advocate General Jääskinen. He argues that indeed social security constitutes only a part of the category of “state scheme or similar”. Much rather, there is a number of other benefits and advantages that show characteristics similar to the specifically mentioned case of social security in the sense that a clear link to an employment contract is missing. As examples for such schemes he adduces maintenance payments to victims of war or of persecution, to individuals who suffered a durable detriment to their health during military or civil service, or to eminent artists.⁴⁴ The ECJ implicitly extends this enumeration when it juxtaposes its concept of “pay” in opposition to “social security or social protection schemes [...] and payments of any kind made by the State with the aim of providing access to employment or maintaining employment”.⁴⁵

Bottom line: the directive imposes an obligation of equal treatment also on occupational pension schemes providing benefits for surviving spouses (*Maruko*) or calculate the employee’s pension entitlement on basis of, inter alia, marital status (*Römer*). This part of the Court’s findings is in fact rather a clarification of the application of its concept of equal pay also in the context of a framework directive and does not reveal any particularities for the issue of sexual orientation discrimination. The opposite is true for the second issue relating to the scope of the directive: the ECJ’s interpretation of recital 22.

4.2 The (ir)relevance of recital 22

Already in the drafting process of the framework directive, several member states were aware of the “danger” that the directive could force them to extensively eliminate differences between marital status and forms of partnership open to homosexual couples. On these grounds, the preamble of the directive was furnished with recital 22, which states that the provisions of the Directive are “without prejudice to national laws on marital status and the benefits dependent thereon”. Before the *Maruko* decision, privileges that depend on marital status have therefore largely been considered entirely outside the scope of the directive.⁴⁶

⁴³ Par 32 of the *Römer* judgement.

⁴⁴ Par 65 of the opinion.

⁴⁵ Par 32 of the judgement.

⁴⁶ For German jurisdiction see Bruns, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, NJW 2008, 1929.

This assumption proved to be short-sighted, especially because, as stressed by Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer,⁴⁷ it relies on a non-binding explanation in the preamble as a basis for an exception to a principle as fundamental as non-discrimination on grounds of sexual orientation. The ECJ rejected the idea of such a far-reaching exception to the obligation of equal treatment in merely four sentences,⁴⁸ holding that the recital only emphasises the sovereignty states enjoy in the design of family law, where the EU has no competence to interfere. Nevertheless, as any other competence attributed to the member states by primary EU law, it has to be exercised within the boundaries set by common EU standards in other areas⁴⁹ – notably the principle of non-discrimination as “the most long-standing and well established principle of the Community legal system”.⁵⁰ As a result, any member state can assign to the institution of marriage the content it deems appropriate and define the partners eligible for it. If now the state chooses a selective approach, however, it cannot make the entry into such a relationship a precondition for enjoying rights which, according to EU law, have to be granted without discrimination on grounds such as sexual orientation.

The importance of this aspect of the *Maruko* judgement can hardly be overestimated. Actually, it is only by this step of overcoming the often presumed “immunity” of marriage from challenges on grounds of equal treatment that EU law receives the potential of establishing a standard superior to international minimum requirements – ie the obligations of the member states under human rights instruments such as the ECHR. As set out above, the ECtHR’s case law stipulates a clear prohibition of less favourable treatment only in comparison to *unmarried* homosexual couples, whereas the preferential treatment of marriage is still permissible at least in several crucial areas of rights and benefits.

5. Comparability – resolving a German case law controversy

The dilemma of any rule of non-discrimination is that it demands equal treatment of individuals in *comparable situations*, while opinions on what is to be considered comparable may diverge substantially. The question of comparability has been the object of many debated decisions in the area of discrimination on grounds of sex (cf the cases *Wiener Gebietskrankenkasse* and *Royal Copenhagen*⁵¹) or fixed-term work (cf case *Wippel*⁵²).

For assessing whether an individual living in a registered partnership is in a situation comparable to that of a married person (and should therefore be granted equivalent em-

⁴⁷ Par 73 et seq of his opinion on *Maruko*.

⁴⁸ Par 58 et seq of the *Maruko* judgement. The *Römer* ruling (see par 34) does not provide more than a reference to these considerations in *Maruko*.

⁴⁹ Cf in this respect the ruling in *Watts*, 16.5.2006, C-372/04, par 92, and *Stamatelaki*, 19.4.2007, C-444/05, par 23.

⁵⁰ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case *Maruko*, par 83.

⁵¹ Judgements of 11.5.1999, C-309/97, and of 31.5.1995, C-400/93.

⁵² Judgment of 12.10.2004, C-313/02.

ployment-related benefits), the ECJ considers the national legal framework for the respective forms of partnership *in the light of the purpose of the benefit* at issue. As regards monetary benefits granted only to former employees living in a specific form of partnerships (just as benefits granted directly to the partner), they obviously find their rationale in the obligation of mutual support between the partners: the monetary grant ensures this support also after the employee's retirement, or even after the employee's death. Accordingly, with regard to a pension benefit, an individual living in a registered partnership is in a comparable situation to the married employees identified as beneficiaries of the rule if they are subject to comparable obligations of maintenance vis-à-vis their partner.

Thereby, the Court's approach differs from the stance taken by German courts, which have in the past considered comparability given only in cases where situations are essentially the same. This was consequently denied for German registered partnerships in a sweeping manner because of the mentioned differences in various areas of law. To a substantial degree, this practice persisted even after the ruling in *Maruko*,⁵³ in which the ECJ largely restricted itself to referring to the German court requesting the preliminary ruling.⁵⁴ By contrast to the stance of the Federal Administrative Court just cited, that requesting court had already indicated that it departed from a comparability of situations because of the assimilation of maintenance duties between spouses and registered partners. Consequently, the ECJ contented itself by holding that it was indeed for the national court to determine whether German law as it stood put an individual like Mr Maruko into a situation comparable to that of a surviving spouse of a married employee. Critics of subsequent German court decisions have stressed that these courts should have recognised that by not contradicting the criteria applied by the requesting court⁵⁵ the ECJ implicitly confirmed this method of examination, which considers relevant only those legal rules which relate to the purpose of the benefit in question.⁵⁶

The confusion caused by the contradictory case law of different German courts necessitated a more extensive discussion of the comparability aspect in case *Römer*, which was completed by the ECJ's own unambiguous qualification of Mr Römer's situation. The judgment starts by maintaining that comparability does not require complete iden-

⁵³ See esp par 22 et seq of a judgement by the Federal Administrative Court (BVerwG, 15.11.2007, 2 C 33/06), in which comparability is denied with express reference to the ECJ's jurisdiction on the mere grounds that there are still considerable differences between the legal provisions regulating marriage and registered partnership. There is no reference to the question whether those differences are really apt to explain why only one of these categories should merit a specific benefit. To the contrary, the ECJ's approach has been genuinely embraced by the Federal Labour Court (BAG, 29.4.2004, 6 AZR 101/03). Cf Bruns, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, 1931; Stüber, *Was folgt aus „Maruko“?*, NVwZ 2008, 751; Mahlmann, *Report on measures to combat discrimination: Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC: Country report – Germany* (2008), 211; Gruenberger, *The Principle of Equal Treatment in Triangular Relationships* (2009) 21 et seq.

⁵⁴ Cf par 69 et seq of the judgement.

⁵⁵ See par 74 of the *Maruko* ruling.

⁵⁶ Cf Graupner, *Sexuelle Orientierung im europäischen Recht*, 181; Moschel, *Germany's Life Partnerships: Separate and Unequal?*, Columbia Journal of European Law 16(1)/2009-10, 37-66 and Krieger, *EuGH: Ausschluss gleichgeschlechtlicher Lebenspartner von einer Hinterbliebenenversorgung verstößt gegen das Diskriminierungsverbot*, Beck Fachdienst Arbeitsrecht 2008, 257669.

tity.⁵⁷ This amounts to a clear rejection of the described approach of national jurisdiction based on an overall comparison of all legal consequences of entering into either a marriage or a registered partnership. The ECJ continues to confirm – explicitly this time – the approach of the referring court in the *Maruko* case, holding that the decisive question for assuming comparability with regard to a pension benefit as the one at issue concerns the respective mutual rights and obligations of the partners.

As stressed also by the Advocate General in his opinion⁵⁸, this outcome is in fact required by the *effet-utile* principle: otherwise keeping up some differences between the two forms of partnership in any completely unrelated area would enable states to discriminate without restrictions in the area of employment and occupation. To illustrate this, a parallel could again be drawn to sex discrimination: pregnant women, for instance, are undisputedly subject to a different legal regime than other employees in several areas such as health and safety regulations. As evidenced by an impressive body of case law in this field, this difference could in no way prevent these women’s situation from being viewed as comparable to that of other employees when they claim equal pay or access to employment.

It follows that indeed mutual obligations of support and maintenance between partners are the only aspect relevant for the receipt of specific pension benefits. On the basis of the submissions made in that case the ECJ concluded – unsurprisingly – that in this area the regime applicable to registered partnerships “has been gradually made equivalent to that of marriage”⁵⁹, which evidenced the comparability of situations.

The Court also exemplified the kind of provisions that could have led to a different conclusion in this regard: Eg if the benefit was dependent on the existence of children, the lack of sufficient income of the partner or the payment of increased contributions for this partner, Mr Römer might have been considered in a different situation with respect to the benefit.⁶⁰ *In casu*, though, the mere existence of a spouse was sufficient to grant access to a more favourable calculation of the supplementary pension. Under these circumstances, European law requires that an employee who by law has precisely the same obligations of maintenance and support vis-à-vis his registered partner be granted the same amount of benefits.

By maintaining that, at least in a specific state in a specific situation, registered partnership has to be viewed as comparable to marriage (notwithstanding any specific guarantees the constitution of that state might stipulate for marriage only⁶¹), the ECJ is clearly ahead of the ECtHR. Although in recent case law there are signs that the Human Rights Court is likely to curtail member states’ margin of appreciation in this area in the near future, clear guidelines are still missing. Nevertheless, the mentioned judgment in *Schalk & Kopf* is complemented by other rulings where spouses and registered

⁵⁷ Par 42 of the ruling.

⁵⁸ Opinion of Advocate General Jääskinen on Case *Römer*, par 93.

⁵⁹ Par 44 of the judgement.

⁶⁰ Par 50 et seq of the judgment.

⁶¹ Cf art 6.1 of the German Basic Law.

partners are mentioned in the same breath. This was the case for instance where the Court denied equal treatment in housing matters to two sisters on the grounds that their form of cohabitation could not be considered equal to that of *spouses or registered partners*. Departing from the oft-cited assumption of a mutual inspiration of the two European Courts,⁶² the ECJ's case law might well give an incentive to the ECtHR to identify at least some areas in which European human rights law as it stands requires equal treatment of marriage and registered partnership.

6. Direct discrimination: confirmed but not explained

Another point on which the ECJ comes to a conclusion diametrically opposed to that of established case law of German courts⁶³ concerns the question whether a less favourable treatment of registered partnerships is to be regarded as direct or merely indirect discrimination of homosexuals. This differentiation is crucial for establishing whether different treatment can nevertheless be justified by an overriding policy aim pursued in a proportional manner. In this respect, it must be regretted from the point of view of clarity that the Court failed to adduce any reasons for its decision to consider Mr Maruko a victim of *direct* discrimination (under the precondition of comparability of the situations).⁶⁴ This is all the more true considering that this conclusion contradicts also the assessment of the case by the Advocate General.⁶⁵ The ECJ also missed the opportunity to substantiate its position in more detail in *Römer*, where in fact the discrimination at issue is characterised as a direct one only *en passant*.⁶⁶

Independent of this lack of solid argumentation, which makes the rulings difficult to apply in other cases, the result of judging the preferential treatment of marriage directly discriminatory is not objectionable, for it amounts to a coherent pursuit of a long-standing approach in case law. First of all, this case law reveals that the mere terminology of a provision cannot turn a case of direct discrimination into an indirect one. This is evidenced by the Court's decision in *Kleist*, in which – again without any explanatory remark – it found the provisions in an Austrian collective agreement to *directly* differentiate on grounds of sex,⁶⁷ while in fact that provision merely referred to the attainment of pensionable age (which is, as a matter of fact, still different for men and women in Austria).

More importantly, the ECJ has stated in numerous cases that pregnancy-related discrimination is to be considered direct discrimination on grounds of sex.⁶⁸ This is despite the fact that a majority of women in general does not currently fall into that

⁶² Cf Holzacker, 'Gay Rights are Human Rights', 22.

⁶³ See BVerfG 20.9.2007, 2 BvR 855/06, 211 and Stüber, *Was folgt aus „Maruko“?*, 751.

⁶⁴ Par 72 of the ruling.

⁶⁵ Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case *Maruko*, par 96.

⁶⁶ Par 52, second indent of the judgement.

⁶⁷ ECJ, *Kleist*, 18.9.2010, C-356/09, par 42.

⁶⁸ ECJ, *Dekker*, 8.11.1990, C-177/88; *Webb*, 14.7.1994, C-32/93; *Tele Danmark*, 4.10.2001, C-109/00.

category. It follows that it suffices for discrimination to be direct that *all persons subject to less favourable treatment* necessarily belong to one specific sex. Since German legislation on registered partnership follows the Scandinavian model, which knows this institution only for same-sex couples, all individuals discriminated by the differentiation will presumably be homosexual. Consequently, the less favourable treatment of these partnerships must be considered directly discriminatory.

The Court's failure to lay out more precisely its criteria for the delineation of direct and indirect forms of discrimination leaves it unclear whether less favourable treatment of non-married registered partners would constitute (only) indirect discrimination in other countries. The question arises in relation to countries adhering to the French model, where registered partnerships can be entered into by couples of any sexual orientation. The examples from ECJ case law adduced above (retirement age, pregnancy) do not provide sufficient guidance here, because not all of the individuals subject to less favourable treatment are necessarily homosexual. This could imply that in these countries differences between the treatment of married and registered partners are only indirectly discriminatory – and may consequently be justified by a legitimate aim. On the other hand, the ECJ might well attribute importance to the fact that homosexual partners will necessarily belong to the second category, while heterosexuals are given the option to choose. From a teleological point of view, it would seem more likely that the Court would deny access to the possibility of justifying a differentiation also to the governments of these states, as long as they grant and refuse access to the privileged group on the basis of sexual orientation.

The remarks of the Advocate General, who at least dedicates two paragraphs to the question, are not conclusive in their reasoning either; eventually, he states that “it would be contrary to the dominant reality to refuse to admit that in a country like Germany, where marriage is excluded for persons of the same sex and where registered partnership is the form of legal union reserved for them, a difference of treatment exercised to the detriment of persons united by such partnership constitutes discrimination on grounds of sexual orientation”.⁶⁹

7. A principle beyond the directive

It was only a question of time until the ECJ would be given an occasion to transfer its famous case law on age discrimination as a general principle⁷⁰ to one of the other characteristics covered by the framework directive. The *Römer* case provided for such an occasion, since the question whether the principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation had been laid down (only) by the directive was of relevance for the concrete consequences of the ruling (see *infra*). Considering that all the arguments

⁶⁹ Opinion of Advocate General Jääskinen on Case *Römer*, par 89. The direct quote is based on my own translation from the original French version, since no official English version is available.

⁷⁰ See Cases *Mangold*, as cited *supra*, and *Kücükdeveci*, 9.11.2010, C-555/07.

which the Court has brought forward to substantiate the assumption of a general principle prohibiting age discrimination are equally valid with reference to sexual orientation, the confirmation of a corresponding general principle does not come unexpectedly. As the Advocate General states in par 129 of his opinion on the *Römer* case, there would be no conceivable justification for applying the principle of equality in a less vigorous way than this was done in *Mangold* and *Kücükdeveci*.

The cited case law on age discrimination has been subject to a wave of criticism,⁷¹ notwithstanding the fact that it shows a high degree of coherence with earlier jurisdiction in gender discrimination cases: in that area, the ECJ had repeatedly held that equal treatment of the sexes was “simply the expression, in the relevant field, of the principle of equality, which is one of the fundamental principles of Community law.”⁷² Without going into details on individual aspects of the debate, a central controversy concerns the weak argumentative foundation of the general principle: after all, general principles are derived from already existing obligations of member states under their own constitutional law and/or international human rights standards. However, just as it was the case with age discrimination, the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation was not contained in the domestic law of a number of member states before the entry into force of the framework directive.⁷³ Accordingly, as has been emphasised on numerous occasions with reference to the *Mangold* case, the ECJ can be reproached for rather *inventing* than finding a general principle of EU law.⁷⁴

While it is not the aim of this contribution to discuss whether, in general, the ECJ’s approach is defensible nevertheless, it has to be mentioned that it is confronted with additional difficulties of coherence in the area of sexual orientation. More specifically, the Court has been very clear in its judgement in the *Grant* case⁷⁵ delivered in 1998 that EU law did not, for the time being, require equality of treatment for homosexual couples.

A relatively workable resolution of the contradiction thereby arising within European case law could be found departing from the remark made by Advocate General Jääskinen⁷⁶ that the *Grant* case was actually decided before the ECtHR pronounced its first decision requiring equal treatment of (unmarried) couples irrespective of their sexual orientation in early 1999.⁷⁷ It can therefore be argued that, in line with the well-established understanding of the ECHR as a “living instrument”,⁷⁸ this content of the

⁷¹ Cf Papadopoulos, *Criticizing the horizontal direct effect of the EU general principle of equality*, European Human Rights Law Review Issue 4/2011, 437-447, and the literature cited therein.

⁷² *P. v S. and Cornwall County Council*, par 18.

⁷³ See Wilets, *The Human Rights of Sexual Minorities: A Comparative and International Law Perspective*, Human Rights No 22/1995, 22 et seq.

⁷⁴ Cf Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, EUI (European University Institute) Working paper (Law) 2009/19, 15.

⁷⁵ As cited above, par 35 et seq.

⁷⁶ Opinion of Advocate General Jääskinen on Case *Römer*, par 130.

⁷⁷ See ECtHR, *Salgueiro Da Silva Mouta v Portugal*, 21.12.1999, par 28, 36.

⁷⁸ Cf ECtHR, *Tyler v UK*, 25.4.1978, par 31.

Convention has only developed over time and was still absent at times of the *Grant* judgement. As from 1999, there can be no doubt that EU law contained a principle of non-discrimination on the basis of sexual orientation at least to the extent determined by the ECtHR, since the ECHR is a preeminent source of the Union's general principles (see art 6 of the TFEU). Less than two years later, The EU Charter of fundamental rights was proclaimed, art 21 of which specifically referred to the prohibition of discrimination on grounds of sexual orientation. The fact that the Charter was expressly conceptualised as a visualisation of fundamental rights already present in the form of constitutional traditions and international obligations⁷⁹ allows for inferences on the existence of a common standard in this area as from late 2000 at the latest.

Of course, these considerations are of limited practical value when trying to establish the precise date as from which a general principle has prescribed equal treatment to an extent equivalent to that of the framework directive (which, as mentioned, goes further than the ECHR in some aspects, especially when requiring equal treatment with *married* couples). This may give rise to substantial legal uncertainty regarding the temporal dimension of discrimination cases (see *infra*).

After expiry of the deadline for implementation of the framework directive, the main significance of the recognition of non-discrimination as a general principle lies in its horizontal application: general principles form part of primary EU law, which – unlike directives – has the potential of creating rights to be relied on even against other individuals.⁸⁰

8. Direct applicability

In line with constant case law on non-discrimination provisions in diverse areas of EU law,⁸¹ the ECJ considered the obligation of equal treatment to be sufficiently precise and unconditional in order to be relied on directly by a victim of discrimination.⁸² Whereas the (semi-)public nature of the funds at issue in both cases was not sufficient to prevent their benefits from falling under “pay” according to art 3.1.c, this same public nature meant that they were in any case covered by the direct effect of the directive,⁸³ without there being a need for the Court to embark on examining the possible horizontal applicability of the right to non-discrimination.

Pro futuro, horizontal applicability might well be an issue in cases where the discriminatory scheme is an entirely private one. Departing from the principles developed in case law, there can be no question of horizontal effect of rights merely established by means of a direc-

⁷⁹ See the preamble to the Charter.

⁸⁰ Cf ECJ, *Defrenne*, 8.4.1976, 43/75.

⁸¹ As for sex discrimination, this can be traced back to the *Defrenne* case just cited.

⁸² Cf par 30 of the *Maruko* and par 54 of the *Römer* judgement.

⁸³ See Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer on Case *Maruko*, par 30 et seq.

tive. However, with reference to what has been stated above, it can hardly be doubted that the *Mangold* jurisprudence applies also in this area – the result being that equal treatment with reference to sexual orientation as a general principle of community law is valid among private individuals just as much as it can be relied on against the state.

In *Römer*, additional doubts arose with respect to the time frame for which the direct effect of the principle of non-discrimination could be relied on. With a view to well-established jurisdiction, it could not be disputed that the provisions of the *directive* were valid as from the date on which they should have been transposed into national law – *in concreto* 2 December 2003. However, self-evidently, a transposition deadline stated in secondary law can in principle not have a bearing on the application of a general principle of EU law. This has become very clear in the *Mangold* judgment, in which the ECJ required the prohibition of discrimination on grounds of age to be applied at a time when the respective provisions of the directive did not yet have to be transposed.

Advocate General Jääskinen again referred to the ECtHR's 1999 decision and effectively proposed this as the date from which the general principle can be assumed to have existed.⁸⁴ He did not refer to the fact that as an element of the ECHR the principle does not (yet) contain an obligation of full equal treatment vis-à-vis married couples. Although the mentioned *Schalk and Kopf* judgement (issues just several weeks before the opinion was presented) is not conclusive in the area of employment and occupation, the ECtHR's acceptance of the restrictions existing in Austria suggests that limits are possible also in that field. This may have been all the more true more than a decade earlier, in 1999. The Advocate General's reasoning is therefore not entirely persuading, although the stipulation of a precise date would in any case be desirable for the sake of legal certainty.

For Mr Römer, the solution of the Advocate General would have meant a recalculation of his pension as from the entry into a registered partnership in 2001. The Court did not follow that reasoning, though. This was based on the lack of one essential precondition for the application of EU general principles to a specific case: the requirement that the facts of the case be governed by EU law in the first place. Otherwise, essentially any human rights violation occurring in a member state could successfully be brought before the ECJ, without there being any connection whatsoever to the application of EU norms. In *Mangold*, the (heavily disputed) ruling of the Court considered a sufficient link to be established by the fact that the legal provision at issue constituted an exception to equal treatment of fixed-term employees, as envisaged by the directive on fixed-term work⁸⁵, and could therefore be regarded as a measure of implementation of the said directive. By contrast, in the *Römer* case (just as in the *Bartsch* case⁸⁶ decided two years earlier) such a linking element was missing in total, since “[p]aragraph 10(6) of

⁸⁴ Opinion of Advocate General Jääskinen on Case *Römer*, par 147 et seq.

⁸⁵ Directive 1999/70/EC concerning the framework agreement on fixed-term work concluded by ETUC, UNICE and CEEP.

⁸⁶ ECJ, *Bartsch*, 23.9.2008, C-427/06.

the First RGG is not a measure implementing Directive 2000/78 or other provisions of European Union law”.⁸⁷

Although this conclusion is certainly warranted in the case at issue, it may be regretted that as a result the temporal dimension of the general principle of equal treatment remains entirely unclear.

9. Conclusion and outlook

Summarising all aspects of the *Maruko* and *Römer* judgements discussed *supra*, it can be held that the ECJ has chosen for the interpretation that is more favourable for the applicants in all crucial points: it refused to exclude the applicability of the directive on the basis of either art 3.3 or recital 22, it confirmed the comparability of the situations of spouses and registered partners, found the discrimination to be direct and unjustifiable, and it required the direct and retroactive application of the principle of non-discrimination. Several of these points can probably be viewed as a mere confirmation or specification of early case law on equal treatment. However, notably the rejection of ascribing any decisive meaning to recital 22 (case *Maruko*) and the decision in favour of comparability with married partners (case *Römer*) can be considered an unambiguous sign that discrimination on grounds of sexual orientation is taken seriously on the European level.

In the light of these decisions, it is most likely that a number of current regulations in national law, collective agreements or private schemes will soon be subject to scrutiny on their compliance with the framework directive. As for the ECJ, additional clarification might be asked for especially in the delimitation of direct and indirect discrimination, as has been indicated above. Presumably, though, even the qualification of unequal treatment as only indirect in some countries would not lead to a significant difference in the outcome: it can be expected that the Court will not readily accept differentiations based merely on the legal form of the partnership to be appropriate and necessary. As regards the nearer future, difficulties of interpretation may arise regarding discrimination arising before 2003, as it is unclear when precisely the general principle of non-discrimination on grounds of sexual orientation emerged in EU law.

Viewing the decisions in a broader context, a highly effective form of interaction between the influence of international and European soft law and case law of the European Courts could lead to a considerable acceleration of the move towards more equality between individuals of different sexual orientation. On the one hand, those states which still do not address the issue in their domestic legislation or grant only very restrictive rights are under an increasing pressure to adapt to European standards; they may be forced to grant a minimum level of rights by the ECtHR, as it was the case in

⁸⁷ Par 63 of the judgment.

Austria. Now, once a basic set of rules is in place that assimilates the position of partnerships between individuals of the same and of different genders, the ECJ will find such partnerships to be in a comparable situation with respect to a number of issues. As a consequence, the framework directive comes into play and demands full equality of treatment with respects to the rights covered by its scope.

The greatest obstacle to a genuine assimilation of the legal position of individuals irrespective of their sexual orientation doubtlessly is the exclusive focus of the directive on the field of employment and occupation. There are boundaries to the possibility of achieving broad applicability by the extensive interpretation of “working conditions” by the ECJ. As the two cases delivered in this area have shown, a range of pension and care systems can be brought under the ambit of the obligation to refrain from discrimination by virtue of the Court’s three-criteria test. Yet, as soon as a sufficient link to an employment relationship cannot be established any longer, the language of the directive is clear in leaving regulation to the national level in its entirety. It is opined that this would be the case notably for pensions organised as a pay-as-you-go system (ie not based on capitalisation), even if they are set up for a specific groups of employees only – as in the schemes for freelance occupations in Germany.⁸⁸ However, the ECJ has yet to deliver a judgement on whether or not those schemes may still be covered by its wide conception of “pay”.⁸⁹ With a view to the criteria described above, the mere organisation as a pay-as-you-go scheme cannot be detrimental to a qualification as pay, as long as the amount is dependent on periods of employment and salary received.

Independent from such matters of detail, the development of a common European standard of equal treatment which genuinely corresponds to the EU’s commitments in the area of fundamental rights cannot be expected on the basis of current secondary legislation. The logical point of reference for considerations of this kind would be the 2008 Commission proposal on an extended framework directive.⁹⁰ This promising prospect of an expansion of non-discrimination to matters of social security, education and access to goods and services is to embrace the concept of all-encompassing protection, which is currently found only in respect to discrimination on grounds of sex or race. And indeed, there could hardly be a plausible reason why discrimination on grounds of belief, disability, age or sexual orientation would be any more legitimate than sex or racial discrimination in vital matters such as the provision of social security. This holds especially true with a view to the possibility of stating exceptions for cases where the nature of one characteristic warrants a different assessment.

The mentioned proposal has only two flaws: one is the indeed extensive list of exceptions that has been inserted into the proposal to safeguard the member states’ legal status

⁸⁸ Cf Stüber, *Was folgt aus „Maruko“?*, 752.

⁸⁹ See Bruns, *Die Maruko-Entscheidung im Spannungsfeld zwischen europäischer und nationaler Auslegung*, 1931.

⁹⁰ European Commission, Proposal for a Council Directive on implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of religion or belief, disability, age or sexual orientation, COM (2008) 426.

quo.⁹¹ The other is the manifest lack of political support currently bestowed on the directive in the Council: it has been stressed repeatedly that *de facto* the current framework directive could only pass as a sort of appendage to the race directive, for which there was broad political support in 2000.⁹² No equivalent “drawing card” seems available at this moment to ensure the necessary unanimity for an adoption of the extended standards.⁹³

The ECJ’s case law discussed in this contribution might influence the development of equal treatment of homosexual partners in other areas, though – if the above-mentioned interplay between this Court and the ECtHR is taken into consideration. The fact that all EU member states (ie a substantial part of Council of Europe member states) are obliged to conditionally treat partnerships equally in the area of employment and occupation may serve as an argument for the ECtHR: referring to this standard, it may find discrimination of comparable situations contrary to the current stage of development of human rights under the ECHR – also in other areas such as housing, social security or taxation. Consequently, non-discrimination *as a general principle of EU law* (which includes the ECHR as interpreted by the Strasbourg Court) may soon exceed the narrow limits set in the context of the framework directive. Wherever a case is generally covered by EU legislation, it will be for the ECJ to ensure that these standards are respected.

* * *

Christina Hiefl: 2:0 a bejegyzett élettársi viszony javára. A szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetés az Európai Bíróság előtt

A Maruko és Römer eseteket megelőzően az európai jog kevés figyelmet szentelt a szexuális irányultságon alapuló megkülönböztetésnek. E két döntés több szempontból jelentős. Az Európai Bíróság visszautasította az irányelv alkalmazhatóságának kizárását a 2000/78/EK irányelv 3.3 cikk vagy a 22. preambulumbekkezdés alapján, továbbá megerősítette, hogy a házastársak és a bejegyzett élettársak helyzete összehasonlítható. A Bíróság megállapította, közvetlen és indokolatlan megkülönböztetés történt, és kimondta, a diszkrimináció tilalma közvetlenül és visszamenőleg is alkalmazható. E két, várhatóan az EJEB ítélkezési gyakorlatára is hatással lévő, eset rávilágít arra, hogy az Európai Bíróság komolyan veszi a szexuális irányultságon alapuló diszkriminációt. Az egyes tagállamok törvényei, kollektív szerződésai stb. hamarosan ki kell, állják a keretirányelvnek való megfelelés próbáját. A közvetlen megkülönböztetés, a 2003. előtti diszkrimináció megítélése, illetve a nem foglalkoztatás területén jelentkező megkülönböztetés várhatóan több problémát is felszínre hoz majd. Az új irányelv tervezet tekintetében nehézséget jelent a tagállamok status quo-jának megőrzését célzó kivételek igen terjedelmes listája és az, hogy hiányzik az egyhangú szavazáshoz szükséges politikai akarat.

⁹¹ Cf Bell, *Advancing EU Anti-Discrimination Law: the European Commission’s 2008 Proposal for a New Directive*, *The Equal Rights Review*, Vol 3 (2009), 12.

⁹² This was related to the entry into the Austrian governing coalition of the right-wing FPÖ, which had a record of a hostile stance against immigrants. Cf Howard, *The Case for a Considered Hierarchy of Discrimination Grounds in EU Law*, 13 MJ 4 (2006), 451.

⁹³ Cf Bell, *Advancing EU Anti-Discrimination Law*, 11.

Wolfgang Portmann

Information und Konsultation der Arbeitnehmerschaft – Anwendung, Umsetzung und Weiterentwicklung der Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft*

1. Einleitung

Am 11. März 2002 haben das Europäische Parlament und der Rat die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft erlassen¹ (im Folgenden als Mitwirkungsrichtlinie oder MRL bezeichnet). Ziel dieser Richtlinie ist die Festlegung eines allgemeinen Rahmens mit Mindestvorschriften für das Recht auf Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer von in der Gemeinschaft ansässigen Unternehmen oder Betrieben.² Sie beruht unter anderem auf der Überlegung, dass es zu den besonderen Zielen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten gehört, den sozialen Dialog zwischen den Sozialpartnern zu fördern.³ Eine rechtzeitige Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer wird als Vorbedingung gesehen für die erfolgreiche Bewältigung von Umstrukturierungsprozessen und für eine erfolgreiche Anpassung der Unternehmen an die im Zuge der Globalisierung der Wirtschaft – insbesondere durch die Entstehung neuer Formen der Arbeitsorganisation – geschaffenen neuen Bedingungen.⁴ Durch eine sachgemässe Information werden die Beschäftigten in die Lage versetzt, Risiken besser erkennen und auf neue Anforderungen flexibel reagieren zu können, beispielsweise durch Fortbildungen. Ausserdem ist die Beteiligung an der Suche nach der am wenigsten belastenden Lösung ein wichtiges Element zur Erlangung der sozialen Akzeptanz von Umstrukturierungsmassnahmen.⁵ Die Richtlinie ist Teil der gemeinschaftlichen Beschäftigungsstrategie, in deren Mittelpunkt die Begriffe „Antizipation“, „Prävention“ und „Beschäftigungsfähigkeit“ stehen.⁶

* Der vorliegende Beitrag entspricht der gleichnamigen Publikation in der Festschrift für Rolf H. Weber, Bern 2011, 167 ff.

¹ ABl. L 80 vom 23. März 2002, 29 ff.

² Art. 1 Abs. 1 MRL.

³ Erwägungsgrund (1) zur MRL.

⁴ Erwägungsgrund (9) zur MRL.

⁵ BERNADETTE SPREER, Die Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, Berlin 2005, 187.

⁶ Vgl. Erwägungsgrund (10) zur MRL.

Die Mitwirkungsrichtlinie lässt andere Unterrichts-, Anhörungs- und Mitbestimmungsrechte, die in den einzelstaatlichen Rechtsordnungen vorgesehen sind, unberührt.⁷ Vorbehalten bleiben auch die spezifischen Informations- und Konsultationsverfahren, die in Art. 2 der Richtlinie über Massenentlassungen⁸ und in Art. 7 der Richtlinie über die Mitwirkung beim Übergang von Unternehmen oder Betrieben⁹ vorgesehen sind, ebenso die Vorschriften der Richtlinien betreffend die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats.¹⁰ Die nachfolgenden Ausführungen befassen sich nicht mit diesen Sonderbestimmungen.

Bei der Betrachtung nationaler Regelungen wird ein gewisses Schwergewicht auf die Mitwirkungsbestimmungen von Liechtenstein und der Schweiz gelegt. Die Arbeitsrechtsordnungen dieser beiden Länder stehen sich traditionell sehr nahe, weisen aber gerade im Bereich der Mitwirkung einige signifikante Unterschiede auf, da Liechtenstein im Gegensatz zur Schweiz Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums und daher an die Mitwirkungsrichtlinie gebunden ist. Demgegenüber hat sich die Schweiz bloss im Sinne des sogenannten autonomen Nachvollzugs partiell an europäischen Vorgaben orientiert. Die Mitwirkungsgesetze beider Länder wurden bereits durch mehrere andere Richtlinien veranlasst¹¹ und stammen daher aus der Zeit vor dem Erlass der Mitwirkungsrichtlinie.¹² Während das schweizerische Mitwirkungsgesetz bisher kaum nennenswerte Änderungen erfahren hat, machte der Erlass der Mitwirkungsrichtlinie eine grössere Revision des liechtensteinischen Mitwirkungsgesetzes erforderlich.¹³

⁷ Dieser und die nachfolgenden Vorbehalte sind in Art. 9 Abs. 1–3 MRL niedergelegt.

⁸ Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen, *ABl. L 225 vom 12. August 1998*, 16 ff.

⁹ Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteilen, *ABl. L 82 vom 22. März 2001*, 16 ff.

¹⁰ Richtlinie 94/45/EG des Rates vom 22. September 1994 über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen, *ABl. L 254 vom 30. September 1994*, 64 ff.; Richtlinie 97/74/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 zur Ausdehnung der Richtlinie 94/45/EG über die Einsetzung eines Europäischen Betriebsrats oder die Schaffung eines Verfahrens zur Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in gemeinschaftsweit operierenden Unternehmen und Unternehmensgruppen auf das Vereinigte Königreich, *ABl. L 10 vom 16. Januar 1998*, 22 f.

¹¹ Art. 2 RL 75/129/EWG vom 17. Februar 1975 und Art. 1 RL 92/56/EWG vom 24. Juni 1992 betr. Massenentlassungen, Art. 6 RL 77/187/EWG vom 14. Februar 1977 betr. Übergang von Unternehmen und Betrieben, RL 89/391/EWG vom 12. Juni 1989 betr. Sicherheit und Gesundheitsschutz der Arbeitnehmer.

¹² Das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz wurde am 23. Oktober 1997 erlassen, das schweizerische am 17. Dezember 1993 und die Richtlinie am 11. März 2002.

¹³ Gesetz vom 14. Dezember 2005 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, *LGBl. 2006 Nr. 39*.

2. Anwendungsbereich

Die Mitwirkungsrichtlinie gilt je nach Wahl der Mitgliedstaaten entweder für Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat oder für Betriebe mit mindestens 20 Arbeitnehmern in einem Mitgliedstaat.¹⁴ Mit diesen Schwellenwerten sollen administrative, finanzielle und rechtliche Belastungen vermieden werden, die die Gründung und Entwicklung kleiner und mittlerer Unternehmen behindern könnten.¹⁵ Unternehmen im Sinne der Richtlinie sind öffentliche oder private Gebilde, die – unabhängig vom Verfolgen eines Erwerbszwecks – eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben. Als Betriebe gelten Unternehmenseinheiten, in denen kontinuierlich unter Einsatz personeller und materieller Ressourcen eine wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird.¹⁶ Abweichende Bestimmungen der Mitgliedstaaten sind zulässig für die Besatzung von Hochseeschiffen und unter einschränkenden Voraussetzungen auch für Tendenzbetriebe.¹⁷ Die Mitwirkung wird durch Arbeitnehmervertreter wahrgenommen. Von der Richtlinie unberührt bleiben indessen nationale Regelungen, die Bestimmungen über die direkte Mitwirkung der Arbeitnehmer enthalten, solange diese sich in jedem Fall dafür entscheiden können, das Recht auf Unterrichtung und Anhörung über ihre Vertreter wahrzunehmen.¹⁸ Kommt es demnach mangels Initiative der Beschäftigten nicht zur Gründung einer Arbeitnehmervertretung, trifft den Arbeitgeber keine Pflicht, eine solche zu bestellen, womit auch die nach der Richtlinie vorgesehenen Informations- und Konsultationspflichten entfallen. Hat sich die Belegschaft hingegen entschlossen, in einem Unternehmen mit mindestens 50 Beschäftigten bzw. in einem Betrieb mit mindestens 20 Beschäftigten eine Arbeitnehmervertretung zu wählen, so trifft den Arbeitgeber eine Duldungspflicht.¹⁹ Die Methode, nach der die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl berechnet werden, kann von den Mitgliedstaaten bestimmt werden.²⁰

Bei der Umsetzung von Art. 3 MRL geht es nach Auffassung der *Europäischen Kommission* in erster Linie um die Sicherstellung, dass die Arbeitnehmer ihr Recht auf Unterrichtung und Anhörung in allen unter die Richtlinie fallenden Unternehmen und Betrieben wirksam ausüben können. Dies setzt insbesondere die Einhaltung der nach Unternehmen oder Betrieb festgelegten Schwellenwerte und deren ordnungsgemäße Berechnung voraus.²¹ Fragwürdig erscheint insbesondere die Praxis einiger Mitgliedstaaten, aufgrund von Art. 3 Abs. 2 und 3 MRL in Bezug auf Tendenzbetriebe und

¹⁴ Art. 3 Abs. 1 MRL.

¹⁵ Erwägungsgrund (19) zur MRL.

¹⁶ Art. 2 lit. a und b MRL. Unter räumlichen Gesichtspunkten fallen selbstverständlich nur Unternehmen und Betriebe in Betracht, die im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats ansässig sind.

¹⁷ Art. 3 Abs. 2–3 MRL.

¹⁸ Erwägungsgrund (16) zur MRL.

¹⁹ MARTIN FRANZEN, *Europarecht und betriebliche Mitbestimmung*, FS Birk, Tübingen 2008, 100 f.; SPREER (Fn. 5), 44 ff.

²⁰ Art. 3 Abs. 1 MRL.

²¹ Mitteilung der Kommission vom 17. März 2008 an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen über die Überprüfung der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG in der EU, KOM(2008) 146 endg, 5.

Hochseeschiffe von den Bestimmungen der Richtlinie abzuweichen, ohne spezifische Mitwirkungsbestimmungen für die betroffenen Unternehmen oder Arbeitnehmerkategorien erlassen zu haben.²²

In einem seiner seltenen Urteile zur Mitwirkungsrichtlinie hat der *Europäische Gerichtshof* entschieden, dass Art. 3 Abs. 1 MRL einer nationalen Regelung entgegensteht, die eine bestimmte Gruppe von Arbeitnehmern – und sei es auch nur zeitweilig – bei der Berechnung der Beschäftigtenzahl im Sinne dieser Vorschrift unberücksichtigt lässt.²³ Nach zutreffender Auffassung des Gerichts geht es hier nicht bloss um die Berechnungsmethode für die Schwellenwerte der Beschäftigtenzahl, sondern um die Definition des Arbeitnehmerbegriffs selbst.²⁴ Gemäss Art. 2 lit. d MRL sei Arbeitnehmer jede Person, die in dem betreffenden Mitgliedstaat als Arbeitnehmer aufgrund des einzelstaatlichen Arbeitsrechts und entsprechend den einzelstaatlichen Gepflogenheiten geschützt ist.²⁵

Der Fall betraf *Frankreich*, das mit einem Notfallplan die besorgniserregende Beschäftigungssituation verbessern wollte. Um die Anstellung junger Arbeitskräfte durch die Unternehmen zu fördern, sollten unter anderem die Regelungen zur Berechnung der Beschäftigtenzahl für die Umsetzung der arbeitsrechtlichen Bestimmungen geändert werden. Die massgebende Bestimmung sah vor, dass Arbeitnehmer, die das 26. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, unabhängig von ihrer vertraglichen Beziehung zum Unternehmen bei der Berechnung von dessen Beschäftigtenzahl nicht berücksichtigt werden.²⁶ Einige weitere Mitgliedstaaten haben bei ihren Umsetzungsmassnahmen nebst jungen Arbeitnehmern auch teilzeitbeschäftigte Frauen oder kurzzeitig beschäftigte Arbeitnehmer mit befristeten Arbeitsverträgen nicht berücksichtigt.²⁷

Der Anwendungsbereich der Mitwirkungsrichtlinie hat bei der Umsetzung durch *Liechtenstein* einen Niederschlag in Art. 2 und 3 MWG gefunden.²⁸ Das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz findet auf Betriebe Anwendung, die ständig Arbeitnehmer beschäftigen und nicht der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben dienen. Die Arbeitnehmerschaft hat Anspruch auf eine Vertretung aus ihrer Mitte „in Betrieben (Unternehmen) mit mindestens 50 Beschäftigten“ und „in Betrieben, die einem Unternehmen

²² Ibid.

²³ EuGH, Urteil vom 18. Januar 2006, Rs. C-385/05, insb. Rz. 41.

²⁴ Ibid. Rz. 33.

²⁵ Ibid. Rz. 31.

²⁶ Ibid. Rz. 18–21.

²⁷ So die Feststellung in der Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 19. Februar 2009 zu der Anwendung der Richtlinie 2002/14/EG zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer in der Europäischen Gemeinschaft, ABl. C 76E vom 25. März 2010, 11 ff, Ziff. 4. Die Nichtberücksichtigung von Arbeitnehmern, die in befristeten Arbeitsverhältnissen von kurzer Dauer (weniger als neun Monate) angestellt sind, betrifft *Italien*, vgl. dazu Thematic Report 2010, Protection, Involvement and Adaptation, European Labour Law in Time of Crisis, Restructuring and Transition, hrsg. von ELLN – European Network of Legal Experts in the field of Labour Law, dealing with both individual and collective rights/aspects, Contract No. VC/2009/1385 & VC/2010/0121.

²⁸ Gesetz vom 23. Oktober 1997 über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmerschaft in den Betrieben, Mitwirkungsgesetz, LR 822.11.

zuzurechnen und gleichzeitig eigenständige Steuersubjekte sind (Unternehmensteile), mit mindestens 20 Beschäftigten“. Bei Unternehmensteilen, die eigenständige Steuersubjekte darstellen, handelt es sich im Wesentlichen um liechtensteinische Betriebe, deren Mutterunternehmen nicht in Liechtenstein ansässig sind.²⁹ In Betrieben, die den Schwellenwert erreichen, bei denen jedoch keine Arbeitnehmervertretung bestellt wird, stehen die Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft direkt zu.³⁰ Dasselbe gilt sogar hinsichtlich eines erheblichen Teils der Mitwirkungsrechte in Betrieben, die den Schwellenwert nicht erreichen.³¹ Diesbezüglich geht also das liechtensteinische Recht deutlich über die Anforderungen der Richtlinie hinaus. In Bezug auf die Methode, wie die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl zu berechnen sind, bestimmt Art. 3 Abs. 2 MWG, dass die Anzahl der im Durchschnitt während der letzten zwei Jahre beschäftigten Arbeitnehmer massgebend ist. Teilzeitbeschäftigte und befristet angestellte Arbeitnehmer sind mitzuzählen, während Vertreter von beurlaubten oder kranken Arbeitnehmern, Leiharbeiter sowie vorübergehende Erhöhungen und Verringerungen der Beschäftigten unberücksichtigt bleiben.³² Was zu geschehen hat, wenn der Schwellenwert nach erfolgter Einrichtung einer Arbeitnehmervertretung wieder unterschritten wird, bleibt – wie schon nach der Richtlinie – un geregelt. Aus der Praxis wird von vereinzelt Versuchen von Arbeitgebern berichtet, die Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung zu verhindern, indem sie mit der Reduzierung der Arbeitsplätze unter den massgebenden Schwellenwert bzw. mit der Aufspaltung des Unternehmens in zwei Teile drohten.

Die gesetzliche Regelung in der Schweiz weist einige markante Unterschiede zur liechtensteinischen Rechtslage auf, so insbesondere indem

- der Geltungsbereich der Mitwirkung auf private Betriebe beschränkt ist und demnach auch öffentliche Betriebe ohne Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben nicht erfasst werden;³³
- der Anspruch auf Vertretung nur in Betrieben mit mindestens 50 Arbeitnehmern besteht,³⁴ also der nach der Richtlinie höhere Schwellenwert für Unternehmen auf Betriebe angewendet wird;
- das Gesetz keine Berechnungsmethode für den Schwellenwert vorgibt.

In einigen Ländern liegen die Schwellenwerte zum Teil erheblich tiefer, als sie nach Art. 3 Abs. 1 MRL müssten, so etwa in Österreich nur gerade bei 5 Arbeitnehmern.³⁵

²⁹ Bericht und Antrag der Regierung betr. die Teilrevision des Mitwirkungsgesetzes, BuA Nr. 65/2005, 24.

³⁰ Art. 3a Abs. 1 MWG.

³¹ Art. 3a Abs. 2 MWG.

³² Bericht und Antrag der Regierung (Fn. 29), 26 f.

³³ Art. 1 MitwG (Bundesgesetz vom 17. Dezember 1993 über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, Mitwirkungsgesetz, SR 822.14).

³⁴ Art. 3 MitwG.

³⁵ § 40 Abs. 1 ArbVG (Bundesgesetz vom 14. Dezember 1973 betreffend die Arbeitsverfassung, Arbeitsverfassungsgesetz).

Dies liegt auf der Linie des Europäischen Parlaments, das die Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl des Unternehmens oder Betriebs so geändert wissen möchte, dass nur Kleinstunternehmen vom Anwendungsbereich der Mitwirkungsrichtlinie ausgenommen wären.³⁶ In anderen Ländern findet eine fortgesetzte Debatte statt, ob die Schwelle nicht gesenkt werden sollte, insbesondere wenn diese wie z.B. in *Island* bei 50 Arbeitnehmern pro Unternehmen angesetzt ist, so dass verhältnismässig wenige Arbeitnehmer von der Unterrichtung und Anhörung profitieren können.³⁷

3. Vertretung der Arbeitnehmer

Nach der Mitwirkungsrichtlinie werden die vorgesehenen Mitwirkungsrechte von Arbeitnehmervertretern ausgeübt. Als Arbeitnehmervertreter werden „die nach den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und/oder Gepflogenheiten vorgesehenen Vertreter der Arbeitnehmer“ bezeichnet.³⁸ Anders als nach der Richtlinie über den Europäischen Betriebsrat sind demnach Gründung und Zusammensetzung der Arbeitnehmervertretung nicht gemeinschaftsweit vereinheitlicht.³⁹ Aus dem Begriff des Arbeitnehmervertreters sind indessen einige Mindestanforderungen abzuleiten: Vertreter in diesem Sinne kann nur sein, wer von der gesamten Belegschaft eines Unternehmens oder Betriebs zur Wahrnehmung von deren Interessen für einen im Voraus bestimmten Zeitraum legitimiert und dessen Bestellung vom Willen des Arbeitgebers unabhängig ist.⁴⁰

Nach den Vorstellungen des Europäischen Parlaments ist das Mandat eines Arbeitnehmervertreters während der Arbeitszeit wahrzunehmen und als solches zu bezahlen.⁴¹ Die Mitgliedstaaten müssen den Arbeitnehmervertretern eine Geheimhaltungspflicht hinsichtlich vertraulicher Informationen auferlegen⁴² und Verletzungen angemessen sanktionieren.⁴³ Ferner haben die Mitgliedstaaten den Arbeitnehmervertretern bei der Ausübung ihrer Funktion einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten zukommen zu lassen, die es ihnen ermöglichen, die ihnen übertragenen Aufgaben in angemessener Weise wahrzunehmen.⁴⁴

Nach dem Befund der *Europäischen Kommission* geniessen die Arbeitnehmervertreter in allen Mitgliedstaaten einen ausreichenden Schutz und ausreichende Sicherheiten im Sinne der Mitwirkungsrichtlinie. Zu diesem Zweck sichern die Mitgliedstaaten den Arbeitnehmervertretern vor allem das Recht auf bezahlte Freistellung und den Schutz

³⁶ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 15.

³⁷ Thematic Report (Fn. 27), 46. Ähnliches wird auch in Bezug auf das *Vereinigte Königreich* geltend gemacht.

³⁸ Art. 2 lit. e MRL.

³⁹ KARL RIESENHUBER, *Europäisches Arbeitsrecht*, Heidelberg usw. 2009, § 27 Rz. 10.

⁴⁰ FRANZEN (Fn. 19), 104.

⁴¹ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 15.

⁴² Art. 6 Abs. 1 MRL.

⁴³ Dieser Aspekt wird ebenfalls von Art. 8 Abs. 2 MRL erfasst.

⁴⁴ Art. 7 MRL.

vor Benachteiligung oder Diskriminierung durch den Arbeitgeber bei der Ausübung ihrer Funktion oder auch noch nach Ablauf ihres Mandats.⁴⁵ Der besondere Schutz der Arbeitnehmervertreter nach Art. 7 MRL hat in einigen Ländern dazu geführt, dass sie gegenüber Arbeitnehmervertretern mit anderen Aufgaben begünstigt werden.⁴⁶

In einem Urteil aus dem Jahr 2010 hat der *Europäische Gerichtshof* entschieden, dass die Richtlinie nicht verlangt, Arbeitnehmervertretern einen verstärkten Kündigungsschutz zu gewähren. Jedoch hat jede zur Umsetzung durch Gesetz oder Kollektivvertrag vorgesehene Massnahme den in der Richtlinie vorgesehenen Mindestschutz zu wahren.⁴⁷ Der von einer Kündigung betroffene Arbeitnehmervertreter muss im Rahmen geeigneter Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren überprüfen lassen können, ob der Grund für seine Entlassung nicht in seiner Eigenschaft oder der Ausübung seiner Funktion als Arbeitnehmervertreter liegt.⁴⁸

Die Regelungen der Arbeitnehmervertretung in *Liechtenstein* und der *Schweiz* sind sich sehr ähnlich.⁴⁹ In Bezug auf die Bestellung ist ein zweistufiges Verfahren charakteristisch. In einem ersten Schritt wird durch eine geheime Abstimmung geklärt, ob die Belegschaft eines Betriebs überhaupt eine Arbeitnehmervertretung wünscht. In Liechtenstein ist diese Abstimmung obligatorisch, wenn der Betrieb den massgebenden Schwellenwert erreicht,⁵⁰ während sie in der Schweiz nur auf Verlangen eines Fünftels der Arbeitnehmer stattzufinden hat.⁵¹ Im zweiten Schritt ist dann, sofern die Mehrheit der Stimmenden eine Arbeitnehmervertretung befürwortet hat, die eigentliche Wahl durchzuführen, die den Grundsätzen einer freien und allgemeinen Wahl zu genügen hat.⁵² Die Grösse der Arbeitnehmervertretung wird von der Arbeitgeber- und der Arbeitnehmerseite gemeinsam festgelegt, wobei aber mindestens drei Personen vorzusehen und im Übrigen der Grösse und Eigenart des Betriebs Rechnung zu tragen ist.⁵³ Beide Rechtsordnungen sehen ein umfassendes Behinderungs- und Diskriminierungsverbot zugunsten der Arbeitnehmervertreter vor.⁵⁴ Dennoch wird aus der Praxis von einigen Fällen berichtet, in denen Arbeitgeber versucht haben, die bereits erfolgte Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung im Unternehmen oder Betrieb dadurch rückgängig zu machen, dass Arbeitnehmervertreter benachteiligt, insbesondere bei allgemeinen Lohnerhöhungen übergangen wurden. Ferner ist daran zu erinnern, dass der Schutz gegen missbräuchliche Kündigungen nur in einem Anspruch auf eine finanzielle Entschädigung, nicht aber auf eine Wiedereinstellung besteht, was

⁴⁵ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 7.

⁴⁶ Vgl. KOM(2008) 146 (Fn. 21), 9.

⁴⁷ EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, insb. Rz. 66.

⁴⁸ Ibid. Rz. 59.

⁴⁹ Grundlegend für die Schweiz: ROLAND A. MÜLLER, Die Arbeitnehmervertretung, Bern 1999, 120 ff.; ISABELLE WILDHABER, Das Arbeitsrecht bei Umstrukturierungen, zur Zeit im Druck, insb. § 5.

⁵⁰ Art. 4 Abs. 1 MWG.

⁵¹ Art. 5 Abs. 1 MitwG; in Betrieben mit mehr als 500 Beschäftigten genügt ein Quorum von 100.

⁵² *Liechtenstein*: Art. 4 MWG; *Schweiz*: Art. 5 Abs. 2 und Art. 6 MitwG. Nach liechtensteinischem Recht muss die Wahl überdies zwingend geheim und schriftlich erfolgen.

⁵³ *Liechtenstein*: Art. 5 MWG; *Schweiz*: Art. 7 MitwG.

⁵⁴ *Liechtenstein*: Art. 10 MWG; *Schweiz*: Art. 12 MitwG.

auch für Arbeitnehmervertreter gilt.⁵⁵ Indem der Schutz der Arbeitnehmervertreter gegen Diskriminierung auf die Zeit nach Beendigung ihres Mandats ausgedehnt wird und auch Personen, die sich zur Wahl in eine Arbeitnehmervertretung stellen, in den Schutzbereich einbezogen werden, gehen das liechtensteinische und das schweizerische Recht über die Anforderungen der Richtlinie hinaus.⁵⁶ Gleiches gilt in Bezug auf die Geheimhaltungspflicht, die nicht bloss im Interesse der Unternehmen oder Betriebe statuiert wird, sondern auch auf die persönlichen Angelegenheiten von Beschäftigten ausgedehnt wird, und die nicht nur die Arbeitnehmervertreter bindet, sondern auch den Arbeitgebern auferlegt wird.⁵⁷

In den verschiedenen europäischen Ländern sieht man sehr unterschiedliche Systeme, was die Träger der Mitwirkungsrechte betrifft. Diese können Arbeitnehmervertretungen auf Unternehmens- oder Betriebsebene, Gewerkschaften oder die Arbeitnehmer eines Unternehmens oder Betriebs direkt sein. In einigen Staaten stehen die Mitwirkungsrechte entweder den Gewerkschaften oder den Arbeitnehmervertretungen zu (monistische Systeme wie beispielsweise in *Schweden* oder *Liechtenstein*), während sie in anderen Staaten sowohl den Gewerkschaften wie auch den Arbeitnehmervertretungen zukommen (dualistische Systeme z.B. in *Polen* und der *Slowakei*). In monistischen Systemen besteht die Gefahr, dass die Interessen der Arbeitnehmer zu wenig wahrgenommen werden können, wenn mitwirkungsberechtigte Arbeitnehmervertretungen nicht existieren und existierende Gewerkschaften nicht mitwirkungsberechtigt sind. In dualistischen Systemen fällt den Gewerkschaften oft eine wichtige Rolle zu. Nach *bulgarischem Recht* etwa muss der Arbeitgeber (neben den Arbeitnehmern) auch alle in einem Unternehmen auftretenden Gewerkschaften informieren und konsultieren, unabhängig davon, ob sie als repräsentativ zu betrachten sind oder nicht. In *Irland* können die gewerkschaftlich organisierten und die nicht organisierten Arbeitnehmer je ihre eigenen Repräsentanten wählen. Das Hauptproblem der dualistischen Systeme liegt in Abgrenzungsschwierigkeiten bzw. Kompetenzkonflikten zwischen Gewerkschaften und Arbeitnehmervertretungen. Zu Kompetenzkonflikten kann es auch dort kommen, wo es – wie in *Luxemburg* – verschiedenartige Organe der Arbeitnehmervertretung mit sich zum Teil überschneidenden Aufgabenbereichen gibt. Dies scheint auch in *Ungarn* und *Polen* ein Problem zu sein.⁵⁸

⁵⁵ *Liechtenstein*: § 1173a Art. 47 i.V.m. Art. 46 Abs. 2 lit. b ABGB; *Schweiz*: Art. 336a i.V.m. Art. 336 Abs. 2 lit. b OR.

⁵⁶ Art. 7 MRL im Vergleich zu *Liechtenstein*: Art. 10 Abs. 2 MWG; *Schweiz*: Art. 12 Abs. 2 MitwG.

⁵⁷ Art. 6 Abs. 1 MRL im Vergleich zu *Liechtenstein*: Art. 11 Abs. 2 lit. b MWG; *Schweiz*: Art. 14 Abs. 2 lit. b MitwG.

⁵⁸ Vgl. zum Ganzen Thematic Report (Fn. 27), 47.

4. Bedeutung von Kollektivverträgen

Kollektivverträgen kommt nach der Mitwirkungsrichtlinie insofern eine bedeutsame Rolle zu, als die Mitgliedstaaten ihre Umsetzungspflicht im Kernbereich der Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer nicht nur durch den Erlass eigener Vorschriften erfüllen können, sondern auch indem sie sicherstellen, dass die Sozialpartner entsprechende gemeinsame Bestimmungen aufstellen.⁵⁹ Mit anderen Worten kann die Richtlinie in Bezug auf die Mitwirkungsrechte entweder durch staatliches Recht oder durch Kollektivverträge umgesetzt werden. Die Mitgliedstaaten können es den Sozialpartnern auf geeigneter Ebene, einschliesslich Unternehmens- oder Betriebsebene, überlassen, „nach freiem Ermessen und zu jedem beliebigen Zeitpunkt im Wege einer ausgehandelten Vereinbarung die Modalitäten für die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer festzulegen“.⁶⁰ Besonders bemerkenswert ist, dass die Sozialpartner dabei sogar von den Vorgaben abweichen dürfen, welche gemäss der Richtlinie für die Umsetzung durch staatliches Recht gelten.⁶¹ Das schliesst die Möglichkeit ein, dass die Sozialpartner hinter den Mindeststandards von Art. 4 MRL zurückbleiben und insbesondere die Gegenstände der Unterrichtung und Anhörung beschränken.⁶² Vorausgesetzt wird dazu lediglich, dass die allgemeinen Grundsätze von Art. 1 MRL eingehalten und allfällige staatliche Einschränkungen beachtet werden. Inhaltliche Unterschiede der verschiedenen, in einem Mitgliedstaat abgeschlossenen Kollektivverträge sind dabei in Kauf zu nehmen.⁶³

Anlässlich der Überprüfung der Umsetzung hat die *Europäische Kommission* festgestellt, dass in den Regelungen einiger Mitgliedstaaten ein Hinweis im Sinne von Art. 5 MRL fehlt, wonach die Sozialpartner die in Art. 1 MRL genannten Grundsätze einhalten müssen, wenn sie von den in Art. 4 MRL festgelegten Mitwirkungsbestimmungen abweichen. Einige Kollektivverträge sind insofern mangelhaft, indem sie eine reine Befragung der Arbeitnehmer nach ihrer Meinung anstelle einer echten Anhörung im Sinne der Richtlinie vorsehen oder indem sie keine Durchsetzungsmassnahmen umfassen.⁶⁴ Mitgliedstaaten, in denen der Schutz der Arbeitnehmervertreter traditionell durch Kollektivverträge gesichert wird, benötigen einen zusätzlichen Schutz für die Arbeitnehmervertreter im Fall eines Scheiterns der Verhandlungen.⁶⁵

Nach einem Urteil des *Europäischen Gerichtshofs* kann ein Arbeitnehmer (i.c. ein Arbeitnehmervertreter) auch dann den Schutz eines die Richtlinie umsetzenden Kollektivvertrags geniessen, wenn er nicht Mitglied der vertragschliessenden Gewerkschaft

⁵⁹ Art. 11 Abs. 1 MRL.

⁶⁰ Art. 5 MRL. Erwägungsgrund (23) zur MRL hält ausserdem fest, die Mitgliedstaaten könnten den Sozialpartnern eine massgebliche Rolle zuweisen, „die es diesen ermöglicht, ohne jeden Zwang auf dem Wege einer Vereinbarung Modalitäten für die Unterrichtung und Anhörung festzulegen, die ihren Bedürfnissen und ihren Wünschen am besten gerecht werden“.

⁶¹ Art. 5 MRL.

⁶² RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 24.

⁶³ Solche Unterschiede werden durch das Konzept der Richtlinie als Mindeststandard ermöglicht und folgen aus der verschiedenen Verhandlungsstärke der Sozialpartner, DIRK SCHÄFER, *Der europäische Rahmen für Arbeitnehmermitwirkung*, Frankfurt a.M. 2005, 167.

⁶⁴ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 6.

⁶⁵ Vgl. dazu die Entschliessung des Europäischen Parlaments (Fn. 27), Ziff. 9.

ist.⁶⁶ Voraussetzung dazu ist, dass er unter den (persönlichen) Geltungsbereich des Kollektivvertrags fällt und die Vertragsbindung – beispielsweise durch Allgemeinverbindlicherklärung – auf ihn erstreckt wurde, was sich nach nationalem Recht entscheidet.⁶⁷ Der Kollektivvertrag muss den von ihm erfassten Arbeitnehmern einen wirksamen Schutz der Rechte gewährleisten, den ihnen die Richtlinie verleiht.⁶⁸ Die Möglichkeit, die Umsetzung der Richtlinie an die Sozialpartner zu delegieren, befreit die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung, durch geeignete Vorschriften sicherzustellen, dass alle Arbeitnehmer in vollem Umfang den Schutz aus der Richtlinie in Anspruch nehmen können. Das gilt natürlich auch dann, wenn der mangelnde Schutz eine sich aus dem nationalen Recht ergebende Folge fehlender Gewerkschaftszugehörigkeit ist.⁶⁹ Die Richtlinie verlangt nicht, dass der Schutz, der den Arbeitnehmern durch ein Umsetzungsgesetz oder durch einen zur Umsetzung der Richtlinie geschlossenen Kollektivvertrag gewährt wird, einheitlich ist.⁷⁰

Der Fall betraf *Dänemark*, nach dessen Rechtsordnung die Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie primär den Sozialpartnern überlassen wurde. Konkret ging es um einen zwischen dem Dänischen Gewerkschaftsbund und der grössten dänischen Arbeitgeberorganisation abgeschlossenen Kollektivvertrag über die Zusammensetzung und Tätigkeit der Betriebsräte.⁷¹ Auf Arbeitnehmer, die nicht in den Anwendungsbereich eines die Richtlinie umsetzenden Kollektivvertrags fallen, kommt das dänische Gesetz über die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer zur Anwendung.⁷²

Ausser in Dänemark wurde den Sozialpartnern auch in *Belgien* und *Italien* die Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie in wesentlichem Umfang überlassen. Namentlich in Italien besteht insofern ein Problem, als viele Arbeitgeber nicht an einen Kollektivvertrag gebunden sind und daher den Informations- und Konsultationsvorschriften nicht unterworfen sind.⁷³ Dehnt ein Mitgliedstaat die Vertragsbindung auf Arbeitgeber oder Arbeitnehmer aus, die nicht Mitglied in einem vertragschliessenden Verband sind, muss dies in einer Weise erfolgen, die die Koalitionsfreiheit nicht verletzt. Gemeinschaftsrechtliche Voraussetzung ist stets, dass die Mindestvorschriften der Mitwirkungsrichtlinie eingehalten werden. Darauf ist insbesondere auch bei Kollektivverträgen zu achten, die vor dem Inkrafttreten der Mitwirkungsrichtlinie abgeschlossen wurden.

In *Liechtenstein* und der *Schweiz* ist keine Delegation an die Sozialpartner zur Umsetzung der Richtlinie erfolgt. Von einer solchen Delegation zu unterscheiden ist

⁶⁶ EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, insb. Rz. 41–42.

⁶⁷ Ibid. Rz. 44.

⁶⁸ Ibid. Rz. 45.

⁶⁹ Ibid. Rz. 40.

⁷⁰ Ibid. Rz. 57 in Bezug auf Arbeitnehmervertreter, was sinnvollerweise auch für andere Arbeitnehmer gelten muss.

⁷¹ Die sogenannte „Samarbejdsaftale“.

⁷² Lov nr. 303 om information og høring af lønmodtagere vom 2. Mai 2005; vgl. zum Ganzen EuGH, Urteil vom 11. Februar 2010, Rs. C-405/08, Rz. 12–23.

⁷³ Thematic Report (Fn. 27), 45, der in diesem Zusammenhang auch *Lettland* und *Litauen* erwähnt.

die Rechtslage, dass von den landesgesetzlichen Mitwirkungsbestimmungen durch kollektivvertragliche Normen abgewichen werden darf,⁷⁴ und zwar zugunsten der Arbeitnehmerschaft von allen Vorschriften,⁷⁵ zu Ungunsten der Arbeitnehmerschaft hingegen nur von ausgewählten Bestimmungen, zu denen diejenigen über die Mitwirkungsrechte gerade nicht gehören.⁷⁶ Kollektivverhandlungen im Bereich der betrieblichen Mitwirkung haben vor allem die Frage zum Gegenstand, welche über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehenden Mitwirkungsrechte der Arbeitnehmerschaft eingeräumt werden. So gehen etwa die Mitwirkungsrechte im liechtensteinischen Gesamtarbeitsvertrag für die Metallindustrie deutlich über die gesetzlichen Vorschriften hinaus. Art. 4.3 Abs. 1 schreibt beispielsweise zwingend die Bildung einer Arbeitnehmervertretung in Unternehmen mit mindestens 50 Arbeitnehmern vor, und nach Art. 4.11 Abs. 1 werden pro Jahr bis zu drei freie bezahlte Tage gewährt, wenn sich ein Mitglied der Arbeitnehmervertretung zur Ausübung seiner Tätigkeit weiterbildet. Ähnliche Bestimmungen bestehen auch im Gesamtarbeitsvertrag für die Nichtmetallindustrie ohne Lastwagen und Banken.

5. Unterrichtung und Anhörung

Art. 4 bildet gewissermassen den Kern der Mitwirkungsrichtlinie, bei dem es um den Gegenstand und die Modalitäten der Mitwirkungsrechte geht. Die Artikelüberschrift „Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung“ ist offensichtlich zu eng gewählt, da sich Abs. 2 mit der zentralen Frage beschäftigt, über welche Gegenstände die Arbeitnehmer zu unterrichten und anzuhören sind.⁷⁷ Ferner finden sich Bestimmungen über den Zeitpunkt, die Art und die inhaltliche Ausgestaltung der Mitwirkungsrechte.⁷⁸ Das Recht auf Anhörung – unter der nach Art. 2 lit. g die Durchführung eines Meinungsaustauschs und eines Dialogs zwischen Arbeitnehmervertretern und Arbeitgeber zu verstehen ist – enthält einen Anspruch, mit dem Arbeitgeber zusammenzutreffen und eine mit Gründen versehene Antwort auf eine allfällige Stellungnahme zu erhalten.⁷⁹ Der Begriff der Anhörung im Sinne der Mitwirkungsrichtlinie geht somit deutlich über eine blosser Kenntnisnahme der Gegenmeinung hinaus.⁸⁰ Wo es um wesentliche Veränderungen der Arbeitsorganisation oder der Arbeitsverträge geht, wird sogar das Erreichen einer Vereinbarung als Ziel genannt.⁸¹ Mit anderen Worten

⁷⁴ So auch in etlichen anderen Ländern wie *Finnland, Island, Rumänien, Schweden*, vgl. Thematic Report (Fn. 27), 46.

⁷⁵ Für das Verhältnis europäisches Recht – nationales Recht ist das Günstigkeitsprinzip in Art. 4 Abs. 1 MRL ausdrücklich vorgesehen.

⁷⁶ *Liechtenstein*: Art. 2a MWG; *Schweiz*: Art. 2 MitwG.

⁷⁷ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 14. Diese Gegenstände können hier aus Platzgründen nicht aufgezählt werden; vgl. aber die unten wiedergegebenen, in Umsetzung der Richtlinie erlassenen Bestimmungen des liechtensteinischen Rechts.

⁷⁸ Art. 4 Abs. 3 und Abs. 4 lit. a MRL.

⁷⁹ Art. 4 Abs. 4 lit. d MRL.

⁸⁰ FRANZEN (Fn. 19), 99 f.; RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 12.

⁸¹ Art. 4 Abs. 4 lit. e i.V.m. Abs. 2 lit. c MRL.

besteht in diesen Fällen eine Verhandlungspflicht, nicht aber eine Kontrahierungspflicht; die Leitungsbefugnis des Arbeitgebers bleibt gewahrt.⁸² Unterrichtung und Anhörung gegen den Willen des Arbeitgebers haben zu entfallen, wenn nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigt oder dem Unternehmen bzw. Betrieb Schaden zugefügt werden könnte.⁸³ Dabei ist indessen Sorge zu tragen, dass die Ausübung des Rechts der Arbeitnehmer auf Unterrichtung und Anhörung nicht durch ungerechtfertigte Inanspruchnahme der Vertraulichkeitsklausel durch den Arbeitgeber beeinträchtigt wird.⁸⁴ Sinnvollerweise ist auch von einer Unterrichtung und Anhörung abzugehen, wenn es um Änderungen in der betrieblichen Organisation geht, die von einer Kontroll- oder Aufsichtsbehörde angeordnet wurden und daher vom Arbeitgeber zwingend zu befolgen sind.⁸⁵

Die *Europäische Kommission* hat beanstandet, dass die Umsetzungsvorschriften in einigen Mitgliedstaaten nur die Unterrichtung und keine Anhörung in denjenigen Fragen vorsehen, die die Beschäftigungssituation, die wahrscheinliche Beschäftigungsentwicklung und die entsprechenden antizipativen Massnahmen im Sinne von Art. 4 Abs. 2 lit. b MRL betreffen. Ausserdem wird in einigen Mitgliedstaaten die Pflicht des Arbeitgebers nach Art. 4 Abs. 4 lit. d und e MRL, eine mit Gründen versehene Antwort auf Stellungnahmen der Arbeitnehmervertreter zu geben und Anhörungen mit dem Ziel durchzuführen, eine Vereinbarung zu erreichen, nicht ausdrücklich erwähnt.⁸⁶

In *Liechtenstein* bedarf es einer Unterrichtung über alle Angelegenheiten, deren Kenntnis eine Voraussetzung für die ordnungsgemässe Erfüllung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung ist, sodann auch (mindestens einmal jährlich) über die wirtschaftliche Situation des Betriebs und deren voraussichtliche Weiterentwicklung.⁸⁷ Eine Unterrichtung *und* Anhörung hat stattzufinden über die Beschäftigungslage, ihre voraussichtliche Entwicklung und allenfalls geplante antizipative Massnahmen (namentlich bei Bedrohung der Beschäftigung), ferner über grundlegende Änderungen in der Arbeitsorganisation, insbesondere bei Änderungen von bestehenden Arbeitsverträgen.⁸⁸

Die Regelung in der *Schweiz* unterscheidet sich davon insofern erheblich, als das Mitwirkungsgesetz nur ein Informationsrecht,⁸⁹ aber kein Recht auf Anhörung vorsieht.⁹⁰ Dem Informationsrecht selbst sind ausserdem engere inhaltliche Grenzen ge-

⁸² RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 21.

⁸³ Art. 6 Abs. 2 MRL.

⁸⁴ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 6 f. Als bedenklich erscheint es danach, durch spezifische Gesetze Informationen als vertraulich einzustufen, ohne die zugrunde liegenden Kriterien zu nennen und ohne deutlich zu machen, wieweit nach objektiven Kriterien ein legitimes Interesse des Unternehmens oder eine Gefährdung dieses Interesses besteht.

⁸⁵ Vgl. Erwägungsgrund (26) zur MRL.

⁸⁶ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 5.

⁸⁷ Art. 7 Abs. 1 lit. a und b MWG.

⁸⁸ Art. 7 Abs. 1 lit. c und d MWG.

⁸⁹ Art. 9 MitwG.

⁹⁰ Vorbehalten bleiben Anhörungs- bzw. Konsultationsrechte nach anderen Gesetzen.

zogen. Neben Angelegenheiten, deren Kenntnis Voraussetzung für eine ordnungsgemäße Erfüllung der Aufgaben der Arbeitnehmervertretung ist, beschränkt es sich auf Auswirkungen des Geschäftsgangs auf die Beschäftigung und die Beschäftigten.⁹¹

Einige Länder gehen bei der Einräumung von Mitwirkungsrechten (insbesondere durch erweiterte Begriffe der Unterrichtung und Anhörung und deren Ausdehnung auf weitere Gegenstände) beträchtlich über die Anforderungen der Mitwirkungsrichtlinie hinaus und gewähren zum Teil eigentliche Mitbestimmungsrechte, so etwa *Deutschland*, *Luxemburg*, *Österreich* und *Schweden*, wogegen das *ungarische Verfassungsgericht* kürzlich ein Recht auf Mitbestimmung als verfassungswidrig verworfen hat.⁹² In Deutschland wurde eine Umsetzung der Mitwirkungsrichtlinie unter Hinweis auf die ausgeprägte Arbeitnehmermitwirkung nach dem Betriebsverfassungsgesetz für entbehrlich gehalten. In der Literatur wird aber auf verschiedene Umsetzungsdefizite hingewiesen, so namentlich in Bezug auf Art. 4 Abs. 2 lit. a MRL (Unterrichtung über die wirtschaftliche Situation des Unternehmens oder Betriebs).⁹³ In verschiedenen Ländern bestehen Unklarheiten und Kontroversen in Bezug auf Zeitpunkt und Inhalt der Information und Konsultation, so beispielsweise in *Griechenland* und *Norwegen*.⁹⁴ Ein heikler Punkt scheint auch die Berufung der Arbeitgeber auf Art. 6 Abs. 2 MRL zu sein, wonach die Unterrichts- und Anhörungspflicht des Arbeitgebers entfällt, wenn nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigt oder dem Unternehmen bzw. Betrieb Schaden zugefügt werden könnte.⁹⁵ Bemerkenswert ist, dass die Arbeitnehmer in *Irland* kein automatisches Recht auf Unterrichtung und Anhörung haben; vielmehr muss die Einleitung des Informations- und Konsultationsverfahrens von 10% der Belegschaft schriftlich verlangt werden.⁹⁶

6. Durchsetzung

Unter dem Titel „Durchsetzung der Rechte“ werden die Mitgliedstaaten für den Fall von Verstößen der Arbeitgeber oder der Arbeitnehmervertreter gegen die Mitwirkungsrichtlinie dazu verpflichtet, einerseits geeignete Massnahmen wie namentlich Verwaltungs- und Gerichtsverfahren zur Erfüllung der Verpflichtungen und andererseits wirksame, angemessene und abschreckende Sanktionen vorzusehen.⁹⁷

⁹¹ Art. 9 MitwG.

⁹² Thematic Report (Fn. 27), 49.

⁹³ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 35 f.; FRANZEN (Fn. 19), 102 ff.

⁹⁴ Thematic Report (Fn. 27), 47.

⁹⁵ Von einer ausgedehnten Anwendung dieser Klausel wird etwa aus *Rumänien* berichtet. Unklarheiten hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs bestehen in der *Tschechischen Republik*. Gesetzliche Konkretisierungen des Geheimnisschutzes finden sich beispielsweise in *Finnland* und *Spanien*, wobei indessen die Vereinbarkeit der spanischen Regelung mit den Vorgaben der Mitwirkungsrichtlinie zweifelhaft erscheint, Thematic Report (Fn. 27), 49.

⁹⁶ Thematic Report (Fn. 27), 48.

⁹⁷ Art. 8 MRL.

- Art. 8 Abs. 1 MRL dient, wie auch Art. 6 Abs. 3 MRL, vor allem der Durchsetzung des unmittelbaren primären Anspruchs der Arbeitnehmervertreter auf Durchführung des Informations- und Konsultationsverfahrens.⁹⁸ Der ursprüngliche Vorschlag, der die Unwirksamkeit von Entscheidungen des Arbeitgebers vorsah, die ohne die vorgeschriebene Unterrichtung und Anhörung getroffen wurden, fand keinen Eingang in den Text der Mitwirkungsrichtlinie. Ob und inwieweit in solchen Fällen Unterlassungsansprüche gegen den Arbeitgeber aufgrund der Richtlinie bestehen, ist demnach in der Lehre umstritten.⁹⁹ Den nationalen Rechtsordnungen bleibt es auf jeden Fall unbenommen, einen Unterlassungsanspruch betreffend den beabsichtigten Vollzug von Entscheidungen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 lit. c MRL vorzusehen.¹⁰⁰
- Als mögliche Sanktionen gegen den Arbeitgeber wegen Verletzung seiner Informations- und Konsultationspflichten sowie des Gebots zum Schutz der Arbeitnehmervertreter fallen insbesondere Schadenersatz, Entschädigung und Busse in Betracht. Da die Sanktionen nach der Richtlinie nicht nur wirksam und abschreckend, sondern auch angemessen sein müssen, dürfen sie nicht ein für die wirtschaftliche Existenz des Arbeitgebers bedrohliches Ausmass erreichen, worauf besonders bei einer Vielheit von anspruchsberechtigten Arbeitnehmern zu achten ist. Ein Anspruch auf Weiterbeschäftigung von Arbeitnehmern, die aufgrund von Entscheidungen im Sinne des Art. 4 Abs. 2 lit. c MRL ohne vorgängige Unterrichtung und Anhörung entlassen wurden, lässt sich aus der Richtlinie selbst nicht begründen.¹⁰¹ Verstösse von Arbeitnehmervertretern gegen Pflichten aus der Richtlinie, insbesondere gegen das Vertraulichkeitsgebot, lassen sich namentlich durch Schadenersatz, Busse und allenfalls durch eine ausserordentliche Kündigung sanktionieren.

Nach Einschätzung der *Europäischen Kommission* sehen alle Mitgliedstaaten geeignete Verwaltungs- und Gerichtsverfahren vor, mit denen die Erfüllung der Verpflichtungen aus der Richtlinie durchgesetzt werden kann. In den meisten Ländern obliegen Überwachung und Kontrolle der Arbeitsaufsicht. Die nationalen Umsetzungsmassnahmen sehen auch Verwaltungsstrafen oder in bestimmten Fällen strafrechtliche Sanktionen vor. Für den Fall, dass der Arbeitgeber Entscheidungen trifft, ohne die Unterrichtungs- und Anhörungspflichten zu erfüllen, sehen mehrere Mitgliedstaaten eine Suspendierung oder Nichtigerklärung derartiger Entscheidungen vor. In einigen Ländern muss der Arbeitgeber ausserdem die von den Beschäftigten im Falle einer Umstrukturierung erlittenen Nachteile ausgleichen.¹⁰²

⁹⁸ SCHÄFER (Fn. 63), 169.

⁹⁹ RIESENHUBER (Fn. 39), § 27 Rz. 33 f m.w.H.

¹⁰⁰ Vgl. SCHÄFER (Fn. 63), 169.

¹⁰¹ SCHÄFER (Fn. 63), 173.

¹⁰² KOM(2008) 146 (Fn. 21), 7.

Liechtenstein hat die Vorgaben der Richtlinie einzig durch die Möglichkeit zur Erhebung einer Zivilklage umgesetzt.¹⁰³ Die gleiche Regelung gilt grundsätzlich in der Schweiz.¹⁰⁴ Während beide Rechtsordnungen die Aktivlegitimation den Arbeitnehmern, dem Arbeitgeber und den Gewerkschaften zugestehen, bezeichnet das liechtensteinische Mitwirkungsgesetz konsequenterweise auch die Arbeitnehmervertretung als klageberechtigt.¹⁰⁵ Die früher bestehende Antrags- und Klageberechtigung des Amts für Volkswirtschaft wurde anlässlich der Revision von 2005 fallengelassen.¹⁰⁶

Die folgenden Beispiele zeigen, wie sehr die Durchsetzungssysteme in den einzelnen Ländern voneinander abweichen. So kann etwa in *Lettland* die Durchsetzung einzig durch Individualklagen erfolgen, während Gewerkschaften und anderen Arbeitnehmervertretungen keine entsprechende Legitimation zukommt. Demgegenüber fehlt in *Zypern* ein gesetzlicher Klagemechanismus, so dass die Durchsetzung der Mitwirkung weitgehend von einer Kooperation der Sozialpartner mit den staatlichen Behörden abhängt. In *Norwegen* obliegt die Durchsetzung der Informations- und Konsultationsvorschriften ausschliesslich dem Arbeitsinspektorat.¹⁰⁷ Im *Vereinigten Königreich* spielen Bussen für Verstösse der Arbeitgeber gegen Unterrichtungs- und Anhörungspflichten eine erhebliche Rolle. So wurde etwa die Weigerung einer Arbeitgeberin, die Wahl der Arbeitnehmervertreter anzusetzen, als schwere Pflichtverletzung betrachtet und mit einer Busse (penalty) von 55'000 £ geahndet.¹⁰⁸ In *Deutschland* steht die Frage im Zentrum, ob der Betriebsrat vom Arbeitgeber verlangen kann, einstweilen auf geplante Änderungen im Geschäftsbetrieb zu verzichten, bis das Konsultationsverfahren abgeschlossen ist. Die bisherige Rechtsprechung ist gespalten.¹⁰⁹ Beachtung gefunden hat eine neuere einstweilige Verfügung, mit der einer Arbeitgeberin gerichtlich untersagt wurde, die bereits begonnene Versetzung von ca. 410 Arbeitnehmern aus verschiedenen Abteilungen eines Betriebs in einen anderen Betrieb fortzuführen, solange kein Interessenausgleich zustande gekommen oder eine Einigungsstellenverhandlung hierüber abgeschlossen worden ist.¹¹⁰ Zur Begründung des – neben dem individualrechtlichen Nachteilsausgleichsanspruch zu gewährenden – Unterlassungsanspruchs des Betriebsrats berief sich das Gericht unter anderem auf das Durchsetzungskonzept der Mitwirkungsrichtlinie.¹¹¹

¹⁰³ Art. 12 Abs. 1 MWG; vorbehalten bleibt die Zuständigkeit vertraglicher Schlichtungs- und Schiedsstellen.

¹⁰⁴ Art. 15 Abs. 1 MitwG.

¹⁰⁵ *Liechtenstein*: Art. 12 Abs. 1 MWG; *Schweiz*: Art. 15 Abs. 2 MitwG.

¹⁰⁶ Gesetz vom 14. Dezember 2005 betreffend die Abänderung des Gesetzes über die Information und Mitsprache der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Betrieben, LGBl. 2006 Nr. 39. Eine Begründung dafür lässt sich dem Bericht und Antrag der Regierung (Fn. 29), 44, nicht entnehmen.

¹⁰⁷ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹⁰⁸ *Amicus v MacMillan Publishers Ltd*, UKEAT/0185/07, Employment Appeal Tribunal, 24. Juli 2007. Eine verhältnismässig geringe Busse von 10'000 £ wurde einer Universität wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften anlässlich der Aushandlung einer Mitwirkungsvereinbarung bzw. der Bestellung der Arbeitnehmervertreter auferlegt, *Darnton v Bournemouth University*, UKEAT/0391/09, Employment Appeal Tribunal, 16. Dezember 2009.

¹⁰⁹ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹¹⁰ LAG München, 6 TaBVGa 6/08, 22. Dezember 2008.

¹¹¹ Beschlussgrund II/2/a/aa/bbb.

Eine wirksame Rechtsdurchsetzung hängt nicht nur von der zur Verfügung stehenden gesetzlichen Instrumentarium ab, sondern auch von seiner Handhabung in der Praxis. Diesbezüglich werden verschiedene Vorbehalte geäußert. Erschwernisse werden etwa gesehen im Mangel einer Kultur des sozialen Dialogs bzw. im Fehlen einer entsprechenden Tradition,¹¹² im mangelnden Bewusstsein der Arbeitnehmervertreter über ihre Rechte¹¹³ oder im zurückhaltenden Ergreifen von Sanktionen.¹¹⁴

7. Würdigung und Entwicklung

Die Mitwirkungsrichtlinie wird von den Mitgliedstaaten und den auf europäischer Ebene angesiedelten Sozialpartnern als angemessen und ausreichend flexibel bewertet. Ein Bedarf nach Überarbeitung und Klärung wird im Allgemeinen verneint.¹¹⁵ Auch die Wirtschafts- und Finanzkrise scheint keine besonderen Probleme im Zusammenhang mit der Mitwirkungsrichtlinie ausgelöst zu haben.¹¹⁶ Vor dem Hintergrund der obenstehenden Ausführungen geraten dennoch einige Bereiche ins Blickfeld, bei denen m.E. ein *Optimierungspotential* besteht. Dazu gehören:

- Die *Methode zur Berechnung der Schwellenwerte für die Beschäftigtenzahl*.¹¹⁷ Die Bestimmung dieser Methode wird nach Art. 3 Abs. 1 MRL vollständig den Mitgliedstaaten überlassen. Dass die Mitwirkungsrichtlinie den Mitgliedstaaten erhebliche Gestaltungsfreiräume gewährt, ist grundsätzlich positiv zu würdigen, da es kontraproduktiv wäre, gewachsenen und bewährten Kooperationsstrukturen nicht genügend Gewicht beizumessen. Diese Überlegung trifft jedoch auf die Methode zur Berechnung der Schwellenwerte nicht zu. Vielmehr hat diese unmittelbaren Einfluss auf den *Anwendungsbereich* der Richtlinie, der nach einem einheitlichen und verbindlichen Mindeststandard geregelt sein sollte. Wie ausgeführt hat Art. 3 Abs. 1 MRL verschiedene Mitgliedstaaten dazu veranlasst, besondere Arbeitnehmerkategorien wie junge, teilzeitlich oder befristet beschäftigte Arbeitskräfte von der Berechnung auszuschließen, was zu erheblichen Verschiebungen beim Anspruch auf Unterrichtung und Anhörung führen kann. Ob ausser den genannten Arbeitnehmerkategorien z.B. auch Leiharbeiter und Stellvertreter in die Berechnung einzubeziehen sind, welche Zeitspanne zur Ermittlung einer Durchschnittszahl beschäftigter Arbeitnehmer massgebend ist, wie bei Beschäftigtenzahlen zu verfahren ist, die den Schwellenwert sporadisch über- und unterschreiten, sind Fragen, deren einheitliche Beantwortung durchaus sinnvoll wäre.

¹¹² So beispielsweise in Lettland, Litauen, Polen.

¹¹³ Z.B. in Rumänien und Lettland.

¹¹⁴ Estland, Lettland. Vgl. zum Ganzen Thematic Report (Fn. 27), 48 f.

¹¹⁵ KOM(2008) 146 (Fn. 21), 8 f.

¹¹⁶ Thematic Report (Fn. 27), 45.

¹¹⁷ Vgl. Ziff. II.

- Die *Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung*.¹¹⁸ Von der Richtlinie unberührt bleiben nationale Regelungen, die Bestimmungen über die direkte Mitwirkung der Arbeitnehmer enthalten, solange diese sich in jedem Fall dafür entscheiden können, das Recht auf Unterrichtung und Anhörung über ihre Vertreter wahrzunehmen.¹¹⁹ Nichts einzuwenden ist gegen eine nationale Regelung, wonach eine Arbeitnehmervertretung nur eingesetzt wird, wenn dies von der Mehrheit der Arbeitnehmer eines Unternehmens oder Betriebs in einer Abstimmung befürwortet wird. Problematisch sind dagegen nationale Regelungen, nach denen schon die Abstimmung über die Einsetzung einer Vertretung nur stattfindet, wenn dies von einem bestimmten Teil der Belegschaft verlangt wird.¹²⁰ Die Verwirklichung des Rechts auf Vertretung setzt danach voraus, dass Arbeitnehmer bereit sind, unter Offenlegung ihrer Identität ein entsprechendes Begehren zu stellen, was besonders in Ländern mit einem schwachen Kündigungsschutz eine übermäßige Erschwerung der Rechtswahrnehmung bilden kann. Die Richtlinie sollte daher eine obligatorische Abstimmung über die Einsetzung einer Arbeitnehmervertretung verlangen, wenn das Unternehmen oder der Betrieb den massgebenden Schwellenwert erreicht¹²¹ und für diesen Fall nicht schon zwingend die Bestellung einer Arbeitnehmervertretung vorgesehen ist.
- Die *Umsetzung durch Kollektivvertrag*.¹²² Die Richtlinie kann in Bezug auf die Mitwirkungsrechte durch Kollektivverträge umgesetzt werden, wobei diese im Gegensatz zum staatlichen Recht sogar von den in Art. 4 MRL niedergelegten Bestimmungen über den Gegenstand und die Modalitäten der Unterrichtung und Anhörung abweichen dürfen, solange die Grundsätze von Art. 1 MRL gewahrt bleiben.¹²³ Art. 11 Abs. 1 MRL lässt zwar erkennen, dass letztlich die Mitgliedstaaten die Verantwortung für die Umsetzung der Richtlinie tragen, auch wenn diese durch den Abschluss von Kollektivverträgen erfolgt ist. Offensichtlich bestehen diesbezüglich aber ausgedehnte Regelungslücken in der Praxis.¹²⁴ Es sollte daher ausdrücklich vorgeschrieben werden, dass im ganzen Anwendungsbereich der Richtlinie subsidiäre staatliche Regelungen zur Verfügung stehen müssen für den Fall, dass die bestehenden Kollektivverträge entweder den Anforderungen der Richtlinie nicht genügen oder – insbesondere mangels Verbandszugehörigkeit von Arbeitgebern oder Arbeitnehmern – teilweise keine Anwendung finden.
- Die *Initiative zur Unterrichtung und Anhörung*.¹²⁵ Wie erwähnt muss die Einleitung des Informations- und Konsultationsverfahrens nach irischem Recht von einem

118 Vgl. Ziff. III.

119 Erwägungsgrund (16) zur MRL.

120 So auch das *schweizerische Recht* nach Art. 5 Abs. 1 MitwG.

121 So beispielsweise die Regelung in *Liechtenstein*, Art. 4 Abs. 1 MWG.

122 Vgl. Ziff. IV.

123 Art. 5 MRL.

124 Der Thematic Report (Fn. 27), 45, spricht von einem „relatively wide-spread problem“.

125 Vgl. Ziff. V.

Teil der Belegschaft schriftlich verlangt werden.¹²⁶ Eine solche Regelung wird zwar von der Richtlinie nicht ausdrücklich ausgeschlossen, dürfte aber kaum ihrer Grundidee entsprechen. Eine Unterrichtung und Anhörung über bestimmte Umstände kann nur verlangen, wer bereits Vorkenntnisse über diese Umstände hat. An solchen wird es jedoch oft fehlen, wenn kein Informationsfluss von Seiten des Arbeitgebers stattfindet. Die Richtlinie sollte daher vorschreiben, dass der Arbeitgeber die Arbeitnehmer aus eigener Initiative zu informieren und zu konsultieren hat.

- Die *Vertraulichkeit zugunsten des Arbeitgebers*.¹²⁷ Die Pflicht des Arbeitgebers zur Unterrichtung und Anhörung entfällt grundsätzlich, wenn diese „nach objektiven Kriterien die Tätigkeit des Unternehmens oder Betriebs erheblich beeinträchtigen oder dem Unternehmen oder Betrieb schaden könnte“.¹²⁸ Die Vertraulichkeitsklausel als solche ist unentbehrlich zur Wahrung berechtigter Geheimhaltungsinteressen, lässt sich aber aufgrund ihrer offenen Formulierung auch zur ungerechtfertigten Umgehung von Unterrichtungs- und Anhörungspflichten instrumentalisieren. Zwar schreibt Art. 6 Abs. 3 MRL den Mitgliedstaaten „Rechtsbehelfsverfahren“ für den Fall der Informationsverweigerung vor. Werden indes nur wenig effiziente Durchsetzungsmassnahmen zur Verfügung gestellt oder werden die bestehenden Durchsetzungsmöglichkeiten (allenfalls gerade wegen ungewisser Erfolgsaussichten) faktisch nicht genutzt, kann es auf diese Weise zu einer weitgehenden Aushöhlung der Mitwirkungsrechte kommen. Mit einem höheren Konkretisierungsgrad der Vertraulichkeitsklausel könnte diesem Problem tendenziell entgegengewirkt werden.
- Die *Koordination mit anderen europäischen Mitwirkungsbestimmungen*.¹²⁹ Die Mitwirkungsrichtlinie regelt die Unterrichtung und Anhörung der Arbeitnehmer im Allgemeinen, während weitere Erlasse besondere Bestimmungen dazu enthalten, so namentlich die Richtlinien 2001/23/EG (Mitwirkung beim Übergang von Unternehmen oder Betrieben), 98/59/EG (Massenentlassungen), 94/45/EG (Europäischer Betriebsrat), 2001/86/EG (Mitwirkung in der Europäischen Gesellschaft) und 2003/72/EG (Mitwirkung in der Europäischen Genossenschaft). Eine Gesamtwürdigung dieser Mitwirkungsbestimmungen lässt verschiedene Inkonsistenzen zu Tage treten,¹³⁰ die sich sachlich nicht begründen lassen und daher beseitigt werden sollten.¹³¹

¹²⁶ Thematic Report (Fn. 27), 48.

¹²⁷ Vgl. Ziff. V.

¹²⁸ Art. 6 Abs. 2 MRL.

¹²⁹ Vgl. Ziff. I.

¹³⁰ Darauf kann hier aus Platzgründen nicht näher eingegangen werden.

¹³¹ Die Einschätzung dieser Frage ist kontrovers. Die meisten Mitgliedstaaten sehen keine Notwendigkeit, die Kohärenz zwischen den betroffenen Richtlinien zu verbessern. Der Europäische Gewerkschaftsbund möchte „Zweigleisigkeit“ in dem Sinne vermeiden, dass sich unterschiedliche Akteure mit der gleichen Angelegenheit befassen müssen, und fordert eine Anhebung des Standards der Richtlinie über Europäische Betriebsräte auf das Niveau der Mitwirkungsrichtlinie, KOM(2008) 146 (Fn. 21), 9. Das

Rechtspolitischer Natur sind die Fragen, ob die in Art. 3 Abs. 1 MRL vorgesehenen Schwellenwerte gesenkt und die in Art. 4 MRL verankerten Gegenstände der Unterrichtung und Anhörung weiter ausgedehnt werden sollten. Nach Ziff. 17 der *Gemeinschaftscharta der sozialen Grundrechte der Arbeitnehmer* müssen die Unterrichtung, Anhörung und Mitwirkung der Arbeitnehmer in geeigneter Weise, unter Berücksichtigung der in den verschiedenen Mitgliedstaaten herrschenden Gepflogenheiten, weiterentwickelt werden.¹³² Dabei ist allerdings stets im Blickfeld zu behalten, dass Aufwand und Ertrag der Mitwirkung in einem vernünftigen Verhältnis zueinander stehen und dass berechnete Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen nicht ausser Acht gelassen werden.

¹³² Erwägungsgrund (2) zur MRL. Die Gemeinschaftscharta wurde am 9. Dezember 1989 von damals allen EG-Mitgliedstaaten ausser dem Vereinigten Königreich unterzeichnet. Zwar besitzt sie weder die Qualität eines verbindlichen Rechtsaktes der EU noch ist sie ein völkerrechtlich verbindlicher Vertrag, dient aber trotzdem zusammen mit dem durch die Staats- und Regierungschefs zugleich gebilligten Aktionsprogramm zu ihrer Umsetzung der Kommission als Rechtfertigungsgrundlage für zahlreiche Richtlinien, vgl. dazu www.europarl.europa.eu/workingpapers/soci/104/teil2_de.htm#2 (Stand 1. Februar 2011).

EURÓPAI MUNKAJOG

Jarjabka Tünde

A sztrájkjog szabályozása a svájci és a magyar munkajogban

Hazánkban a sztrájkjog a többi európai országhoz hasonló fejlődési utat járt be. A XIX. században a sztrájk tilalmazott eszköz volt. Az ipartörvények, továbbá a mezőgazdasági ágazatra vonatkozó törvénycikkek sokáig deklarálták az „összebeszélések” tilalmát és nem ismerték el a koalíciós szabadságot. A Kúria a sztrájkban való aktív és passzív részvételhez is büntetőjogi szankciókat fűzött. A tilalom és a szigorú jogkövetkezmények ellenére a XIX. század végén jelentősen szaporodtak a kollektív akciók. Lassan kialakult az a sztrájkjal kapcsolatos munkavállalói attitűd, amely szembe ment az írott szabályokkal, egyre több kiszolgáltatott helyzetben lévő munkást megnyerve magának. A sztrájkok száma elsősorban a gazdasági válságok idején, a munkanélküliség és az infláció emelkedésekor növekedett meg.¹ A szakszervezetek és a munkavállalók aktivitása körülbelül az ötvenes évekig tartott. Ekkor ugyanis a szocialista eszmék terjedésével háttérbe szorultak a kollektív konfliktusok.² A tervgazdasági szisztéma szerint működő társadalomban elképzelhetetlen jelenséggé vált a kollektív konfliktus. Ebben az időszakban elszórta jelentkeztek csak munkabeszüntetések, ám a hivatalos fórumokon például kifejezetten ódzkodtak attól, hogy sztrájkknak nevezzék ezeket. A rendszerváltozáskor vette kezdetét a Sztrájk törvény megalkotása, melynek folyamatát hosszas társadalmi egyeztetések és viták kísérték. Az 1989. évi VII. törvény keretjelleget szabályozást teremtett, csak a főbb szabályokat és elveket fektette le a sztrájkjog gyakorlásához. A törvény a 2011-es évben jelentős módosításon esett át, több ponton is változtak a húsz éves rendelkezések. A legtöbb módosítási javaslat a Sztrájk törvény egyik neuralgikus pontjának tekinthető még elégséges szolgáltatás kérdéskörét érintette.

A svájci sztrájkjog a nyugati államokhoz hasonló fejlődési utat járt be. A sztrájk teljes tilalomból emelkedett az elfogadott érdekvérvényesítési eszközök közé. A munkavállalók leginkább az ipari forradalom és a gazdasági válságok idején adtak hangot követeléseiknek kollektív akciók útján. Változás a sztrájkjog kontinentális fejlődési útjához képest az 1920-as és 30-as években következett be Svájcban. Ekkor a fasiszta ideológiák rohamos terjedésétől megriadó svájci kormány az osztársadalmi összefogás előmozdítása érdekében bevezette a kötelező mediálást. Majd megjelentek az első olyan megállapodások, amelyek a bennük foglalt munkáltatói engedmények fejében békekötelmet írtak elő. 1956-ban a munkabéke fogalmát törvényi szintre emelték. 1977-re a kollektív szerződések kétharmada ún. „abszolút-munkabéke” kikötést tartalmazott, amelynek értelmében

¹ Christian Koller: *La grève depuis le Moyen Age, La grève ca paie*. 2008, UD Print AG, Luzern, 42-51.

² Gyulavári Tamás (szerk.): *Munkajog*. Eötvös Kiadó, Budapest, 2012, 528-531.

a munkavállalóknak mindennemű kollektív akciótól tartózkodniuk kellett, azokban a kérdésekben is, amelyeket nem rendezett a kollektív megállapodás. A munkáltatók tehát teljes biztonságban érezhették magukat a szerződés hatálya alatt, nem kellett attól tartaniuk, hogy a termelés folyamatát sztrájkok, munkabeszüntetések lassítják. „A svájci munkáltatók – kihasználva a fejlett gazdaságban lévő lehetőségeket – gyakorlatilag megvásárolták maguknak a munkabéke intézményét. A munkáltatók az érdekképviseleti szervek részvételével minden fórumot megragadtak, hogy a közvélemény előtt, a különböző sajtóorgánumokban népszerűsítsék a munkabéke eszméjét, amelyet az ország gazdasági sikerének alapköveként prezentáltak. Így vált a munkabéke intézménye túlidealizált, míg a sztrájk szinte elfeledett fogalomma”.³

A következőkben a sztrájkjoggal kapcsolatos magyar és a svájci szabályokat mutatom be, összehasonlítva a sztrájkjoggal kapcsolatos jogforrásokat, a szabályozás szintjeit, a sztrájk esetleges megelőzését lehetővé tevő alternatív vitarendezési módokat; megvizsgálva továbbá azt, hogy a magyar és a svájci szabályozásban a sztrájkok mely feltételek fennállása esetén tekinthetők jogszerűnek, a sztrájk milyen jogkövetkezményekkel jár a munkavállalók szempontjából, és melyek azok a megoldatlan jogi problémák, amelyekre a magyar és a svájci sztrájkszabályozásnak reflektálnia kell. Jelen cikk megírásához a magyar szakirodalom mellett a svájci posztgraduális tanulmányaim során olvasott francia nyelvű irodalmat, továbbá svájci szakemberekkel, szakszervezeti képviselőkkel és munkajogászokkal készített interjúkat használtam fel.

1. A szabályozás szintjei

Hazánkban a sztrájkjog szabályozása kétszintű. Egyrészt az Alaptörvény XVII. cikke rendelkezik a sztrájkról. A korábbi Alkotmányhoz képest – amely pusztán annyit mondott ki, hogy a sztrájkot az azt szabályozó törvények keretei között lehet gyakorolni – az új Alaptörvény bővebb leírást ad erről az alapjogról. A nemrégiben hatályba lépett Alaptörvény akként rendelkezik, hogy a *„Törvényben meghatározottak szerint a munkavállalóknak, a munkaadóknak, valamint szervezeteiknek joguk van ahhoz, hogy egymással tárgyalást folytassanak, annak alapján kollektív szerződést kössenek, érdekeik védelmében együttesen fellépjenek, vagy munkabeszüntetést tartsanak.”* Az Alaptörvény tehát nem tartalmaz részletszabályokat, hanem azok meghatározását törvényi szintre utalja. A rendszerváltás idején megszületett a sztrájkról szóló 1989. évi VII. törvény (a továbbiakban: Sztrájk-törvény) foglalja magában keretjellegűen a sztrájkjog gyakorlására vonatkozó részletszabályokat. Az 1989-es törvényt sok kritika érte, elsősorban amiatt, hogy rendelkezései nem kellően konkrétak, pusztán keretjellegűek. Álláspontom szerint az aprólékos definiálás ellentétes volna a sztrájkjog természetével, figyelemmel arra, hogy a sztrájk egy spontán jelenség, amely merev rendelkezésekkel nehezen összehétközthető, ütőképességének egyik legfőbb feltétele a spontaneitás.

³ Jean-Michel Dolivo munkajogra, szociális jogra és a bevándorlók jogára specializálódott ügyvéd a vele készített interjúban a következőképpen kommentálta az ekkor történeteket.

Svájcban a sztrájknak a 2000. évben bekövetkezett alkotmányos elismerésig a sztrájkjal leginkább a bírói gyakorlat és a jogtudomány foglalkozott. A jogelmélet kezdetben az ún. elválasztási elmélet (*théorie de la séparation*) mellett foglalt állást, amelynek értelmében a sztrájk a munkajogviszony szféráján kívüli jelenségnek és egyben súlyos szerződészegésnek minősült, és azonnali elbocsátást vont maga után. Az 1918-as általános sztrájk kontextusában terjedt el a felfüggesztési elmélet (*théorie de la suspension*), melynek képviselői úgy vélekedtek, hogy a sztrájk nem felbontja, hanem pusztán felfüggeszti a munkaviszonyt. A nyolcvanas évektől kezdődően ez utóbbi elmélet vált egyeduralgóvá. A svájci bíróságok ugyanakkor nagyon sokáig tartózkodtak a sztrájkjog bármennyű érintésétől, annak ellenére, hogy a polgári törvénykönyv szabályai értelmében, amennyiben a törvényhozó „hallgat” egyes kérdésekről, a jogalkalmazásra hárul az a feladat, hogy „kitöltse” az esetleges joghézagokat⁴. A bíróságok óvatosságát mutatja, hogy a sztrájkjogot elismerő ítéletét azt követően hozta meg 1999-ben⁵, amikor már köztudott volt, hogy a parlament elfogadta a sztrájkjogra vonatkozó rendelkezésekkel kiegészített Alkotmányt. A sztrájkjog jogi szabályozásában a cezúrát tehát a 2000-es év jelenti, hiszen hosszas parlamenti vita után ebben az évben került az alkotmányos alapjogok közé.

A svájci Alkotmány az alapjogokról szóló fejezetében a szakszervezeti szabadságot részletező 28. cikkében nevesíti a sztrájkjogot: „A munkavállalók, a munkáltatók és szervezeteik jogosultak érdekeik védelmében szervezeteket létrehozni, egyesületeket alapítani, illetve azokhoz csatlakozni. A munkaiügyi konfliktusokat lehetőség szerint tárgyalásos úton, illetve mediációval szükséges rendezni. A sztrájk és a lock-out megengedett, amennyiben a munkaviszonnyal áll összefüggésben, és összhangban áll a munkabéke megőrzésének vagy a békéltetés igénybevételének kötelezettségével. Ugyanakkor jogszabály bizonyos foglalkozási csoportoknak megtilthatja a sztrájkot.” A svájci Alkotmányon túl egyéb jogforrások nem foglalkoznak expliciten a sztrájkjoggal. Egyes kantonok ugyanakkor a 28. cikk utolsó fordulatában foglalt felhatalmazással élve kifejezetten tilalmazzák a sztrájk igénybevételét bizonyos csoportok tekintetében, elsősorban az állam alkalmazásában lévő tisztviselőknek.

Amint látjuk, sem a magyar, sem pedig a svájci szabályok nem határozzák meg kifejezetten a sztrájk fogalmát. A magyar Sztrájk törvény ugyanakkor a hagyományosnak mondható sztrájk mellett ismeri a szolidaritási és a figyelmeztető sztrájkot. A svájci szabályok tilalmazzák a szolidaritási sztrájkot, ezen felül viszont nem tartalmazzák egyéb szűkítést a sztrájk típusát, formáját illetően, vagyis a sztrájknak a jogirodalomban ismert valamennyi formája megengedett, feltéve, hogy az megfelel a későbbiekben részletezett jogszerűségi kritériumoknak.

⁴ Code Civil, Article 1, aliéna 2.

⁵ ATF 125. 277.

2. Alternatív vitarendezés

Álláspontom szerint kiemelt fontosságú kérdés, hogy az adott jogrendszer milyen alternatív vitamegoldási lehetőségeket kínál a felek számára, azaz a sztrájkot megelőzően van-e egyéb mód az esetleges megegyezésre és a konfliktus feloldására. Svájcban statisztikák igazolják, hogy a sztrájkok alacsony számához nagy mértékben hozzájárulnak a békéltető eljárás szabályai.⁶ Az alábbiakban röviden áttekintem a sztrájkot megelőző eljárásra vonatkozó magyar és svájci jogszabályi előírásokat.

Egyeztetés a magyar jogban

A jogvitának nem minősülő munkaviszonnyal összefüggő kollektív munkaügyi vitában az Mt. 291. §-a alapján egyeztető tárgyalásnak van helye. A Sztrájk törvény 2. §-a szerint sztrájk csak akkor kezdeményezhető, ha a vitatott kérdés vonatkozásában tartott egyeztető eljárás hét napon belül nem vezetett eredményre, vagy az egyeztető eljárás a sztrájkot kezdeményezőnek fel nem róható ok miatt nem jött létre. Ettől a 7 napos időtartamtól a felek eltérhetnek. Ha a felek kollektív szerződésben a 7 napnál akár hosszabb, akár rövidebb határidőben állapodnak meg, az az irányadó. A 2012. júliusában hatályba lépő Mt. az egyeztetéssel kapcsolatos szabályokat is megváltoztatta. Az új szabályok nevesítik az egyeztető bizottság intézményét, amely a munkavállalói és a munkáltatói oldal által azonos számban delegált tagból és egy független elnökből áll. Nem egyértelmű ugyanakkor, hogy ki tekinthető független személynek, és az elnök kiválasztása miként történik.

Az egyeztető bizottság nem dönt a vitás kérdésekről, pusztán a felek álláspontját igyekszik közelíteni, az elért eredményeket az eljárás végén pedig írásban összefoglalja⁷. A korábbi Mt. nagy hangsúlyt helyezett az írásbeliségre, az eljárás ugyanis a tárgyalást kezdeményező fél írásba foglalt álláspontjának átadásával indult⁸. A tárgyalást kezdeményező fél írásba foglalt álláspontja pedig tárgyalási ajánlatnak minősült. A júliustól hatályos szabályok nem követelik meg az írásbeliséget, kötetlenebbé téve az eljárás menetét. A felek számára adott a lehetőség arra, hogy az egyeztető bizottság döntésének előzetesen írásban alávessék magukat, ez esetben a bizottság határozata kötelező a felekre nézve. Ez utóbbi szabály két esettől eltekintve (üzemi tanács választással és az üzemi tanács működésével kapcsolatos költségek viselésének kérdése, valamint a jóléti célú pénzeszközök és ingatlanok hasznosítása) opcionális lehetőség a felek számára.

A feleket az egyeztetés tartama alatt kölcsönös békekötelezettség terheli, melynek értelmében tartózkodniuk kell minden olyan cselekedettől, ami a későbbi megállapodást veszélyeztetheti. Ez alól kivétel azonban az úgynevezett „figyelmeztető sztrájk”. A Sztrájk törvény lehetővé teszi a sztrájkfenyegetés komolyságának bizonyítására az egyeztetés ideje alatt egy alkalommal a figyelmeztető sztrájk tartását, ennek időtartama

⁶ La grève ca paie, 2008, UD Print AG, Luzern.

⁷ A Munka Törvénykönyvéről szóló 2012. évi I. törvény 291–292. §-ai.

⁸ A Munka Törvénykönyvéről szóló 1992. évi XXII. törvény 194/G. § (2) bekezdés.

azonban a két órát nem haladhatja meg. A figyelmeztető sztrájk kapcsán a gyakorlatban vita alakult ki arra nézve, hogy ha több szakszervezet kezdeményezte a sztrájkot, akkor a figyelmeztető sztrájk joga külön-külön is megilleti-e őket, vagy csak együttesen. Az általános jogelvek alapján nem lehet kiterjesztően értelmezni a figyelmeztető sztrájk intézményét. Ennek megfelelően a sztrájkot kezdeményező szakszervezetek számától függetlenül is csak egy alkalommal lehet az egyeztetés alatt figyelmeztető sztrájkot tartani. A jogszerűség elbírálásánál pedig a figyelmeztető sztrájkra is az általános feltételek vonatkoznak.⁹ Amennyiben a szakszervezet kezdeményezte az egyeztetést, a munkavállalók közössége ez alatt az idő alatt sztrájkot szervezhet, a békekötelem betartása ugyanis őket nem terheli.

A szabályozás a fentiekén túl semmilyen eljárási szabályt nem tartalmaz az egyeztetésre. Éppen ezért az egyeztetés rendjét, eljárási szabályait a felek maguk állapítják meg. Célzerű a szabályok kollektív szerződésben való előzetes megállapítása, de a felek akként is dönthetnek, hogy kollektív érdekkonfliktus esetén a Munkaügyi Közvetítői és Döntőbírói Szolgálatot (MKDSZ) veszik igénybe.

A sztrájkot kötelezően megelőző békéltetés szabályai Svájcban

A sztrájkok alacsony számához a jól kiépített és részletesen szabályozott békéltetői és választott bíraskodási rendszer is hozzájárul. Az alábbiakban ezen struktúra felépítését és a működés háttéréül szolgáló jogszabályokat, annak anyagi- és eljárásjogi rendelkezéseit ismertetem.

A békéltető testületek a XX. század elején jelentek meg Svájcban. Különbséget tehetünk a magánjogi, a munkavállalói és munkáltatói oldal által közösen felállított és a hivatalos, törvényileg életre hívott testületek között, mely utóbbiak kizárólag akkor járnak el, ha maguk a felek nem állapodtak meg békéltető testület kijelöléséről. Ha egy országos méretű vagy több kantonra kiterjedő konfliktus keletkezik, a békéltetés során a szövetségi békéltető testületek járnak el, a helyi vitákban, a kantonok testületei illetékesek. A testületek elnökét a kormány által kijelölt személyek közül a gazdasági minisztérium nevezi ki, a két ülnök kinevezése a felek javaslata alapján történik. A testület által maga elé idézett személyek kötelesek megjelenni, a kért tájékoztatást megadni, dokumentumokat átadni. Az, aki megszegi ezen kötelezettségeket, legalább 500 CHF összegű bírsággal sújtható.¹⁰ A testület saját kezdeményezésre vagy a felek indokolt kérelmére meghallgathat mind a munkavállalói, mind a munkáltatói oldalról egy-egy, a konfliktust jól ismerő személyt, illetve tanúkat idézhet, szakértőket rendelhet ki. A felek a vitával kapcsolatos következtetéseiket, észrevételeiket írásban küldik meg, egyebekben az eljárás szóbeli. A testület ingyenesen jár el, de a fél által felróhatóan előidézett költségeket a félnek kell viselnie.

⁹ <http://munkaadoilevelek.hu/2003/06/sztrajk-a-munkahelyen-ii/>

¹⁰ Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, article 3, aliéna 1.

Ha a békéltetés nem vezet eredményre, és a felek nem állapodtak meg választott bíró alkalmazásában, a testület az eljárás sikertelenségéről az általa legmegfelelőbbnek vélt módon tájékoztatja a közvéleményt.¹¹ A felek kifejezett kérelmére a testület a választott bíraskodás szabályai szerint folytatja működését, és amennyiben az érdekeltek ezt jóváhagyják, ítéleterejű határozatot hoz.

A békéltetés és az arbitráls tartama alatt a feleknek tartózkodniuk kell minden olyan magatartástól, amely veszélyezteti a munkabéke fenntartását. Vaud kantonban például a 2004-ben hatályba lépő szabályok értelmében 10.000 CHF összegig (kb. 2,5 millió HUF) terjedő bírsággal sújtható az, aki a békéltetés tartama alatt provokálja vagy elrendeli a sztrájkot. Ez a kikötés az anyagilag törékeny helyzetben lévő szakszervezetek számára jelent kihívást. A békekötelem időtartama a testületnek a felek általi értesítésétől számított 45 nap, amely egyhangú kérelemre meghosszabbítható. Amennyiben a béke fenntartását magatartásával veszélyeztető fél nem hagyja abba – figyelmeztetés ellenére sem – e tevékenységét, a békéltető testület, illetve a választott bíró értesíti a közvéleményt. A törvény több helyen is szól a közvélemény tájékoztatásáról, ami egyrészt a közvetlen demokrácia fejlettségére, a kívülállók véleményének meghatározó jelentőségére és a közvélemény általi stigmatizáció lehetőségének kihasználására utal.

A békéltető eljárás komoly visszatartó erőt jelent a konfliktusoktól, ugyanis már a kezdet kezdetén megszakítja az akciót, és egy viszonylag hosszú időtartamra megakadályozza az erők mozgósítását.¹² A valóságban a békéltető hivatalok nem tartják be a törvényileg lefektetett határidőket, ami nagyon ártalmas lehet a munkavállalók szempontjából, hiszen – mint tudjuk – az idő múlása a munkáltató malmára hajtja a vizet. A szakszervezetek anyagi lehetőségei az akció támogatására korlátozottak, a munkavállalók eltökéltsége a bér és a munka nélküli időszak elhúzódásával nyilvánvalóan csökken, amelyhez a társadalom és nem ritkán a dolgozó családja felől érkező negatív kritikák is hozzájárulhatnak.

A 45 napos időtartam – amely alatt a feleknek mindenképpen tartózkodniuk kell a munkahartól – valóban hosszúnak tűnik. Az esetek többségében a konfliktus olyan jellegű, hogy azonnali reagálást, válaszlépést igényel, és nem közömbös az sem, hogy ezalatt a munkavállalóknak a feszültséggel és indulatokkal teli munkahelyi légkörben kell dolgozniuk.

A svájci eljárásnak a munkavállalói érdekek szempontjából az egyik legnagyobb hibája, hogy túlságosan elnyújtja időben a vitás kérdések megvitatását, és számos, a szakszervezet számára hátrányos szankciót, elsősorban pénzbüntetést tartalmaz.

A magyar és a svájci szabályokat összehasonlítva látható, hogy az előzetes vitarendezésre vonatkozó svájci előírások szigorúbbak, és szűkebbre szabják a munkavállalók

¹¹ Loi fédérale concernant l'Office fédéral de conciliation en matière de conflits collectifs du travail, article 4, aliéna 3.

¹² Monsieur Gaétan Zurkinden, a közszolgáltatások területén dolgozók érdekeit képviselő szakszervezet fribourgi titkára szóbeli közlése a békéltető eljárásról.

mozgásterét. Figyelemmel a merev eljárási rendelkezésekre, legfőképpen az eljárás hosszú tartamára, a svájci munkavállalók nem egykönnyen léphetnek sztrájkba. A sajátos eljárási szabályok viszont magukban hordozzák annak a veszélyét, hogy a munkavállalók és a szakszervezetek anyagi felkészültsége és eltökéltsége az idő előre haladtával csökken, és a békés megoldás elfogadásához nemcsak az eltérő álláspontok ütköztetése, a kompromisszumra törekvés, hanem az erőforrások elapadása is elvezet.

3. A jogszerű sztrájk kritériumai

A jogszerű sztrájk feltételei hazánkban

A magyar szabályok értelmében a sztrájk a következő feltételek teljesülése esetén tekinthető jogszerűnek:

1. A dolgozókat illeti meg a sztrájkjog.¹³ Ez azt jelenti, hogy a sztrájkjog csak csoportosan gyakorolható, kollektív jogosultság, amely azonban független a munkavállalói csoport szervezettségétől, azaz nem törvényi követelmény az, hogy a szakszervezet kezdeményezze a munkabeszüntetést. Amint azt látni fogjuk a svájci szabályozás ehhez hasonlatos, a joggyakorlat tágan értelmezi a munkavállalók szervezettségének a követelményét, és nem teszi azt függővé szakszervezethez való tartozástól.
2. A sztrájkjog gyakorlása célhoz kötött, vagyis a gazdasági és szociális érdekek biztosítására alkalmazható. Sajátos a közszolgáltatásokat ellátó vállalatoknál foglalkoztatott munkavállalók helyzete, hisz esetükben a gazdasági és szociális körülmények erősen összefüggnek a politikai döntésekkel. Az ILO Szakértői Bizottsága szerint a határ az alapján húzható meg, hogy a vitatott kérdések tekintetében az állam munkáltatói vagy jogalkotói minőségben jelenik meg. A munkavállalói érdekvérvényesítés nem értelmezhető túlságosan szűkítően, azaz a sztrájk olyan gazdasági, szociálpolitikai, valamint munkaügyi problémákra is irányulhat, amelyek közvetlenül érintik a munkavállalókat.¹⁴ Ha a jogalkotói fellépés okán szerveződnek kollektív akciók, az már inkább politikai jellegűnek tekinthető, így a svájci szabályokhoz hasonlóan hazánkban is tilalmazott.
3. A kollektív szerződés hatálya alatt a munkavállalóknak tartózkodniuk kell a kollektív akcióktól azokban a kérdésekben, amelyeket a kollektív szerződés rendez. Ez az úgynevezett békekötelelem, melynek értelmében kollektív szerződés fennállása alatt csak olyan kérésekben kezdeményezhető sztrájk, amelyeket a kollektív szerződés nem szabályoz. A bírói gyakorlat szerint ugyanakkor nem jogellenes

¹³ A sztrájkjogról szóló 1989. évi VII. törvény 1. § (1) bekezdése.

¹⁴ Nemzetközi Munkaügyi Szervezet 368. számú határozata (www.ilo.org)

az olyan sztrájk, amelyet az ágazati kollektív szerződés hatálya alatt helyi szintű, az ágazatinál kedvezőbb feltételeket tartalmazó szerződés megkötése érdekében folytatnak.¹⁵ A későbbiekben láthatjuk, hogy e tekintetben a svájci szabályok jóval szigorúbbak, hiszen azok ismerik az abszolút munkabéke fogalmát is.

4. A sztrájk nem irányulhat jogellenes célra. Erre figyelemmel jogellenes a sztrájk, ha az Alaptörvénybe ütköző célból folytatják. A sztrájk nem lehet az egyéni érdekek érvényesítésének eszköze, így azokban az esetekben, amikor egyéni jogvitáról van szó, vagyis valamely munkáltatói intézkedés ellen bírósági hatáskörben történhet meg a fellépés, nincs mód sztrájk kezdeményezésére. A fentebb kifejtetteknek megfelelően jogellenes a politikai sztrájk is. Vitatott az a felek közötti együttműködési kötelezettség mibenléte, ahogy Zlinszky János megfogalmazta: a kötelezettség pontos tartalmának definiálása nélkül az parttalannak tekinthető.¹⁶
5. A sztrájk ultima ratio jellegű kollektív akció, azaz a feleknek törekedniük kell a viták békés úton való rendezésére, és a munkabeszüntetést a Sztrájktörvény 2. §-a szerinti egyeztetésnek kell megelőznie. Amennyiben az egyeztetés hét napon belül nem vezetett eredményre vagy az a munkavállalóknak fel nem róható okból elmaradt, a munkavállalók jogszerűen sztrájkba léphetnek. A sztrájk jogellenessé válik abban az esetben, ha a Felek a Sztrájktörvényben foglaltaknak nem tesznek eleget, így egyeztetési kötelezettségüket figyelmen kívül hagyják.

A jogszerű sztrájk feltételei Svájcban

Ahhoz, hogy egy sztrájk jogszerűnek minősüljön Svájcban, alapvetően négy feltételnek kell megfelelnie.

1. Az Alkotmány 28. paragrafusának 3. bekezdése¹⁷ – összhangban a bírósági gyakorlattal – kimondja, hogy a sztrájk és a lock-out csak akkor jogszerű, ha munkaviszonnyal összefüggő kérdésre irányul. E rendelkezés értelmében csak olyan kérdések miatt „lángolhat fel” a munkaharc, amelyek kollektív szerződéssel szabályozhatók. Ez a feltétel egyben azt is jelenti, hogy a politikai sztrájkok nem megengedettek Svájcban. A jogirodalom szerint a közvetlen demokrácia intézményeinek bevett, széleskörű használata is magyarázatot ad arra, hogy a sztrájkjoggal szemben ez a korlátozás igazolható. E követelményből vezethető le az is, hogy a szolidaritási sztrájk is tilos. A szolidaritási sztrájk vizsgálatakor azonban óvatosnak kell lennünk, hisz sok esetben a különböző elnevezés alatt működő vállalatok nem függetlenek egymástól, gyakran ugyanazon anyagi érdekeltség áll a háttérben. Ezekben az esetekben elfogadhatatlan volna a munkavállalók sztrájkba lépésének korlátozása.¹⁸

¹⁵ BH. 1993/585.

¹⁶ <http://www.jogiforum.hu/hirek/17661>

¹⁷ *Constitution de la Confédération*. Article 28., aliéna 3.

¹⁸ Jean-Bernard Waeber: *Droit de grève: exercice soumis a conditions*. Plädoyer, 65.

2. A sztrájk nem veszélyeztetheti a munkabékét, törvényi követelmény, hogy mindkét fél köteles tartózkodni a munkaharc valamennyi eszközétől a kollektív szerződés hatálya alatt, ez a kötelezettség csak akkor korlátozott, ha erről a felek kifejezetten megállapodtak.¹⁹ Ha tehát a munkáltató bármilyen módon megsérti a kollektív szerződésben foglaltakat, a munkabéke nem köti többé a munkavállalókat, és követeléseiknek hangot adva, akár sztrájkba is léphetnek.²⁰ Különbséget tehetünk a relatív (a törvényben is szabályozott) és az abszolút munkabéke között (ilyen abszolút kötelezettség kifejezetten csak a kollektív szerződésben vállalható), amely utóbbi értelmében a munkavállalók nem kezdeményezhetnek kollektív akciót azon kérdések tekintetében sem, amelyeket a kollektív szerződés nem tartalmaz. A munkavállalók e szabályok értelmében nem sztrájkolhatnak abból az indíttatásból sem, hogy kivívják a már kollektív szerződésben foglaltak tiszteletben tartását. Azokban a helyzetekben, amikor a kollektív szerződés által szabályozott kérdés miatt alakul ki a Felek között a konfliktus, és az eset megoldható a bíróság közbenjárásával is, a sztrájk jogellenes. Ha azonban a munkáltatói szerződésszegés gyors reakciót igényel (például hirtelen cégáthelyezés vagy gyárbezárás esetén), a sztrájk jogszerű. Bizonyos célok nem érhetők el a sokszor elhúzódó, nehézkes bírósági eljárás segítségével.²¹
3. A sztrájkhoz a munkavállalók csak legvégső eszközként folyamodhatnak (sztrájk ultima ratio jellege), miután a tárgyalások kudarcot vallottak. A svájci polgári eljárásjogi kódex (Code de procédure civile)²² a kantonok kötelezettségévé teszi békéltető hivatalok felállítását annak érdekében, hogy a felek a konfliktusokat lehetőleg békés, megegyezéssel úton rendezzék. A békéltetés időtartama alatt a feleknek tartózkodniuk kell a munkaharctól. Noha a törvény 45 napban állapítja meg – a hosszabbítás lehetőségével – a békéltetés tartamát, sok esetben sajnos a hatóságok nem tartják be e törvényi határidőt, ami nem egyszer azzal járt, hogy a munkavállalók „kihátráltak” a konfliktusból.
4. Az utolsó követelmény a jogszerű sztrájkjal szemben, hogy valamelyik munkavállalói szervezet támogatását élvezze. Egyes szerzők úgy vélik, hogy ez a feltétel egyet jelent azzal, hogy kizárólag a szakszervezetek kezdeményezhetik a sztrájkot,²³ ugyanakkor ez az álláspont meghaladtá vált napjainkra. Ez ugyanis azt vonná maga után, hogy a munkavállalók nem kezdeményezhetnek sztrájkot azokban a termelési ágakban, ahol még nincsenek jelen az érdekképviselői szervezetek. A sztrájk jogszerűségéhez az uralkodó álláspont szerint elegendő, ha a munkavállalók szervezetten lépnek fel a követeléseik érvényesítése során, vagyis legalább kijelölik a munkáltatóval szemben eljáró, a tárgyalások során őket képviselő személyeket.²⁴

¹⁹ Code des obligations, Article 357a.

²⁰ Roland Ruffieux – Bernardo Zanetti – René Meylan [et al.] ; préf.: Ernst Brugger: *La paix du travail, un enjeu*. 1977, Rencontres suisses, Lausanne.

²¹ Jean-Bernard Waeber: *Droit de grève: exercice soumis a conditions*. Plädoyer, 65.

²² Code de procédure civile (du 19 décembre 2008), Partie 1, Dispositions générales, article 3.

²³ Alain Wyler: *Droit du Travail*. Stämpfli Editions SA, Berne 2002, 494.

²⁴ Jean-Bernard Waeber: *Droit de grève: exercice soumis a conditions*. Plädoyer, 65.

Amint láthatjuk a magyar és a svájci szabályok hasonlóak a sztrájkkal szemben támasztott követelmények tekintetében. Mindkét szabályrendszer megköveteli a munkavállalói oldal szervezett fellépését, amely nem jelenti feltétlenül azt, hogy kizárólag szakszervezet lehet a sztrájk szervezője. A magyar rendelkezések értelmében a munkavállalók gazdasági és szociális érdekeik biztosítására, míg a svájciak a munkaviszonnyal összefüggő kérdésekben választhatják a munkaharc ezen eszközét. Svájcban ismert az abszolút munkabéke intézménye, amely jóval szigorúbb az általunk használt békekötélem fogalmánál, és kizárja a sztrájkhoz folyamodást a kollektív szerződés hatály alatt azokban a kérdésekben is, amelyekről a kollektív szerződés egyáltalán nem szól. A svájci rendszerben a magyarral ellentétben tilos a szolidaritási sztrájk.

4. A sztrájk jogkövetkezményei

A sztrájk jogkövetkezményei hazánkban

A magyar szabályok értelmében a jogszerű sztrájkban való részvétel nem járhat hátrányos jogkövetkezménnyel a munkavállalók számára. A sztrájk időtartama alatt a munkavállaló nem jogosult díjazásra, ugyanakkor ez az időtartam munkaviszonyban töltött időnek számít. Amennyiben a munkavállaló jogellenes sztrájkban vesz részt, szankcióként a munkaviszonya is megszüntethető.²⁵ A bírói gyakorlat alapján más megítélés alá esik a szakszervezet és a munkavállalók által szervezett sztrájk. Ha ugyanis a kollektív akciót a szakszervezet szervezi, a munkavállalók alappal bízhattak abban, hogy a szakszervezet az irányadó szabályok szerint járt el.

A sztrájk jogkövetkezményei Svájcban

A svájci szabályok teljesen megegyeznek a magyar szabályozással. A jogszerű sztrájk esetén a munkaviszony és az ebből eredő „főkövetelések”, vagyis a munkavégzési és a bérfizetési kötelezettség mintegy felfüggesztésre kerülnek (*théorie de la suspension*), hatályban maradnak viszont az egyéb kötelezettségek, mint például a dolgozók titoktartási kötelessége. A munkáltató a sztrájkban résztvevő munkavállalókat semmilyen módon nem diszkriminálhatja. A jogszerű sztrájkban való részvétel nem lehet indok a munkaviszony megszüntetésére. A sztrájk időtartama alatt a munkavállalóknak nem jár a munkabér, hisz a munkaszerződés mindkét felet kötő szinallagmatikus szerződés, így a munkabér folyósításának elmaradása pusztán a kötelelem kölcsönösségén alapuló szabály egyik következményének tekinthető.²⁶ Ennek megfelelően más a helyzet akkor, ha például a közszolgáltatások terén működő munkáltatónál biztosítani kell a még elégséges szolgáltatást, az ennek biztosításában résztvevő munkavállalóknak ugyanis időarányosan jár a munkabér.

²⁵ Gyulavári Tamás (szerk.): *Munkajog*. Eötvös Kiadó, Budapest, 2012, 540–541.

²⁶ Droit Social 1991, 315.

Ha a sztrájk jogszerű volt, a munkáltató nem követelheti az őt ért károk megtérítését. Jogellenes sztrájk viszont felmondást vonhat maga után, és az okozott károkat meg kell téríteni. A svájci szabályok is a munkavállaló tudati viszonyulásától teszik függővé a kártérítést, vagyis ha a munkavállaló tudott/tudhatott arról, hogy a kollektív akció nem felelhet meg a jogszerűségi kritériumoknak, viselnie kell a jogellenes sztrájk jogkövetkezményeit.

5. A magyar sztrájkjog szabályozás vitatott rendelkezései és hiányosságai

A sztrájkjog gyakorlására jogosult alanyi kör jelenlegi meghatározásának problematikája

A Sztrájk törvény első paragrafusát²⁷ igen sok kritika érte amiatt, hogy nem határozza meg kellő pontossággal a sztrájkjog gyakorlására jogosult személyi kört. A rendelkezés címzettjei ugyanis a dolgozók, a dolgozói kör fogalmát azonban a hatályos szabályok nem ismerik, ezért joggal merül fel némi bizonytalanság a személyi hatály tekintetében, nemcsak a használt kifejezés megfelelőségét illetően, de például a közszolgálati tisztviselő státusza kapcsán is. Nem egyértelmű ugyanis, hogy őket a Sztrájk törvény első paragrafusában említett dolgozói kör részének kell-e tekinteni. A korábbi Alkotmányhoz képest – mely csak annyit deklarált, hogy a sztrájkot az azt szabályozó törvények keretei között lehet gyakorolni – az új Alaptörvény némi pontosítást tartalmaz, amikor akként rendelkezik: *„Törvényben meghatározottak szerint a munkavállalóknak, a munkaadóknak, valamint szervezeteiknek joguk van ahhoz, hogy egymással tárgyalást folytassanak, annak alapján kollektív szerződést kössenek, érdekeik védelmében együttesen fellépjenek, vagy munkabeszüntetést tartsanak.”*

Az Alaptörvény új megfogalmazását egyes szakszervezetek azért bírálták, mert szerintük az túl általános, és ez alapján akár minden – azaz a szolgálati, közszolgálati – jogviszonyban dolgozó sztrájkja is jogszerű lehet, azaz a szövegezésből nem derül ki egyértelműen, hogy az a munkabeszüntetéshez való jogot korlátozza, avagy minden munkavállaló alkotmányos jogává teszi.²⁸ Véleményem szerint az Alaptörvény megfogalmazásával szemben nem helyénvaló elvárás az aprólékos definiálás, a részletszabályokat ugyanis indokolt és célszerű alacsonyabb szintű jogszabályokban rendezni. Ezen felül a sztrájkjog természetével alapvetően ellentétes a túlzott mértékű szabályozás, minél több előírást kell betartani, annál inkább meg van kötve a munkavállalók keze a kollektív akciók lehetséges formáinak megválasztása tekintetében.

Az államigazgatási szervek alkalmazottainak sztrájkjoga

A Sztrájk törvény által használt dolgozók kifejezésnél talán aggályosabb a törvény 3. §-ának (2) bekezdésében foglalt rendelkezés, amely az államigazgatási szervek tekinteté-

²⁷ A sztrájkokról szóló 1989. évi VII. törvény 1. § (1) bekezdése: „A dolgozókat a gazdasági és szociális érdekeik biztosítására – az e törvényben meghatározott feltételek szerint – megilleti a sztrájk joga.”

²⁸ A Liga Szakszervezet észrevételei és kritikái az új Alaptörvénnyel kapcsolatban.

ben mondja ki, hogy ezeknél a szerveknél a Kormány és az érintett szakszervezet között létrejött megállapodásban foglaltak alapján gyakorolható a sztrájkjog. Ezen előírás tekintetében nem egyértelmű, hogy pontosan ki tekinthető a címzettnak, például beleérthető-e e körbe az önkormányzatok személyi állománya. Az állampolgári jogok országgyűlési biztosa szerint jelen szabállyal sérül a jogbiztonság követelménye, és a Sztrájk törvény 3. § (2) bekezdése miatt az alkotmányos előírások sérelme is megvalósul, hisz ez utóbbi bekezdés lehetőséget ad arra, hogy a sztrájkra vonatkozó szabályokat az érintettek megállapodásban rendezzék.²⁹ A korábbi Alkotmány viszont a 8. § (2) bekezdésében, az Alaptörvény pedig az I. cikk (3) bekezdésében akként rendelkezik, hogy „Az alapvető jogokra és kötelezettségekre vonatkozó szabályokat törvény állapítja meg.” Erre figyelemmel valóban aggályos a Sztrájk törvény ezen kikötése, és szükséges az előírás revíziója.

A szolidaritási sztrájk problematikája

Megoldatlan a szolidaritási sztrájk szabályozása is, hisz a Sztrájk törvény nem határozza meg a lényegi szabályokat, az 1. § (4) bekezdésében mindössze annyit mond ki, hogy „A szakszervezeteket megilleti a szolidaritási sztrájk kezdeményezésének joga. Szolidaritási sztrájk esetén az előzetes egyeztetés [2. § (1) bekezdése] mellőzhető.” A törvény tehát nem rendelkezik a kezdeményezésre jogosult alanyi körrel, a sztrájk feltételeiről, így az sem zárható ki, hogy ezen előírás alapján bármely szakszervezet egy másik ágazat munkáltatójánál kialakult sztrájkot támogatva indítson kollektív akciót. A szabályozás ezen hiányossága már-már a jogbiztonság követelményét veszélyezteti, mind a munkavállalók, mind pedig a szolidaritási sztrájjal esetlegesen érintett harmadik személyek vonatkozásában.

Sztrájktilalommal érintett foglalkoztatotti kör

Aggályos a hazai szabályozásban a sztrájkból kizárt alkalmazotti réteg helyzete. A sztrájktilalom a Sztrájk törvény 3. § (2) bekezdése értelmében az igazságszolgáltatási szerveket, a Magyar Honvédséget, a rendvédelmi, rendészeti szerveket és a polgári nemzetbiztonsági szolgálatokat érinti. A szabályozás tehát nem differenciál ezen szervek alkalmazottai tekintetében. A tilalom ráadásul nincs kellőképpen kompenzálva sem. A Gazdasági, Szociális és Kulturális Jogok Nemzetközi Egyezségokmánya 8. cikk 2. bekezdése kimondja, hogy „E cikk nem akadályozza, hogy e jogoknak a fegyveres erők, a rendőrség, valamint az államigazgatás tagjai által történő gyakorlását törvényes korlátozásnak vessék alá.” Az Európai Szociális Charta 31. cikke szintén korlátozást ír elő. Ennek alapján arra a következtetésre juthatunk, hogy a hazánk által is elfogadott nemzetközi dokumentumok sem teszik lehetővé a sztrájkjog teljes körű elvonását, pusztán annak bizonyos korlátozására adnak felhatalmazást. Az Alkotmánybíróság határozataiban vizsgálta mind az igazságszolgáltatási, mind a rendvédelmi szervek vonatkozásában a sztrájkjog tilalmát. Az igazságszolgáltatási szervek tagjai tekintetében az Alkotmánybíróság az alábbi következtetésre jutott: „Az állampolgári jogok védelme, e védelem hatékonysága,

²⁹ Sztrájkjogi projekt, felelős kiadó: Prof. Dr. Szabó Máté, szerkesztette: Dr. Zemplényi Adrienne, 2010. január.

illetve annak a biztosítása szükségessé teszi az igazságszolgáltatás tagjai sztrájkjogának messze-
menő korlátozását – gyakorlatilag annak eltörlését – mivel enélkül mások alapvető jogainak
védelme nem biztosítható.”³⁰ A honvédség és a rendvédelmi szervek vonatkozásában az
Alkotmánybíróság azt mondta ki, hogy „A honvédség és a rendvédelmi szervek feladataikat
a rájuk vonatkozó törvényekben meghatározott személyi állományukkal látják el. A törvényekben
meghatározottak szerint a személyi állomány tagjai az e szerveknél alkalmazott közalkalmazottak
és köztisztviselők is. A honvédség és a rendvédelmi szervek alkotmányos feladatainak hatékony
ellátását csak a teljes személyi állomány munkája tudja biztosítani. Valamennyi alkalmazott a
munkakörébe tartozó feladatkör ellátásával szolgálja az egész szervezetet, és ez független attól,
hogy az alkalmazott milyen foglalkoztatási jogviszony keretében végzi a tevékenységét. A hivatásos
szolgálatot teljesítők munkáját közvetlenül segítő köztisztviselők és közalkalmazottak sztrájkja
esetén az általuk ellátott feladatok elmaradása, vagy azok teljesítésében való késlekedés jelentősen
hátráltathatja a szervezetet feladatának teljesítésében, ezzel akadályozhatja az állami feladatok
ellátását, az élet- és vagyonmentést, vagyis mások alapvető jogainak érvényesítését.

Mindezeket figyelembe véve az Alkotmánybíróság azt állapította meg, hogy a honvédség és a
rendvédelmi szervek személyi állományába tartozó köztisztviselőkre és közalkalmazottakra vonat-
kozóan az Sztv. 3. § (2) bekezdésében megállapított sztrájktilalomnak alkotmányos indoka van.”

Véleményem szerint ez a szabályozás túlságosan általános, és nem veszi figyelem-
be a foglalkoztatottak által betöltött munkakör sajátosságait, s nincs összhangban a
nemzetközi előírásokkal sem, amelyek alapvetően a sztrájkjog korlátozására adnak lehe-
tőséget. Ha mégis elfogadjuk a teljes sztrájktilalmat ezen ágazatok esetében szükséges
volna megfelelő többletjogosultságokat biztosítani az érintett személyeknek, amely a
sztrájkjog mint alapjog gyakorlásából való kizárást kellőképpen kompenzálja.

A még elégséges szolgáltatás kérdésköre

A sztrájkjog gyakorlásának egyik legérzékenyebb terepe a közszolgáltatások területe,
ahol a munkaügyi konfliktus „elszenvedői” az adott szolgáltatást igénybe vevő harmadik
személyek is lehetnek. Nem véletlen, hogy az eddigi törvénymódosítások a legtöbb tár-
sadmalmi vitát kiváltó rendelkezés, vagyis a még elégséges szolgáltatás kérdéskörének
rendezésére irányultak. 2012-ben lépett hatályba a Sztrájkjtörvény módosítása, amely új
alapokra helyezte a még elégséges szolgáltatás szabályait. A módosítás előírja, hogy a
felek közötti konszenzus hiányában is döntés szülessen a biztosítandó szolgálta-
tások mibenlétéről. A Sztrájkjtörvény 4. § (2) bekezdésében felsorolt, továbbá a lako-
sságot alapvetően érintő tevékenységet végző munkáltató munkavállalóinak sztrájkjogát
a törvényalkotó a még elégséges szolgáltatásról való megállapodás kötelező megkötésére
vonatkozó (3) bekezdés beiktatásával tovább korlátozta. Azáltal, hogy a feleknek kötelező
megállapodniuk a még elégséges szolgáltatásról, a sztrájkjog érvényesülése tekintetében
gyakorlatilag egy újabb korlátozó feltétel nyert törvényi elismerést. A korábbi szabályok-

³⁰ 673/B/1990. AB határozat.

hoz képest immár a sztrájkba lépés feltétele a megállapodás megléte.³¹ A megállapodás értelemszerűen egy olyan eleme a szabályozásnak, amely a sztrájk ütőképességét csökkenti, hisz kiszámíthatóvá teszi az akciót, és korlátok közé szorítja az akcióval okozott kár mértékét, amely a munkáltatói oldalon jelentkezik. Nyilvánvaló, hogy a feleket megállapodásra ösztönző szabályok hiányában a jobbiztonság és az állam közszolgáltatások biztosítására vonatkozó kötelezettsége kerülne veszélybe, azonban a sztrájkjogot például jelentős mértékben korlátozza az a törvényi szabályozás, amelyet a személyszállítási szolgáltatásokról szóló törvényjavaslat irányoz elő. A törvényjavaslat 39. §-a százalékos mértékben határozza meg a sztrájk esetén megállapodás hiányában biztosítandó szolgáltatások mértékét. Megállapodás híján a közforgalmú közlekedésben a még elégséges szolgáltatás mértéke a munkabeszüntetésben érintett időszakra vetítve vonalanként a helyi és elővárosi személyszállítási közszolgáltatások esetén a megrendelt személyszállítási szolgáltatás mennyiségének 66 százaléka, az országos és a regionális személyszállítási közszolgáltatások esetén a megrendelt személyszállítási szolgáltatás mennyiségének ötven százaléka.

A sztrájkot megelőző egyeztetési eljárás hiányosságai

A jelenlegi szabályozás hiányosságának tekinthető a korábban már említett egyeztető eljárás szabályainak a tisztázatlansága is. Nem egyértelmű, hogy a Feleknek az eljárás során milyen jogaik és kötelezettségeik vannak. Véleményem szerint a magyar rendszerben a jobbiztonság követelményének megfelelően le kellene fektetni bizonyos minimumszabályokat, ugyanakkor ügyelni kell arra, hogy a hangsúly ne tolódjon el a túlszabályozás irányába, ami a svájci példát alapul véve megakaszthatja a kollektív akciók lendületét és ritmusát.

6. A svájci sztrájk szabályozás vitatott rendelkezései és hiányosságai

A szakszervezetek helyzetére, a szakszervezeti tisztségviselőkre vonatkozó szabályok hiányosságai

A sztrájkjoggal kapcsolatos kihívásokat részletező szerkezetben mindenképpen szükséges szót ejteni a szakszervezetek státuszára vonatkozó svájci szabályok hiányosságáról. A sztrájkok mint a kollektív akciók sikerének egyik záloga a munkavállalók fellépésének hatékonysága, a munkavállalói csoport szervezettsége. Svájcban a munkabéke eszméjének térhódítása és hosszan tartó egyeduralma miatt gyerekcipőben jár a munkavállalók kollektív fellépésének gyakorlata, és a jogszabályi környezet sem kedvez a munkavállalói érdekérvényesítésnek. A szakszervezeti szervezkedési szabadságot a sztrájkjoghoz hasonlóan az Alkotmány biztosítja, elismerve azt, hogy minden legalább 16. életévét betöltött személy csatlakozhat szakszervezethez, függetlenül attól, hogy van-e

³¹ A sztrájkról szóló 1989. évi VII. törvény 4. § (3) bekezdése.

svájci tartózkodásra feljogosító engedélye.³² A svájci rendszer ugyanakkor az Alkotmány nagyvonalúsága ellenére nem biztosít elegendő és hatékony védelmet a szakszervezeti tisztségviselők részére. A munkáltatók ugyanis – bírósági ítéletek alapján is³³ – igen széles mozgástérrel rendelkeznek a munkavállalók csoportos, gazdasági okokra alapított elbocsátása kapcsán, nem releváns az adott munkavállaló szakszervezetben meglévő tisztsége sem. Ráadásul jogellenes elbocsátás esetén sem jogosult a szakszervezeti képviselő a munkakörbe való visszahelyezést követelni, a munkáltató maximum hat havi átlagkeresetnek megfelelő kártérítést köteles fizetni (legtöbbször ennél kevesebbet ítélt meg a bíróság). A Nemzetközi Munkaügyi Szervezet – amely egy svájci szakszervezet által átadott panasz³⁴ kapcsán vizsgálódott – is felszólította Svájcot arra, hogy adjon egyértelmű választ a panaszban foglaltakra, és kezdeményezzen szociális párbeszédet a szakszervezetekkel annak érdekében, hogy csökkenjen a szakszervezeti aktivitás miatt eszközölt elbocsátások száma.³⁵ A svájci Kormány 2008. szeptember 26-án tette közzé azt a jelentését,³⁶ amely összefoglalja a hivatalos reflexiókat az ILO 2006. november 15-én átadott ajánlásaira. A jelentés gyakorlatilag azt mondja ki, hogy a svájci rendszer kellő és arányos védelmet nyújt a munkavállalók számára, mely védelem igazságos egyensúlyt teremt a munkavállalói érdekek és a piac rugalmassága között. A Szövetségi Tanács tíz vitatott jogesetet vizsgált meg, tizből kilencnél arra a következtetésre jutott, hogy nem állt fenn hátrányos megkülönböztetés a munkavállaló szakszervezeti aktivitása miatt, míg egy esetben a pénzbeli szankció a munkáltató számára kellően súlyos jogkövetkezmény volt. A panaszt tevő szakszervezet természetesen továbbra is kitart amellett, hogy a munkajogi védelem nem hatékony Svájcban, a pénzbeli szankció pedig nem visszatartó a munkáltatók számára.

Az államigazgatási szervek alkalmazottainak sztrájkjoga

A legtöbb kanton a saját Alkotmányában a svájci Alkotmány sztrájkjogszabályozását veszi át, deklarálva a legitimitását bizonyos foglalkozási csoportok sztrájkjogára vonatkozó korlátozásnak. Egyes kantonok, így Fribourg³⁷ és Nidwald még ennél is tovább mentek, és a kantoni alkalmazottokról szóló törvényeikben egyenesen tilalmazzák a sztrájkot az állam alkalmazásában álló köztisztviselőknek. Mivel a Szövetségi Alkotmány csak annyit mond ki, hogy bizonyos foglalkoztatási csoportok esetében megtiltható a sztrájk, ezen rendelkezések nem ellentétesek a felsőbb szintű svájci jogszabályokkal. Ugyanakkor, ahogy a magyar szabályozásnál is kiemelt, nem indokolt az alkalmazottakat a végzett munka, a betöltött munkakör figyelembevétele nélkül, pusztán valamely szervhez, foglalkoztatási területhez való tartozásuk miatt megfosztani a sztrájkjogtól. Ez a megoldás semmiképpen sem tekinthető kompatibilisnek az alapjog korlátozásokkal

³² *Constitution fédérale de la Confédération Suisse*, article 28.

³³ ATF 133 III 512.

³⁴ A Nemzetközi Munkaügyi Hivatal előtti 2265 számú eset, Szakszervezeti Szövetség (Union Syndicale) panasz a svájci kormány és állam ellen a szakszervezeti jogok veszélyeztetése miatt.

³⁵ <http://www.seco.admin.ch/aktuell/00277/01164/01980/index.html?lang=fr&msgid=5664>

³⁶ *Observations du Conseil Fédéral suisse sur le suivi donné à la recommandation du Comité du 15 novembre 2006*: <http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/13164.pdf>

³⁷ *Loi du 17 octobre sur le personnel de l'État*, article 68.

szemben támasztott arányossági követelménnyel, mint ahogy a nemzetközi előírásokkal sem konform. Svájc ratifikálta az egyesülési szabadságról és a szervezkedési jog védelméről szóló 87. számú Egyezményt, amely ugyan lehetővé teszi az államigazgatási tisztviselők esetében a korlátozást, de csak abban az esetben, ha a szóban forgó tisztviselők hatósági, igazgatási jogkört gyakorolnak, és kifejezetten az államot képviselve, az állam valamely funkcióját (rendvédelmi, igazságszolgáltatási) érvényesítve lépnek fel.³⁸ Az ILO szakszervezeti szabadsággal foglalkozó bizottsága és egy szakértői testület kiemelte, hogy a sztrájtól megfosztott funkcionáriusok esetében ellentételezéseképpen biztosítani kell a hatékony érdekvédelmet pártatlan és gyors békéltetés vagy választott bírászkodás útján. Noha az ILO az 1997–98-as évre vonatkozó jelentésében³⁹ megjegyezte Svájc tekintetében a funkcionáriusokra vonatkozó nemzeti szabályok felülvizsgálatának szükségességét, azonban mindezidáig a svájci kormány az ígérete ellenére nem változtatt ezen a szabályozási struktúrán.

A békéltetés eljárási szabályaival kapcsolatos kihívások

A korábbiakban leírtaknak megfelelően mindenképpen revizionálni kellene az eljárási szabályokat, elsősorban annak indokolatlanul hosszú időtartamát és az elsősorban a munkavállalói oldal számára túlzó pénzbeli eljárási szankciókat is. A két-három hónapos békéltetés ellentét a sztrájkjog spontán természetével és céljával, hisz hatékonysága leginkább a munkáltatói oldalon jelentkező kár mértékével és kiszámíthatatlan voltával áll egyenes arányban. A részletes jogi szabályozás miatt könnyű a kollektív akciókat jogellenesnek titulálni, ez pedig gyakran eltántorítja a munkavállalókat érdekeik ily módon történő érvényesítésétől.

7. Összegzés

Jelen tanulmány keretében a magyar és a svájci sztrájkszabályozás legfőbb pilléreit kívántam bemutatni, hangsúlyozva a megoldásra váró kihívásokat, problémákat is. A magyar és a svájci sztrájkszabályozás az alapok azonossága ellenére egészen más utat járt be. Míg hazánkban a szocializmus időszaka nyomta rá a bélyegét a sztrájkkultúrára, addig Svájcban a gazdasági prosperitás és a többi államhoz képest kiemelkedő fejlettség volt az, ami csökkentette a sztrájkok gyakoriságát. Hazánkban a rendszerváltáskor született meg a sok kritika tárgyává tett sztrájktörvény, Svájcban pedig egy évtizeddel később iktatták az Alkotmányba a sztrájkjogot. Svájcban a magyar szabályozással ellentétben az Alkotmányon túl nincs szövetségi szintű egyéb jogszabály e tárgykörben, ugyanis a

³⁸ Bernard Gernigon, Alberto Otero et Horacio Guido: Les principes de l'OIT sur le droit de grève, Bureau International du Travail, Gen ve. *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), no 4. Cette édition 2000, 17.

³⁹ Bernard Gernigon, Alberto Otero et Horacio Guido: Les principes de l'OIT sur le droit de grève, Bureau International du Travail, Gen ve. *Revue internationale du Travail*, vol. 137 (1998), no 4. Cette édition 2000, 54.

kantonok hatáskörébe tartozik a részletek meghatározása. Ezzel a felhatalmazással kevés kanton élt, amennyiben elfogadtak ilyen jellegű jogszabályokat, az, mint ahogy láthatuk, a sztrájkjog jogosultjainak szűkítésére irányult.

Mindkét ország szabályozási rendszere ismeri a sztrájkot megelőző egyeztetés/békéltetés intézményét. Az eljárási szabályok azonban nem tekinthetők analógnak. Míg hazánkban a szabályok csak egy alap keretet biztosítanak a feleknek, addig a svájci szabályozás meglehetősen részletesen, pontról pontra szabályozza a felek magatartását és rögzíti az alkalmazandó szabályokat. Esetünkben az egyeztetés relatíve rövid határidő alatt megy végbe, addig a svájciaknál akár több hónapot is igénybe vehet az eljárás. A hosszú időtartam pedig a legtöbb esetben felemésztja a munkavállalói oldal eltökélttségét és meglehetősen költséges is. Mindkét ország gyakorlatában lehetőség van arra, hogy a felek a döntőbíráskodás szabályai szerint járjanak el, és alávéssék magukat a döntőbíró kötelező erejű döntésének. A svájci rendszerben sokkal hangsúlyosabb a közvélemény tájékoztatása, például a békekötelelem megszegése esetén. Ily módon az adott konfliktusról, a munkavállalók problémájáról szélesebb rétegek értesülhetnek, ami mindenképpen egy pozitív hozadéka a svájci rendszernek. Összességében azonban mindkét ország szabályaiban vannak felülvizsgálatra szoruló rendelkezések, míg a magyarban egyértelműbb eljárási szabályokat kellene megfogalmazni, addig a svájciiban az eljárási kötöttségeket kellene csökkenteni, elsősorban az eljárás időtartamát és a szankciók súlyát.

Ami a sztrájkjal szemben támasztott jogszerűségi kritériumokat illeti, a két ország szabályozása nagyrészt megegyezik. A sztrájk mindkét ország jogában ultima ratio jellegű érdekérvényesítési eszköz, vagyis csak a kötelezően előírt egyeztetés és közvetítés sikertelensége esetén alkalmazható. Hatályos kollektív szerződéssel rendezett kérdés tekintetében egyik állam joga sem engedi meg a kollektív akciót. A svájci jog a magyarnál szigorúbb e tekintetben, hisz ismeri az abszolút munkabéke intézményét is, amely deklarálása esetén a munkavállalók a szerződés hatálya alatt semmilyen kérdés tekintetében, még a kollektív megállapodás által nem szabályozott kérdés vonatkozásában sem kezdeményezhetnek sztrájkot. Míg a magyar szabályok szerint a „dolgozók” gazdasági és szociális érdekeik védelmében szervezhetnek, addig a svájci előírások értelmében a sztrájk tárgya munkaviszonnyal összefüggő kérdés lehet. A magyar szabályozás tágabb körben határozza meg a sztrájk célját, Handó Tünde tanulmányában kifejti, hogy éppen ez az „érdekes” definíció az, amely sok esetben a munkáltatók által indított sztrájkjal kapcsolatos bírósági eljárásokban értelmezésre szorul.⁴⁰ Mindkét állam joga kizárja a sztrájkot az egyedi jogvitával kapcsolatban. Mindkét ország joga tilalmazza a politikai sztrájkokat, míg a szolidaritási sztrájkok csak Svájcban tilosak.

Ami a sztrájk jogkövetkezményeit illeti, mindkét állam rendszere a felfüggesztési elméleten alapul, vagyis a sztrájk tartama alatt a munkaviszonyból származó főkötelezettségek, úgy mint a munkavégzési és bérfizetési kötelezettség nem terheli a feleket.

⁴⁰ Handó Tünde tanulmánya. In: Halmos Csaba (szerk.): *Sztrájkjog Magyarországon*. Budapest, Complex Kiadó, 2010, 200.

Jogszerű sztrájk esetén a munkáltató nem léphet fel kártérítési igényrel, viszont jogellenes sztrájk esetén a munkavállalók kártérítési felelőssége megáll. Mindkét állam joga lehetővé teszi azt, hogy jogellenes sztrájkban való részvétel esetén a munkáltató a munkavállalóval szemben hátrányos következményként megszüntesse a munkaviszonyt.

Mind a magyar, mind pedig a svájci szabályozás jelentős kihívások előtt áll, amelyet egyrészt a bírói gyakorlatnak kell kimunkálnia (a még elégséges szolgáltatás kérdésében való döntés megegyezés hiányában), másrészt pedig bizonyos kérdésekben jogalkotói beavatkozás is szükséges lehet (szolidaritási sztrájk pontosabb szabályozása, szakszervezeti aktivitást ellátó munkavállalók hatékonyabb védelme). Vannak olyan területek, ahol azonos tartalmú változtatások szükségesek, például a sztrájktilalom hatálya alá tartozó személyi kör differenciálása, míg egyes területeken kifejezetten ellentétes irányú reform kívánatos (például a sztrájkot megelőző egyeztetés és közvetítés területe, ahol hazánk esetében egyértelmű szabályok deklarálása, míg a svájciaknál a túlszabályozottság csökkentése a cél).

Mindkét ország esetében leszögezhető, hogy a sztrájkjogi kultúrának fejlődnie kell még a jövőben. A statisztikák azt mutatják, hogy a sztrájkok száma az egyéb kollektív akciókhoz képest hazánkban, a sztrájkjogot övező jogbizonytalanság okán is csökkenő tendenciát mutat.⁴¹ A magyar munkavállalók sztrájkhajlandósága azokban az ágazatokban magas, ahol a munkabeszüntetés az azt övező médiafigyelem okán is jelentős nyomást gyakorol a munkáltatóra.⁴² Mindenképpen kihívás a sztrájkok elterjesztése azon ágazatokban, amelyek mindezedig sztrájk szempontból érintetlenek voltak (például mezőgazdaság), és a sztrájkhoz kapcsolódó médiavisszhang munkavállalói szempontú kiaknázása, amely utóbbiban a szakszervezeteknek kell gyakorlatot szerezniük. Svájcban akár jogalkotási úton is (megfelelő jogszabályi védelem kiépítésével), de csökkenteni kell a szakszervezeti aktivitás miatt eszközölt elbocsátások számát, és minden fórumot meg kellene ragadni ahhoz, hogy az abszolút munkabéke eszméjének áttörése-képpen a munkavállalók és a társadalom számára elfogadott és ismert alapjoggá válhasson a sztrájkjog. Végezetül mindkét ország esetében cél, hogy a társadalmi szereplők a sztrájkra ne egy mindennapi együttélést akadályozó, blokkoló tényezőként tekintsenek, hanem a gazdasági és szociális előrelépés eszközként, amely a partnerség eszméjének megszilárdítását szolgálja, és amely hosszú távon előnyös lehet mind a munkáltatók, mind pedig az adott (köz)szolgáltatást igénybe vevők számára is.

* * *

The article intends to describe Hungarian and Swiss right to strike. Following the short introduction outlines the development path to the constitutional recognition of the right to strike, in the first title/chapter of the study examines legal sources of the right to strike in the case of both states.

⁴¹ Berki Erzsébet: A sztrájkjog hazai gyakorlata. In: Halmos Csaba (szerk.): *Sztrájkjog Magyarországon*. Budapest, Complex Kiadó, 2010, 146.

⁴² Berki Erzsébet: i.m. 149.

In Hungary legal regulation is of two-tier as apart from the declaration of the right to strike in The Fundamental Law of Hungary, act VII. of 1989. on the right to strike stipulates rules the in details. In Switzerland the right to strike has not for long been specified in legislation. In the country of workpeace the right to strike has not been has not been recognised as constitutional fundamental right until year 2000 and has been only implicitly recognised and they have been the jurisprudence and judiciary practice engaging in the issue.

Mélypataki Gábor

A köztisztviselő fogalma a magyar és a német jogban

1. A közigazgatási jogról és a közszolgálati jogról általában

Mielőtt a kérdések megválaszolásának neki kezdenénk, fontosnak tartom, hogy röviden tisztázzuk azt a közeget, amely a kormánytisztviselőt és a köztisztviselőt körülfonja. A közszolgálati alkalmazottak lényegében a közigazgatás mozgatórugói. Ők azok, akik működtetik az intézményeket és megtestesítik a hivatalt mint elvont absztrakt fogalmat. Ha a közigazgatás szervezéstudományi fogalmából indulunk ki, akkor teljesen egyértelmű, hogy a hivatali apparátus, a szakképzett emberek szükségesek az állami feladatok ellátásához.¹ A közigazgatás feladata annak eldöntése, hogy a szervezet munkahelyeit személy szerint kik töltsék be, a szervezéshez éppúgy hozzátartozik, mint a szervezeti egységek létesítésének és a munkahelyek számának elhatározása.²

A közigazgatás, ha egy negatív fogalommal akarnánk megjelölni, az állami akarat olyan kifejeződése, amely nem igazságszolgáltatás és nem jogalkotás.³ Egyes szerzők szerint a civil- és a büntetőjog mellett a jogrendszer harmadik tartópillére.⁴ A közigazgatási jog hatalmas jogterület, amelynek egységét általános és különös közigazgatásra tagolhatjuk. Az általános rész foglalkozik az alapfogalmakkal, a szervezetrendszerrel, az általános eljárásokkal, és a típushibákkal. A különös rész pedig az egyes speciális területeknek az általánostól eltérő szabályait alkalmazza.⁵

Az általános és különös rész közötti különbségnek a közszolgálati jog szempontjából igen nagy jelentősége van. Annyi bizonyos, hogy a fent leírtak alapján a közszolgálati jog terepe a közjogon belül található. A kérdés lényegében abban áll, hogy hová is soroljuk be a közszolgálati jogot. Három nézőpont ütközik a kérdés megválaszolásakor. A német jogban a szűkebb értelemben vett közszolgálati jog két részre tagolódik. Magában foglalja a hivatalnokokat, a közszolgálatban dolgozó munkavállalókat és alkalmazottakat is.⁶ A szabályozás tekintetében csak a hivatalnoki réteg az, amelyik a közigazgatási jog hatálya alá tartozó személycsoport, azon belül is a különös részi

¹ Torma András (Szerk.): *Közigazgatási jog I.* – Magyar közigazgatási jog – Általános rész 1, Miskolci Egyetem Közigazgatásjogi Tanszéke, Miskolc, 2012, in: <http://jogikar.uni-miskolc.hu/download.php?fileName=/projectSetup/files/koi/kozig1/kozigazgatasi-jog-1-2012.pdf>, 32. (2012. május 25.)

² Magyary Zoltán: *Magyar Közigazgatás*. Királyi Magyar Egyetemi Nyomda, Budapest, 1942, 375.

³ Weinbracke, Mike: *Allgemeine Verwaltungsrecht*. C. F. Müller, Heidelberg, 2010, 1.

⁴ Peine, Franz Joseph: *Allgemeine Verwaltungsrecht*. C. F. Müller, Heidelberg, 2010, 24.

⁵ Torma (2012): i.m. 61.

⁶ Leppek, Sabine: *Beamtenrecht*. C. F. Müller, Heidelberg, 2011, 2.

szabályok hatálya alá.⁷ A közszolgálati munkások és alkalmazottak pedig magánjogi jogviszony keretében látják el feladataikat.

Ezzel szemben a magyar terminológiában két egymással versengő felfogás van jelen. Egyrészt domináns felfogás, mely a közszolgálati jogot a munkajog részeként, annak közjogaként értékeli, mely szerint az, hogy melyik jogviszony tartozik a munkajoghoz és melyik a közszolgálati joghoz, a munkáltató-szolgáltatató meghatározásán múlik.⁸ Másrészt mindvégig jelen van az a nézet, mely a közszolgálati jogot a jogrendszer önálló ágaként említi.⁹

Ha a három irányzatot egybevetjük, akkor elmondhatjuk, hogy attól függetlenül, hogy melyik álláspontot fogadjuk el, kijelenthetjük, a szabályozás terepe a közjoghoz áll inkább közelebb. Azonban nem lehet letagadni azt a fajta civiljogi hatást, mely időközben jelentős befolyást gyakorolt a szabályozásra. Ebből kifolyólag utalnunk kell arra, hogy mind a történelem folyamán, mind napjainkban a közszolgálati jog és a munkajog között folyamatos interakció van. Kezdetekben a közszolgálati jog gyakorolt befolyást, melynek keretében a munkajog fokozatosan átvette azokat a jóléti intézkedéseket, melyeket ma munkavállalói alapjogoknak tekintünk. Napjainkban pedig a munkajog az, amelyik befolyást gyakorol a közszolgálatra, a szabályozás rugalmasabbá tétele érdekében, mely szervesen illeszkedik az NPM filozófiába is. Ha a közszolgálati jogról beszélünk, akkor azt a határmezsgyét vizsgáljuk, mely a magánjog és a közjog közötti határon fekszik. A közszolgálati jog véleményem szerint a munkajog részét képező speciális jogterület. Ha pontosabban akarjuk belőni a jogági elhelyezkedését, abból kell kiindulnunk, hogy a munkajog egy a magánjog és a közjog határán keresztülfekvő vegyes szakjogág, amelynek a tárgya a más részére végzett önálló munkát.¹⁰ Az önálló munkát mint tárgy lényegében minden foglalkoztatási viszonyban érvényesül függetlenül attól, hogy most az a munkajog magánjoga vagy a munkajog közjoga. Amíg a külföldi jogokban általában a hűség és a szolgálati elv áll a középpontban,¹¹ addig úgy gondolom, hogy a hazai jogban ezek fontos speciális alapelvei és követelményei a közszolgálatnak, de semmiféleképpen sem annak tárgyai.

A magam részéről azonban a közjogi nézőpont rengeteg elemét is el tudom fogadni, amely a közszolgálati jogot a közjog önálló jogterületeként kezeli, azzal a kitételrel, hogy ha a közszolgálatot közjognak is tekintjük, azt is csak a munkajog keretein belül a munkajog közjogaként, de semmiféleképpen sem önállóan egymagában. Hiszem, hogy nem hibás a kérdésnek a munkajogi szemléletű megválaszolása, még ha egyesek szerint a szocialista munkajog hagyománya az, hogy így alakult a mai magyar közszolgálat sorsa.¹² Másrészt

⁷ Kunig, Philip: Das Recht des öffentlichen Dienst, in: Schmidt-Aßmann, Eberhard (Hrsg.) und Schoch, Friedrich (Hrsg.): *Besonderes Verwaltungsrecht*. De Gruyter Recht, Berlin, 2008, 780.

⁸ Kenderes György: *A munkaszerződés hazai szabályozásának alapkérdései*. Novotni Kiadó, Miskolc, 2007, 28.

⁹ György István: *Közszolgálati jog*. HVG-Orac, Budapest, 2007, 14.

¹⁰ Dr. Gecse Istvánné – Dr. Tománé dr. Szabó Rita – Dr. Kenderes György: *Jogi ismeretek II. – Munkajog és Társadalombiztosítási jog igazságügyi igazgatási alapszakos hallgatók számára*. Novotni Kiadó, Miskolc, 2009, 16–18.

¹¹ *Treu und Pflicht*: Leppék, i. m. 29–33.

¹² György: i. m. 13–14., illetve 58–60.

még közjogász is¹³ elismeri, hogy a munkajognak és a közszolgálati jognak számtalan kapcsolódási pontja van.¹⁴ Tagadhatatlan, hogy a munkajog és a közjog folyamatos interakcióban volt és van egymással.

Attól függetlenül, hogy melyik kiindulópontot is fogadjuk el, kijelenthetjük, hogy a közszolgálati jog a jogrendszer azon (többé-kevésbé) elkülönült részét jelenti, mely a közszolgálati viszonyokat, a közszolgálati dolgozók jogállását, a közszolgálati pragmatikát szabályozza.¹⁵ A köztisztviselő és a kormánytisztviselő pedig ezeknek a jogviszonyoknak az alanyai.

2. A köztisztviselő és a kormánytisztviselő fogalma

A köztisztviselő és a kormánytisztviselő a közszolgálati jog alanyai. A jogalkotó által külön kezelt személyi csoportok, melyek a korábbi egységes köztisztviselői rendszert tagolják ketté. Az állam közhatalmi arcát képviselő tisztviselők két különböző személyi köre, melyek egymáshoz való helyzete igen csak kérdéses. Az elmúlt két-három évben ugyanis az, hogy melyik a domináns csoport, és melyik rétegre vonatkozó szabályanyag az általánosságban alkalmazandó, jelentős mértékben megváltozott. Kezdetekben, a 2010. évi LVIII. törvény megjelenésekor és azt követően a Kttv. hatálybalépéséig a köztisztviselőkre vonatkozó szabályok voltak az általános rendelkezések, melyek háromnegyedét a 2010-es törvény szolgai módon belinkelte. A jogszabály lényegében úgy nézett ki, mint egy hivatkozásgyűjtemény vagy a Ktv. tárgymutatója. A jogszabály lényegében ezzel a megoldással önmaga létét kérdőjelezte meg. Ráadásul az a paradox helyzet jött létre, hogy a megváltozott személyi helyzetkép tekintetében, a kisebbségbe szoruló köztisztviselői rétegre vonatkozó rendelkezéseket kellett alkalmazni a hivatalnoki réteg további 80 %-ára is. A Kttv. megjelenésével azonban a helyzet változott, és az új jogszabályt a kormánytisztviselőkre méretezték, amely külön fejezetben közli a köztisztviselőkre vonatkozó eltéréseket. A német jogban is megtaláljuk a hasonló felosztást. A köztisztviselők egyik csoportja az, aki a Szövetségi állam alkalmazásában áll. Az ő viszonyait a Bundesbeamtenengesetz (BBG) szabályozza. A köztisztviselők másik csoportja pedig a tartományban, a helyi közösségekben és különleges hatóságoknál szolgálatban lévő hivatalnok. Az ő viszonyait a Beamtenstatusgesetz (BeamtStG) rendezi keretjelleggel. A jelenlegi szabályozási helyzet az ún. „Föderalismusreform” egyik eredménye.¹⁶ A reform egyik eredményeként fogalmazódott meg az előrehaladási klauzula.¹⁷ Ennek keretében a jogalkotó módosította a Grundgesetz (GG.) 33. § (5) bekezdését, amely lényegében biztosíték és garancia a hivatalnoki réteg számára. A modern közszolgálat megteremtését célozza,

¹³ Köztük György István is.

¹⁴ György: i. m. 27-44.

¹⁵ A hivatkozás alapja: György: i. m. 18.

¹⁶ Auerbach, Bettina - Pietsch, Alexandra: *Beamtenstatusgesetz Kurzkomentar für die Praxis*. Luchterland, Neuwied, 2009, 13.

¹⁷ Auerbach-Pietsch: i. m. 15.

épp ezért foglalkozik olyan kérdésekkel is, amelyekkel a reform nem.¹⁸ A közszolgáltatás szempontjából másik fontos szempont a szövetségi állam és a tartomány közötti jogalkotási konkurencia megszüntetése a köztisztviselői státusz kapcsán. Ezzel kapcsolatosan a GG. két további rendelkezését kell megemlítenünk. Az egyik szakasz a GG. 73. § mely a szövetségi állam kizárólagos hatáskörébe tartozó tárgyköröket taglalja. Ennek a szakasznak a 8. pontja említést tesz azokról a hivatalnokokról, akik szolgálatukat a szövetségi állam vagy a szövetségi állammal közvetlen kapcsolatban lévő testületeknél látják el. Ide tartozik egyébként a közszolgálati jogi személyek jelentős többsége, így intézetek, alapítványok is.¹⁹ De a rendelkezés hatálya alá tartoznak a postai és vasúti alkalmazottak is, illetve mindazon alkalmazottak és munkások is, akik szövetségi szolgálatot látnak el.²⁰ Fontos, hogy az előbb felsorolt személyek rendelkezzenek a szövetségi állampolgársággal. A korábbi gyakorlattal ellentétben, amikor is a tartományok szinte tetszőlegesen töltötték ki a közszolgálati kerettörvényt tartalommal, a reform következtében a szövetségi jogalkotás a domináns. Jól mutatja ezt az a tény is, hogy a tartományi közszolgálati törvények átveszik a BeamStG. és BBG. fogalmi meghatározásait.²¹ Lényegében a hazai helyzethez a német központi jogalkotáshoz hasonló helyzet állt elő, a központi állam határozza meg az eltérő státuszok tartalmát.

A tartományok jogalkotási lehetősége látszólagosan maradt csak meg. A német alkotmány ugyan a konkuráló törvényhozási körök között említi a BeamStG. által lefedett személyi kört,²² azonban a szövetségi törvényhozás kisajátította az alacsonyabb szintű közszolgálat szabályozását is.²³ A reform közszolgálati része a törvények 2009-es hatálybalépésével véget ért. Azt nem tudni, hogy a magyar jogalkotásra mennyire volt hatással a német államreform, de a megosztott közszolgálat alkalmazása a magyar közigazgatási struktúrában igen csak kérdéses. A Német Szövetségi Köztársasághoz viszonyítva, a magyar közigazgatási rendszer nem annyira széttagolt. Amíg a német jogrendszerben megvan az értelme a szövetségi és egyéb hivatalnok közötti különbségtételnek, addig a magyar viszonyok közt nem igazán. A magyar közigazgatáson belül ugyanis nem különülnek el olyan élesen feladatok és funkciók, a város, a megye vagy a központi hivatalok között, amely indokolná a megkettőzést. Ezzel szemben Németországban beszélhetünk egy központi ún. szövetségi államról, amely több „mini államot” foglal magában, amelyeknek saját tartományi törvényalkotó és végrehajtó szerve van. A különbség itt abban áll, hogy szövetségi végrehajtásról vagy tartományi végrehajtásról beszélünk. A magyar viszonyok között viszont a különbség alapja a foglalkoztató közigazgatásban betöltött szerepe egy unikális államon belül. A német jogalkalmazásban kezd elhalványulni ez a megkülönböztetés, hiszen a Bund az, amelyik mindkét szabályanyagot megalkotja. Ebből is látszik, hogy hiába a jogalkotói szándék, a két csoport csak az egymáshoz való viszonyában értelmezhető igazán. Ez azonban nem könnyíti meg túlságosan a hely-

¹⁸ uo.

¹⁹ Degenhart, Christoph: Gegenstärke des ausschließlichen Gesetzgebung. In: Sachs, Michael (Hrsg): *Grundgesetzkommentar*. Verlag C. H. Beck, München, 2011, 152f.

²⁰ uo.

²¹ V.ö. Landesbeamtengesetz Rheinland Pfalz 1-10. § és Landesbeamtengesetz Saarland 1-10. §

²² GG. 74. § 27. pont.

²³ Auerbach, Bettina: Das Beamtenstatusgesetz in Praxis. In: *Zeitschrift für Beamtenrecht* 2009/7-8. szám, 212.

zetünket. Csak annyiban segít, hogy ha megvan az egyik fogalom, abból következtethetünk a másikra. A kérdés már csak az, hogy melyiket válasszuk kiindulási alapnak.

Meglátásom szerint a köztisztviselőt kell alapfogalomként meghatározunk, még akkor is, ha az új szabályozási rendben jelentősége csökkent, és az Alaptörvény csak a kormánytisztviselőket említi.²⁴ Az ok egyszerű: a kormánytisztviselő egy teljesen új kategória a magyar jogéletben, aminek kialakult szakirodalma nincs, és eddig még nem folytak sem szelídebb, sem vére menő szakmai diskurzusok arról, hogyan definiáljuk őket. A köztisztviselőnek mint fogalomnak jóval kiterjedtebb irodalma van, ráadásul a nemzetközi összehasonlítást is könnyebbé teszi.

Azonban azt is le kell szögeznünk, hogy egységes köztisztviselő fogalom, mint ahogy egységes közszolgálat fogalom, nem létezik. A szűken vett közszolgálat fogalom is több értelmezési lehetőséget rejt magában, ezért a közszolgálat fogalmának szűk értelmezésén, jelen fejezet keretei között, a köztisztviselői jogviszonyt értem a továbbiakban.²⁵ A közszolgálat fogalom megállapítását követően arra a kérdésre kell választ adni, hogy kit nevezhetünk köztisztviselőnek. A meghatározás országonként változik, hiszen mindenhol más személyi kört értenek alatta. De sokszor még egy adott ország jogtudósai sem képviselnek azonos álláspontot. A magyar közigazgatás történetében is elég csak a XX. századi jogéletet megvizsgálni, ahhoz, hogy többféle meghatározással is találkozunk. Ezek a fogalmak mind másban ragadták meg a lényegét. Conha Győző *Politika* című művének II. kötetében a közszolgálat a köztisztviselő kötelezettségeire koncentrál, amelyek állandóan visszatérő feladatok elvégzésében nyilvánulnak meg, mely feladatokat mindig az öncél érdekében végzi. Ezzel szemben Magyary Zoltán professzor a szolgálata-dó fogalmából kiindulva határozza meg a köztisztviselőt. Meglátása szerint az állam vagy állam által szolgálata-dóul elismert egyéb jogi személy munkájában közreműködésre a megfelelő közigazgatási aktus által nyer megbízást.²⁶

A fogalom-meghatározás nehézségét már jól mutatja a személyi kör legszűkebb értelmezésekor felmerülő sokszínű definíciós paletta is. Az értelmezést ráadásul több szempont is nehezíti. A magyar jogban, ellentétben a némettel vagy más szolgálati jogokkal, a meghatározni kívánt személyi kör nem maradt meg a közigazgatási jog keretei között. A hivatalnok a magyar jogban nem csak közigazgatási jogi, hanem munkajogi kategória is. Így az országonként eltérő köztisztviselő fogalom a nemzeti jogon belül szektorálisan is tagozódhat.²⁷ Kiindulásként ezért célszerű a jogviszony jellemzőit összeszedni. A fogalmi sokszínűség ellenére elmondható, hogy az OECD országok többsége nagyjából hasonlóan fogalmazza meg a köztisztviselő fogalmát.²⁸

²⁴ Alaptörvény 17 cikk (5) bekezdés.

²⁵ Torma András: A köztisztviselővel szemben támasztott követelmények a demokratikus jogállamban. In: Fogarasi József (szerk.) *A közigazgatás személyi állománya – Tanulmányok a közigazgatás továbbfejlesztéséhez.* Unió Kiadó, Budapest, 1995, 41.

²⁶ Torma (1995): 42.

²⁷ Kunig: i. m. 808–810.

²⁸ Hazafi Zoltán: *Közszolgálati jogunk a változó nemzetközi és hazai térben* (de lege lata, de lege ferenda), PhD. disszertáció. 8.

Éppen ezért, hogy értelmezni tudjuk, mit is takar egy-egy koncepció megvalósítása, illetve alkalmazása, először néhány szóban meg kell vizsgálnunk azt, hogy hol is húzódik a közigazgatás, illetve azon belül is a közzolgálat határa.²⁹ A fentiekben láthattuk, hogy a közzolgálat fogalmát a lehető legszűkebben fogtuk át. A közigazgatáson belül a köztisztviselői jogviszony és a közalkalmazotti jogviszony közötti különbségtétel a közzolgálat határa.

Ha szélesen értelmezzük a fogalmat, az jelentősen megnehezítheti a szabályozást és a közös jellemzők meghatározását,³⁰ éppen ezért nemzetközi értelemben is általánosan szűkebb értelmű közzolgálat kifejezést kell alapul venni. Leggyakrabban a közzolgálat szűkebb körét rendszerint a közigazgatás szervezetrendszeréhez kapcsoljuk, kiemelve azt a társadalomirányítás szervezetrendszeréből.³¹ Hogy mit érthetünk közigazgatási szervezetrendszernek, ez is eltérő országokként, de ez már kevésbé zavaró az egyes rendszerek megértése szempontjából, mint a tágabb megfogalmazás. Mivel az országokénti eltérések ellenére az egyes közzolgálati rendszerekre vonatkozó jellemzők döntően azonosak, legyen szó akár nyílt, akár zárt közzolgálati rendszerről.

Erre jó példa lehet a magyar és a német fogalmi összevetés. Igaz lehet ez akkor is, ha egyik ország jogában sem beszélünk egységes definícióról. A köztisztviselő fogalom lépcsőzetesen vizsgálható. Ebben a német terminológiát követjük, amelyet folyamatosan a magyar jogi megoldások tükrében elemzünk. A német jogban megkülönböztethetjük az államjogi, a felelősségtani és a büntetőjogi fogalmát. A magyar jog nem ennyire cizellált, alapvetően a közigazgatási jogi és munkajogi meghatározások léteznek legfőképpen.

3. A köztisztviselő államjogi-közigazgatásjogi fogalma

A köztisztviselő államjogi fogalma, vagy más néven közzolgálati jogi fogalma, szorosan kötődik a GG. 33. § (4)–(5) rendelkezéseéhez. „*Köztisztviselő az, aki a közjogi szolgálati- és hűség jogviszonyban áll.*”³² Ehhez a materiális feltételhez azonban egy formális feltétel is tartozik, mely szerint a jogviszony kinevezéssel jön létre, és a jogviszony tartalmát a szolgálatadó határozza meg.³³ A hatályos magyar jogban a tisztviselő ilyen szintű meghatározásával nem találkozhatunk. Ehhez a szemlélethez talán a legközelebb Magyar Zoltán közhivatalnok fogalma áll: „*Közhivatalnok az az egyén, aki az állam, vagy az állam által szolgálatadónak elismert más közigazgatási jogi személy munkájában való közreműködésre megfelelő közigazgatási aktus által megbízást kap.*”³⁴

²⁹ Gajduszek György: *Közzolgálat – A magyar közigazgatás személyi állománya és személyzeti rendszere az empirikus adatok tükrében*. KSKZ ROP 3.1.1 Programigazgatóság, Budapest, 2008, 19.

³⁰ A széles értelmezésbe a közigazgatás szervezetrendszerén túl például ide tartozhatna „a törvényhozó-nép-képviselői szervek választott képviselői (a parlamenti, önkormányzati képviselők)” is.

³¹ Czékmann Zsolt: *A közigazgatás személyzete: a közzolgálat (kézirat)* In: http://www.jogikar.uni-miskolc.hu/kozigazgatasi_jogi_tanszek_tansegedletek 1. (2010. május 20.)

³² Kunig: i. m. 808.

³³ Werres-Boewe: *Beamtenrecht*. DBB Verlag, Rattigen, 2007, 32.

³⁴ Magyar: i. m. 375.

Magyary fogalmának egyik központi eleme a közigazgatási aktus általi megbízás. Ez jelentősen tükrözi az adott kor felfogását is, mely a magánjog-közjog kérdésre adott válaszokban tükröződik. Azt, hogy a kérdés mennyire fontos, jellemzi az, hogy már a századelőn is felmerült. A kérdés ilyen korai megjelenésével azért is releváns, mert ebben az időszakban a közigazgatási jogi nézőpont volt az uralkodó. Ha fel is merült a magánjogi szabályozás lehetősége az akkori szakirodalomban, a válasz mindig a magánjog elutasítása volt. Az elutasítás indoka, hogy a meghívás és a tisztség elfogadása csak látszólagosan kétoldalú jogviszony és a megbízáshoz semmi köze, mivel a megbízás egyenrangú felek megállapodása. A közszolgálat esetében eleve eltérő erősségű felek vannak, akik között a kapcsolat a törvény erejénél fogva jön létre.³⁵ Ezzel pedig eljutunk napjainkhoz ismét, a Ktjv., majd a Kttv. indoklásához, amennyiben a jogalkotó álláspontja szerint a közszolgáló csak azt döntheti el, hogy elfogadja-e a kinevezést vagy sem. Mondhatjuk azt is, hogy készen kapja a munkafeltételeket és a foglalkoztatási jogviszonyához kapcsolódó szabályokat, még hozzá jogszabályi formában. Akik a közjogi álláspontot képviselik, mindinkább próbálják kidomborítani a munkajog és a közszolgálat különbségét. Az egyik ilyen fontos különbségtétel erősen kapcsolódik a jogviszony keletkezéséhez és annak tartalmához.³⁶

A közszolgálati jogviszony mindig kinevezéssel és annak elfogadásával jön létre. Ez nem változik a Kttv. esetében sem.³⁷ A jogalkotó álláspontja pedig a kérdésről a Ktjv. hatályba lépése óta nem változott, s mindenféleképpen egyoldalú állami aktusként értékeli a jogviszony keletkezését. A jogviszonyból eredő aszimmetriában pedig az államot látja a kiszolgáltatót fél pozíciójában.

Sem Magyarynál, sem Horváthnál nem jelenik meg a kinevezés elfogadása mint a jogviszony létrejöttének feltétele. Így ebben az időszakban ténylegesen egyoldalú jogviszonynak tekinthetjük a keletkezést. Elsősorban az lehetett közhivatalnok akkoriban, aki akár kinevezéssel, akár kiválasztással vagy más módon a közhatalom gyakorlására megbízott, anélkül, hogy ő a törvény szabta feltételek rendszerébe a maga spontán elhatározásából belefolyt volna.³⁸ Az ezzel kapcsolatos problémákat azonban már a századforduló jogtudománya is érzékelte. Horváth véleménye szerint hiába államcél a megvalósítandó feladat, de nem mindenkit egyformán terhel annak teljesítése, így az egyéni ellenkező akarat kizárása nem helyes.³⁹

A jogtörténeti fejlődésben mára eljutottunk odáig, hogy az annyira hiányolt egyéni akaratnyilatkozat az alkalmazás feltétele. Jelentős mértékben megjelent a privátautonómia, még ha csak a jogviszony keletkezésében is. Éppen emiatt nem érthető a jogalkotó görcsös ragaszkodása ahhoz a tételhez, mely a kormánytisztségviselői törvények alapjaként

³⁵ Horváth Árpád: *A közszolgálati jogviszony – Tanulmány a magyar közigazgatási jog köréből.* Goldstein Jakab Nyomdája, Deés, 1902, 16.

³⁶ Mélypataki Gábor: *Változó közszolgálati dogmatika a Közszolgálati törvényjavaslat fényében.* In: *Új Magyar Közigazgatás* 2012/4, 62.

³⁷ Kttv. 38. §

³⁸ Horváth: i. m. 15.

³⁹ Horváth: i. m. 13.

is szolgált: „[...] a közszolgálat lényegi eleme, hogy a jogviszony létrejötte nem egymás mellé rendelt felek kötöttségektől mentes egyeztetésének és megállapodásának tárgya és eredménye, hanem az állam egyoldalú aktusa, melynek során – jogszabály által részletesen kidolgozott feltételrendszer szerint – kinevezi a jövőendő köztisztviselőt, kormánytisztviselőt, megbízáva bizonyos feladatkör, munkakör vagy tisztség ellátásával.”⁴⁰

Való igaz, hogy a közszolgálatban kötöttebbek a szabályok a jogviszony keletkezése esetén is, azonban nem gondolnám, hogy csak az állam akaratából ered a közszolgáló foglalkoztatása. A kinevezés csak annak elfogadása esetén válik teljessé. Akkor beszélhetnénk kizárólagos állami akaratról, ha a kinevezés elutasításához az állam szankciót fűzne, vagy a közszolgáló általi elfogadásra tekintet nélkül életbe lépne. Így Kiss György professzorral értek egyet abban, hogy a kinevezés csak relatíve egyoldalú jogviszony.⁴¹ Az egyoldalúság relativitását éppen az adja, hogy a szolgálatvállaló meg is tagadhatja a kinevezés elfogadását. A gondolati fonalat továbbfűzve azt is megkockáztatom, hogy a kinevezés elfogadásáig a munkajoghoz hasonlóan relatív egyenrangú felekről beszélünk. Innen már csak egy lépés annak a gondolatnak az elfogadása, hogy az egyoldalúság mellett egy kétoldalú jogviszony-létesítés is jelentkezik.⁴² Hozzátevé azt is, hogy a munkajogban is csak relatív a felek közötti egyenlőség, főleg a multik által sorozatban gyártott munkaszerződések világában, amelyet néhol kollektív szerződések is tetéznek. Ilyen módon a munkavállalóknak is kevés esélyük van a munkaviszony tartalmának alakítására.

Ha ugyanezt a kérdéskört visszavetítjük a német fogalmi rendszerbe, láthatjuk, hogy ugyan nem fogalmi elem a kinevezés, de formális kritérium, amely nélkül nem jöhet létre a jogviszony. A szolgálati jogszabályok azonban nem említik, hogy a kinevezést az érintettnek el is kell fogadnia. Sem a kinevezésre vonatkozó rendelkezéseknél, sem pedig a semmisségi okoknál mint a kinevezés megtagadása. A formalitás megnyilvánulása közigazgatási aktus formájában valósul meg. Ennek a közigazgatási aktusnak a központi eleme a státuszhoz méretezett kinevezési okmány.⁴³ Ez annyit jelent, hogy vannak az okmánynak kötelező tartalmi elemei, így a kinevezni kívánt státuszhoz megfelelő kifejezéseket kell tartalmaznia.⁴⁴ A jogszabály, mint erről a későbbiekben lesz szó, a köztisztviselői státuszhoz több formáját ismeri, melyek egy része a kinevezés időtartamához igazodik, míg mások esetleg annak megszüntetéséhez. Ez a fajta megkülönböztetés más, mint a szövetségi alsóbb szintű köztisztviselő megkülönböztetés, hiszen az előbb említett formákat mindkét törvény ugyanúgy szabályozza. Alapvetően elmondhatjuk, hogy államjogi-közszolgálati szempontból a fogalom központi eleme a kinevezés. Mindkét jogrendszer formalitásként kezeli. Formális jellege azzal is indokolható, hogy egyrészt megnőtt a magánautonómia szerepe. Így ha valaki jelentkezik egy állami állásra, nagy valószínűséggel az akaratára irányul, hogy betöltse azt. Másrészt formalitás és formalitás között is van különbség. A különbség alapja a visszalépés lehetőségében van benne. A német jog nem tesz említést a

⁴⁰ Közszolgálati törvényjavaslat, általános indoklás.

⁴¹ Kiss György: *Munkajog*. Osiris Kiadó, Budapest, 2000, 21.

⁴² Prugberger Tamás: *Európai- és magyar összehasonlító munka- és közszolgálati jog*. Complex, Budapest, 2006, 295.

⁴³ Kunig: i. m. 808.

⁴⁴ BBG. 10. §, BeamStG. 8. §

kinevezés elfogadásáról, ami illeszkedik is az államjogi definícióhoz. A magyar jog azonban sokkal szentívebben rendezi a kérdést. Megadva a lehetőséget a pályázónak, hogy a kinevezést visszautasítsa. Visszautalva a korábbiakra, igazolható, hogy a magyar jogban a kinevezés nem csak egy egyoldalú aktus, hanem relatíve egyoldalú, hiszen magában rejtí az elfogadás megtagadásának lehetőségét. Ezáltal viszont a közszolgálati jogviszony létesítése a munkajogviszony létesítéséhez válik hasonlatossá, hozzátéve azt, hogy a leendő köztisztviselőnek a jogviszonyalakító szerepe itt véget is ér. A már korábban említett tézisünket is szükséges jelen pontnál megismételnünk, mely szerint sokszor a munkajogviszony keletkezésénél sincsenek jobb helyzetben a leendő munkavállalók. Gondoljunk csak a multik által sorozatban gyártott blanketta munkaszerződésekre, illetve a munkanélküliség determinálta szükségre. Arra a szükségre, amikor a leendő munkavállaló nem válogathat a munkalehetőségek között, örül, hogy van hol és van mit, nem hogy még eszébe jusson, hogy alkudozni kezdjen a leendő munkáltatójával.

A fent említett fogalom másik fontos eleme az állam, illetve az állam által elismert más szerv. A más szerv tipikusan az önkormányzat, állami, önkormányzati vállalat, illetve a német jog idesorolja még az alapítványt és intézetet is. A magyar jog, szemben a német joggal, nem általánosságban, hanem konkrétan határozza meg azokat a szerveket, ahol a köztisztviselő, kormánytisztviselő a hivatalát tölti.⁴⁵ Az alapvető dilemmát azonban nem maga a szolgálatadó minősége generálja, hanem annak „viselkedése”. Hogyan különböztessük meg, hogyan határoljuk el egymástól az államot⁴⁶ mint munkaadót és az államot mint szolgálatadót. Csak a pénzügyi okok játszottak szerepet vagy találunk más okokat is? A két jogrendszer alapjaiban különbözik ebben a kérdésben. A magyar hivatali struktúrában mindenki hivatalnok, amely alól kivételt csak a fizikai állomány képez,⁴⁷ ⁴⁸ illetve az állami-önkormányzati többségi tulajdonban lévő vállalatok munkavállalói. A német jog megoldása a fokozatosságra épül. A hivatalon belül megkülönböztethetjük egymástól a hivatalnokokat (Beamter), az alkalmazottakat (öffentliche rechtliche Angestellte) és a munkást (öffentlicher rechtliche Arbeiter). A fent meghatározott két személyi kört nevezhetjük összefoglalóan a közszolgálat magántisztviselőinek. A magántisztviselők a munkajog szabályai alapján látják el.⁴⁹ A feladatkörük lényegében az állami feladatok teljesítése és az államcélok megvalósítása. Másrészt pedig hiába különböznek az egyes foglalkoztatottak identitásukban, tevékenységi körükben, mind az aktuális költségvetésnek vannak alárendelve.

A magánalkalmazottak szolgálati tevékenységét is az Alkotmány alapozza meg, mely szerint: „Minden németnek joga van alkalmasságának, képességeinek és szakmai teljesítmény

⁴⁵ Kttv. 1. §

⁴⁶ Az állam alatt jelen mondat szerkezetben az összes olyan szervét is értem, amelyek mind a köz, mind a magánszektorban foglalkoztatóként jelen vannak.

⁴⁷ Prugber Tamás – Kenderes György: *A munka- és közszolgálati jog intézményrendszerének kritikai és összehasonlító jogi elemzése*. Novotni Kiadó, Miskolc, 2009, 26.

⁴⁸ A leírtakhoz hozzá kell fűznünk továbbá azt is, hogy a közalkalmazottak esetén ez a kettősség nem jelentkezik. A fizikai alkalmazott is közalkalmazottnak minősül.

⁴⁹ Weber, Christoph – Groeger, Axel: *Grundlagen des Arbeitsrechtes im öffentlichem Dienst*, in: Groeger, Avel (Hrsg): *Arbeitsrecht im öffentlichem Dienst*. Otto Schmidt Verlag, Köln, 2010, 3.

alapján ugyanolyan feltételekkel állami hivatalt viselni.”⁵⁰ A magántisztviselők tevékenysége is a hivatalviselési jog keretein belül helyezkedik el. Igaz, rájuk nincsenek olyan egységes törvényi keretek, mint a hivatalnokokra. Ezt a hiányt egy kollektív megállapodással orvosolták (Tarifvertrag für öffentliches Dienst), amely a szabályozás alapját egy szövetségi szintű alkalmazotti kollektív megállapodásra bizza, mely hatását tekintve inkább jogszabály, mint szerződés, és azért van garanciális jelentősége, mert a munkaadói oldalon valamennyi közszolgálati szervezet megjelenik, míg a munkavállalói oldalon jelen van valamennyi szakszervezeti szövetség.⁵¹

Alapjaiban merül fel a kérdés, hogy mi a különbég a két foglalkoztatotti réteg között, ha mindkettő ugyanazon alkotmányos paragrafus alapján látja el hivatalát. Az egyik fő különbség a formalitások hiánya és a munkajogi szabályok korlátlan alkalmazhatósága az állami feladat teljesítése vagy az állami cél megvalósításakor.⁵² Ezek szerint a fő különbség a foglalkoztatás típusában van, és az ebből eredő jogok és kötelezettségek gyakorlásában. A köztisztviselői pozíció közigazgatási aktusokon alapszik, míg a munkajogviszony magánjogi szerződéses jogviszony.⁵³ Így a közszolgálati munkavállalók közszolgálati foglalkoztatottak csoportjaként írható le, míg a hivatalnok nem foglalkoztatott, hanem különleges közjogi státusszal bír.⁵⁴ Ezek alapján a különbségek a következők:

Köztisztviselő	Magántisztviselő
közjogi jogág: közigazgatási jog különös rész	magánjog: munkajog
a kinevezés mint közigazgatási aktus alapján	munkaszerződés alapján
a jogviszonyok törvény általi leszabályozottsága, nincs mozgáster	egyéni, vagy kollektív szerződés által szabályozott jogviszony
előmeneteli rendszer	feladat meghatározás
csak a törvényben meghatározott okból szüntethető meg a jogviszony	a jogviszony rendes vagy rendkívüli felmondással ér véget
allimentációs kötelezettség a hivatal részéről	szerződéses alapon a munka ellenszolgáltatása
a hivatal egyéni gondoskodása	állami nyugdíj
sztrájktilalom	sztrájkjog
közigazgatási bíróság	munkajogi bíróság

1 táblázat: A köztisztviselő és a magántisztviselő közötti különbég a német jogban⁵⁵

A fentiekből következően elmondható, hogy a közszolgálati jogi fogalom erősen kötődik a szolgálatadóhoz, a hivatalhoz. Ebből következően a hivatal mint szolgálatadó

⁵⁰ GG. 33. § (2) bekezdés

⁵¹ Horváth: i. m. 283.

⁵² Weber–Groeger: i. m. 3.

⁵³ Stamer, Henrik: *Die Pflichten der Beamten sowie der Angestellten und Arbeiter im öffentlichem Dienst im Vergleich*. Hainholz, Göttingen, 2000, 14.

⁵⁴ Görg, Axel – Guth, Martin – Daer, Wolfgang: *TVöD. Tarifvertrag für den öffentlichen Dienst – Kommentar für die Praxis*. Bund Verlag, Frankfurt am Main, 2007, 31.

⁵⁵ Leppek: i. m. 11.

határozza meg a tisztviselő fogalmát. A köztisztviselő fogalma ugyanis csak a szolgáltató fényében értékelhető. A szolgáltató mint fogalom szintén nincs központilag meghatározva. Illetve ez nem teljesen igaz. Ha megvizsgáljuk a BeamStG. és a BBG. szövegét, akkor kirajzolódik előttünk egy egész világos koncepció. A koncepció lényege, hogy a BeamStG. hatálya alá tartozó tisztviselők esetén a tartomány, illetve a helyi közösségek a szolgáltatók. A helységeken túl ide sorolhatóak azok a különleges testületek, intézetek, alapítványok, amelyeknek a tevékenysége a törvény hatályba lépésekor tartományi feladatok ellátása volt.⁵⁶ Ebből kifolyólag a BBG. hatálya az előbb felsorolt szervek és közigazgatási egységek szövetségi változatára vonatkozik.⁵⁷ Ha a szolgáltatókkal tisztában is vagyunk, a fogalom szempontjából szükséges a további vizsgálatok lefolytatása. A szolgáltatót, a fogalom egyik központi elemét, megfoghatóvá kell tennünk. Ezt a megfoghatóságot egy másik definíció, a hivatal, illetve a közigazgatási szerv meghatározás segítségével próbáljuk meg. A tágabb fogalom a közigazgatási szerv, mely a legkisebb, önálló közigazgatási egység, melynek meghatározott feladata van, belső szervezeti renddel rendelkezik, és az általa meghozott döntések a működési területén szinte mindenkire vonatkoznak.⁵⁸ Ennek a közigazgatási szervnek a megjelenési formája a hivatal (der Amt). A hivatalt többféleképpen is meghatározhatjuk. Az első fogalmi kísérlet a státuszjogi -közszolgálati jogi meghatározás, mely szerint a hivatal az, amely magában foglalja a hivatalnok szolgálattal és hűséggel összefüggő helyzetét, de annak feladataitól független.⁵⁹ Lényegében ezzel az alapdefinícióval függ össze a másik kettő is, melyek közül az egyik a hivatalnak az absztrakt, míg a másik a hivatal konkrét funkcionális értelmezése. Első esetben a hivatal a tisztviselő általános feladatait jelöli meg, a második értelmezésben pedig a meghatározott konkrét feladatot.⁶⁰ Ehhez a gondolatsorhoz hozzákapcsolhatjuk a tisztviselő magyar törvényi fogalmát, melyben keverednek a fentiekben meghatározott szolgáltatóra vonatkozó és a funkcionalista hivatal fogalmi elemei. A Kttv. szerint: kormánytisztviselő, köztisztviselő a Kttv. 1. és 2. §-ban felsorolt közigazgatási szervek feladat- és hatáskörében eljáró vezető és ügyintéző, aki előkészíti a közigazgatási szerv feladat- és hatáskörébe tartozó ügyeket érdemi döntésre, illetve – felhatalmazás esetén – a döntést kiadmányozza, kivéve, ha ezt a tevékenységet az 1. § c) pontja szerinti fegyveres szervnél más jogviszonyban álló személy végzi.⁶¹ A törvényi fogalomban változás a Ktv. definíciójához képest nem történt, hacsak az nem, hogy belekerült a kormánytisztviselő is, mint fogalmi elem.⁶² Egyrészt ami következtetés levonható ebből, hogy a köztisztviselő és a kormánytisztviselő fogalma közigazgatási jogi aspektusból megegyezik. Hiszen mindkét személyi kör funkcióját tekintve azonos tevékenységet lát el, csupán a szolgálati hely, ami megkülönbözteti őket, vagyis a szolgáltató közigazgatási szervnek a végrehajtásban betöltött szerepe. Helyi, illetve központi szint.

⁵⁶ Auerbach-Pietsch: i. m. 63.

⁵⁷ BBG 1. §

⁵⁸ Torma (2012): 103.

⁵⁹ Werres-Boewe: i. m. 29.

⁶⁰ uo.

⁶¹ Kttv. 6. § 13. pont.

⁶² Vö. Czekmann Zsolt: A közigazgatás személyzete: a közszolgálat (kézirat) in.: http://www.jogikar.unimiskolc.hu/kozigazgatasi_jogi_tanszek_tanszegedletek. (2010. május 20.)

Összegezve az eddigieket, mindezek alapján:

„A közszolgálati jogviszony általános jellemzői a következőkben foglalhatók össze:

- mindig munkavégzésre irányuló jogviszony (célja valamilyen közfeladat elvégzése, vagy közfeladatot ellátó szerv keretében történő munkavégzés),
- szorosan kapcsolódik a közigazgatás szervezetrendszeréhez,
- egyik alanya mindig természetes személy, másik alanya közigazgatási szerv,
- általában elkülönül a többi munkavégzésre irányuló jogviszonytól,
- a munkavégzés színtere a hivatal”⁶³

A fogalmi meghatározások fényében a fenti jellemzőkön túl közszolgálatra vonatkozóan levonható néhány további következtetés is:

1. A köztisztviselő az állami feladatok egy jól körülhatárolható csoportját közvetíti a társadalom felé
2. Közhatalom gyakorlásával összekapcsolt tevékenység
3. A közigazgatás a törvényhozásnak alárendelt
4. Olyan tevékenység, amely a tartalmát illetően különleges szabályozást igényel⁶⁴

A fenti jellemzők a mai magyar tisztviselői rétegre teljesen igazak. Van azonban a kormánytisztviselői rétegnek egy olyan rétege, amely bizonyos szempontból speciális. A specialitás abban rejlik, hogy semmilyen közhatalommal nem rendelkeznek, és nem is a végrehajtó hatalom részei.⁶⁵ A jogbiztonság szempontjából nem is lehetséges, hogy oda tartozzanak, hiszen másik államhatalmi ágban végeznek adminisztratív és „hivatali” teendőket. A törvény idesorolja a a Köztársasági Elnöki Hivatal, az Országgyűlés Hivatala, az Alkotmánybíróság Hivatala, a Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság, az Alapvető Jogok Biztosának Hivatala, az Állami Számvevőszék, a Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala, a Gazdasági Versenyhivatal, a Pénzügyi Szervezetek Állami Felügyelete, a Magyar Tudományos Akadémia Titkársága, a Magyar Művészeti Akadémia Titkársága, az Állambiztonsági Szolgálatok Történeti Levéltára és a Közbeszerzési Hatóság köztisztviselőjét és közszolgálati ügykezelőjét is.

A kérdés adja magát, még ha csak elméleti síkon is. Mennyire szolgálja a jogbiztonságot az, hogy ha a központi és helyi közigazgatás személyzetére vonatkozó foglalkoztatási szabályok érvényesülnek olyan szervek foglalkoztatottjai esetében is, amelyek nem tartoznak, illetve funkciójukat tekintve nem is tartozhatnak a végrehajtó hatalom hatáskörébe? Azt azért mindenféleképpen le kell szögeznünk, hogy a szolgálatadói funkciót mindig az érintett szerv látja el. Így saját maga határozza meg az állományát, és persze a felsorolt

⁶³ Czékmann: i. m. 2.

⁶⁴ Torma (1995): 42–43.

⁶⁵ Fábrián Adrián: *Vezetők és beosztottak a magyar közigazgatásban*. Dialóg Campus, Pécs, 2011, 126.

szervek államszervezetben betöltött szerepével is indokolható a státuszbiztonság. A fenti felsorolásból így egyértelmű, hogy a PSZÁF és a GVH, illetve NMMH, mint speciálisan kiemelt, az állami központi szervezetrendszerrel nagyjából független, és az állam többi részét is ellenőrző hatóság, lát el végrehajtási feladatokat, illetve a végrehajtás ellenőrzését. Ezekben az esetekben teljesen egyértelmű a státusz. Azonban az olyan esetekben, mint MTA, MMA titkársága, illetve a Titkosszolgálati könyvtár, nem feltétlenül indokolt megítélésom szerint a tisztviselői státusz. Illetve további kérdésként felmerül, hogy közalkalmazotti jogviszony keretében, esetleg magánalkalmazotti vagy munkajogviszony keretében nem lenne-e célszerűbb megoldani, természetesen a szerzett jogok védelmére tekintettel. Ugyanis a közigazgatási jog által szervezéstudományi köztisztviselői és kormánytisztviselői fogalom kereteibe ezek a személycsoportok nem biztos, hogy beleférnek.

Az eddig leírtakból kiindulva látható, hogy mennyi szállal kötődik a közszolgálati jog a közigazgatás szervezetrendszeréhez. Az egyik ilyen fontos szál maga a másik fél, a szolgálatadó, és az általa meghatározott feladatok. Azonban azt is meg kell említeni, hogy az általunk vizsgált fogalomnak ez csak egy aspektusa. A fent vázolt államjogi-közigazgatásjogi fogalom remek kiindulópont a többi aspektus megvizsgálására, melynek végső célja a közszolgálatnak egy munkajogi meghatározása. A fizikai alkalmazottakra vonatkozó szabályanyag bizonyítja legjobban ugyanis azt, hogy ha valamilyen jogintézmény erősen kötődik is a közigazgatáshoz, nem feltétlenül esik annak tárgykörébe. Ahhoz, hogy eljussunk a munkajogi definícióig, szükséges végigkövetnünk a német közszolgálati dogmatikát. A fogalom elemzését a köztisztviselő felelősségtani és büntetőjogi fogalmát vizsgáljuk a következőekben.

4. A köztisztviselő felelősségtani és büntetőjogi fogalma⁶⁶

A német jogi dogmatikában a hivatalnoki réteg speciális helyzetére tekintettel fontos ennek a rétegnek a felelősségtani helyzetét is meghatározni. Jelen helyzetben a felelősség két formáját kívánjuk vizsgálni. Az egyik az enyhébb, polgárjogi felelősség, míg a másik a súlyosabb büntetőjogi. Elsősorban nem dogmatika, hanem a praktikum miatt tárgyaljuk egy fejezetben a két kérdést. Kétség kívül dogmatikai kapcsolat is van a két részegység között, hiszen a felelősségi szint egy-egy eltérő fokozatáról beszélünk.

A vizsgálatot a felelősségtani fogalom definíciójával kezdjük. A felelősségtani fogalomnak az alapjai egyrészt alkotmányosak, másrészt pedig a polgári jogban gyökereznek. A GG. 34. § (1) bekezdés a felelősség meghosszabbítása, míg a BGB. 839. § a felelősség megalapozását jelenti.⁶⁷ A két különböző szinten szabályozandó felelősségi forma egymással konkuráló. A konkurencia feloldásának egyik módszere az, hogy ha

⁶⁶ Ld. a témáról részletesebben Veszprémi Bernadett: *A köztisztviselők felelősségi rendszere*. PhD értekezés, Miskolc, 2011

⁶⁷ Bonk, Heinz Joachim: Haftung bei Amtspflichtverletzungen, in: Sachs, Michael (Hsbg): *Grundgesetz Kommentar*, Verlag C. H. Beck, München, 2011, 1144.

megállapításra kerül a tisztviselő felelőssége a polgári jog szerint, az kizárja a hivatal felelősségét.⁶⁸ A kiindulási pontunk az kell, hogy legyen, hogy alkotmányos értelemben minden olyan köztevékenység a hivatal állandó tevékenységei közé tartozik, amit gyakori jelleggel gyakorol. A hivatalnokok pedig a kinevezés során hűségjogviszonyba kerültek. Azonban ilyen értelemben bővítenünk kell a fogalmat, mert a hivatalokban nem csak köztisztviselők, hanem magánalkalmazottak is dolgoznak. Az ő helyzetük is hasonló, hiszen az ő felelősségük olyan, mintha a vállalati felelősség részét képeznék, éppen ezért ebben az értelemben a köztisztviselő fogalmába ők is beletartoznak.⁶⁹ Ez arra az esetre is vonatkozik, ha az állam a hivatal közszolgáltatásait magánjogi kötelezettségekkel tölti meg, anélkül, hogy amellet egyébként közszolgálati hivatalnak minősülne.⁷⁰ A magyar jogban a némethez hasonló fogalmi megoldással nem találkozhatunk. A hivatali személyzetnek egységes felelősségi rendszere van ebből a szempontból. Beszélhetünk a közigazgatási szerv által okozott kárról és a munkavállalóért való felelősségről.

A köztisztviselő fogalmának harmadik formája a büntetőjogi megfogalmazás. A német büntetőjogi terminológiában az Amtsträger (hivatal viselő) kifejezést használják, amely a mi fogalmaink szerint a hivatalos személynek felel meg. A köztisztviselő mint fogalom büntetőjogi szempontból a legszélesebben értendő, amelybe beletartoznak a bírák és minden olyan személy, aki a közszolgálati jognak valamilyen formában alanya.⁷¹ A széles fogalmi értelmezés alapja ezeknek a személyeknek a különleges jogviszonyában gyökerezik. A civiljogi szerződéssel foglalkoztatott magántisztviselők is ugyanúgy elkövethetnek hivatali bűncselekményeket.⁷² A magyar jogban a Btk. 137. § értelmező rendelkezése alapján a hivatalos személyek egyik csoportja a: jogszabály alapján közhatalmi, államigazgatási feladatokkal megbízott szervnél, testületnél az a személy, aki közhatalmi, államigazgatási feladatot lát el.⁷³ A két értelmezés között a különbség abban valósul meg, hogy amíg 0a német szabályozásban az Amtsträger a legszélesebb értelemben vett köztisztviselő definíció, addig a magyar jogban a hivatalnok csak egy eleme a hivatalos személynek. A legtágabb értelmű magyar közszolgálati fogalom is csak a hivatalos személyek egy részét fedi le.

A fejezetben vizsgált két fogalmi meghatározás szempontjából a köztisztviselő-kormánytisztviselő fogalmi kettősnek sem a magyar, sem a német jogban nincs jelentősége. Mind a felelősségtani, mind a büntetőjogi fogalom sokkal szélesebb, mint az általában értelmezett hivatalnok meghatározás. Mivel mindkét személyi körnek közel azonos feladatai és kötelezettségei vannak, ezért a felelősségi szintjük is ugyanaz. Teljesen mindegy, hogy a közigazgatás melyik szintjén dolgoznak, vagy épp közjogi vagy magánjogi viszonyban állnak-e a szolgálatadóval. Ebből a szempontból a hivatal mint fogalom nem

⁶⁸ Looschelders, Dirk: *Schuldrecht – Besonderer Teil*. Verlag Franz Vahlen, München, 2011, 474.

⁶⁹ Kunig: i. m. 809.

⁷⁰ Papier, Hans Jürgen: Haftung bei Amtspflichtverletzung, in: Habersack, Mathia (Hrsg.) *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Schuldrecht Besonderer Teil*. Verlag C. H. Beck, München, 2009, 2390.

⁷¹ Werres-Boewe: i. m. 28.

⁷² uo.

⁷³ Csemáné Váradi Erika: Hivatali bűncselekmények. In: Csemáné Váradi Erika – Görgényi Ilona – Gula József – Lévai Miklós – Sántha Ferenc: *Magyar büntető jog – Különös rész 2*. Complex Kiadó, Budapest, 2006, 37.

kerül újradefiniálásra ezen szélesebb értelmezések fényében. Ugyanis egy állandó dolog van a köztisztviselő fogalmában, akár explicit, akár implicit módon kifejezve, az pedig a szolgáltató és a hivatal. A szolgáltató a teljesen statikus elem, mely mindig az állam, a tartomány, a közösség. A hivatal ennél egy picivel dinamikusabb elem, ugyanis ahogy szélesedik a köztisztviselő fogalma, úgy szélesedik a hivatal is mint munkavégzés színtere. Ennek ellenére azonban stabilnak mondható.

5. A köztisztviselő munkajogi fogalma

Az előző fejezetekben végigvezettük, hogy milyen állomásai vannak a köztisztviselő/kormánytisztviselő fogalomnak a német jogirodalomban, melyhez hozzáfűztük a magyar jogintézményeket. A fogalom vizsgálatának azonban egy olyan szintjére jutottunk el, amely igényli ennek a metódusnak a megfordítását. A metódus megváltoztatása azért is indokolt, mert a német dogmatikában alig találunk olyan szerzőt, aki a hivatalnok mint munkavállaló kifejezést egyáltalán hajlandó leírni. A fentiekből is látszik, hogy a német jogi hagyomány tipikusan közjogi kategóriaként kezeli a köztisztviselőket. Ha ettől mégis eltérne, azt általában a praktikum érdekében teszi. Hasonlót a hasonlóval párosítja a könnyebb szabályozás érdekében. A szolgálati jogviszony esetleges civiljogi voltát azonban teljes egészében elveti. Alapvetően a magyar jogban sem az a vita tárgya, hogy a közszolgálati jog közjog-e vagy magánjog. A kérdés már csak azért sem olyan éles, mert a munkajog, szemben a német felfogással, a magyar jogban egy vegyes szakjogág.⁷⁴ Ezek alapján beszélhetünk a munka magánjogáról és a munka közjogáról.⁷⁵ A munka közjoga elég sok mindent magában foglal. Ennek egyik eleme a közszolgálati jog.⁷⁶ Ami megalapozza az előbbi kijelentésemet, az nem más, mint a munkajog tárgya. A munkajog a más részére végzett önálló munkán alapszik.⁷⁷ Az önálló munka azonban nem csak a magánfelek között jön létre jellemzően, hanem minden szolgálati jogviszonynak az eleme. Többek között az államszolgálati jogviszonynak is.

A magyar munkajog központi eleme az önálló munkavégzés, melyet tág értelemben bármely szolgálati jogviszonyra alkalmazhatunk. Másrészt a jogviszonyok hasonlósága és a Munka Törvénykönyve (akár a régiről, akár az újról beszélünk) mint háttér joganyag jelentős szerepet játszik. Meglátásom szerint nem hibás a közszolgálatnak a munkajogi tárgyú szemlélete. Ezen szemléletmód keretein belül még azt is el tudom fogadni, hogy a közszolgálati jogviszony közjog, a munkajog közjoga. A magam részéről még azt a kijelentést is megkockáztatom, hogy a közszolgálati jogviszony a legjelentősebb atipikus munkavégzési forma a magyar munkajog rendszerén belül. Az atipikus jellemzőit az erősen közjogias jelleg, a rengeteg strict jellegű jogintézmény és a munkáltató személye határozza meg.

⁷⁴ Petrovics Zoltán: *Munkajog*. L' Hamattan – ZSKF, Budapest, 2006, 20.

⁷⁵ Kiss: i. m. 21.

⁷⁶ Prugberger: i. m. 43–47.

⁷⁷ Kenderes: i. m. 32.

Ha ebből a nézőpontból kezdjük el felépíteni a köztisztviselő munkajogi fogalmát, szükséges felhasználnunk mindazt, amit a korábbi fogalmaknál kifejtettünk. A köztisztviselő mint munkajogi fogalom meglátásom szerint három irányból közelíthető meg.

Az első megközelítési mód esetén a közigazgatásjogi meghatározásokat kell alapul vennünk. A közigazgatásjogi definíciók lényege, hogy a köztisztviselő a tevékenységét egy másik „személy” direkte vagy indirekte az állam, állami szerv, önkormányzat önkormányzati szerv irányításával önállóan végzi. A jogviszony pedig a kinevezéssel és annak elfogadásával jön létre. Ha ezeket a jellemzőket megvizsgáljuk, azt kell látnunk, hogy a munkavállaló és a köztisztviselő meghatározása között nincs is jelentős eltérés.

<p>„Munkavállaló az a természetes személy, aki nem önállóan, hanem bizonyos alárendeltséggel munkavégzést vállal, vagyis a munkaerejét bocsátja a munkáltató rendelkezésére.”⁴⁷¹</p>	<p>[...] felsorolt közigazgatási szervek feladat- és hatáskörében eljáró vezető és ügyintéző, aki előkészíti a közigazgatási szerv feladat- és hatáskörébe tartozó ügyeket érdemi döntésre, illetve – felhatalmazás esetén – a döntést kiadmányozza.⁴⁷²</p>
---	--

2. táblázat A munkavállaló és a köztisztviselő fogalma tükröben

A fogalmi összevetés alapján azt tűnik ki, hogy mind a munkavállaló, mind a köztisztviselő olyan személy, aki függőségi jogviszonyban van a jogviszony másik alanyával szemben. A függőségi jogviszonyból következően mindkettő önállóan munkát végez, de a munkavégzés keretében látja el feladatát. Az önállóan munkát végző a másik fél utasításadási és ellenőrzési jogát. Mindkét jogviszony tekintetében jelentkezik a szolgálati jogviszonyokra jellemző aszimmetria. Ami különbségként értékelhető, az a jogviszonyban felbukkanó másik fél személye, és esetlegesen a munka jellege és a munkavégzés helye. A különbségeket hangsúlyozók első érve mindig a közhatalom gyakorlása, ami egy olyan speciális állami státuszt feltételez, mely kizárólag csak a közjog keretei között képzelhető el.⁸⁰ A következtetés folytatásaként pedig eljutnak a munkajogi törvények korlátozott alkalmazhatóságáig a közszolgálatra vonatkozóan.⁸¹ Innen a következő lépés a jogok és kötelezettségek eltérő voltának felvázolása, ahogy ezt Henrik Stamer is megteszi a német jogirodalomban.⁸² Stamer végigköveti a közszolgálatra vonatkozó jogokat és kötelezettségeket, és ezt párhuzamba állítja a magánalkalmazottak jogaival és kötelezettségeivel. A jogok és kötelezettségek köréből most csak jogok és kötelezettségek ellátásának az alapját vizsgáljuk mint a fogalomalkotás szempontjából releváns tényezőt. Stamer szerint a különbség alapja a jogviszonyok eltérő sajátosságaiban keresendő. A közszolgálati jogviszonyban a törvények által meghatározott hűség és kötelesség keretei között fejt ki munkáját a tisztviselő. A munkajogban pedig a felek akartán múlik, hogy milyen különleges kötelezettségeket tesznek a szerződés alapjává. Ami ez egyik jogviszonyban kötelező, az a másikban lehetséges elem.⁸³

⁷⁸ Petrovics Zoltán: Munkajog. L' Hamattan – ZSKF, Budapest, 2006, 20.

⁷⁹ Kiss: i. m. 21.

⁸⁰ Fábán: i. m. 127.

⁸¹ uo.

⁸² Stamer: i. m. 16.

⁸³ Stamer: i. m. 17.

Mindazonáltal azt is hozzá kell fűznünk, hogy az állami cégek szanálásával jelentősen veszített alapvető jelentőségéből a közjogi szemlélet.⁸⁴ Egyre inkább követhető nyomon a közszolgálati jog magánjogiasodása, hiszen a privatizált cégek esetén már nem beszélhetünk közvetlen állami szolgálatról. Két nézőpont elfogadása lehetséges, az első a német álláspont, mely azt hangsúlyozza, hogy egy harmadik típusú jogviszony jött létre a közszolgálati- és a munkajog között,⁸⁵ vagy az osztrák álláspont, mely egyre inkább hajlandó elfogadni legalább a privatizáció által érintett tisztviselők munkajogi státuszát.⁸⁶ A New Public Management által behozott filozófiai is nagymértékben negálja a parallelszabályozást, hiszen ez a rendszer csak a Human Resources vagy egyszerűen csak a személyzet kifejezést használja.

Annyi bizonyos, hogy a közszolgálati réteg és annak szabályozása Németországban is mozgásban van, és nem állt meg az új jogszabályok behozatalával. A változás egy teljesen új tendencia irányában halad, amikor is a közszolgálati közhatalmat magánjogiasabb szabályozás mentén vizionálják a szerzők. A magánjogias jelleg a jövőben kevésbé uniformizált, kevésbé militáns, kevésbé behatárolt a fogalmak éles kontúrja által.⁸⁷ A közszolgálat privátjogi elemekkel történő megtöltését azonban nem csak a privatizáció jelzi, hanem a bírósági ítéletek is, melyek némely esetekben elismerik, hogy a köztisztviselő mint munkavállaló rendelkezik jogosítványokkal. Az ilyen típusú ítéletekre, a postai és vasúti alkalmazottak esetén kerül sor első sorban, és itt is a kollektív munkajog intézményei által.

Ugyan a Szövetségi Közigazgatási Bíróság (BVwerwG) egyik ítéletében azt hangsúlyozza, hogy privatizált vállalatok dolgozói esetében megmaradt a hivatalnoki státusz. Csak amiatt, hogy a közszolgáltató magánjogi személy, az alkalmazottak esetében a szervezetbe történő beilleszkedéskor sem keletkezik munkajogviszony másodjogviszonyként sem.⁸⁸ Ezt az álláspontot tükrözi a korábban a Német Szövetségi Posta alkalmazásában állókra vonatkozó törvény is (PostPersRG).⁸⁹ A jogszabály megkülönbözteti a hivatalnokokat és a munkavállalókat, pedig lényegében mindkét személyi kör ugyanazt a munkát végzi. Azonban a határok nincsenek köbe vésvé, ezt jelzi a PostPersRG. 6. §-a, mely szerint a köztisztviselő az üzem érdekkörébe eső okból átmeneti időszakra munkavállalóvá (Arbeitsposten) minősíthető. Az egyre inkább begyűrűző hatást jelzi a BVwerwG. egy másik ítélete, mely szerint a fegyelmi jogkör nem alkalmazható a postai alkalmazottak esetében.⁹⁰ A döntés háttérében az állt, hogy a jogalkotás létrehozta a Privatbeamte (magántisztviselő) fogalmát, amely a privatizált állami vállalatoknál dolgozó egykori hivatalnokok új státusza. Az azonban tagadhatatlan, hogy ezek a jogviszonyok a magánjog talaján állnak, az állami funkciója

⁸⁴ Bull, Hans Peter: Die Zukunft des Beamtentums: Zwischen Recht und Politik, Staats- und Verwaltungslehre, in: *Die Verwaltung* 2009/1, 5.

⁸⁵ Blanke, Thomas – Sterzel, Dieter: „Privatbeamter” – Der Postnachfolgunternehmen und Disziplinarrecht. In: *Personalvertretung* 2006/3, 265.

⁸⁶ Gabrielle Kucsco-Stadelmayer: Die Zukunft des Beamtentums: Zwischen Recht und Politik, Staats- und Verwaltungslehre. In: *Die Verwaltung* 2009/1, 35.

⁸⁷ Blanke, Thomas: Beamte als Arbeitnehmer- Legitimationskrise des Beamtentums. In: *Arbeit und Recht* 1989/10, 306.

⁸⁸ BVerwG 2 C 3.02. (2003. febr. 27.)

⁸⁹ Gesetz zum Personalrecht der Beschäftigten der früheren Deutschen Bundespost vagy másik néven Postpersonalrechtgesetz.

⁹⁰ Ld. részletes elemzése: Blanke–Sterzel: i. m. 265–283.

ezeknek a szerveknek már nem kizárólagos, így a köztisztviselőkre vonatkozó szabályok csak erősen korlátozott, illetve módosított formában érvényesülhetnek.⁹¹

Mindezekből következően, ha a köztisztviselő munkajogi fogalmát akarjuk meghatározni, akkor ez bizonyos szempontból korlátozott. A magyar jogi terminológiában a hasonló jogviszonyok alapján semmi akadálya, hogy a köztisztviselőt is quasi munkavállalónak tekintsük. A különbség alapja a magyar szemléletben a közhatalom gyakorlás, a szigor mértéke és a munkáltató személye. Ezek azonban olyan különbségek, melyek könnyen áthidalhatók. Ha ugyanezt a kísérletet a német terminológiában próbáljuk meg véghezvinni, csak korlátozott eredménnyel járunk. A német jogalkotás mereven ragaszkodik a köztisztviselőhöz mint státuszhoz, még akkor is, ha a vizsgált közszolgáltatónál a két személyi kör feladatai nem térnek el. Bár a BVerwG. ítéletei látszólagosan puhítják a merev elhatárolást, egy eset van, amikor teljes mértékben munkavállalóként kezeli a hivatalnokokat a jog, ez pedig a privatizált állami cégeinek üzemi tanácsi választása. A jogalkotó egy viszonylag friss törvénymódosítása kapcsán már nem csak aktív, de passzív választójoggal is felruházta a tisztviselőket.⁹²

Az új német szabályozásban a magántisztviselők két típusát kell megkülönböztetni, hiszen bizonyos értelemben, és a dolgozat fogalmi készletében is, a közszolgálati alkalmazottak és munkások is magántisztviselőnek minősülnek.

Az első fogalomalkotási kísérlet végeredményeként elmondhatjuk, hogy részleges sikert könyvelhetünk el, bár azt mindenféleképpen hozzá kell fűzni, hogy a német jogban még rengeteg időnek el kell telnie, hogy egyáltalán a köztisztviselőről mint munkajogi kategóriáról is beszéljenek. A folyamatot talán gyorsíthatja valamelyest a magántisztviselők, mindkét eddig használt értelemben, számának folyamatos emelkedése közszolgálati szektorban. A magyar jogi terminológiában tehát megvan a lehetőség arra, hogy a fogalmi összevetés alapján a köztisztviselőt munkavállalónak tekintsük, hiszen igaz, hogy a köztisztviselők és kormánytisztviselők közhatalom birtokában vannak, és emiatt speciális a jogviszonyuk. A közhatalom vitathatatlanul kimutatható ezekben a jogviszonyokban, de ez nem befolyásolja azt, hogy az állami impérium gyakorlása a munkajog keretei között történik.⁹³ A német jogban pedig a hivatalnok csak olyan mértékben tekinthető munkavállalónak, amennyiben a jogviszonyok hasonlóságából eredően a praktikum, a hivatali érdek vagy a jogszabályi szükség megköveteli. A hivatalnokot a német jogban elsősorban kollektív munkajogi szempontból tekinthetjük munkavállalónak. Azonban nem a teljes kollektív munkajog intézményrendszere tekintetében, hiszen a sztrájkjog kizárt, illetve erősen korlátozott, még akkor is, ha a szakirodalom egyre inkább kezdi a hivatalnoki sztrájkot mint lehetséges jogintézményt elfogadni, hiszen több olyan állam is van, ahol megengedett és az állam még sem tört össze a sztrájkok hatására.⁹⁴

⁹¹ uo. 283.

⁹² Kortmann, Ulrich - Korsch, Mütze: Beamte als Arbeitnehmer im Sinne des BetrVG - eine Fiktion mit Folgen. In: *Zeitschrift für das öffentliche Arbeits und Tarifrecht* 2010/9, 202.

⁹³ Horváth István: Rendszerváltozás és változó körülmények. In: *Magyar Közigazgatás* 1990/8, 703-709.

⁹⁴ Bull: i. m.

A köztisztviselő ezek szerint a jogviszonyára vonatkozó jellemzők miatt, vagy épp azok ellenére belefér a szélesen értelmezett munkavállaló fogalmába, ahol lényegében maga a Kttv. határozza meg a definíciót. A definíció alapján egy atipikus munkavégzési forma tipikus munkavállalójáról beszélhetünk. Azzal, hogy a német joghoz hasonlóan a sztrájkjogosultság nálunk is erősen korlátozott.

Mindezekből következik a második megközelítési mód, mely jelentősen egyszerűsödik az előzőhöz képest. Az előbb úgy próbáltunk meg eredmény elérni, hogy szövetszerűen összehasonlítottuk a munkavállaló és a köztisztviselő fogalmát. Mondhatjuk, hogy ez csak részben vezetett sikerre, ahol quasi munkavállalóként beszélhetünk a köztisztviselőről. A mostani megközelítésben azonban elhagyjuk az összehasonlító jelleget és csak a közigazgatásjogi fogalomból indulunk ki. Bármelyik, a korábbi fejezetben használt definíciót használhatjuk kiindulási alapként. Magát a meghatározás szövegét ugyanis tekinthetjük állandónak. Ha ugyanis azt a módszert ültetjük át, amelyet a munkavállaló fogalom és az egyes munkavállalói csoportok kapcsolatánál alkalmazunk, egy statikus definícióhoz fogunk dinamikus tartalmat hozzárendelni. Lehet, ez csak nézőpont kérdése, de véleményem szerint az előző fejezetekben említett bármelyik közjogi alapállású közszolga fogalom változatlan szöveg mellett kitölthető munkajogi tartalommal is. Így akár a törvényi fogalmat, akár a Magyary Zoltán által meghatározott definíciót citálom ide, kisebb megszorításokkal ugyan, de a munkajog nyelvén is értelmezhető. Ez a két jogviszony tárgyának azonossága és a jogviszonyok közötti nagyfokú hasonlóság. Így, lényegében minden, a közszolgálatot leképezni akaró közjogi definíciót tekinthetjük olyan meghatározásnak, mely a munkajog szempontjából is rengeteg releváns elemet tartalmaz. Ezek alapján a köztisztviselő egyszerre közjogi és egyszerre munkajogi kategória. Ez kicsit olyan, mint mikor az iskolában nyelvtanból azt tanultuk, hogy van olyan szóalak, amelynek egymástól két eltérő jelentése van. Ennek a fogalomalkotásnak nagy előnye az egyszerűség, hiszen elegendő csak egyetlen meghatározás, hiszen a jelentésrétegei fogják annak igazi voltát meghatározni. Ha az egyik korábbi fejezetben meghatározott közszolgálati jellemzőkre alkalmazzuk a példát, akkor a közszolgálati jognak a jellemzőit olvassuk el a munkajog szemüvegén át:

- mindig munkavégzésre irányuló jogviszony (célja valamilyen közfeladat elvégzése, vagy közfeladatot ellátó szerv keretében történő munkavégzés),
- szorosan kapcsolódik a közigazgatás szervezetrendszeréhez,
- egyik alanya mindig természetes személy, másik alanya közigazgatási szerv,
- általában elkülönül a többi munkavégzésre irányuló jogviszonytól,
- a munkavégzés színtere a hivatal”⁹⁵

A jellemzők ugyanúgy értelmezhetők a munkajog szemszögéből is, hiszen tartalmaz minden olyan elemet, amely egy tágabb értelemben vett munkaviszony keletkezéséhez szükséges.

⁹⁵ Czékmann: i. m. 2.

Sajnos azonban ennek a fogalomalkotási módnak is vannak hátulütői. Ezek akkor fordulhatnak elő, ha nem egyértelmű a szöveg, amelyben a definíciót elhelyezték. Az olvasóban zavart kelthet, hogy akkor az adott szöveget melyik értelmezés szerint olvassa. A másik nehezítő tényező, hogy olyan fogalomról beszélünk, mely magán- és közjog határmezsgyéjén áll, így egy szövegértelmezés kapcsán nem mindegy, hogy melyik a releváns értelmezési mód. Azt is hozzátevé, hogy jelen esetben egy definíciónak egyszerre négy jelentése is lehet, hiszen nem válik el egymástól köztisztviselő és kormánytisztviselő, illetve ezeknek közjogi és magánjogi fogalmai.

Mindezekből következően a legjobb megoldás az lenne, ha a munkajog kimunkálná a saját köztisztviselő fogalmát. Eddig leginkább az első fogalmi megközelítést alkalmazta, hasonlót a hasonlóval. Meglátásom szerint össze lehet szedni úgy ennek a jogviszonynak a jellemzőit, hogy ne essünk a második megközelítési mód csapdáiba, de túllépünk a szimpla összehasonlító jogi megközelítésen. Éppen ezért nem véletlen, hogy a köztisztviselő munkajogi definícióját hagytam a fejezet utolsó elemének, hiszen szükséges mindazon ismervek felhasználása, melyeket a korábbi államjogi, felelősségtani, büntetőjogi fogalmaknál meghatároztunk. Hiszen ezek mind jellemzik ezt a különleges munkavállalói csoportot. A hivatali munkavégzés egy különleges munkavállalói státuszt kölcsönöz ezeknek a személyeknek, hiszen az állam megtestesítői a közhatalom birtokában ehhez mért polgári jogi, fegyelmi és büntetőjogi felelősségi szinttel. Mindemellett pedig rendelkeznek mindazon jellemzőkkel, mely az előző fejezetekben megállapított munkavállaló fogalmak releváns elemei.

Ezek alapján:

A köztisztviselő alatt a munkavállalók azon csoportját értjük, akik függőségi jogviszony keretében a hivatali struktúrába beilleszkedve, munkavégzési tevékenységüket, a szolgáltató utasításainak megfelelően, általában közhatalom birtokában a köz érdekében végzik; az állam, a közigazgatási szerv vagy az önkormányzat megtestesítőjeként, az ehhez mért szigorú polgári- és büntetőjogi felelősségi szabályok keretében.

A kormánytisztviselő mint fogalom pedig a definíciós kísérletünk fényében értelmezhető, hiszen jelentős eltérés nincs a két meghatározás között. A fogalmi kísérletünk pedig nincs tekintettel a tisztviselő által közigazgatásban betöltött szolgálati szintjére.

* * *

This essay calls about the employees of public and civil service. These people have very important role in mechanism of state. In contempt of this role we can not speak about a standard definition of employee of public sector. I try to find points of definition in German and Hungarian public and labour law and build a standard concept from these points. I analyze both of public law system, and I try to make synthase from this. I collate the German and Hungarian system parallelly and I collect the different aspects. The employees of public or civil service have more viewpoints: from aspect of administration, law of obligation, criminal law and labour law as well. I try to make a standard definition from these aspects.

JOGALKALMAZÁS

Kiss György

Az Alkotmánybíróság határozata a bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló törvény egyes rendelkezéseinek alkotmányellenességéről

I. Bevezetés

Az Alkotmánybíróság a 33/2012. (VII. 17.) AB határozatával a bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló 2011. évi CLXII. Törvény (a továbbiakban: Bjt.) 90. § *ha* pontja, valamint 230. §-a alaptörvény-ellenes, ezért azt hatályba lépésének napjára visszaható hatállyal – 2012. január 1. napjával – megsemmisítette. A Bjt. 90. §-a értelmében, a bírót fel kell menteni, [...] *h* ha a bíró *ha*) a rá irányadó öregségi nyugdíjkorhatárt (a továbbiakban: felső korhatár) – a Kúria elnöke kivételével – betöltötte. A törvény indokolása az ebben a kontextusban új rendelkezéssel összefüggésben semmilyen érdemi indokolást nem tartalmaz.¹ A Bjt. 230. § (1) bekezdése szerint, e törvény rendelkezéseit, a felső korhatárt 2013. január 1-jét megelőzően betöltött bírák esetében a (2) és (3) bekezdésben foglalt eltéréssel kell alkalmazni. A (2) bekezdés akként rendelkezik, hogy amennyiben a bíró a felső korhatárt 2012. január 1-jét megelőzően betöltötte, a felmentési idejének kezdő időpontja 2012. január 1., záró időpontja 2012. június 30., és a bírói tisztség 2012. június 30. napjával szűnik meg. A felmentésre vonatkozó előterjesztést olyan időpontban kell megtenni, hogy a felmentésre vonatkozó határozat legkésőbb 2012. június 30-án meghozatalra kerülhessen. A (3) bekezdés értelmében, amennyiben a bíró a felső korhatárt a 2012. január 1. és 2012. december 31. közötti időszakban tölti be a felmentési idejének kezdő időpontja 2012. július 1., záró időpontja 2012. december 31., és a bírói tisztség 2012. december 31. napjával szűnik meg. A felmentésre vonatkozó előterjesztést olyan időpontban kell megtenni, hogy a felmentésre vonatkozó határozatot legkésőbb 2012. december 31-én meg lehessen hozni.

¹ A Bjt. 89–90. §-ához fűzött indokolás csupán a következőket rögzíti: „Míg más típusú szolgálati viszonyok esetében a felmentés a szolgálati viszony megszűnésének csak egyik esete, addig a bírói szolgálati viszony esetében a felmentés a szolgálati viszonyt megszüntető általános intézkedés; az ehhez vezető okokat sorolja fel a törvény a felmentés eseteinél. Ennek az az oka, hogy a bírót – a kinevezéssel egyezően – kizárólag a köztársasági elnök mentheti fel, ami mint formális közjogi aktus elkülönül a szolgálati viszony megszűnéséhez vezető tényleges októl, annak természetétől és jogi jellegétől. A felmentési okok köre a korábbiakkal megegyezik, lényeges változást csak az öregségi nyugdíjkorhatárra mint felső korhatárra való rugalmas hivatkozás jelent, amennyiben az nem egységesen 70 év, hanem a bíró születési évének függvényében a külön törvényben meghatározott életkor.” Az indokolás a kötelező felmentés e tényállásának okáról, esetleges szükségességéről hallgat.

A Bjt. 90. §-ának idézett rendelkezése a kényszernyugdíjazásról szól. Ezt az intézményt ebben a folyóiratban már többször elemeztük.² A kényszernyugdíjazás problematikája napjaink közösségi munkajogának talán az egyik legérzékenyebb területe. Állításomat alátámasztja az Európai Bíróság előtti számos eljárás a Tanács 2000/78/EK irányelvére alapozva, amely a foglalkoztatás és a munkavégzés során alkalmazott egyenlő bánásmód általános kereteinek létrehozásáról rendelkezik.³ Ezekben az ügyekben az Európai Bíróság kivétel nélkül azt állapította meg, hogy kényszernyugdíjazás különböző jogtechnikai szabályozása nem ellentétes a közösségi joggal. A Bíróság megállapításait a már említett irányelv 6. cikkében foglaltakkal támasztotta alá. A 6. cikk nem arról rendelkezik, hogy mikor hátrányos az életkor alapján történő megkülönböztetés, hanem azokat a körülményeket kísérli – legalábbis példálózóan – felsorolni, amikor nem az. A közösségi jogalkotó rögzíti, hogy a tagállamok nem kötelesek hátrányos megkülönböztetésnek minősíteni az életkorral összefüggő eltérő bánásmódot, ha az adott foglalkozási tevékenység természete vagy gyakorlásának körülményei lényeges és meghatározó foglalkozási körülménynek bizonyulnak, feltéve, ha jogszerű célról van szó és a követelmények arányosak az elérendő céllal. Az irányelv körülírja, hogy a fentieknek megfelelő megkülönböztető bánásmód többek között mit jelenthet. Ebben a körben az egy törvényes cél által objektíven és ésszerűen igazolt intézkedések összefügghetnek a foglalkoztatáspolitikával, a munkaerő-piaci és szakképzési célkitűzésekkel, amennyiben a jelzett célok elérésének eszközei megfelelőek és szükségesek.

Ebben a konzekvens gyakorlatban okozott törést a Domnica Petersen ügy.⁴ Mint ahogyan egy korábbi tanulmányban részletesen elemeztem, ez az eset tényállásában és a nemzeti jogi szabályozásbeli érvelésében is különbözött a megelőző ügyektől. A német szabályozás értelmében ugyanis a kötelező egészségbiztosítás garantálásáról és rendszerének fejlesztéséről szóló, 1992. december 21-i törvény, a társadalombiztosítóval szerződött orvosokra alkalmazandó felső korhatárt vezetett be. Ennek értelmében, a társadalombiztosítóval szerződött orvos tevékenységének ellátására vonatkozó engedélye annak a naptári negyedévnek a végén szűnik meg, amikor a társadalombiztosítóval szerződött orvos a 68. életévét betölti. Ez a rendelkezés a társadalombiztosítási pénztárral szerződésben álló fogorvosokra is vonatkozik. A törvény indokolása ezt a korlátot egyértelműen a társadalombiztosítóval szerződött orvosok számának növekedésével és ebből következően e „piac” egyensúlyi helyzetének fenntartásával indokolta. Lényeges, hogy ez a korlátozás a társadalombiztosítóval szerződést nem létesítő orvosokra nem vonatkozott. A Bíróság elé terjesztett kérdések között volt azonban egy kényes pont, nevezetesen Bundesverfassungsgericht 2007. augusztus 7-i határozata. A határozat szerint az említett

² Lásd: Kiss György: A Domnica Petersen ügy tanulságai a kor szerinti diszkrimináció versus igazolt nem egyenlő bánásmód körében – hazai összefüggésekkel, PMJK 2010/1, 105–118.; Uő: Az Andersen ügy tanulságai a magyar munkajog jövője szempontjából, PMJK 2011/2, 158–178.

³ A lényegesebb ügyek a következők: Félix Palacios de la Villa v. Cortefiel Servicios SA [C-411/05]; The Incorporated trustees of The National Council on Aiging (Age Concern England) v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform [C-388/07]; Gisela Rosenblatt v Oellerking Gebäudereinigungsgesellschaft mbH [C-45/09]; Deutsche Lufthansa AG v Gertraud Kumpan [C-109/09]; Pensionversicherungsanstalt v Christine Kleist [C-356/09].

⁴ Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für Bezirk Westphalen-Lippe [C-341/08].

korhatárt az indokolja, hogy védeni kell a kötelező egészségbiztosítási rendszer alapján ellátásra jogosult pácienseket az olyan idősebb korú szerződéses fogorvosok tevékenységéből eredő kockázatokkal szemben, akiknek a teljesítőképessége már nem optimális.⁵ Az előterjesztő bíróság azonban kétkedésének adott hangot, utalva arra, hogy a német alkotmánybíróság érvelését az érintett törvény indoklása sem tartalmazza. Ebben az ügyben lényeges volt továbbá az a szempont, hogy a korlátozás a társadalombiztosítóval szerződést nem kötött orvosokra nem vonatkozik, ez a személyi kör viszont annyira tág, hogy kivételnek semmiképpen nem tekinthető. Az Európai Bíróság minderre tekintettel hozta meg felemás tartalmú határozatát. Ennek értelmében az irányelvvel ellentétes az olyan nemzeti intézkedés, mint az alapeljárás tárgyát képező, amely felső – jelen esetben 68 éves – korhatárt állapít meg a társadalombiztosítóval szerződésben álló fogorvosi hivatás gyakorlásához, ha ezen intézkedés egyetlen célja a páciensek egészségének védelme az e kort meghaladó fogorvosok teljesítőképességének csökkenésével szemben, hiszen ugyanezen korhatár nem alkalmazandó a társadalombiztosítási szerződéses rendszeren kívüli fogorvosokra. Nem ellentétes az irányelvvel az olyan intézkedés, amelynek célja a társadalombiztosítóval szerződésben álló fogorvosi hivatáson belül az álláslehetőségeknek a generációk közötti megosztása, ha – figyelemmel az érintett munkaerő-piaci helyzetre – ezen intézkedés megfelelő és szükséges e cél eléréséhez.⁶

E helyütt nem részletezem a Tanács 2000/78/EK irányelvének tartalmát, illetve annak ellentmondásait. Meg kell azonban jegyezni, hogy az irányelv hatálya nemcsak a munka magánjogára terjed ki, mint ahogyan azt a 6. cikkely fogalmaiból első látásra erre következtetni lehetne. Az irányelv 3. cikk (1) bekezdése értelmében ezt az irányelvet minden személyre alkalmazni kell, mind a köz-, mind a magánszféra vonatkozásában, beleértve a köztestületeket. Ebből következően a foglalkoztatáspolitiká, a munkaerő-piaci és szakképzési célkitűzések ebben a kontextusban nem csupán az ún. versenyszférára vonatkoznak.⁷ Természetesen önmagában ezek a célkitűzések sem korlátozás nélküliek, hanem a cél elérésének eszközeinek megfelelőnek és szükségesnek kell lenniük. Ez azért lényeges, mert azokban az országokban, ahol a foglalkoztatás egyes területeit a közjog szabályozza, a közszolgáltatásban foglalkoztatottak nyugdíjrendszere nem feltétlenül eltérő alapozású, mint a munka magánjogában.⁸ A közszférában foglalkoztatottak

⁵ A határozatot lásd: 1 BvR1941/06 szám alatt.

⁶ Domnica Petersen v Berufungsausschuss für Zahnärzte für Bezirk Westphalen-Lippe [C-341/08] határozata.

⁷ Ezt erősíti meg a Dermot Patrick O'Brian v Ministry of Justice [C-393/10]. Ebben az ügyben a a Bíróság az alábbiakat rögzítette: az uniói jogot úgy kell értelmezni, hogy a tagállamokra hárul az 1998. április 7-i 98/23/EK tanácsi irányelvvel módosított, az UNICE, a CEEP és az ESZSZ által a rész munkaidős foglalkoztatásról kötött keretmegállapodásról szóló, 1997. december 15-i 97/81/EK tanácsi irányelv mellékletében szereplő, a rész munkaidős foglalkoztatásról 1997. június 6-án kötött keretmegállapodás 2. szakasza 1. pontjában szereplő, „munkaszerződéssel vagy munkavisztonnyal rendelkező munkavállaló” fogalmának meghatározása, valamint többek között annak meghatározása, hogy a bírák beleértendőke ebbe a fogalomba, amennyiben ez nem vezet arra, hogy e személyek csoportját önkényesen kizárják a 98/23 irányelvvel módosított 97/81 irányelv és az említett keretmegállapodás által biztosított védelem kedvezményéből. Az említett védelem kedvezményéből való kizárás csak akkor engedhető meg, ha a bírák és a Ministry of Justice közötti jogviszony a jellegét illetően alapvetően eltér a nemzeti jog szerinti munkavállalók csoportjába tartozó foglalkoztatottakat a munkáltatóikhoz kötő munkaviszony jellegétől.

⁸ Utalok ezzel összefüggésben a német Bundesbeamtengesetz, az osztrák Richter-und Staatsanwaltschaftsdiensgesetz, rendelkezéseire.

nyugdíjrendszerét ugyanakkor azért nehéz pontos összehasonlítási alapként elfogadni, mert a közalkalmazottak, köztisztviselők fogalma sem azonos, továbbá a közszféra foglalkoztatottai nyugdíjrendszerét nemcsak a piaci viszonyok, hanem a költségvetés helyzete is befolyásolja. Ettől függetlenül, a kényszernyugdíjazás okai tekintetében a feni követelményeknek meg kell jelenniük a közszférában is.

II. Az Alkotmánybíróság határozatának egyes elemei

Az Alkotmánybíróság az Alaptörvény értelmezésével elemezte a kérelmezők által benyújtott indítványokat. A testület az Alaptörvény R) cikk (3) bekezdésével összefüggésben kiemelte, hogy „az Alkotmánybíróság felelőssége ebben az új helyzetben rendkívüli, mondhatni történelmi: a konkrét ügyek vizsgálatakor kötelezően be kell emelnie kritikai horizontjába a jogi intézménytörténet releváns forrásait.”

Az Alkotmánybíróság álláspontja szerint, az adott ügyben két „történelmi kútfő” nem kerülhető meg, nevezetesen az 1968: IV. (a bírói hatalomgyakorlásról) és az 1871: IX törvénycikk (a bírák és a bírósági hivatalnokok áthelyezése és nyugdíjazása körüli eljárás szabályozásáról). A testület e jogszabályok elemzéséből azt a következtetést vonta le, hogy „a bírói függetlenség elve, ennek elemeivel együtt, minden kétséget kizáróan vívmány. Az Alkotmánybíróság ezért megállapítja, hogy a bírói függetlenség és az ebből eredő elmozdíthatatlanság elve nemcsak az Alaptörvény tételes szabálya, hanem a történelmi alkotmány vívmányai közé is tartozik. Így olyan értelmezési alapelv az Alaptörvény előírása alapján, amely mindenkire kötelező, és amelyet az Alaptörvény más szabályai lehetséges tartalmának feltárásakor alkalmazni kell.”

Lényeges továbbá a bírák helyzete a közjogi szabályok által foglalkoztatottak viszonylatában is. Az Alkotmánybíróság kiemeli, hogy a bírói szolgálati jogviszonyok más közszolgálati jogviszonyokhoz képest hazánkban (is) fokozott alkotmányi védelemben részesülnek, és ez kifejeződik az Alaptörvény 26. cikk (1) bekezdésében is. Ezt a védelmet biztosítják a bírák jogállását szabályozó törvények is, amelyek kizárják a bírói hatalom szuverenitásának korlátozását. A testület a határozatnak ebben a részében – mintegy részbeni összefoglalásképpen – az alábbiakat rögzíti: a bírói függetlenség része a személyi függetlenség. Ez azt jelenti, hogy a bíró nem utasítható, akarata ellenére nem bocsátható és nem mozdítható el a helyéről, csak sarkalatos törvényben meghatározott okokból és eljárás eredményeként. A személyi függetlenséghez tartozik, hogy a hivatásos bíró tisztsége »egy életre« szól. (A bírósági törvények általában különbséget tesznek a bírói funkciót gyakorlók között aszerint, hogy milyen bíróról van szó: különbséget tesznek a hivatásos bírók és a laikusok, az esküdtbírák vagy ülnökök között; ennek egyik megnyilvánulása, hogy a hivatásos bírák kinevezését – szemben az esküdt- vagy ülnökbírákkal, akiknek megbízása határozott idejű – úgy jelölik, hogy az »egy életre« szól.) Az Alkotmánybíróság utal az Európa Tanács Miniszteri Bizottságának CM/Rec(2010)12

számú, a bírákról: függetlenség, hatékonyság és felelősség címet viselő ajánlására.⁹ Az ajánlás VI. része a „Status of the judge” címet viseli, amelynek 49–52. pontja a „Tenure and irremovability” alcím alatt foglalkozik a bírák elmozdíthatóságáról. A 49. pont értelmében: „Security of tenure and irremovability are key elements of the independence of judges. Accordingly, judges should have guaranteed tenure until a mandatory retirement age, where such exists”. A mondat kiemeli, hogy a bírának hivatalban kell maradniuk a kötelező öregségi nyugdíjkorhatár eléréséig – amennyiben ilyen rendszer létezik (tegyük hozzá a bírák vonatkozásában).

Lényeges tehát, hogy a bírák tekintetében is létezhet nyugdíjkorhatár, amelyből következően a Bjt. hivatkozott rendelkezésének alkotmányellenessége más aspektusból jelentkezik. Erre utal az Alkotmánybíróság, amikor kifejti, hogy a „nyugalomba helyezést lehet magasabb és alacsonyabb életkorhoz kötni, mint ami a nyugdíjkorhatár a más foglalkozást gyakorló személyeknél. Ha a korhatár változik, ennek alkotmányjogi jelentősége nem önmagában a korhatár mértékének meghatározásában, hanem az új korhatár bevezetésének módjában és határidejében, a bírákra gyakorolt hatásában lehet”. Ezzel összefüggésben az Alkotmánybíróság az Alaptörvény, a Bjt., valamint a társadalombiztosítási nyugellátásról szóló 1997. évi LXXXI. számú törvény (a továbbiakban: Tny.) rendelkezéseit hasonlítja össze. A 2012. január 1. utáni állapot és a hivatkozott normák szóhasználata pontatlanságot eredményezett, amennyiben az alapul szolgáló Tny. nem tartalmaz sem „rá irányadó”, sem „általános” korhatár kifejezést, egyszerűen csak „öregségi” nyugdíjkorhatár létezik.

Az Alkotmánybíróság rámutat, hogy a bírók „általános öregségi nyugdíjkorhatára” kifejezés értelmezésénél „az alkotmány-értelmezésre általában irányadó szabályokat kell követni, vagyis egyetlen szabálynak sem lehet olyan tartalmat tulajdonítani, amellyel egy másik kiüresedhetne”. Ami a bírók nyugdíjkorhatára változásánál különösen azt jelenti, hogy az Alkotmánybíróságnak figyelembe kell venni, hogyan, milyen irányba változik a szabályozás. „Ha a változás iránya a bírák nyugállományba helyezési korhatárának a lerövidítése, akkor ez másként érinti a korhatárhoz közel lévő bírókat a függetlenség elemei szempontjából, mint a többi bírót. Minél közelebb áll a bíró a bevezetni kívánt korhatárhoz, annál inkább felmerülhet az elmozdíthatatlanság elvének sérelme, és minél hosszabb a még várható ítélkezési időtartam, annál kevésbé merülhet ez fel”.

Az Alkotmánybíróság az Alaptörvény 26. cikk (2) bekezdése, az Alaptörvény átmeneti rendelkezései 12. cikk (1) bekezdése összetevése alapján a két rendelkezés eltérését állapította meg, majd utal arra, hogy „rá irányadó korhatár a Bjt.-ben egy szubjektív korhatárra utal, ami számos egyéni körülménytől (pl. életkor, nem) függ. Az »általános« korhatár az Alaptörvényben ezzel szemben egy objektív korhatár abban az értelemben, hogy »mindenkire« irányadó kell, legyen, mert általános. Az Alaptörvényben az általános öregségi korhatár egyes számban szerepel, vagyis ebből az következik, hogy az »álta-

⁹ Recommendation CM/Rec(2010)12 of the Committee of Ministers to member states on judges: independence, efficiency and responsibilities.

lános« korhatár egységes kell, legyen.” Mindez abból a szempontból lényeges, mert az alaptörvény elfogadásakor a bírák szolgálati jogviszonya megszüntetésének korhatára a 70. életév volt. A testület megállapítja, hogy „a Bjt. támadott rendelkezéseit lehet úgy értelmezni (és az indítványokra okot adó ügyekben azokat kivétel nélkül így is értelmezték), hogy a sarkalatos törvény ezzel egy utaló szabályt alkalmaz: a Tny. mint nem sarkalatos törvény életkortól függő, mozgó korhatárára utal. Ez a korhatár a 62. és 65. életév között van, ami lényegesen, 5-8 évvel alacsonyabb, mint a betöltött 70. életév, a bírák felső korhatára konkrét mértéke a régi Bjt.-ben”.

Mindennek az az eredménye, hogy a bírák szolgálati jogviszonya viszonylag rövid idő alatt – adott esetben három hónapon belül – megszűnik, ami egyben azt is jelenti, hogy „ügyeikről leválasztják őket”. „Ez sérti a bírói függetlenséget, nemcsak tartalmi, hanem formai szempontból is. A bírói felső korhatár mértékét sarkalatos törvénynek kell tartalmaznia. Az Alkotmánybíróság ezért megállapította, hogy a Bjt. 90. § *ha*) pontja, valamint 230. §-a az Alaptörvény 26. cikk (1) bekezdésével ellentétes. Mindaddig, amíg a bírói szolgálati viszony felső korhatára mértékét az Alaptörvény 26. cikk (1) bekezdésével összhangban sarkalatos törvény meg nem határozza, a bírákat ebből az okból felmenteni akaratum ellenére nem lehet”. Az Alkotmánybíróság végezetül megállapítja, hogy „bírák szolgálati viszonya felső korhatárának mértékét az alkotmányozó, vagy ennek hiányában sarkalatos törvény viszonylag szabadon állapíthatja meg. Az Alaptörvényből konkrét életkor nem vezethető le. Az azonban igen, hogy új korhatár bevezetésének, ha ez a felső korhatár csökkentését, és nem a korábbi korhatár megemelését jelenti, csak fokozatosan, kellő átmeneti idő alatt, a bíró elmozdíthatatlansága elvének sérelme nélkül lehet helye”.

III. A különvélemények egyes elemei

Az egyik különvélemény arra helyezi a hangsúlyt, hogy az Alaptörvény XIX. cikkének (4) bekezdése értelmében Magyarország az időskori megélhetést a társadalmi szolidaritáson alapuló egységes állami nyugdíjrendszer megalkotásával biztosítja.¹⁰ A különvélemény kiemeli, hogy erre épül a Nemzeti Nyugdíjpolitikai Konceptió, amely éppen „a felosztó-kirovó jelleg megőrzése mellett a hozzájárulás (nyugdíjjárulék, tagdíj) és a nyugdíjjáradék (nyugellátás, nyugdíjszolgáltatás) kapcsolatának szorosabbra fűzése” érdekében valamenyi, a korhatár előtti nyugdíjat, illetve ellátást megszüntetett. A különvélemény részletesen elemzi a sarkalatos és az egyszerű törvények viszonylatában felmerült értelmezési eltérést, majd a bírói függetlenséggel kapcsolatban az alábbiakat állapítja meg: „A bíró elmozdíthatatlanságának kérdésköre is kizárólag e befolyásolástól mentes ítélkezési tevékenységgel összefüggésben, azaz a konkrét ügyek tekintetében nyerhet értelmezést. A konkrét ügyek tekintetében történő elmozdíthatatlanság szabályozása garanciális jellegű és egyben a bíró ítélkezési függetlenségének egyik záloga, de semmiképpen nem minősíthető abszolút jellegű, kivételt nem tűrő elvnek. Mind a jogalkotó, mind a bírósági szervezet vezetéséért fe-

¹⁰ Lásd Balsai István alkotmánybíró különvéleményét.

lelős vezetők, mind maguk az ügyekben eljáró bírák a törvényben előírtak szerint jogosultak a folyamatban lévő ügyek intézését más bírának átadni”. A különvélemény mintegy összegező álláspontja szerint „a jogalkotó a Bjt. hatályba léptetésével nem fogalmazott meg olyan szabályt, amely akár közvetlenül, akár közvetve veszélyeztetné a folyamatban lévő ügyek pártatlan és független, részrehajlástól mentes elbírálását. Az egyes ügyek független és pártatlan, részrehajlás nélküli elbírálását ugyanis az semmiképpen sem törheti meg, hogy a folyamatban lévő ügy bírójának nyugdíjba vonulása miatt az adott ügy elintézését másik bíró veszi át, és az ügyet az új bíró fejezi be”.

Egy másik különvélemény álláspontját arra alapozza, hogy a határozat tévesen tekinti hivatkozási alapul az Alaptörvény 26. § (1) bekezdését.¹¹ Megállapítása az alábbi: „A szóban forgó alaptörvényi rendelkezés ugyanis nem a bírók életkorhatárának megállapítására és nyugdíjazására vonatkozó szabályozás alkotmányos alapja, hanem a bírák függetlenségének elvét és garanciáit kifejező, illetőleg megalapozó alaptörvényi szabály. A bírák függetlenségének kétségtelenül az egyik legfontosabb eleme a bírói tisztségtől való elmozdíthatóság alkotmányos követelményeinek a meghatározása, következésképpen érthető módon ennek lefektetése ebben a rendelkezésben történik. Az elmozdíthatóságba azonban a jelen esetben nem értendő bele a bírói szolgálati jogviszony felső életkorhatár, illetőleg nyugdíjkorhatár elérése miatti megszüntethetősége, mivel arra van önálló rendelkezés az Alaptörvény 26. cikk (2) bekezdésében”. Álláspontja szerint az alkotmányjogi panasz tárgya a bírák szolgálati jogviszonyának, illetőleg – ezzel szoros összefüggésben – nyugdíjazásának az előrehozatala az Alaptörvény előtti szabályozáshoz képest. Ennek megfelelően egyértelműen megállapítható, hogy a Bjt. 90. § *ha*) pontja ún. implementációs szabály, „amely az Alaptörvény 26. cikk (2) bekezdését hajtja végre a legkisebb érdemi (tartalmi) változtatás nélkül, amit az átmeneti rendelkezések 12. cikkének (1) bekezdése is alátámaszt”.

A harmadik különvéleményt megfogalmazó alkotmánybíró elfogadta a határozatnak azt a részét, hogy a hivatkozott rendelkezések fokozatosság nélküli bevezetése közvetlenül sértheti a „törvényes bíróhoz való jogot”, valamint a bírói függetlenséget.¹² Nem fogadja el azonban e rendelkezések megsemmisítését, „mivel azok az Alaptörvény más előírásaival és Magyarország Alaptörvényének átmeneti rendelkezéseivel (a továbbiakban: Aár.) viszont összhangban állnak”. A különvélemény megjegyzi a továbbiakban, hogy az Alaptörvény és az Aár. rendelkezései közötti ellentmondást az Alkotmánybíróság nem oldhatta volna fel.

A negyedik különvéleményt jegyző alkotmánybíró sem az ügy befogadásával, sem a döntéssel nem ért egyet.¹³ Ami az ügy befogadhatóságát illeti, elsősorban azért érintem, mert az ügy érdemi részére is közvetett hatása van. A különvélemény hangsúlyozza, hogy „vitatott szabály nem közvetlen hatályosulással hatott ki, hanem csak egyedi munkálta-tói döntéssel érintette közvetlenül” a kérelmezőket. Kétségtelen, hogy „a határozat indo-

¹¹ Lásd Dienes-Oehm Egon alkotmánybíró különvéleményét.

¹² Lásd Lenkovics Barnabás alkotmánybíró különvéleményét.

¹³ Lásd Pokol Béla alkotmánybíró különvéleményét.

kolásának III. része ugyan elismeri, hogy a jelen esetben nem közvetlen hatályosulásról van szó, és egyedi munkáltatói döntések hozták létre az egyedi jogi hatást az indítványozókra, melyekkel szemben bíróság előtt jogorvoslati úttal lehetett volna élni, ám a szabályozás egyértelműségét szem előtt tartva úgy érvel, hogy ez a bírói jogorvoslati út »csak formális« lehet, és ezért ez nem lehet alkalmas az érintettek jogsérelmének orvoslására”. Ami az ügy érdemi részét illeti, a különvélemény a történelmi alkotmány vívmányaira való hivatkozást legalábbis kétséggel kezeli.

Az ötödik különvélemény a visszamenőleges hatályú megsemmisítés indokoltságával nem ért egyet,¹⁴ míg a hatodik különvélemény – a negyedik különvéleménnyel azonosan – már az ügy befogadásával sem ért egyet,¹⁵ valamint az érdemi határozattal sem. Ez utóbbi különvélemény hangsúlyozza, hogy az Alaptörvény, az Aár. és a Bjt. eltérő szóhasználatát az Alkotmánybíróság tévesen értelmezi. Álláspontja szerint az Alaptörvény 26. § (29) bekezdése és a Bjt. *ha* pontja „ugyanazt mondja ki, a Bjt. tartalmilag megismétli az Alaptörvényt, azzal a különbséggel, hogy figyelemmel van a Tny. 18. §-ára, amelynek értelmében 2022-ig az öregségi nyugdíjkorhatár fokozatosan emelkedik. Az általános öregségi nyugdíjkorhatár jelenleg 62 év, 2022-től lesz 65 év”. A Bjt. támadott rendelkezésének megsemmisítésével a többségi döntés az Alaptörvény egyik rendelkezését tartalmilag megismétlő jogszabályi rendelkezésről állapítja meg, hogy alaptörvényellenes. Az Alkotmánybíróság a Bjt. támadott rendelkezésének megsemmisítésével az Alaptörvény által meghatározott elsődleges feladatával – mi az Alaptörvény védelme – ellentétesen járt el. A különvéleményt megfogalmazó alkotmánybíró álláspontja szerint, a testületnek arra a következtetésre kellett volna jutnia, hogy a Bjt. támadott rendelkezése tartalmilag egyezik az Alaptörvény rendelkezésével, ennél fogva hatáskör hiányában a panaszok visszautasításának lett volna helye.

III. Értékelés

A Bjt. 90. § egy, a közösségi munkajogban ismert intézményt, az ún. kényszernyugdíjazást szabályozza. Ezzel kapcsolatban utalok arra, hogy az Európai Bíróság gyakorlata a tanulmányban említett korábbi ügyekkel azonos napjainkban is.¹⁶ Ezzel összefüggésben megjegyzem, hogy a bírák jogállásáról és javadalmazásáról szóló 1997. évi LXVII.

¹⁴ Lásd Stumpf István alkotmánybíró különvéleményét.

¹⁵ Lásd Szívós Mária alkotmánybíró különvéleményét.

¹⁶ Lásd a *Torsten Hörnfeld v Posten Meddelande AB* [C-141/11] ügyet. A bíróság álláspontja szerint: A foglalkoztatás és a munkavégzés során alkalmazott egyenlő bánásmód általános kereteinek létrehozásáról szóló, 2000. november 27-i 2000/78/EK tanácsi irányelv 6. cikke (1) bekezdésének második albekezdését úgy kell értelmezni, hogy azzal nem ellentétes az olyan nemzeti szabályozás, mint az alapügyben vitatott szabályozás, amely lehetővé teszi a munkáltató számára, hogy valamely munkavállaló munkaviszonyát kizárólag azon indokból szüntesse meg, hogy a munkavállaló betöltötte a 67. életévét, és amely szabály nem veszi figyelembe azon öregségi nyugdíj szintjét, amelyben az érintett részesülhet, amennyiben e szabályt a foglalkoztatás- és a munkaerő-piaci politikára irányuló törvényes célkitűzés objektíven és ésszerűen igazolja, és a cél elérése megfelelő és szükséges eszköze minősül.

törvény (a korábbi Bjt.) 57. § (2) bekezdése akként rendelkezett, hogy a bírót fel kell menteni, h) ha a bíró

ha) a 70. életév (a továbbiakban: felső korhatár) betöltése előtt, de az általános öregségi nyugdíjkorhatár betöltését követően vagy a társadalombiztosítási nyugellátásról szóló 1997. évi LXXXI. törvény (a továbbiakban: Tny.) 18. § (2a) bekezdésében foglalt feltételek fennállására hivatkozással maga kéri nyugállományba helyezését vagy

hb) a felső korhatárt elérte.

Ez a szabályozás lényegét tekintve különbözik a hatályos Bjt. rendelkezéseitől. A korábbi Bjt. nem alkalmazta a kényszernyugdíjazás intézményét, hanem egy rugalmas, alapvetően az érintett bíró akaratától függő megszüntetési rendszert vezetett be. Ennek a megoldásnak az volt az alapja, hogy a bírói kart részben kivette az általános öregségi nyugdíjrendszer alól, és megengedte a bíró döntésétől függően az általános öregségi nyugdíj betöltését követően egy ún. felső korhatár betöltéséig a jogviszony fennállását, azaz a bírói tevékenység folytatását. A Bjt. ezzel szemben akként rendelkezik, hogy a bírót fel kell menteni, ha a rá irányadó öregségi nyugdíjkorhatárt (a továbbiakban: felső korhatár) betöltötte. Ebben a szövegösszefüggésben „a felső korhatár” kifejezésnek természetesen teljesen más értelme van, mint a korábbi Bjt.-ban. Ez utóbbi esetben a felső korhatár – több egyéb mellett – azt fejezi ki, hogy a jogalkotó szándéka szerint a nyugdíjrendszer egységes, és ebbe beletartozik a bírói jogviszony is. Kérdés, hogy ennek a koncepcionális váltásnak van-e nemzetközi jogi vagy hazai alkotmányjogi akadálya. Álláspontom szerint nincs. Miért minősítette ugyanakkor az Alkotmánybíróság a Bjt. hivatkozott rendelkezéseit alaptörvény-ellenesnek?

Mielőtt erre a kérdésre megkísérelném a válaszadást, szükségesnek tartom megjegyezni, hogy ebben a tanulmányban nem vizsgálom az Alkotmánybíróság határozatából fakadó, illetve az erre történő jogalkotói reakcióból származható – az egyébként fontos – problémákat. Ezek az alábbiak:

a) Az Alkotmánybíróság kifejti, hogy az alkotmányellenessé nyilvánított törvény alapján felmentett bírák szolgálati jogviszonya nem áll helyre az alkotmánybírósági döntés erejénél fogva, hanem további jogi helyzetüket a Bjt. szabályai szerint lehet rendezni. Ebből következően a felmentett munkaügyi bírácoknak munkaügyi eljárást kell kezdeményezniük visszahelyezésük iránt. A visszahelyezés megítélése további problémákat indukálhat, különösen abban az esetben, ha a felmentett bíró egyben vezető is volt.

b) Nem tárgyalom a kézirat leadásakor még T/8288 számon jegyzett javaslatot Magyarország Alaptörvényének második módosításáról, valamint a T/8289. számú törvényjavaslatot az egyes igazságügyi jogviszonyokban alkalmazandó felső korhatárral kapcsolatos törvénymódosításokról. Ezek a javaslatok álláspontom szerint ugyanis újabb diszcrepanciát okoznak az Alkotmánybíróság tárgyalt határozatának tükrében.

Az értékelésnél csupán egy szempontra térek ki, nevezetesen a korábbi Bjt. rendszerének megváltoztatásának indokára. Amennyiben a jogalkotó úgy dönt, hogy a bírák jogviszony megszüntetési rendszerét megváltoztatja, és egységes nyugdíjrendszert vezet be, úgy tekintettel kell lennie a Tanács 2000/78/EK irányelvének 6. cikkelyére. Ez többlet követelmény az Alkotmánybíróság által megfogalmazottakon túl. Álláspontom szerint erre az esetre is vonatkoznak azok a megállapítások, amelyet a Domnica Petersen ügygel kapcsolatban kifejtettem.¹⁷ Nevezetesen az egységes nyugdíjrendszer léte önmagában nem igazolja azoknak a munkavállalók munkajogviszonyának megszüntetését, akik még ténylegesen nem nyugdíjasok, csupán rendelkeznek azokkal a feltételekkel, amelyek által jogosulttá válnak a nyugellátás igénybevételére. A jogalkotó e munkavállalói réteg munkajogviszonyának megszüntetését nem köti olyan feltételekhez, amelyeket az irányelv 6. cikke megfogalmaz. Az Alkotmánybíróság korábbi határozataiban¹⁸ sem ebből indult ki, hanem a felmondás (felmentés) jogi természetének magánjogi értelmezését vette alapul.

Összefoglalásképpen megállapítható, hogy azon túl, hogy a Bjt. változtatása a korábbi szabályozáshoz képest valóban veszélyeztetheti a bíróságok működését, illetve a bírói függetlenség alapelvét, a megszüntetés és a nyugellátásra való jogosultságszerzés az összekapcsolását kell indokolni foglalkoztatáspolitikai, munkaerő-piaci stb. célkitűzésekkel. Az igénybevett eszköznek egyébiránt e céloknak meg kell felelniük, és szükségesnek is kell lenniük.

¹⁷ Kiss György: A Domnica Petersen ügy tanulságai a kor szerinti diszkrimináció versus igazolt nem egyenlő bánásmód körében – hazai összefüggésekkel, PMJK 2010/1, 118.

¹⁸ 44/B/1993. AB; 11/2001. (IV. 12.) AB

ISMERTETÉS

Meghívó az MTA-PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport nyilvános projektindító tudományos értekezletére

A Magyar Tudományos Akadémia támogatásával 2012. január 1-jén a Pécsi Tudományegyetemen megalakult az MTA-PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport [2011TKI435]. A csoport célja kutatás folytatása „A globalizált gazdaság hatása a munkajog intézményrendszerére – az Európai Unió és Magyarország munkajogának jövője nagy régiók viszonylatában” címmel. A kutatás futamideje öt év. A projektben hét magyar kutató vesz részt dr. Kiss György egyetemi tanár vezetésével. A kutatást 14 külföldi kutatóhely támogatja.

A kutatási terv szerint az első kutatási fázis tárgya „A munkajog újabb fejlődési tendenciái; a tradicionális munkajog intézményeinek átalakulása”. Ez a kutatási téma is két részből áll. Az egyik a munkajog jogforrási rendszerének átalakulását vizsgálja, a másik a más részére végzett munka alanyainak jogállását elemzi.

Az MTA-PTE Összehasonlító és Európai Foglalkoztatáspolitikai és Munkajogi Kutatócsoport

2012. október 25-26-án

a kutatásban közreműködők részvételével
nyilvános projektindító tudományos értekezletet tart
a Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Kar
Dr. Halasy-Nagy József Aulájában.

A megbeszélés programja:

Constitutive Meeting

Recent Developments in Labour Law

25-26. October 2012

Pécs

Hungary

Welcoming and Opening Speech

Prof. Gyula Berke

Dean

Faculty of Law

I. Restructuring of the Legal Sources of Labour Law – Relationship between Individual and Collective Autonomy (25. October 2012)

1. 09:30-10:00, Prof. Evju Stein [Universitet i Oslo]: Relationship between State Law, Collective agreement and Individual Contract
2. 10:00-10:30, Prof. Takashi Araki [University of Tokyo]: : Relationship between State Law, Collective agreement and Individual Contract
3. 10:30-11:00, Doc. Dr. Luka Tičar [Univeršitá di Ljubljana]: Relationship between State Law, Collective agreement and Individual Contract
4. 11:00-11:30, Dr. hab. Leszek Mitrus [Jagellonska Universitet]: Relationship between State Law, Collective agreement and Individual Contract

Discussion

5. 13:00-13:30, Prof. Monika Schlachter [Institut Für Arbeitsrecht und Arbeitsbeziehungen in der EG; Universität Trier]: European Social Dialogue
6. 13:30-14:00, Prof. Francis Kessler [Université Paris – Panthéon-Sorbonne]: The Future of Collective Agreements of European Labour Law
7. 14:00-14:30, Prof. Dr. sc. Mario Vinkovič [Sveučiliste Jurja Strossmayera]: Role of Soft Law Methods (CSR) in Labour Law
8. 14:30-15:00, Doc. Dr. Attila Kun [Károli Gáspár Református Egyetem]: Innovative regulatory methods on the periphery of labour law – Inputs from CSR, soft law, public procurement, company law etc.

Discussion

II. Work Performed for another Person (26. October 2012)

1. 09:30-10:00, Prof. Jeffrey Kenner [University of Nottingham]: Definition of Employee and/or 'Worker'
2. 10:00-10:30, Prof. Joellen Riley [University of Sydney]: Regulatory Responses to the Blurring Boundary between Employment and Self-Employment
3. 10:30-11:00, Asist. Univ. Dr. Roşioru Felicia [Universitatea Babeş-Bolyai]: Changing Concept of Subordination

Coffee break

4. 11:30-12:00, Prof. József Hajdú (Szegedi Tudományegyetem): Protection of worker's rights in subcontracting in Europe
5. 12:00-12:30, Prof Franz Marhold [Wirtschaftsuniversität Wien]: Fundamental Values and Interests in Social Security Law in Consideration of Changing Employment
6. 12:30-13:00, Prof. György Kiss [Pécsi Tudományegyetem]: The Problem of Person having Similar Legal Status as Employee ('worker') and Absence of Regulation of this Legal Status in the Labour Hungarian Code

Discussion

Az értekezlet munkanyelve angol. Az értekezlet nyilvános, a részvétel az érdeklődők számára ingyenes. Kérjük, 2012. október 08. napjáig jelezze részvételi szándékát a farkas.livia@ajk.pte.hu címen.

Dr. Kiss György
egyetemi tanár,
a kutatócsoport vezetője

Dr. Berke Gyula
egyetemi docens,
dékán, a kutatócsoport tagja

Ormos Mária: A katedrától a halálsorig. Ágoston Péter 1874–1925. Budapest, 2011, Napvilág Kiadó

Ormos Máriának az elsősorban a XX. század első felének magyar és európai történetével foglalkozó munkái nemcsak a történészek, de nagyon széles olvasóközönség körében is ismertek itthon és külföldön egyaránt. Legutóbbi könyve azonban a munkajog tudományával foglalkozók érdeklődését is felkeltette, hiszen a mű Ágoston Péter életpályáját dolgozza fel. A munkajogot és annak történetét tanulmányozókat érintően minden bizonnyal kevésbé találók a bevezetés kezdő sorai: „Alig találkoztam emberrel, aki tudta volna, hogy ki volt Ágoston Péter.” Azt persze nem állíthatjuk, hogy Ágoston jogtudományos, illetve munkajog-tudományos munkássága az elmúlt évtizedekben a tudományos érdeklődés középpontjában állott volna, de a magánjog, illetve munkajogtörténetet tanulmányozók számára jogtudósi működése (legalábbis alapjaiban) ismert. Az uralkodó jogtörténeti (elmélet-történeti) felfogás az ún. szociális jogi iskola képviselőinek körében jegyzi, míg a munkajogi elmélet- és intézménytörténet többnyire a kollektív szerződés hazai intézményével kapcsolatosan említi a nevét – és rögtön tegyük is hozzá: rendszerint valóban csak említi, hiszen munkásságának elemző értékelésére mindeddig nem került sor a hazai jogtudományban sem.

Azt mondhatjuk, hogy az Ágoston Pétert talán kissé alaposabban ismerő munkajogász közönséget is meglepte Ormos Mária könyvének témaválasztása, és éppen ezért nagy érdeklődéssel olvastuk a bevezetést, amely igyekezett rávilágítani a szerző indokaira, elsősorban azokra, amelyek a szerző személyes indíttatását (nem elsősorban történész-kutatói motivációit) tárják fel. Ormos Mária számára a „különleges ok, amiért érdemes Ágoston Péterrel foglalkozni, hősünk személyiségében rejlik.” E személyiség meghatározó jegye a „kategorizálhatatlanság”, a „doktrina-hiányból fakadó szellemi nyitottság” és az – amint a szerző látja –, hogy Ágoston korának egyik legmesszebb látó, szuverén és kivételes gondolkodója volt. Utal a bevezetés arra, hogy Ormos Mária a Politikatörténeti és Szakszervezeti Levéltárban fellelte Ágoston és felesége csodával határos módon fennmaradt irathagyatékát, benne több naplóval. E hagyaték és természetesen a korszakból fellelhető más anyag, illetve a korszakot feldolgozó történeti irodalom tette lehetővé a biográfia megszületését, amelyből valóban nemcsak a szerzőt lebilincselő életpálya és tudós-politikus személyiség bontakozik ki az olvasó előtt.

A szerző érdeklődése természetesen elsősorban politika- és eszmetörténeti. Az Ágoston-iratanyagra támaszkodva olyan életrajzi adatokat (is) közöl, amelyekkel eddig nem találkozhattunk, még az Ágostonnal egyébként foglalkozó – igencsak szűk körű – irodalomban sem. A jogász olvasó számára különösen figyelemre méltók a „szakmai karrier” és az „irodalmi tevékenység” című fejezetek (22–68. o.). Előbbi a nagyváradi jogtanári évektől a budapesti egyetemi tanári kinevezésig tekinti át Ágoston pályáját, míg az utóbbi a hazai irodalomban mindeddig legteljesebb feldolgozása és bemutatása Ágoston Péter jogi, közigazgatási, politikai irodalmi munkásságának.

A mai viszonyaink között már rövidnek mondható életpálya lélegzetelállító fordulatokkal, meghökkentő helyzetekkel teli. Ormos Mária, a korszak kétségtelenül meghatározó kutatója biztos tollal helyezi Ágoston pályáját és eszmeiségét a huszadik század első évtizedei történelemformáló eseményeinek kontextusába. A leginkább lebilincselő, mondhatni regényes időszak az 1918 októberének végén kezdődő, amely Ágostont a politikusi karrier felé „taszítja”. E karrier záró fejezete az 1920 utolsó napjaiban – hoszadalmas és ellentmondásokkal terhes büntetőper végén – kihirdetett halálos ítélet (Ormos Mária szerint: „furcsa” ítélet, amely nem ítélet.) Az alig két esztendő hazai és világpolitikai fordulatai közepette a legképtelenebb helyzetekben találjuk a jogtudósból lett politikust. A szerző – Ágoston személyes állításaira utalva – megemlékezik arról az eseményről, hogy 1919. március 21. napján Ágoston az egyetemi kollégáitól (Vámbéry Rusztemtól, Szladits Károlytól, Navratil Ákostól, Illés Józseftől) értesült arról, hogy a külügyi népbiztosságra kinevezték Kun Béla helyettesének, majd a meglepő hírt követően telefonon tájékozódott Kun Bélánál. Ez csak az egyik olyan momentum, amely arról győzi meg az olvasót, hogy Ágoston tulajdonképpen politikusi antitalentum, de az az érzésünk, hogy Ormos Mária is többször visszatérően próbálja keresni-kutatni azokat a személyes ambíciókat, motivációkat, amelyek Ágostont a különböző vezetői pozíciókba és az ezekkel járó kötelemekbe kényszerítik. Mindez a keresés-kutatás az – elsősorban Ágoston naplóira és írásaira támaszkodó – eszmeiséget mély empátiával bemutató kontextusban jelenik meg. Szembeötlő a szerzőnek Ágoston „jövendöléseivel” (pl. az ún. globalizációval) szembeni érdeklődése, amely „A mi útjaink” (1916) és „A zsidók útja” (1917) című munkák ismertetése kapcsán bontakozik ki különösen. (Az utóbbi mű a korszakban az egyik leghevesebb közpolitikai vitát kiváltott, évtizedeken keresztül rendkívül ellentmondásos megítélésben részesült munka.)

Ágoston irodalmi tevékenységének áttekintése az ezt célzó fejezet első alcímében foglalt, mindeddig a hazai munkajogtudományban ki nem mondott, ám megítélésünk szerint is helytálló tudománytörténeti tétellel kezdődik: „A munkajog megalapozása.” Noha látható, hogy Ormos Mária érdeklődését a mintegy húsz esztendő jogtudósi munkásságból inkább azok a fejezetek (szövetkezeti jog, tulajdonjog, közigazgatási jog) keltették fel, amelyek közvetlenebbül érintkeznek a korszak politikátörténetével, áttekintést kapunk a munkajogi tárgyú dolgozatokról is (amelyek eszmeisége persze szintén nem nélkülözi a korszak politikai viszonyainak intellektuális kritikáját). Elsőként a „Sztrájk jogalapja” (1907) című kötetet (illetve az annak alapjául szolgáló jogászegyleti előadást) említi a szerző, röviden összegezve a munkabeszüntetés jogszerűségével kapcsolatos Ágoston-i felfogást, amelyet az az igény hívott életre, hogy – a korabeli Magyarországon kibontakozó sztrájkgyakorlatot kísérő magánjog-tudományos eszmecsere körében – új, a magánjogi dogmatikától elütő jogelvek kifejlesztése égetően szükségessé vált (amint Ágoston az előadásban fogalmazott). Tematikusan ehhez a dolgozathoz kapcsolódott „A sztrájk büntetése” (1908) című kismonográfia, amely a sztrájk, illetve a sztrájkban résztvevők magatartásának büntetőjogi megítélésével foglalkozott. Ormos Mária említést tesz Ágostonnak még a munkajogászok számára is többnyire ismeretlen dolgozatáról, a nagyváradi Jogászok Lapjában 1910-ben megjelent „Az erőhatalom” címűről. Ez a századfordulót követő, a sztrájk magánjogi megítélésével kapcsolatosan

kibontakozott és az ipartörvény tervezetéhez is csatlakozó jogtudományos vitához kapcsolódott. A vita lényege a sztrájknak vis maiorként való felfogásával volt kapcsolatos, amely nézet mellett a Magyar Gyáriparosok Országos Szövetsége már 1905-ben állást foglalt egy közleményben, illetve a kereskedelmi miniszterhez intézett iratban. (Említésre méltó, hogy a sokáig nyugvó kérdést az új Mt., a 2012. évi I. törvény 146. § /1/ bekezdésének szabálya várhatóan újra napirendre tűzi a közeli jövőben, hiszen – száz év elteltével – munkajogunk visszatért arra az elvi alapra, hogy az elháríthatatlan külső ok mentesíti a munkáltatót a jogosulti késedelem következményei alól. Nyilvánvaló, hogy ennek az új szabálynak az alkalmazásában alapkérdés lesz a sztrájk mikénti minősítése, illetve ennek kellően differenciált megítélése.)

Az a munka, amely különösen indokoltá teszi Ágoston Pétert a modern magyar munkajog megalapozójaként tekinteni, „A munka rabsága” (1909) című kisonográfia. A hazai magánjogtudományban – megítélésünk szerint – ez volt az első olyan dolgozat, amely tematikai célkitűzéseiben a modern értelemben felfogott munkajog rendszeres feldolgozását tűzte célul, az individuális és kollektív munkajogi problematikát, különösen a kollektív szerződés intézményét egyaránt tárgyalva. Jól látja Ormos Mária: Ágoston e dolgozatában valóban a korabeli Nyugat-Európában kialakult új magánjogi felfogást és rendszerelemeket igyekezett adaptálni a hazai jogtudomány számára, s tulajdonképpen magyar földön is megtette az első lépést a munkajog kialakulás/kialakítása irányában. Ez az európai tájékozódás elsősorban a német és francia jogtudományra irányult, és különösen a kollektív szerződéses tan tekintetében szembeötlő a német hatás, közelebbről Lotmar munkásságának befolyása. Ez a nemzetközi (elsősorban kézenfekvően német) kitekintés egyébként erős jellemzője a korszak munkajogi/magánjogi gondolkodásának, ám korántsem vezetett oda, hogy a magyar jogtudományban ne születtek volna eredetinek tekinthető tanok a munkajog alapintézményei, különösen például a kollektív szerződés körében. A kialakuló magyar munkajogtudomány tulajdonképpen a század első felében az európai fősodorban maradt: az Ágostontól Pernecky Béláig a kollektív szerződéses irodalomban húzódó horizont ezt annak ellenére alátámasztja, hogy a kollektív szerződés (általános) jogi elismerésére csak a negyvenes évek végén került sor. (Pernecky Béla a magyar munkajogtudománynak szintén elhanyagolt szerzője, akinek életpályája – hasonlóan Ágostonhoz – rendkívüli fordulatokat mutat, amelyek a fél évszázaddal későbbi történelmi eseményekhez, a II. Világháborúhoz, a koalíciós időszakhoz, a kommunista hatalomátvételhez, a koncepciós perekhez kapcsolódtak.)

Ormos Mária lebilincselő intellektuális élményt nyújtó munkája minden bizonnyal lökést ad Ágoston Péter feledésbe merült jogtudományos tevékenysége feldolgozásának, s ezt napjaink munkajogának fejlődése is várhatóan gyorsan napirendre tűzi. Rövid, ám – miként a korszak – fordulatokban gazdag élete egyébként már regényt is inspirált (Asztalos Sándor: Nincs gyelem. Temesvár, 1929).

Berke Gyula

Beszámoló a Nemzetközi Munkajogi és Szociális Jogi Társaság X. Európai Kongresszusáról

A Nemzetközi Munkajogi és Szociális Jogi Társaság (International Society for Labour Law and Social Security Law) 2011. szeptember 21–23-án immár tízedik alkalommal rendezte meg európai kongresszusát. A szervezet majd' hat évtizede fogja össze az összehasonlító munkajog és szociális jog iránt elkötelezett akademikusokat, ügyvédeket, bírákat és más szakértőket. Legutóbb a festői szépségű andalúz főváros, Sevilla várta a világ minden tájáról érkező szakembereket.

Prof. Dr. H. C. Miguel Rodríguez-Pi ero y Bravo-Ferrer, a spanyol munkajog doayenje nagy ívű vitaindító beszédében a munkajog kiemelkedő, ugyanakkor nehéz helyzetére világított rá. A kongresszus előadásait a következő vezérgondolatok inspirálták: a 21. század kihívásai új megoldások keresésére, új szereplők bevonására, szemléletváltásra kényszerítenek mind az egyéni, mind a kollektív munkajog terén. Az egyéni munkajog szintjén legmarkánsabb a változás a munkajog klasszikus védő funkciójának gyengülés. A hangsúly egyre inkább a megelőzésre, a rugalmasságra helyeződik, a jogi szabályozásnak összhangban kell lenni a szociálpolitikai célkitűzésekkel, a munkaerőpiaci sajátosságokkal. Mindazonáltal arról sem szabad megfeledkeznünk, hogy az ún. érzékeny munkavállalók, mint például a fiatal pályakezdők, idősebb, illetve fogyatékkal élő munkavállalók integrálása a munkaerőpiacon továbbra is megoldandó feladatként jelentkezik. Ahogy arra *Dr. Hajdú József*, a Társaság volt alelnöke, a Szegedi Tudományegyetem tanszékvezető egyetemi tanára felhívta a résztvevők figyelmét, az új, rugalmasabb munkaerőpiac fókuszában már az egyén, a mobilitás, a képzés állnak. A biztonságot többé nem konkrét munkahelyek bebetonozása, hanem a személyre szabott rugalmasság jelenti, az új modell kialakításáért az egyén, a munkáltatók, a kormány, a szakszervezetek, az NGO-k egyaránt felelnek. A kollektív munkajog szintjén az új kihívások minőségileg más eszközök bevetését teszik szükségessé. Ilyen eszközök többek között a nemzetközi keretmegállapodások. Az IFA-k ösztönzik a nemzeti határokon átnyúló szociális partneriségek elismerését, és a globális szintű társadalmi szabályozás új formáit biztosítják, elősegítik a társadalmi párbeszédet. *Prof. Silvana Sciarra*, a Firenzei Egyetem professzorasszonya vitaindító beszédében arra hívta fel a figyelmet, hogy a változatlanul napirenden lévő szociális dömping elleni fellépés szorosan összefügg a transznacionális szolidaritás erősítésével. Újra kell gondolni a munkaharc szabályozását. Az Európai Bíróság Viking és Laval esetekben hozott döntései súlyos sebet ejtettek a kollektív munkajogon, és éles ellentétben állnak a strasbourgi Emberi Jogok Európai Bíróságának sztrájkfelfogásával.

A kongresszus három problémakörre fókuszált, úgymint: Munkajog és munkaügyi kapcsolatok a gazdasági és szociális változások fényében (*Prof. Dr. H. C. Miguel Rodríguez-Pi ero y Bravo-Ferrer* és *Prof. Jean-Michel Servais*), kollektív alku a globális gazdaságban (*Prof. Fausta Guarriello* és *Prof. Antoine Lyon-Caen*), valamint a munkanélküliek szociális védelme (*Prof. Hajdú József* és *Prof. Ludwik Florek*). A kerekasztal beszélgetések két nagy

téma köré csoportosultak. *Prof. Philippe Auvergnon*, *Prof. Diamond Ashiagbor*, *Prof. Dr. Jens Kristiansen*, *Prof. Arkadiusz Sobczyk* és *Prof. Remedios Roqueta Buj* az állami és magán foglalkoztatási szolgálatok szerepét elemezték. A második kerekasztal résztvevői, *Prof. Manfred Weiss*, *Prof. Daria Chernyaeva*, *Prof. Julio Vieira Gomes*, *Prof. Honorific Teun Jaspers*, valamint *Prof. Stephen Adler*, a munkajog által kínált védelmet nem, vagy csak igen korlátozott mértékben élvező munkavállalói csoportok helyzetéről vitáztak. A workshopok témája a bírói kar szerepe a munkajogot érő változások fényében, illetve a munkajogviszony szünetelése volt. Előbbi témában *Prof. Jean-Yves Frouin* és *Prof. Franz Marhold*, utóbbiban *Prof. Ronnie Eklund* és *Prof. Carlo Cester* osztotta meg gondolatait a hallgatósággal. Az említettekén túl számos más érdekesítő előadás, illetve tanulmány gazdagította a kongresszus tudásbázisát.

A konferencia magyar sikereket is hozott. *Dr. Kun Attila*, a Károli Gáspár Református Egyetem Állam- és Jogtudományi Karának tanszékvezető egyetemi docense, két társszerzővel közösen írt tanulmányával elnyerte a Marco Biagi díjat. A kiemelkedő presztízsű elismerést a nemzetközi munkajogi szakmai folyóiratok szervezetének szakmai bizottsága (International Association of Labour Law Journals) adományozza. Kun Attila, Beryl Ter Haar és Manuel Antonio Garcia Mu oz Alhambra: Soft On The Inside; Hard For The Outside. An Analysis Of The Legal Nature Of New Forms Of International Labour Law című pályamunkája az International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations szakmai folyóiratban olvasható.

2012. szeptember 25–28. között szintén spanyol ajkú város, a dél-amerikai Santiago de Chile várja a szakértőket világtalálkozóra. A vitatémák ezúttal a munkajog hatékonysága és a munkaügyi felügyelet szerepe, illetve a szexuális zaklatás és mobbing a munkahelyen lesznek. A kerekasztal beszélgetések a munkajog, a szociális jog és a munkaügyi viták eldöntésének új tendenciáit térképezik fel. Európai találkozóra legközelebb 2013-ban kerül sor.

Kajtár Edit

Valaki figyel

Beszámoló a „Munkahelyi adatvédelem”- címen, 2012. április 2–3-án, Pécsen megrendezett nemzetközi konferenciáról

Kémprogrammal ellenőrzött munkavállalók, rejtett kamerával lefűlelt torkos szakács, Facebook profil mint felmondási ok, a Nagy Testvér (és a „kis testvérek”) folyton figyelő szeme – ilyen és ehhez hasonló érdekesítő témák kerültek napirendre a 2012. április 2–3-án, Pécsen megrendezett PAW konferencián. A munkahelyi adatvédelem (Privacy at Workplace, PAW) a Pécsi Tudományegyetem és a Göttingeni August-Georg Egyetem, uniós támogatással létrejött, közös projektjének újabb állomása volt. A projekt a munkahelyi adatvédelem sajátos kérdéseit vizsgálja, kiemelt figyelmet szentelve a munkahelyi ellenőrzés és a magánszféra kollíziójának. A konferencia célkitűzése a kutatási projekt eddigi eredményeinek bemutatása, a szakmai háttér bővítése, valamint a projekttel kapcsolatos visszajelzések megismerése volt. A meghívott szakértők értékelték a magánszféra védelmének nemzeti szabályozását, beleértve a közösségi jog tagállami implementációját is, illetve javaslatokat fogalmaztak meg. (A projekt, valamint a konferencia háttérdokumentumai megtalálhatók a <http://www.pawproject.eu/hu/kutatas> oldalon.)

A konferenciát *Dr. Kovács L. Gábor* professzor, a PTE rektorhelyettese nyitotta meg. *Dr. Balogh Zsolt* György, projektmenedzser, a PTE ÁJK Informatikai- és Kommunikációs Jogi Tanszékének vezetője, dékánhelyettes, nyitóbeszédében Orwellt idézve, a munkahelyi adatvédelem kihívásaira hívta fel a figyelmet. Ezt követően *Dr. Hielke Hijmans*, európai adatvédelmi biztos, az európai uniós adatvédelmi reformcsomagról beszélt. Az Európai Adatvédelmi Felügyelet jogi munkatársa, *Dr. Per Johansson*, másnap tartott előadást. (Azok számára, akik elmulasztották a konferenciát a <http://www.edps.europa.eu/EDPSWEB/> oldalon angol, francia és német nyelven hasznos, gyakorlatias szemléltető dokumentumok érhetők el a munkahelyi adatvédelemről.)

Az első plenáris ülés átfogó képet nyújtott a munkahelyi adatvédelem jelenéről. A Leuveni Katolikus Egyetem dékánhelyettese, *Dr. Jos Dumortier* professzor, az Emberi Jogok Európai Egyezményébe ütköző, híres esetekhez főzött kommentárjával gondolkodtatta el a hallgatóságot. *Dr. Jóri András*, volt adatvédelmi biztos, az adatvédelmi biztos esetjogából idézett, illetve az adatvédelmi intézményrendszer átalakításához fűzött kritikai megjegyzéseket. *Dr. Pascal Schumacher*, a Münsteri Egyetem adjunktusa, a német munkahelyi adatvédelemről tartott előadást. A második plenáris ülésen az adatvédelem területén megjelenő kutatás, oktatás témájának szentelt előadások hangoztak el. *Dr. Szőke Gergely László* – a PAW projekt szakmai koordinátora, a PTE adatvédelmi felelőse – prezentációja a projekt koncepciójába engedett betekintést. *Dipl.-Jur. Falk Hagedorn*, a Göttingeni August-Georg Egyetem kutatójának előadása, a munkahelyi adatvédelemmel kapcsolatos véleményeket vizsgáló, hazánkat és Németországot összehasonlító kérdőív felmérés legfontosabb megállapításait villantotta fel. Az adatvédelem egyetemi curriculumban elfoglalt helyéről két-két magyar, illetve lengyel előadás hangzott el. *Dr. Hajdú József*, tanszékvezető egyetemi tanár, beszámolója sokaknak csinált kedvet a sze-

gedi jogi kar adatvédelmi képzéséhez. *Dr. Kiss Attila*, Pécsi Tudományegyetem Állam- és Jogtudományi Karának Ph.D hallgatója, s egyben a konferencia szervezésének egyik motorja, számos, az Informatikai- és Kommunikációs Jogi Tanszék által szervezett szakmai programról számolt be. (A pécsi jogi kar hallgatóinak elkötelezettségét a konferencia résztvevői személyesen is tapasztalhatták. A konferencia sikeréhez nagyban hozzájárult az Informatikai- és Kommunikációs Jogi és a Munkajogi Diákkör hallgatói közül kikerülő hostessek segítségével.) A lengyel tapasztalatokról a Wrocław Egyetemről érkező *Mgr. Anna Burdziak* Ph.D hallgató és *Sandra Gali* hallgató számoltak be.

A konferencia második napján párhuzamos szekció előadások várták a hallgatóságot. A nyitó szekció munkajogi szemszögből közelítette meg a munkahelyi adatvédelem kérdését. Az I-es szekció a megfigyelés és ellenőrzés jogi hátterét, illetve gyakorlatát járta körül. *Dr. Kajtár Edit*, a PTE ÁJK Munkajogi és Társadalombiztosítási Jogi Tanszékének adjunktusa (és e sorok írója), előadásában azt mutatta be, mire kell a munkáltatónak figyelemmel lennie, ha az (amúgy a munkajogviszony sajátosságaiból fakadó) ellenőrzési jogát valóban jogszerűen, s nem invázióval szeretné gyakorolni. *Dr. Kulisty Mária*, Fővárosi Munkaügyi Bíróság bírója, az adatvédelemmel kapcsolatos ítélkezési gyakorlatba adott betekintést. Beszámolója a hangfelvételek, e-mailek bizonyítékként történő felhasználásáról vetett fel izgalmas kérdéseket. *Dr. Dan Jerker B. Svantesson*, az ausztrál Bond Egyetem kutatója, egy friss, nagy port kavaró eset kapcsán beszélt a laptop mint munkáltató által biztosított munkaeszköz ellenőrizhetőségéről. Később a Nemzeti Adatvédelmi és Információs szabadság Hatóság elnökhelyettese, *Dr. Szabó Endre Győző* beszélt az újonnan felállított hivatal céljairól. A PAW projekt német koordinátora, *Dr. Andreas Wiebe*, a Göttingeni Egyetem tanszékvezető professzora, a német Informatika és Jog Társaság alelnöke, a Facebook és az adatvédelem kapcsolatáról tartott előadást. A portugáliai Minho Jogi Egyetemről két professzor érkezett. *Dr. Francisco Andrade* előadása futurisztikus képet festett a technika fejlődésének adatkezelési módszerekre gyakorolt hatásáról. *Dr. Teresa Coelho Moreira* előadása a portugál munka törvénykönyvének rendkívül cizellált rendelkezéseiről számolt be. A Bécsi Egyetem képviselőjében *Dr. Christof Tsohoh* az osztrák szabályozásról mutatott pillanatfelvételt, emberi jogi szemszögből.

A párhuzamos, II-es szekció szintén munkajogi szemléletű előadásokkal indított, majd áttért a klasszikus adatvédelmi megközelítésű, illetve a technikai módszereket tárgyaló előadásokra. A társadalombiztosításban megjelenő elektronikus adatcsere Uniós szabályozása volt a tárgya *Dr. Hajdú József* professzor előadásának. *Dr. Kun Attila*, a Károli Gáspár Református Egyetemen tanszékvezető egyetemi docense, a visszaélések miatt vészharangot kongató munkavállalók bejelentését szabályozó rendelkezésekről (az ún. „whistleblowing clauses”) értekezett. A beépített adatvédelem (az ún. „privacy by design”) problémáját több előadás is körbejárta. *Dr. Székely Iván*, az Eötvös Károly Közpolitikai Intézet munkatársa, a magyar adatkezelőkkel folytatott konzultációk tapasztalatairól számolt be. *Dr. Szádeczky Tamás*, IT biztonsági és audit tanácsadó, az adatvédelmi audit standardjairól beszélt. *Alžběta Krausová* (infokommunikációs szakértő) és *Kiss Álmos Péter* (az Amerikai Egyesült Államok fegyveres erőinek nyugállományú tiszthelyettese, független szakíró) a beépített adatvédelem előnyeit és hátrányait latolgatták. A meg-

figyelés technikai oldalát *Dr. Libor Kyncl*, a Masaryk Egyetem kutató oktatója és *Nagy Norbert*, WBS Rendszerház kft. vezetője világította meg. A konferenciát a jogos ellenőrzés versus törvénybe ütköző megfigyelés problematikáját boncolgató kerekasztal megbeszélés zárta.

A 2011. évi CXII. törvény az információs önrendelkezési jogról és az információszabadságról s nem kevésbé a hamarosan hatályba lépő új Munka Törvénykönyve jelentős változásokat hoz, hozhat a munkahelyi adatvédelemben. Az adatvédelmi tudatosság erősítése, naprakész információk terjesztése fontosabb, mint valaha. Reményeink szerint a konferencia a munkavállalók és a munkáltatók mint kiemelt célcsoport mellett hasznos információkkal szolgált a területen tevékenykedő szakértők, egyetemi hallgatók s a jogalkotó számára is.

Kajtár Edit

SZAKIRODALOM

Gyulavári Tamás (szerk.): Munkajog. ELTE Eötvös Kiadó, 2012.

2012. ápriliában jelent meg az ELTE Jogi Kari Tankönyvek sorozatban a munkajog egyetemi tankönyve. A hazai munkajog tankönyvek sorában a kötet több szempontból is egyedi sajátosságokat mutat: első az új Munka Törvénykönyve tankönyvi ismertetésére vállalkozók sorában, még az új Munka Törvénykönyve hatályba lépése előtt, a kodifikáció folyamatának teljes lezárulta előtt megjelent; emellett az ELTE tankönyvsorozatában is sajátos helyet foglal el, mivel szerkesztői, szerzői gárdája jóval tágabb és eltér az ELTE Munkajogi és Szociális Jogi Tanszéke főállású oktatói gárdájától. A kötet szerkesztője Gyulavári Tamás, a szerzők Dudás Katalin, Gyulavári Tamás, Horváth István, Hős Nikolett, Kártyás Gábor, Kulisity Mária, Kun Attila, Petrovics Zoltán. Minannyiuk neve ismert a hazai munkajogi irodalomban, nagy oktatási tapasztalattal és publikációs háttérrel bírnak, többen munkajog tankönyv szerzőjeként is jelentkeztek már, legtöbbjük vagy korábban, vagy jelenleg is kötődik oktatási, óraadói tevékenységével a tankönyvsorozatot jegyző Karhoz.

A közel hatszáz oldalas tankönyv a magyar munkajog teljeskörű áttekintését tűzte ki célul, ebben a terjedelemben nem csupán a magán- és a közszféra munkajogát ismereti (a lehető legaktuálisabban, bár a Szerkesztői bevezető már januárban jó érzékkel megjósolta, hogy az új Munka Törvénykönyve szabályai a hatályba lépésekor módosulni fognak, ami azóta beigazolódott), hanem olyan, magyar munkajogi tankönyvekben ritkán szereplő témát is érint, mint például a munkavédelem kérdésköre.

A tankönyvekkel kapcsolatosan fontos elvárás az átlátható szerkezet, a tanulást segítő tipográfia, mindkét követelményre nagy hangsúlyt fektettek a szerzők, szerkesztők és a kötetet gondozó szakemberek, ennek a figyelmenek a munkajoggal ismerkedő hallgatók nagy hasznát fogják venni.

A kötet még az új Munka Törvénykönyve hatályba lépését megelőzően megjelent, a kézirat lezárására nem sokkal a törvény elfogadását követő időre datálódik. A tankönyv – ahogy hazánkban sok más tankönyv is – nem csupán azt tűzte ki célul, hogy a munkajog elsajátításában legyen segítőtárs, hanem azt is, hogy „munkajoggal foglalkozó gyakorlati szakemberek gyakorlatban felmerülő munkajogi problémáinak megoldásához is segítséget nyújtson”. Ez a vállalás a tankönyv műfaji határait feszegeti, erre utal is a Szerkesztő, amikor bevezetőjében azt rögzíti, hogy „könyvünket kifejezetten tankönyvnek szánjuk”. A könyv tartalma ezen utóbbi koncepció mentén az oktatási szerepére koncentrálni és – helyesen – nem akar kommentárt helyettesíteni.

2012 első felében a munkajogi szabályokkal kapcsolatos megállapítások hazánkban nagyrészt úgy kezdődnek, hogy összehasonlítjuk az 1992-es Munka Törvénykönyve rendelkezéseit a 2012-ben hatályba lépő Munka Törvénykönyve szabályaival (erre utal a szerkesztői bevezető is, amikor a változások követését jelöli ki egyik feladatául a „fontosabb változások, régi és új Mt. közötti koncepcionális különbségek” bemutatásával). A kötet szerzői e koncepció mentén szép számmal megteszik ezeket az összevetéseket a tankönyv szövegében. Ez év első felében ezek a mondatok kifejezik hazánk munkajogi közgondolkodását, azonban joggal feltételezhetjük azt, hogy júliust követően ezeknek a megállapításoknak már csak jogtörténeti jelentőségük lesz. (Bár a szerkesztői bevezető a kézirat lezárásakor még azt jósolta, hogy „a hároméves elévülési idő miatt a régi Munka Törvénykönyve szabályai is évekig velünk élnek majd”, ennek azóta már ellentmondani látszik az új Munka Törvénykönyvét hatályba léptető törvény szabályozási koncepciója, amely ezzel elletétes célt tűz ki főszabályként). Ezért is (és ettől függetlenül is) véleményünk szerint a tankönyv későbbi kiadásaival kapcsolatosan a legnagyobb feladat a korábbi Munka Törvénykönyvére való utalások elhagyása, minimális szintre csökkentése lesz, ekkor tudja majd igazán hatékonyan betölteni oktatási szerepét.

A tanulást a könyv ábrái, táblázatai segítik, egy tárgymutató szintén hasznos segítőtársa lehetne az olvasónak, az elkövetkezendő kiadások értékét egy részletes fogalomtár nagyban növelné.

A tankönyv első azoknak a köteteknek a sorában, amelyek az új Munka Törvénykönyvét (is) bemutatják, megjelentetése 2012 áprilisában bátorságot, komoly előkészületet és összehangolt munkát tükröz. A kötet helyét a hazai munkajog tankönyvek között akkor tudjuk majd igazán meghatározni, ha összehasonlíthatjuk majd más jogi karok hasonló munkáival, illetve amikor a fentiek szerint a „kodifikációs láz” elmúltával szerzőknek módjuk lesz átgondolni a tankönyv egyes fejezeteit, amikor már – a Szerkesztő hasonlatával éve – nem a mustra, hanem már csak a kiforrott itálra (szabályrendszerre) kell koncentrálniuk a szerzőknek, lényegesen jobban háttérbe szorítva (elhagyva) a tankönyv szövegében a hatályon kívül helyezett kódex szabályait.

Bankó Zoltán