Nr. 02 / 2017

FREILAW

Freiburg Law Students Journal

1

Das „a“ muss mit
Der Arbeitnehmerbegriff unter Berücksichtigung des neuen § 611a BGB

2

The Rule of Law
Does it operate to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations?

3

Administrator at the European Commission
An interview with Dr. Bartłomiej Kurcz, LLM.

IMPRESSUM

Herausgeber (Verantwortlich nach § 5 TMG)

Freilaw e.V.

Chefredaktion

Julia Kurth und Sonja Bühler

Kontakt

Freilaw e.V.
Albert-Ludwigs-Universität Freiburg
Platz der Alten Synagoge
Dekanat der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
Raum 2105, z.Hd. Freilaw e.V**.**
D – 79085 Freiburg

E-Mail: redaktion@freilaw.de

ISSN: 1865-0015

Cover-Design:
Timmy Ebert

Urheberrechtliche Hinweise:

▪ Für den Inhalt der Artikel sind allein die Autoren verantwortlich. Die Herausgeber überprüfen die Texte, können allerdings keine Garantie dafür übernehmen, dass durch die Artikel keinerlei Urheber- oder anderweitige Nutzungsrechte verletzt werden. Sollte dies der Fall sein, so ist dies nicht beabsichtigt. Wir bitten Sie deshalb, uns umgehend zu informieren.

▪ Die Publikation der Artikel erfolgt exklusiv durch Freilaw. Eine unberechtigte öffentliche Verwendung der Artikel ist nicht gestattet. Auf Anfrage sind wir allerdings gerne bereit, hiervon Ausnahmen zu machen.

Freilaw 2/2017

Zivilrecht

Judith Sikora
Das „a“ muss mit – Der Arbeitnehmerbegriff unter Berücksichtigung des neuen § 611a BGB 48

Öffentliches Recht

Sophie Charlotte Stüben
Does the Rule of Law operate to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations?.....56

Studium und Beruf

Sarah Baukelmann
Ein Jahr in Ungarn studieren - ein Erfahrungsbericht.....65

Joel Stumpp
Administrator at the European Commission - An interview with Dr. Bartłomiej Kurcz, LLM.....68

Sarah Baukelmann
Ars boni - Die Kunst des Guten 70

Rezension

Andreas Schubert
Arbeitsrecht von Sudabeh Kamanabrou, 1. Auflage, Tübingen 2017 71

Karolina Kita
Medicus/Lorenz Schuldrecht I.....72

ISSN: 1865-0015

Das „a“ muss mit – Der Arbeitnehmerbegriff unter Berücksichtigung des neuen § 611a BGB

*Judith Sikora**

Mit Wirkung zum 1.4.2017 wurde der § 611a BGB eingeführt. Wer bereits Arbeitsrecht gepaukt hat und fürchtet, er müsse noch mal ran, kann aufatmen: Änderungen bringt der neue Paragraph nicht, insofern kann auf den bereits gelernten Stoff, gefertigte Zusammenfassungen und Karteikarten zurückgegriffen werden – die freilich um die neue Rechtsgrundlage ergänzt werden sollten. Neulinge im Arbeitsrecht können sich über die Kodifizierung der wichtigsten Leitsätze des BAG zum Arbeitnehmerbegriff freuen. Die Kernprobleme bei der Bestimmung, wer Arbeitnehmer ist, wurden im Gesetzgebungsverfahren hingegen nicht angegangen, weshalb die Regelung in der Fachliteratur kritisiert wird. Die zu leistende Subsumtionsarbeit in der Falllösung und die Abgrenzungsschwierigkeiten insbesondere zum freien Dienstvertrag bleiben die gleichen. Dieser Beitrag soll die Neuregelung vorstellen, die aus studentischer Perspektive wichtigsten Aspekte zum Arbeitnehmerbegriff erläutern und anschließend auf die an § 611a geäußerte Kritik eingehen.

I. Einführung

Hieß es bislang unter Studenten zum Thema Arbeitsrecht „Von wegen Entgelt: viel arbeiten, alles umsonst“, so könnte sich dies mit dem neuen § 611a BGB zumindest teilweise ändern. Bestand die Schwierigkeit des Arbeitsrechts doch vor allem darin, einen Zugang zu dem durch Rechtsprechung und richterliche Rechtsfortbildung geprägten Rechtsgebiet zu finden[1]. Exemplarisch ließ sich dies in der Vergangenheit an dem für das Arbeitsrecht wichtigen Begriff des Arbeitsnehmers verdeutlichen: mangels gesetzlicher Regelung war bislang die von der Rechtsprechung vorgegebenen Kriterien maßgeblich für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags.

Der Arbeitsvertrag ist nun in § 611a BGB geregelt. Dessen Einführung wurde am 21.10.2016 im Bundestag im Rahmen eines Reformpakets zum Arbeitsrecht beschlossen. Das Hauptaugenmerk lag dabei nicht auf der Kodifikation des Arbeitsvertrags, sondern auf einer Novelle des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes. Die eigentliche arbeitsrechtliche und sozialpolitische Bedeutung ist in der Einführung des sog. *equal pay* Grundsatzes, d.h. dass Leiharbeiter grundsätzlich nach neun Monaten den gleichen Lohn wie die Stammbelegschaften erhalten, sowie der Begrenzung der Höchstverleihdauer auf 18 Monate[2] zu sehen. Diese Änderungen sind jedoch allenfalls für arbeitsrechtliche Schwerpunkte von Bedeutung[3] und sollen nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags sein.

II. Hintergrund und Gesetzgebungsgeschichte

Der Arbeitnehmerbegriff hat vor allem deswegen zentrale Bedeutung, weil er regelmäßig den Anwendungsbereich des Arbeitsrechts eröffnet[4]. Die Bedeutung wird dadurch gesteigert, dass das sog. „Alles-oder-Nichts-Prinzip“ herrscht, d.h. entweder ist man Arbeitnehmer oder nicht[5]. Ist man es, kommt das vor allem aus Schutzvorschriften zugunsten des Arbeitnehmers bestehende Arbeitsrecht uneingeschränkt zur Anwendung. Der durch zwingende gesetzliche Vorschriften vorgesehene Schutz ist für den Arbeitgeber aber oft kostenintensiv. Daher gibt es viele Versuche, die Anwendung des Arbeitsrechts, insb. des Kündigungsschutzes, auszuschließen[6]. Der Arbeitnehmer erscheint gegenüber dem regelmäßig wirtschaftlich überlegenen Arbeitgeber als schutzwürdig, da er auf eine entgeltliche Tätigkeit existenziell angewiesen ist. Überdies ist der Arbeitnehmer auch bei seiner Tätigkeit persönlich vom Arbeitsgeber abhängig[7]. Daher trifft das Leitbild der Privatautonomie, das von zwei gleich starken Parteien ausgeht, die im fairen Wettbewerb die Vertragsbedingungen aushandeln, oft nicht zu. Jede Festlegung eines Arbeitnehmerbegriffs bewegt sich also im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Schutzpflichten[8].

Schon der Reichstag hatte sich anlässlich des Erlasses des BGB 1896 mit der Frage eines spezialgesetzlich geregelten Arbeitsvertrags befasst. In der DDR wurde 1977 ein Arbeitsgesetzbuch erlassen, das im Zuge der Wiedervereinigung aber nicht übernommen wurde[9]. Erst in der 18. Legislaturperiode

---

1 *Brox/Rüthers/Henssler*, Arbeitsrecht 2011, Vorwort S. V; *Krause*, Arbeitsrecht 2015, Vorwort S. 6, S. 21, 23; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht 2017, Vorwort zur 1. Auflage; *Lieb/Jacobs*, Arbeitsrecht 2006, Vorwort S. V, § 1 Rn. 38; *Hromadka/Maschmann*, Arbeitsrecht Band 1 2015, Vorwort zur 1. Auflage.

2 Zur Vertiefung siehe etwa *Henssler* ZAP 2017, 357 ff.; *Talkenberg* NZA 2017, 473 ff.; *Krieger/Ampatziadis* NJW 2017, 593 ff.; *Ulrici* NZA 2016, 1317 ff.; BeckOK ArbR-*Motz* § 8 AÜG, Rn. 1 ff.

3 Einen knappen Überblick über die Arbeitnehmerüberlassung bieten *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 74 ff; *Krause* (Fn. 1), § 24.

4 *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 3; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 5; *Reichold*, Arbeitsrecht 2015, § 2 vor Rn. 1.

5 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 6; *Junker* (Fn. 1), Rn. 97.

6 Vgl. Reinecke NZA-RR 2016, 393, 399; *Junker* (Fn. 1), Rn. 90; *Hromadka/Maschmann* (Fn. 1), § 1 Rn. 29a.

7 *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht 2017, Rn. 28 ff; *Krause* (Fn. 1), § 1 Rn. 7 ff.

8 Vgl. *Reichold* (Fn. 4), § 1 Rn. 6 ff.; *Löwisch*, Jura 2014, 131 ff.; *Zöllner* AcP 176 (1976), 221 ff; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 22; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 110 ff; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 19 f.; 23 ff.

9 *Rolfs*, Das “a“ nicht vergessen: Der Arbeitsvertrag ist jetzt in § 611a BGB geregelt, beck-blog vom 03. April 2017, https://community.beck.de/2017/04/03/das-a-nicht-vergessen-der-arbeitsvertrag-ist-jetzt-in-ss-611a-bgb-geregelt (zuletzt abgerufen am 20.07.2017); zur Geschichte des Arbeitsrechts *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 74 ff.

der Bundesrepublik hat sich die Große Koalition erneut an die Kodifizierung gewagt.

Im ersten Referentenentwurf vom 16.11.2015 war u.a. ein Kriterienkatalog mit acht Kriterien zur Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs vorgesehen, sowie eine widerlegliche Vermutungsregel für den Fall, dass die Deutsche Rentenversicherung Bund das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses nach § 7a SGB IV feststellte[10]. Dieser Vorschlag lehnte sich an den vor fast 20 Jahren aufgehobenen § 7 SGB IV a.F. (sog. Scheinselbstständigkeit) an, der seinerzeit wegen Unpraktikabilität nach nur zwei Jahren Geltung wieder aufgehoben wurde[11] und der in der Literatur stark kritisiert wurde: Zunächst wurde der Kriterienkatalog als nicht zeitgemäß oder sogar als falsch empfunden[12]. So sollten etwa die überwiegende Erbringung der Leistung in Räumen eines anderen, die regelmäßige Nutzung von Mitteln eines anderen zur Leistungserbringung oder wenn die Leistung in Zusammenarbeit mit Personen erbracht wird, die von einem anderen eingesetzt oder beauftragt sind, Indizien sein, die für das Vorliegen eines Arbeitsvertrags sprechen. Im heutigen Arbeitsumfeld mit zunehmender Digitalisierung, Projektarbeit, Solo-Selbstständigkeit und Flexibilität von Zeit und Ort seien diese Kriterien aber zu starr, um allgemeingültig Anwendung zur finden[13].

Auch die auf der Feststellung der Rentenversicherung Bund basierende Vermutungsregel geriet unter Beschuss: Zum einen sei die Qualität der Bescheide häufig unzureichend, weil in der Begründung nur mit Textbausteinen gearbeitet werde, zum anderen werde verkannt, dass ein Beschäftigungsverhältnis im sozialrechtlichen Sinn nicht deckungsgleich mit einem Arbeitsverhältnis sei[14].

Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales besserte daraufhin nach und legte im Februar 2016 einen zweiten Vorschlag vor[15]. Der Entwurf des § 611a BGB enthielt nur noch einen Absatz, der dem heutigen § 611a Abs. 1 BGB entspricht. In der Gesetzesbegründung war ausdrücklich die Rede von einer „1:1-Kodifizierung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung“, die die Rechtslage in Deutschland unverändert lässt[16]. Die entsprechenden Urteile des BAG werden auch einzeln aufgezählt[17], tauchen jedoch in den Gesetzgebungsmaterialien zur endgültigen Fassung nicht mehr auf[18].

Wenn sich die Rechtslage jedoch nicht änderte, stellt sich die Frage, warum der Arbeitnehmerbegriff überhaupt kodifiziert wurde. Zum einen wollte der Gesetzgeber durch die Verschriftlichung der wichtigsten Leitsätze des BAG Rechtssicherheit herstellen[19]. Zum anderen ergibt sich die praktische Bedeutung auch aus dem Regelungszusammenhang mit der Arbeitnehmerüberlassung. In der Praxis stellen sich vor allem in diesem Bereich anhand des Arbeitnehmerbegriffs schwierige Abgrenzungsfragen zwischen Arbeitsnehmer und selbstständiger Tätigkeit bzw. zwischen (verdeckter) Arbeitnehmerüberlassung und einem echten Werk-/Dienstvertrag[20].

III. Regelungsgegenstand

Der neue § 611a BGB folgt dem Regelungsmuster der Verträge im Besonderen Teil des Schuldrechts. In Abs. 1, der den Großteil der neuen Regelung ausmacht, geht es um den Arbeitnehmer, während in Abs. 2 die Pflicht des Arbeitgebers zur Zahlung der vereinbarten Vergütung festgelegt wird. Abs. 2 lehnt sich sprachlich und konzeptuell an die vergleichbaren Regelungen der §§ 433 Abs. 2, 611 Abs. 1 Hs. 2, 651a Abs. 1 S. 2 etc. an und birgt daher keine Überraschungen.

S. 1 des Abs. 1 legt abstrakt fest, dass Arbeitnehmer ist, wer im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist. S. 2–4 zählen weitere Kriterien auf, die die Begriffe der Weisungsgebundenheit und der persönlichen Abhängigkeit des S. 1 konkretisieren und ergänzen. S. 5 stellt zudem klar, dass es für die Feststellung, ob ein Arbeitsvertrag vorliegt, auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände ankommen soll. S. 6 normiert die Regel, dass es auf die Bezeichnung im Vertrag nicht ankommt, wenn die tatsächliche Durchführung das Vorliegen eines Arbeitsvertrags ergibt.

IV. Der Begriff des Arbeitnehmers nach der Rechtsprechung und § 611a Abs. 1 BGB

Nach der klassischen Formel des BAG ist Arbeitnehmer, „wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.“[21]

Diese Formulierung wurde fast wortwörtlich im § 611a BGB vom Gesetzgeber aufgegriffen. Im Einzelnen muss daher ein privatrechtlicher Vertrag (1.) vorliegen, der die Leistung von Diensten für einen anderen (2.) zum Gegenstand hat, die in unselbstständiger Weise (3.) erbracht werden.

1. Privatrechtlicher Vertrag

Wie sich implizit bereits aus der Stellung des § 611a BGB im Besonderen Schuldrecht ergibt, wird der Arbeitnehmer auf der Grundlage eines privatrechtlichen Vertrags tätig.

a) Vertrag

Der Vertragsschluss richtet sich dabei nach den allgemeinen zivilrechtlichen Regeln der §§ 145 ff. BGB. Zu beachten ist,

[10] Abrufbar unter http://www.portal-sozialpolitik.de/uploads/sopo/pdf/2015/2015-11-16_Referententwurf_AUEG_Werkvertraege.pdf (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).
[11] NJW-Spezial 2015, 724, 724.
[12] *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473, 1476; *Thüsing*, NZA 2015, 1478, 1479.
[13] Vgl. Thüsing, NZA 2015, 1478, 1478 m.w.N.
[14] *Baeck/Winzer/Kramer*, NZA 2016, 20, 23; zum Beschäftigungsverhältnis *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 7; *Waltermann*, Arbeitsrecht 2016, § 4 Rn. 46.
[15] BT-Drs. 18/9232.
[16] BT-Drs. 18/9232, S. 4.
[17] BT-Drs. 18/9232, S. 32.
[18] Vgl. BT-DRs. 18/10064.
[19] BT-Drs. 18/9232, S. 31; BT-DRs. 18/10064, S. 8.
[20] *Baeck/Winzer/Hies*, NZA 2016, 415, 416.
[21] Vgl. etwa BAG, 12.12.2001, 5 AZR 253/00, NJW 2002, 2411, 2412.

dass die Stellenausschreibung, die umgangssprachlich auch als „Stellenangebot" bezeichnet wird, regelmäßig noch kein Angebot im Sinne des § 145 BGB ist, sondern lediglich eine *invitatio ad offerendum* darstellt. Ebenso ist das Bewerbungsschreiben mangels Rechtsbindungswillen kein Angebot, denn sonst stünde der Bewerber, der sich erfolgreich auf mehrere Stellen bewirbt, in der Pflicht, für unterschiedliche Arbeitgeber gleichzeitig tätig zu werden[22].

Für den Vertragsschluss selbst ist kein Schriftformerfordernis vorgesehen, § 623 BGB bezieht sich nur auf die Kündigung und Auflösungsvertrag. Der Gesetzgeber hat stattdessen in Umsetzung der sog. Nachweis-Richtlinie[23] einen Anspruch auf einen schriftlichen Nachweis der wesentlichen Vertragsbedingungen in § 2 Abs. 1 S. 1 NachwG normiert. In der Praxis wird ein Arbeitsvertrag in der Regel schriftlich geschlossen[24].

Auch finden die allgemeinen zivilrechtlichen Regeln Anwendung, insbesondere die Vorschriften über Geschäftsfähigkeit, §§ 104 ff. BGB, Gesetzesverstoß, § 134 BGB, und Sittenwidrigkeit, § 138 Abs. 1 BGB. Dass ein Arbeitsvertrag wegen Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist, wird jedoch äußerst selten angenommen[25]. Häufiger begegnet einem der Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB, der im Arbeitsrecht objektiv vorliegt, wenn die vereinbarte Vergütung nur zwei Drittel der branchenüblichen Vergütung oder Tarif beträgt[26]. Subjektiv muss die Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche des Arbeitnehmers hinzukommen[27]. Folge ist jedoch nicht die Nichtigkeit des Arbeitsvertrags, sondern, um den Arbeitnehmer zu schützen, nur der Vergütungsabrede. Da die Vergütung individualvertraglich nicht festgelegt ist, gilt die übliche Vergütung als vereinbart, vgl. § 612 Abs. 2 BGB[28].

Liegen bei Abschluss des Vertrags Willensmängel vor, kommen die Regeln über die Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB zur Anwendung. Zu beachten ist aber die Rechtsfolge: Die wirksame Anfechtung führt nach § 142 Abs. 1 BGB grundsätzlich zur *ex tunc* Nichtigkeit, d.h. zur Nichtigkeit von Anfang an. Wurden noch keine Arbeitsleistungen erbracht, kann der Vertrag problemlos rückabgewickelt werden. Anders stellt sich die Lage aber dar, wenn Arbeitsleistungen bereits erbracht wurden, sog. in Vollzug gesetztes Arbeitsverhältnis. Die Rückabwicklung nach den §§ 812 ff. BGB verträgt sich nicht mit der sozialen Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers. Überdies bestehen bei der Rückgewähr von Arbeitsleistungen erhebliche praktische Schwierigkeiten[29]. Daher wird das angefochtene Arbeitsverhältnis für die Dauer seines Vollzugs als wirksam behandelt, sog. fehlerhaftes oder faktisches Arbeitsverhältnis. Die Anfechtung ist hier nur für die Zukunft, also mit Wirkung *ex nunc* möglich[30].

b) Einschränkungen

Das Kriterium des privatrechtlichen Vertrags dient auch der Abgrenzung zu anderen Beschäftigungsformen, die damit aus dem Anwendungsbereich des Arbeitsrechts herausfallen.

Dies sind zunächst die aufgrund öffentlichen Dienstrechts Beschäftigten, also insbesondere Beamte, Richter, Soldaten[31], aber auch Angestellte im öffentlichen Dienst. Strafgefangene, die in den Justizvollzugsanstalten Arbeit verrichten, sind ebenfalls keine Arbeitnehmer, denn ihr „Arbeitsverhältnis" wird durch die Strafvollzugsgesetze der Länder, also ebenfalls öffentlich-rechtliche Normen ausgestaltet[32]. Dies hat die praktisch wichtige Folge, dass ihnen keinen Anspruch auf Mindestlohn nach § 1 Abs. 1, 2 MiLoG zusteht[33]. Auch öffentliche Ehrenämter, etwa von Gemeinderäten oder freiwilligen Feuerwehrmännern, sind durch öffentlich-rechtliche Normen ausgestaltet[34].

Zwar aufgrund privatrechtlicher Normen, aber nicht aufgrund eines Vertrags tätig werden Ehegatten und Kinder, die familienrechtlich zur Mitarbeit im Haushalt und eigenen (Familien-)Betrieb verpflichtet sind. Sie sind nur dann Arbeitnehmer, wenn ihre Mitarbeit das durch § 1353 Abs. 1 S. 2 BGB und § 1619 BGB geforderte Maß übersteigt[35].

2. Entgeltliche Leistung von Diensten für einen anderen

Der Arbeitnehmer steht nach § 611a Abs. 1 S. 1 im Dienste eines anderen zur Leistung von Arbeit.

a) Entgeltlichkeit

Dass die vom Arbeitnehmer zu leistenden Dienste zu entlohnen sind, ergibt sich aus § 611a Abs. 2 BGB. Die Entgeltlichkeit grenzt den Dienstvertrag vom unentgeltlichen Auftrag nach § 622 BGB und der Geschäftsbesorgung nach § 675 BGB ab[36]. § 612 Abs. 1 fingiert eine Vergütungspflicht, wenn die Dienstleistung den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Maßgeblich ist dabei nicht, ob der Arbeitnehmer

22 *Junker* (Fn. 1), Rn. 169.
23 RL 91/533/EWG.
24 Die Gesetzesbegründung ging 1995 davon aus, dass in Westdeutschland 84 %, in Ostdeutschland 88 % der Arbeitsverträge schriftlich abgeschlossen würden, vgl. BT-Drs. 13/668, S. 10.
25 Als Beispiel wird häufig der BAGE 28, 83 ff. = NJW 1976, 1958 ff. zugrundeliegende liegende Sachverhalt genannt, in dem sich ein Ehepaar arbeitsvertraglich verpflichtet hatte, Geschlechtsverkehr auf der Bühne einer Nachtbar vorzuführen.
26 *Junker* (Fn. 1), Rn. 179; *Löwisch*, Jura 2014, 131, 132; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 303 f.
27 Allgemein zu § 138 BGB siehe, *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB 2016, Rn. 329 ff.; *Leipold*, BGB I: Einführung und Allgemeiner Teil 2015, § 20 Rn. 19 ff., *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil 2016, § 13 Rn. 18 ff.; *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB 2014, § 26 Rn. 25 ff.; *Musielak/Hau*, Examenskurs BGB 2014, § 1 Rn. 18 ff.
28 BAG, 16.05.2012, 5 AZR 268/11, NZA 2012, 974, 977.
29 *Junker* (Fn. 1), Rn. 193.
30 Dazu *Dütz/Thüsing,* Arbeitsrecht 2016, § 3 Rn. 121; Falllösung bei *Junker*, Fälle zum Arbeitsrecht 2015, Fall 2 S. 39 ff.
31 Anders ist dies beim europäischen Arbeitnehmerbegriff, dazu siehe unten unter V.
32 *Maties*, Arbeitsrecht 2017, Rn. 8; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 9; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 39.
33 Allgemein zum Anspruch auf Mindestlohn *Lembke* NJW 2016, 3617 ff.; *Waltermann* (Fn. 14), § 11 Rn. 195.
34 *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 17a.
35 *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 41; *Junker* (Fn. 1), Rn. 93.
36 *Maties* (Fn. 32), Rn. 8; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 44; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 14.

subjektiv eine Vergütung erwartet, sondern ob eine solche objektiv nach der Verkehrssitte für die in Rede stehende Art der Dienste besteht[37]. Dies ist bei ehrenamtlicher Tätigkeit regelmäßig nicht der Fall, daher ist entweder ein Auftrag (§ 662 BGB)[38] oder, sofern schon kein Rechtsbindungswille vorliegt, ein Gefälligkeitsverhältnis[39] anzunehmen.

b) Dienste

Der Arbeitnehmerstatus verlangt ferner, dass die Leistung von „Diensten" geschuldet ist. Der Arbeitsvertrag ist damit ein Unterfall des Dienstvertrags im Sinne von § 611 BGB[40], vgl. auch § 621 BGB.

Dass der Arbeitnehmer „Dienste" erbringt, soll den Dienstvertrag von Werk- und Werklieferungsverträgen nach §§ 631–651 BGB abgrenzen. Maßgebliches Kriterium ist dabei der Erfolg: Während der Werkunternehmer einen über das bloße Tätigwerden hinausgehende Erfolg herbeiführen muss, schuldet der Dienstverpflichtete allein die Erbringung der Tätigkeit. Schlagwortartig wird dies auch „Der Werkvertrag erfordert ein *Werk*, der Dienstvertrag ein *Wirken*" zusammengefasst. Typische Beispiele sind die ärztliche Heilbehandlung[41] und die anwaltliche Prozessführung. Zwar wird regelmäßig auch die Tätigkeit in Hinblick auf ein bestimmtes Ziel, also den angestrebten Erfolg vorgenommen. Das heißt für die ärztliche Heilbehandlung: Der Chirurg führt eine Herzoperation durch, damit der Patient gesund wird. Insofern schuldet auch er einen Erfolg, aber nur den in der Arbeit liegenden Erfolg, nämlich die *de lege artis* durchgeführte Operation, nicht den Erfolg des Arbeitserfolgs, also die Heilung[42].

Bei der Frage, welcher Erfolg genau geschuldet ist, ist oft auch die vertragliche Risikoverteilung hinsichtlich der Vergütung aufschlussreich. Wird der Verpflichtete auch bei Misserfolg entlohnt, spricht dies für das Vorliegen eines Dienstvertrags, weil dann allein das Tätigwerden bezahlt wird[43]. So wird der Arzt für sein Tätigwerden auch dann entlohnt, wenn die Operation nicht erfolgreich verlaufen ist und die Genesung nicht eintritt.

Ein Dienstvertrag wird auch dann angenommen, wenn der Erfolgseintritt außerhalb der Einflusssphäre des Schuldners liegt oder nicht ausschließlich von dessen Fähigkeiten abhängt. So hängt es bei der Operation nicht nur vom kunstgerechten Tätigwerden des Arztes ab, ob der Patient wieder gesund wieder. Weiter spielen auch die allgemeine gesundheitliche Zustand des Patienten, sein Alter, Lebensumstände, Vorerkrankungen oder genetische Faktoren eine Rolle. Für all das will der Arzt nicht das Risiko übernehmen, er will also rechtlich nicht für die die Herbeiführung des (Heil-)Erfolgs einstehen[44].

Kein Kriterium stellt hingegen die Entgeltgestaltung dar. Es ist nämlich auch beim Dienstvertrag möglich, dass die Vergütung nicht zeitbezogen, sondern erfolgsbezogen erfolgt. So sind die am Fließband Tätigen, im Akkord Entlohnten durchaus Arbeitnehmer. Umgekehrt kann beim Werkvertrag die Vergütung zeitbezogen erfolgen[45], etwa wenn der die Heizung installierende oder das Auto reparierende Handwerker stundenweise abrechnet.

Die Abgrenzung zwischen Arbeits- und Werkvertrag wird dagegen über das Merkmal der Unselbstständigkeit vollzogen, dazu noch unten unter d).

c) Für einen anderen

Die Leistung für einen anderen trennt den Dienst- und Arbeitsvertrag von Leistungen, die aufgrund eines Gesellschaftsvertrags (§ 706 Abs. 3 BGB) erbracht werden. Der Gesellschafter erbringt die Dienste als Beitrag zur Förderung eines gemeinsamen Gesellschaftszwecks. Dadurch wird aber nicht ausgeschlossen, dass der Gesellschafter zusätzlich in einem Arbeitsverhältnis zur Gesellschaft steht. Dies kann er allerdings nur, wenn er über keine gesellschaftliche Leitungsmacht verfügt. Das bedeutet in einer GmbH, dass er weder Mehrheitsgesellschafter oder Minderheitsgesellschafter mit einer Sperrminorität sein darf[46].

3. Unselbstständigkeit

Nach § 611a Abs. 1 S. 1 BGB verpflichtet sich der Arbeitnehmer zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit. Diese drei Merkmale sind ebenfalls „1:1" der höchstrichterlichen Rechtsprechung entnommen[47]. Den Oberbegriff der Merkmale stellt dabei die Unselbstständigkeit dar, wobei sich die Fremdbestimmtheit und die persönliche Abhängigkeit vor allem in der Weisungsgebundenheit niederschlägt. Dieser kommt daher ausschlaggebende Bedeutung zu[48].

a) Weisungsgebundenheit

Die Rechtsprechung hat das Kriterium im Umkehrschluss aus § 84 Abs. 1 S. 2 HGB ausgefüllt. Danach ist selbstständig, wer im Wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Dies hat der Gesetzgeber in § 611a Abs. 1 S. 3 BGB aufgegriffen. In Anlehnung an § 106 S. 1 GewO wurde das Kriterium der Weisungsgebundenheit dahingehen konkretisiert, dass sich Weisungen auf Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit beziehen können.

Es kann daher näher zwischen der zeitlichen, örtlichen und sachlich-organisatorischen Weisungsabhängigkeit unterschie-

---

37 BeckOK ArbR-*Joussen* § 612 BGB, Rn. 23; *Junker* (Fn. 1), Rn. 227.
38 *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 1a, 17a.
39 *Junker* (Fn. 1), Rn. 94.
40 *Dütz/Thüsing* (Fn. 30), § 2 Rn. 35; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil 2017, Rn. 545; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht Besonderer Teil 2014, Rn. 617, *Maties* (Fn. 32), Rn. 6; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 44.
41 Die Behandlungsvertrag ist als eigenständiger Vertragstyp in §§ 630 a ff. BGB geregelt. Wie sich aus dem Verweis in § 630b BGB ergibt, sind die Vorschriften über das Dienstverhältnis anzuwenden, soweit in den §§ 630a ff. BGB nicht etwas anderes bestimmt ist.
42 Nach *Richardi* NZA 2017, 36, 37.
43 *Looschelders* (Fn. 40), Rn. 543; *Medicus/Lorenz* (Fn. 40), Rn. 691 f.
44 *Looschelders* (Fn. 40), Rn. 543.
45 *Richardi* NZA 2017, 36, 38; *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 19.
46 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 13; *Junker* (Fn. 1), Rn. 95; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 46.
47 Referentenentwurf v. 16.11.2015 (s. Fn. 10), S. 3.
48 So auch *Waltermann* (Fn. 14), § 4 Rn. 49 ff.; *Junker* (Fn. 1), Rn. 96; *Looschelders* (Fn. 40), Rn. 547.

den werden[49]. Die zeitliche Weisung besteht nur im Rahmen der vertraglich geschuldeten Arbeitszeit, die keine Vollbeschäftigung sein muss. Sie betrifft daher v.a. die Ein- und Verteilung der Arbeitszeit. Bei projektbezogener Kurzzeitbeschäftigung, bei dem nur eine genau bestimmte Einzelleistung (z.B. Projektmitarbeit) geschuldet ist, liegt in der Regel keine Arbeitnehmereigenschaft vor. Das örtliche Weisungsrecht wird auch ausgeübt, wenn der Mitarbeiter im Home Office oder Außendienst arbeitet; der Arbeitgeber gestattet dem Arbeitnehmer dann lediglich die Ausübung an einem anderen Ort[50]. Die sachlich-organisatorische Abhängigkeit bezieht sich darauf, inwieweit der Arbeitnehmer seine Leistung im Rahmen einer vom Arbeitgeber angebotenen Arbeitsorganisation zu erbringen hat. Selbst wer wie ein Hochschuldozent ohne inhaltliche Weisungen tätig ist (Art. 5 Abs. 3 GG), kann etwa von Räumlichkeiten und Stundenplänen des Arbeitgebers so stark abhängen, dass er als Arbeitnehmer anzusehen ist[51].

Bezüglich der § 611a S. 2–4 ist zu beachten, dass Weisungsrechte nicht exklusiv beim Arbeitsvertrag vorkommen. Denn auch der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werks erteilen. Ausdrücklich ist dies in § 645 Abs. 1 S. 1 BGB geregelt. Ebenso sind zeitliche Vorgaben häufig notwendiger Bestandteil des Werkvertrags[52]. Man denke etwa an den Handwerker, der nur dann zur Reparatur erscheinen soll, wenn jemand zu Hause ist, der ihm die Tür öffnet. Daher ist nicht allein maßgebend, „ob" ein Weisungsrecht besteht, sondern wie stark dieses die Tätigkeit von außen beeinflusst.

b) Persönliche Abhängigkeit

Das Arbeitsverhältnis unterscheidet sich von einem Dienstverhältnis durch den Grad der persönlichen Abhängigkeit (Fremdbestimmtheit). Der Grad der persönlichen Abhängigkeit variiert dabei je nach Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, vgl. § 611a Abs. 1 S. 4 BGB. Bei der Festlegung der Eigenart der Tätigkeit kommt der Verkehrsanschauung und der historischen Entwicklung Bedeutung zu, da die meisten Tätigkeiten sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Dienstvertrags erbracht werden können. Beispielsweise sind die Reparatur von Schuhen, das Herstellen eines Maßanzugs, Entleeren einer Jauchegrube, die chemische Reinigung von Kleidung Gegenstand eines Werkvertrags, den der Unternehmer mit dem Kunden abschließt. Der die Tätigkeit konkret ausführende Arbeitnehmer als Erfüllungsgehilfe des Unternehmers erbringt diese im Rahmen eines Dienstvertrags[53].

Gerade weil dies zu erheblichen praktischen Schwierigkeiten führt, nimmt die Rechtsprechung eine typologisierende Betrachtung je nach Eigenart der Tätigkeit vor[54]. Beispielsweise spricht bei Lehrern an allgemeinbildenden Schulen eine Vermutung für die Arbeitnehmereigenschaft; Volkshochschullehrer sind dagegen eher als freie Mitarbeiter einzuordnen[55]. In Funk und Fernsehen werden Kameraassistenten und andere Hilfstätigkeiten eher als Arbeitsnehmer eingeordnet[56]. Wegen des verfassungsrechtlichen Schutzes der Rundfunkfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ist jedoch der Gestaltungsspielraum von programmgestaltenden Tätigkeiten anders zu gewichten als bei Verwaltungspersonal[57].

Nicht eindeutig ist hingegen die Berufsgruppe der Zeitungsausträger, bei denen es vor allem auf Umfang und Organisation der Zustelltätigkeit ankommt[58]. Ebenso diskutiert werden der Frachtführer, bei dem vor allem das Bestehen eines eigenen Gestaltungsspielraums hinsichtlich der Arbeitszeit gegen die Arbeitnehmereigenschaft spricht, und der Franchisenehmer, bei dem die Kontroll- und Weisungsrechte des Auftraggebers für die Arbeitnehmereigenschaft sprechen[59].

Das Merkmal der persönlichen Abhängigkeit dient auch der Abgrenzung zur arbeitnehmerähnlichen Person. Die arbeitnehmerähnliche Person ist wirtschaftlich, nicht aber persönlich abhängig (vgl. § 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG, § 2 S. 2 BurlG). Sie sind Selbstständige, die in bestimmten Aspekten den Arbeitnehmern gleichgestellt werden. So können sie ihre Arbeitgeber vor den Arbeitsgerichten verklagen (§ 5 Abs. 1 S. 2 ArbGG), haben Anspruch auf bezahlten Erholungsurlaub (§ 2 S. 2 BurlG) und ihre Arbeitsbedingungen können durch Tarifvertrag festgelegt werden (§ 12a Abs. 1 TVG)[60].

c) Wertende Gesamtbetrachtung

Die typologisierende Betrachtung darf jedoch nicht dazu führen, dass die Umstände des Einzelfalls außer Betracht bleiben. Vielmehr ist nach § 611a Abs. 1 S. 5 BGB letztlich eine Gesamtbetrachtung aller Umstände maßgeblich. So soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass die Arbeitsverhältnisse heutzutage so verschiedenartig ausgestaltet sind, dass es „keine abstrakten, für alle Arten von Arbeitnehmern schlechthin geltenden Kriterien" gibt[61]. Stattdessen sind alle Umstände des konkreten Falls zu beachten. In der Fallbearbeitung mit einem feststehenden Sachverhalt ist dies sicher leichter zu handhaben als in der Praxis, wo man gar nicht genau weiß, was alles ermittelt werden soll, weil es vielleicht von Bedeutung sein könnte. Insofern ist die Idee des ersten Referentenentwurfs nachvollziehbar, einen nicht abschließenden Katalog mit Kriterien, die Regelbeispielen ähneln, zu formulieren. Auch das BAG benutzt in manchen Entscheidungen bis zu 20 Einzelkriterien[62].

---

49 Nach *Reichold* (Fn. 4) § 2 Rn. 19 ff.

50 Wank NZA 1999, 225, 231; zu den Grenzen *Junker* (Fn. 30), Fall 4 S. 55 ff.

51 BAG, 19.11.1997, 5 AZR 21/97, NZA 1998, 595, 596.

52 *Zaumseil*, Der neue § 611a BGB: Alles neu macht der … April, http://www.arbeitsrecht-weltweit.de/2017/04/12/der-neue-%C2%A7-611a-bgb-alles-neu-macht-der-april/ (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).

53 Nach *Richardi*, NZA 2017, 36, 38.

54 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 17 unter Verweis auf BAG; *Junker* (Fn. 1), Rn. 100.

55 BAG, 15.2.2012, 10 AZR 301/10, NZA 2012, 731, 732.

56 BAG, 22.4.1998, 5 AZR 2/97, NZA 1998, 1277, 1278.

57 BAG, 17.4.2013, 10 AZR 301/10, NZA 2013, 903, 905; näher *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 26; *Lieb/Jacobs* (Fn. 1), § 1 Rn. 16 ff.

58 BAG, 16.7.1997, 5 AZR 312/96, NZA 1998, 368, 369.

59 Vgl. *Lieb/Jacobs* (Fn. 1), § 1 Rn. 22; *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 4a; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 55 f.; Falllösung bei *Junker* (Fn. 30), Fall 1 S. 25 ff.

60 Zu weiteren auf arbeitnehmerähnliche Personen anwendbare Normen siehe *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 31 ff.; *Reichold* (Fn. 4), § 2 Rn. 25.

61 *Thüsing* NZA 2015, 1478, 1478.

62 *Baeck/Winzer/Kramer*, NZG 2016, 20, 21.

Hauptsächlich stellt das BAG auf zwei Merkmale ab[63]: Zum einen wieweit die Person einem arbeitsbezogenen Weisungsrecht unterliegt[64], zum anderen inwiefern sie in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation eingebunden ist, die sie daran hindern, den Arbeitsablauf selbstständig zu organisieren. Das klassische Beispiel ist hier der Chefarzt, der zwar in Bezug auf die durchzuführenden Operationen keinen Weisungen des Krankenhausträgers unterliegt, aber dennoch zeitlich und örtlich an die Infrastruktur des Krankenhauses (Operationssaal, Operationsteam) angewiesen ist[65]. Auch kann ein Rennfahrer seine Rennen nur mit organisatorischer und technischer Unterstützung seines Rennsportteams fahren[66].

Daneben wird in der Literatur empfohlen, sich den Leistungsgegenstand, also den Vertragsinhalt[67] genau anzugucken. Je komplexer und umfassender der Leistungsgegenstand ist, desto weniger ist der Vertragspartner in der Lage, die Leistung allein zu erbringen. Dies spricht gegen einen Arbeitsvertrag[68], vgl. § 613 BGB. Umgekehrt: Je kleinteiliger der Leistungsgegenstand vorgegeben ist, desto weniger Spielraum besteht für eigenständige Organisation[69].

4. Wirklicher Geschäftsinhalt

Widersprechen sich Bezeichnung der vertraglichen Vereinbarungen und die tatsächliche Durchführung, so kommt es nach § 611a Abs. 1 S. 6 BGB nicht auf die Bezeichnung des Vertrags an.

Der Fall liegt zwar regelmäßig ähnlich zu den Fällen, in denen die Parteien eine Boots- oder Fahrrad-„Leihe“ vereinbaren, eigentlich aber eine Miete gewollt ist. In diesen klassischen Fällen der *falsa demonstratio non nocet*, die Parteien das tatsächlich übereinstimmend Gewollte absichtlich oder irrtümlich falsch bezeichnen[70], setzt sich der Parteiwille, also das übereinstimmen subjektiv Gewollte, durch. Dies gilt aber nur so lange, wie keine Partei besonders schutzwürdig ist. Beim Arbeitsrecht handelt es sich hingegen um zwingendes Schutzrecht zugunsten des Arbeitnehmers, daher kann die Anwendung des Arbeitsrechts nicht durch die Wahl einer anderen Bezeichnung ausgeschlossen werden[71]. Maßgeblich ist daher allein der wirkliche (objektive) Geschäftsinhalt[72].

V. Europäischer Arbeitnehmerbegriff

Vom „deutschen“ Arbeitnehmerbegriff, wie er soeben erläutert wurde, sind die europäischen Arbeitnehmerbegriffe zu unterscheiden. Der primärrechtliche Arbeitnehmer ist in Art. 45 AEUV beheimatet, wo er maßgebend ist für den Anwendungsbereich der Arbeitnehmerfreizügigkeit. Der EuGH vertritt eine sog. *unionsautonome* Auslegung. Hintergrund ist die Effektivität und Wirksamkeit des Unionsrechts. Würde jeder der 28 Mitgliedsstaat den Begriff nach seiner nationalen Rechtsordnung definieren, böte dies zahlreiche Möglichkeiten, die Grundfreiheit zu umgehen. Auch wäre die einheitliche Anwendung des Unionsrechts nicht gewährleistet[73]. Der Begriff des Arbeitnehmers i.S.d. Art. 45 AEUV wird vom EuGH weit ausgelegt, da es um die Eröffnung des Anwendungsbereichs der Grundfreiheit geht[74].

Arbeitnehmer i.S.d. Primärrechts ist demnach jede Person, die während einer bestimmten Zeit Leistungen von wirtschaftlichem Wert für einen Dritten erbringt, dessen Weisungen er unterworfen ist und für die er eine Vergütung erhält[75]. Wie im deutschen Recht sind nur unselbstständige Tätigkeiten erfasst. Will ein Selbstständiger dauerhaft in einem anderen Mitgliedsstaat tätig werden, so fällt er unter die Niederlassungsfreiheit des Art. 49 AEUV. Die Tätigkeit muss einen wirtschaftlichen Wert haben; Maßnahmen, die nur der sozialen Rehabilitation dienen, sind daher nicht erfasst. Die Vergütung und Umfang der Tätigkeit sind dagegen von untergeordneter Bedeutung. Es schadet es nicht, wenn mit der Tätigkeit zugleich nichtwirtschaftliche Ziele, etwa ideeller oder sportlicher Art, verfolgt werden. Auch Berufsfußballer sind daher europäische Arbeitnehmer[76]. Der EuGH benutzt ebenfalls die Merkmale der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation und des Wirtschaftsrisikos[77].

Der deutsche Arbeitnehmerbegriff und der des europäischen Primärrechtseuropäische überschneiden sich daher größtenteils. Der bedeutsamste Unterschied liegt darin, dass auch Beamte, Richter und Soldaten dem Arbeitsnehmerbegriff des Art. 45 AEUV unterfallen[78]. Allerdings kennt das Unionsrecht eine Bereichsausnahme in Art. 45 Abs. 4 AEUV, das Beschäftigte in der öffentlichen Verwaltung wieder aus dem Anwendungsbereich des Art. 45 AEUV ausnimmt. Diese Ausnahme ist damit zu erklären, dass es im hoheitlichen, sicherheitsrelevanten Bereich des Staates, etwa Militär, Polizei, Steuerverwaltung, Auswärtiger Dienst, sensible Bereiche gibt, in denen der Staat eigene Staatsangehörige bevorzugen darf. Diese Ausnahme ist aber sehr eng auszulegen, etwa fallen Schiffskapitäne trotz der ihnen zustehenden polizeilichen und personenstandsrechtlichen Befugnisse nicht darunter[79].

Das sekundäre Unionsrecht kennt keinen einheitlichen Begriff des Arbeitnehmers[80]. Einige Richtlinien etablieren einen eigenen Arbeitnehmerbegriff, so etwa die RL 2003/88/EG

63 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 17; *Junker* (Fn. 1), Rn. 100; *Waltermann* (Fn. 14), § 4 Rn. 55 f.
64 Dazu oben IV. 3. a).
65 Beispiel nach *Waltermann* (Fn. 14), § 4 Rn. 55.
66 BAG, 7.3.2002, 2 AZR 173/01, NZA 2002, 963, 964.
67 *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 4.
68 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 19; *Brox/Rüthers/Henssler* (Fn. 1), Rn. 50.
69 Vgl. *Richardi* NZA 2017, 36, 37; *Reinecke*, NZA-RR 2016, 393, 397 f.; *Baeck/Winzer/Kramer* NZG 2016, 20, 23.
70 *Brox/Walker* (Fn. 27), Rn. 133; *Musielak/Hau* (Fn. 27), § 5 Rn. 379.
71 *Junker* (Fn. 1), Rn. 101; Maties (Fn. 32), Rn. 2.
72 *Krause* (Fn. 1), § 2 Rn. 21.
73 *Kocher*, Europäisches Arbeitsrecht 2016, § 3 Rn. 21 ff; *Thüsing*, Europäisches Arbeitsrecht 2017, § 2 Rn. 12, 18.
74 EuGH, 19.6. 2014, C-507/12 – *Levin*, ECLI:EU:C:2014:2007 Rn. 12 ff
75 EuGH, 03.07.1986, Rs. C-66/85 – *Lawrie Blum*, ECLI:EU:C:1986:284.
76 EuGH, 15.12.1995, Rs. C-415/93 – *Bosman*, ECLI:EU:C:1995:463; EuGH, 16. 3. 2010, Rs. C-325/08 - *Olympique Lyonnais*, ECLI:EU:C:2010:143.
77 M.w.N. BeckOGK-*Maties*, § 611a Rn. 55.
78 *Thüsing* (Fn. 73) § 2 Rn. 17 f.; *Dütz/Thüsing* (Fn. 30), § 2 Rn. 34; BeckOGK-*Maties*, § 611 a Rn. 56.
79 EuGH, 30.09.2003, C-47/02 – *Anker* u.a., ECLI:EU:C:2003:516; EuGH, 30.09.2003, C-405/01 – *Colegio de Oficiales de la Marina Mecante Española*, ECLI:EU:C:2003:515.
80 Einen Überblick über die relevanten Sekundärrechtsakte findet sich bei *Löwisch/Caspers/Klumpp* (Fn. 7), Rn. 165.

(Arbeitszeitgestaltung), RL 92/85/EWG (Mutterschutz) oder die RL 98/59/EG (Massenentlassungen). Der EuGH legt die jeweils verwendeten Arbeitnehmerbegriffe im Lichte der jeweiligen Richtlinie und ihrer spezifischen Zwecke aus[81]. Die Rechtsprechung des EuGH ist jeweils bei der nationalen Umsetzung zu berücksichtigen. Andere Richtlinien verweisen dagegen auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff, z.B. die RL 2008/104/EG (Leiharbeit), RL 2001/23/EG (Betriebsübergang), RL 2002/14/EG (Betriebsräte). Relevant für Prüfungen ist insbesondere der Arbeitnehmerbegriff beim Betriebsübergang nach § 613a BGB[82]. Selbst wenn auf den nationalen Arbeitnehmerbegriff verwiesen wird, sind die Mitgliedsstaaten nicht vollkommen frei, sondern müssen die praktische Wirksamkeit (*effet utile*) des Unionsrechts gewährleisten. Das die Grundfreiheit der Freizügigkeit konkretisierende Sekundärrecht, wie etwa die RL 2014/54/EG und VO 492/2011 (Freizügigkeits-VO), verweist auf den Begriff des Art. 45 AEUV. Daher kann von *dem* europäischen Arbeitnehmerbegriff nicht gesprochen werden.

VI. Zur Kritik an § 611a BGB

Die Einführung des § 611a BGB wurde in Praxis und Literatur kritisch beobachtet[83]. Nach einhelliger Meinung hat sich die Rechtslage nicht geändert[84], was auch nicht die Intention des Gesetzgebers war[85]. Wohl aber sollte die Kodifikation höchstrichterlicher Rechtsprechung der Rechtsklarheit und Rechtssicherheit dienen. Hieran wird bemängelt, dass Rechtsklarheit nicht durch die Normierung von auf Einzelfallentscheidungen beruhender Leitsätze erreicht werden könne[86]. Stattdessen solle über eine umfassende Reform des Arbeitsrechts nachgedacht werden.[87]

Insbesondere sei mit dem § 611a BGB nichts gewonnen, da es letztlich auf eine Gesamtbetrachtung aller Umstände des Einzelfalls ankomme. Solchen Abwägungen sei aber immanent, dass es zu Abgrenzungs- und Wertungsschwierigkeiten komme[88]. Daher werde letztlich doch wieder auf die Kriterien der Rechtsprechung zurückgegriffen. Somit sei § 611a BGB keine „Blaupause" für die Bestimmung eines Arbeitsvertrags[89].

Unklar bleibt auch das Verhältnis von § 611a BGB zu § 106 GewO. Nach der Gesetzesbegründung zur Vorgängerversion soll § 106 GewO unberührt bleiben[90]. Im Gesetzeswortlaut schlägt sich dies nicht nieder. Tatsächlich weicht § 611a BGB von § 106 GewO ab. Danach kann der Arbeitgeber Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung, Ordnung und Verhalten im Betrieb nach billigem Ermessen näher bestimmen. Nach § 611a Abs. 1 S. 2 BGB soll sich das Weisungsrecht auf „Inhalt, Durchführung, Zeit und Ort der Tätigkeit" beziehen. Trotz Hinweises im Gesetzgebungsverfahren[91] bleibt ungeklärt, warum es einer erneuten, abweichenden Festlegung bedurfte und inwiefern Unterschiede bestehen[92].

Eindeutiger ist dagegen das Verhältnis von § 611a BGB zu den §§ 84 ff HGB, insb. zum § 84 Abs. 1 S. 2 HGB. Die Vorschrift wurde früher schon unmittelbar nur auf Handels-, Versicherungs- und Bausparvertreter angewandt. Im Übrigen wurde die Vorschrift ein allgemeiner Rechtsgedanke entnommen, der als Anhaltspunkt für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen diente[93]. Dies ist jetzt überflüssig, da §611a Abs. 1 S. 3 BGB an die Stelle des § 84 Abs. 1 S. 2 HGB tritt[94].

Dennoch wird das einseitige Abstellen auf das Weisungsrecht kritisiert. Zum einen finden sich Weisungsrechte bzw. Abhängigkeiten auch in anderen Verhältnissen als Arbeitsverhältnissen[95], namentlich im Werkvertrag. Dort ist nicht nur in § 645 Abs. 1 S. 1 BGB ein Weisungsrecht ausdrücklich geregelt, Werkverträge sind darüber hinaus häufig durch Festlegung von Ort und Zeit geprägt: Die Wand kann nur dort gestrichen werden, wo sie steht; ein Sonnenaufgang kann nicht mittags fotografiert werden[96]. Zudem verlieren die Bestimmung von Ort und Zeit durch die Flexibilisierung und Dynamisierung des Arbeitsmarktes[97] – insoweit seien nur die Stichworte Home Office und Gleitzeit genannt – mehr und mehr an Bedeutung. Zum anderen passt das von einem Subordinationsverhältnis ausgehende Weisungsrecht nicht in Zeiten zunehmender Kooperation: Arbeitgeber tendieren verstärkt zu freiwilligen Absprachen, statt den Arbeitnehmern etwas vorzuschreiben[98].

Überdies wird kritisiert, dass europarechtliche Entwicklungen nicht berücksichtigt wurden[99]. Wie jedoch oben bereits gesehen, gibt es keinen einheitlichen unionsrechtlichen Arbeitnehmerbegriff, sondern dieser variiert je nach Verwendungskontext. Daher wäre es wohl wenig zielführend gewesen, die vom EuGH herangezogenen Kriterien auch noch in den § 611a BGB zu integrieren. Gleichwohl verwundert, dass in der Gesetzesbegründung nur die Rede davon ist, dass „[s]oweit andere *Rechtsvorschriften* eine abweichende Definition des Arbeitnehmers, des Arbeitsvertrages oder des Arbeitsverhältnisses vorsehen, um einen engeren oder weiteren Geltungsbereich dieser Rechtsvorschriften festzulegen, bleiben diese unberührt"[100]. Es bleibt wohl dabei, dass man sich für die exakte Bestimmung des Arbeitnehmerbegriffs, wie er zur Umsetzung der verschiedenen europäischen Richtlinien verwandt wurde, weiterhin mit dem Instrument der unionsrechtskonformen

81 *Junker* NZA 2016, 184, 190 ff.
82 Zum Betriebsübergang siehe vertiefend *Junker* (Fn. 1), Rn. 133 ff.; *Dütz/Thüsing* (Fn. 30), § 10 Rn. Rn. 516; *Waltermann* (Fn. 14), § 19 Rn. 405 ff.; *Reichold* (Fn. 4), § 2 Rn. 5a ff.
83 Vgl. Fn. 1 *Schüren/Fasholz*, NZA 2015, 1473.
84 *Bauschke* öAT 2016, 69 (71).
85 Vgl. BT-Drs. 18/9232, S. 4; BT-Drs. 18/10064, S. 4.
86 *Richardi* NZA 2017, 36, 36; *Baeck/Winzer/Hies* NZA 2016, 415, 418; *Thüsing* NZA 2015, 1478, 1479; *Leister*, Arbeitnehmerüberlassung und Werkverträge: Eine Reform, die keine ist, *http://www.lto.de/persistent/a_id/19763/* (zuletzt abgerufen am 20.07.2017).
87 *Baeck/Winzer/Hies* NZA 2016, 415, 416.
88 *Baeck/Winzer/Hies* NZA 2016, 415, 418.
89 *Zaumseil* (Fn. 52).
90 BT-Drs. 18/9232, S. 31 f.
91 BT-Drs. 10/10064, S. 12.
92 *Bauschke* öAT 2016, 69, 70; *Baeck/Winzer/Hies* NZA 2016, 415, 416.
93 Junker (Fn. 1), Rn. 98; Reichold (Fn. 4), § 2 Rn. 16.
94 *Reinecke* NZA-RR 2016, 393, 395.
95 *Richardi* NZA 2017, 36, 39.
96 *Thüsing* NZA 2015, 1478, 1479.
97 *Schüren/Fasholz* NZA 2015, 1473, 1477.
98 *Richardi* NZA 2017, 36, 39.
99 *Bauschke* öAT 2016, 69, 69; *Zaumseil* (Fn. 52).
100 BT-Drs. 18/9232, S. 31; Hervorhebung nicht im Original.

Auslegung, die auch die Rechtsprechung des EuGH berücksichtigt, wird behelfen müssen[101]. Dieses Schicksal wird Studenten jedoch selten in der staatlichen Pflichtfachprüfung ereilen. Auch insoweit hat sich durch die Einführung des § 611a BGB nichts geändert.

Wird in der Literatur von dem europäischen Arbeitnehmerbegriff gesprochen, ist genau auf den Verwendungskontext zu achten.

VII. Fazit

Mit der Einführung des § 611a BGB gingen inhaltlich keine Änderung des Arbeitnehmerbegriffs einher. Die vom Gesetzgeber anvisierte Rechtssicherheit und Rechtsklarheit wurde nicht geschaffen. Ob Praktiker das freut, mögen sie selber beurteilen, sie stehen jedenfalls vor den gleichen Abgrenzungsproblemen wie bisher.

Für den Studenten ist vor allem wichtig zu wissen, dass § 611a BGB existiert. So sollte in Prüfungen als Rechtsgrundlage des Arbeitsvertrags richtigerweise § 611a BGB statt wie bisher § 611 BGB herangezogen werden. Vorteilhaft ist auch, dass die maßgeblichen Kriterien aus der Rechtsprechung des BAG nunmehr normiert sind. Auch sollten § 84 Abs. 1 S. 2 HGB für die Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer und Selbstständigen nur noch im unmittelbaren Anwendungsbereich der Norm, also für Handelsvertreter, herangezogen werden. Für die Abgrenzung bei anderen Berufsgruppen ist nunmehr der § 611a BGB heranzuziehen. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers sollte nicht mehr in § 106 GewO, sondern in § 611a Abs. 1 S. 2 BGB verortet werden.

In der Sache bleibt jedoch die in der Falllösung zu leistende Subsumtionsarbeit die gleiche. Da es nach wie vor auf eine Gesamtabwägung der Umstände im Einzelfall ankommt, müssen alle Angaben des Sachverhalts ausgewertet werden. Die maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung der Unselbstständigkeit sind nach wie vor die Weisungsunterworfenheit und die Eingliederung in eine fremdbestimmte Arbeitsorganisation.

Für den mündlichen Teil der staatlichen Pflichtfachprüfung könnte die Einführung des § 611a BGB allerdings willkommener Anlass sein, mit einem aktuellen Bezug in das Arbeitsrecht einzusteigen.

** Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht an der Philipps Universität Marburg bei Prof. Dr. Hans-Detlef Horn.*

[101] BeckOGK-*Maties* § 611a Rn. 55; *Lunk* NZA 2015, 1480, 1481; *Maties* (Fn. 32), Rn. 4; *Lieb/Jacobs* (Fn. 1), § 1 Rn. 42.

Does the Rule of Law operate to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations?

*Sophie Charlotte Stüben**

Recht als Quintessenz unserer Gesellschaft regelt nicht nur das Zusammenleben in dieser, sondern ist zugleich Spiegel für kulturell und moralisch (ehemals) vorherrschende Überzeugungen.
Dabei kann der durch diese Überzeugungen eingenommene Standpunkt des Rechts zu negativen Folgen für andere Sichtweisen und für Rechtssubjekte führen, die diesen gesellschaftlichen Normen nicht entsprechen.
Um solche Folgen offenzulegen und vermeiden zu können, ist es von äußerster Wichtigkeit, rechtliche Normen und deren Zusammenwirken im Rechtssystem kritisch auf deren Standpunkt zu überprüfen und zu hinterfragen.
Aktuell wird gerade am Beispiel der „Ehe für Alle" deutlich, wie wichtig ein solches Hinterfragen auch in der heutigen, (vermeidlich) modernen Gesellschaft noch ist.
Nach der Zustimmung von Bundestag und Bundesrat zur Gesetzesänderung, um die Ehe für gleichgeschlechtliche Partner zu öffnen, bleibt streitig, ob eine Verfassungsänderung hierfür nötig wäre. Also genaugenommen, ob diese Änderung dem Standpunkt, den das Grundgesetz einnimmt, wiederspricht.[1]
Eine solche kritische Analyse des Rechts hat sich unter anderem die feministische Rechtswissenschaft zur Aufgabe gemacht. Während diese als Grundlagenfach in Großbritannien und im anglo-amerikanischen Raum fester Bestandteil des juristischen Studiums ist, wird sie in Deutschland noch kaum gelehrt. Daher soll dieser Artikel eine kurze Einführung in die feministische Rechtswissenschaft geben.

I. Introduction

The Rule of Law is an important international ideal and often seen as a necessary criterion to achieve equality and justice within a state. As such, the topic of this paper seems irritating at first. Does the Rule of Law operate to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations?

Focusing on liberal, Western states, the author will show that the concept of the Rule of Law as a fundament of liberal theory represents the male perspective of this world, excluding all other views, especially the female one, which represents the contrasting gender to maleness as defined by society. The term of gender is referred to as the identity constructed by society, while sex relates to the biological differences.[2]

Then, as patriarchy traditionally refers to the domination of men over women,[3] the exclusion and suppression of women as a result of a male Rule of Law is analysed. Because the author is a German law student, the examples and laws referred to are based on German customs and regulations.

Furthermore, different concepts of feminist jurisprudence are presented, developing a basic direction for a possible solution towards a Law of Inclusion. The conclusion will underline how the Rule of Law legitimises and normalises dominant patriarchal power relations.

II. Brief thoughts on the Rule of Law

According to *Dicey's* criteria, the Rule of Law is a principle that binds actions of government to the law, in order to avoid arbitrary power.[4] It acknowledges that the same rules and jurisdiction applies to everyone,[5] and it determines constitutional law as the result of ordinary rules and jurisdiction, and with that as a result of the Rule of Law.[6] It provides the ideal that people will not be governed by the interests of powerful individuals, but by the law itself.[7]

In order to achieve that, *Fuller* then established eight formal principles, with which compliance of the general norms is necessary: generality, publicity, prospectivity, clarity, non-contradictoriness, conformability, stability, and congruence.[8] In summary, it means that there must be rules and people must be capable of following them.[9]

This can be seen as the instrumental face of the Rule of Law, where it is simply seen as an instrument in order to make a legal system work.[10] It further provides a (questionable) claim of law's pre-eminence, which carries the wish and hope of some to escape the uncertainty of politics.[11] While seeing the Rule of Law as completely apolitical, the complexity of modern governments and state structures is easily overseen.[12] Furthermore, the instrumental face does bear a much bigger problem: Seeing the Rule of Law only as an instrument to make a legal system work in general with no requirements for the content of norms, opens it up to base any kind of rule or

1 Hierzu interessant: *Hong*, Warum das Grundgesetz die Ehe für alle verlangt, VerfBlog, 2017/6/29, http://verfassungsblog.de/warum-das-grundgesetz-die-ehe-fuer-alle-verlangt/.

2 This does not have to mean that other than the biological differences have to come from these and cannot be produced through gender as well.

3 *Sultana,* Patriarchy and Women's Subordination: A Theoretical Analysis, 4 Arts Fac. Jour. 2010/11, 1, 2 f.

4 *Dicey,* Introduction to the Study of the Law of the Constitution, London 1908, 183 f.

5 Ibid., 189 f.

6 Ibid., 191 f.

7 *Radin*, Reconsidering the Rule of Law, 69 B. U. L. Rev. 1989, 781.

8 *Fuller,* The Morality of Law, London 1969, 33 ff.

9 *Radin* 69 B. U. L. Rev. 1989, 781, 785.

10 Ibid., 790.

11 *Aoláin/Hamilton,* Gender and the Rule of Law in Transitional Societies, 18 Minn. J. Int'l L. 2009, 380, 382.

12 Ibid., 382.

governance on it.[13] Thus, even patriarchal structures could easily comply with the Rule of Law.

In order to avoid this interpretation, *Rawls* thought of the Rule of Law as a requirement for liberty through applying formal justice to a legal system.[14] This shows a second, substantive face where the Rule of Law is required to achieve the goals of the social contract and is necessary for democracy, freedom, and fairness.[15] This substantive conception is furthermore the basis of liberal legalism.[16] Since most Western societies are based on liberal values and ideology, this substantive Rule of Law will be the one focused on in this paper. While at first glance it seems hardly possible that a conception based on fairness could support dominant patriarchal power relations, a deeper look into basic structures of liberal societies is necessary.

III. Is the Rule of Law male?

First of all, the question arises what exactly patriarchy means in the context of liberal societies. More than the pure dominance of a male in a family, patriarchy in this sense is male dominance over females through a system of social practices and structures.[17] This means that women are excluded and suppressed, hence they are not seen and treated equally to men.

But is such a system of male dominance in place in liberal Western societies? Society in liberal ideology is based upon the *separation thesis*: Human beings are not connected, but distinct from each other, before anything else they are individuals.[18]

1. Liberal theory

Liberal legalism sees this separation as a form of freedom and autonomy. As people are separated, they are free of each other and as such autonomous. Thus, all people are equally free, as this applies to everyone in society.[19] This individual freedom and equality must be respected by others and by the government, so that individuals can base their life on their own values, as long as they do not interfere with the equality and freedom of others.[20]

This defines that liberalism in this form has the same meaning as the Rule of Law it is based on: The interference of the state is restricted to enforce the same rules for everyone, while the rights of an individual find their limit where they cross the rights of another person.[21] With that, the chances of conflict are high. Conflict in its greatest form can even lead to annihilation, which is the greatest fear in liberal theory.[22] As autonomy is the value and the fear of humanity at the same time, it is also the only value all people have in common.[23] Keeping the balance between the different autonomies is the duty of the liberal state, which relies on the concept of the substantive Rule of Law shown above. In liberal society, this is the official story of how society is structured.

With that, the human image of the separation thesis is as well the foundational perspective of law in a liberal state. As all humans are equally free, they all have a right to be formally treated equally, irrespective of their sex or gender.[24] But is this image of the human being described in liberal theory true for everyone? Especially for women?[25]

2. Feminist theory

According to feminist theory, women are not separated, but materially connected to other humans whereas men are not.[26] This connection of women to others appears physically directly through pregnancy, breast feeding and heterosexual penetration, as well as emotionally and psychologically as a result of these experiences.[27] Furthermore, as women usually raise children, girls see themselves guarded and cared for by someone of the same sex / gender they can identify with, while boys experience a difference and separation to their caretaker while growing up and building their identity.[28]

This leads to two different views on how the world is experienced by men and women that contrast each other.[29] However, in feminist theory, there is an official and an unofficial story to the experience of women, which are both based on the *connection thesis*.[30]

The dominant one is the one of cultural feminism[31]. Prior to a material connection, this view focuses on the psychological and emotional connection women feel towards others. Because of that they are supposed have a different sense of morality and view on the world than men.[32] This is seen as the main result of women usually being the caretakers for children, where women develop an ethic of care for others, which leads to a strong sense of community. People are part of each other, they are connected.[33]

---

13 *Aoláin/Hamilton* 18 Minn. J. Int'l L. 2009, 380, 385.
14 *Rawls,* A Theory of Justice, Cambridge and Massachusetts 1972, 235 ff.
15 *Radin* 69 B. U. L. Rev. 1989, 781, 791.
16 Ibid., 792.
17 *Sultana* 4 Arts Fac. Jour. 2010/11, 1, 2 f.
18 *West,* Jurisprudence and Gender, 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 2.
19 *Becker,* Patriarchy and Inequality: Towards a Substantive Feminism, 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 32; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 5.
20 *Rawls,* Political Liberalism, New York 2005, 78 f.; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 6.
21 *Hayek,* Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung, Tübingen 2002, 74.
22 Ibid.; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 7.
23 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 8.
24 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 33.
25 The category of *woman* is used an one example to show how the definition of humans in liberal, Western theory can lead to negative effects for law subjects not included in it.
26 *Gilligan,* In a Different Voice, Cambridge, Massachusetts, London 1982, 24, 38 ff.
27 *Chodorow,* Das Erbe der Mütter, Munich 1994, 23 f.; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 16*;* The Differences in Women's Hedonic Lives: A phenomenological Critique of Feminist Legal Theory, 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 210.
28 *Chodorow* 1994, 143 f.; *Galtung,* Frieden mit friedlichen Mitteln, Opladen 1998, 84; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 16; 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 210.
29 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 14.
30 Ibid., 19.
31 *Gilligan* 1982, 1 ff.
32 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 15 f.
33 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 17.

That is supposed to be the basic difference between men and women from which every other difference in thinking develops.

Therefore, women feel responsible for others rather than to have a right to be autonomous of the other.[34] This intimacy and the described ethic of care are the main values that come naturally to women, because their view is based on the connection thesis.[35] On the other side, what is feared most by women, is to be separated from the humans they feel connected to, which can lead to problems regarding independence. There is a constant tension between separation in adult life and the thriving for connection.[36]

Cultural feminism sees the human image of the liberal theory as not fitting for the women view and because of that as male-biased.[37]

Radical feminism, instead, tells a contrary story. Rather than longing for connection, women experience connection as something invasive and intrusive. In this world, women would "get fucked" and men "fuck", symbolising the suppression of women through sexuality.[38] Like work in Marxism, sexuality would be the thing that is mostly taken away from women, while it is in fact their own.[39] Pregnancy is seen as an injury, an invasion of the female body through the foetus that is highly dangerous.[40] Thus, sexual intercourse is also seen as an invasion because the physical boundaries of a woman get dissolved during it. With that, the boundaries of the body get violated, which would always be a form of abuse.[41]

This already shows that radical feminism focuses more on the material side of the connection to others. Accordingly, women are oppressed by the intimacy and this connection. They secretly long for liberation from it and want the freedom and autonomy they fear according to cultural feminism.[42] If this was true, they are suppressed and lack power, which would be necessary to increase for them in order to achieve equality.[43]

With that, liberal theory assumes an autonomy for all humans, which women simply do not have and is therefore male-biased.[44]

3. The Rule of Law as the male perspective

According to these theories, humans are threatened by intimacy, because it is a danger to their autonomy, and females feel threatened by separation, which thrives against their natural longings.

Following from this contradiction it can be said that liberal theory, while speaking of the human as subject of the separation thesis, actually refers to the way in which males experience and see the world. The way women see it - relational instead of autonomous -[45] is left out and not taken into account. While men want to be autonomous, but still long for connection, the whole structures of liberal society and the law are based upon the separation thesis and with that are aligned to their worldview. This means, that the liberal system of social practices is based entirely on the desires and fears of men.

Although the made differentiation between the separation thesis as the male view and the connection thesis as the female one is one that is true for many individuals, it cannot be generalized for all human beings belonging to one of the sexes / genders. As humans are all individuals, there are many reasons why and how a person develops. The made differentiation is used as an example for the majority of society.

Since liberal theory is based on a conception of the Rule of Law as a fundament for freedom and democracy to achieve equality and fairness for all humans, it is based on a conception of the Rule of Law that enquires these values for men; as humans referred to in liberal terms are, as shown above, generally men.

Because of that, this Rule of Law is, indeed, male. The laws which are set in advance are based on a male view and work to enforce male goals of autonomy. Having that in mind, it seems possible that a conception of the Rule of Law with the content of fairness could operate to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations.

IV. Results of a male Rule of Law

To find out whether this supposition can be confirmed, it is important to focus on the results that follow from a male Rule of Law.

1. ReProduction[46] of patriarchal structures

Law structures liberal society and sets the rules for the coexistence of humans after the fictitious, theoretical construction of the social contract. In law, power relations and the worldview of a society are represented.[47] While law captures the ground rules of politics, the state uses them to make humans its subjects by giving them a collective identity.[48] Individuals are citizens of a state, they belong to it. Because of that it is *their* state, *their* law system, and *their* culture.

---

34 *Gilligan* 1982, 38 ff.
35 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 18.
36 Ibid., 19.
37 *Baer,* Our Lives Before the Law: Constructing a Feminist Jurisprudence, Princeton 1999, 41 (who refers to this as character jurisprudence).
38 *MacKinnon,* Towards a feminist theory of state, Cambridge, Massachusetts, London 1989, 4 ff.; *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 13.
39 *MacKinnon* 1989, 3.
40 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 30.
41 *Dworkin,* Intercourse, 154.
42 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 35.
43 *MacKinnon* 1989, 3 ff.; *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 180 f.
44 *Baer* 1999, 41 (who reffers to this as situation jurisprudence).
45 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 211.
46 *Elsuni,* Zur ReProduktion von Machtverhältnissen durch juridische Kategorisierung am Beispiel „Geschlecht", In: Wissenschaf(f)t Geschlecht, Königsstein, Taunus 2007, 133 ff. (the way of spelling emphasises that law not only produces, but reproduces it).
47 *Buckel/König,* Körperwünsche im Recht – Zur Vermittlung von Rechtstheorie und Psychoanalyse, In: KZ 2009, 337.
48 *Hark,* Durchquerung des Rechts – Paradoxien einer Politik des Rechts, In: Queering Demokratie, Berlin 2000, 28, 42.

This means that, before law structures politics, it structures the imaginationff of it.[49] As law shows how a society sees things, it is furthermore a particular perspective on the world and on politics.[50] Plus, it endorses the vision on how a society wants the world to be, how the society itself should be structured.

Taking this into account, a reciprocal effect can be seen: Humans transfer their values and visions into law, which then structure the society they live in. As such, it shapes the world around them. Their surroundings, which are shaped by their values, reflect these constantly. With that, law influences the values, visions, and identity of the humans.[51] It constructs the human experience of the self and becomes a form of self-awareness.[52] Through that reciprocal effect, law R*e*Produces the structures, views, and power relations of a society. This means, that the consequence of a male Rule of Law is a constant ReProduction of male-centred views and values through the law into society and into the minds of the liberal state's subjects.

This can explain why in liberal Western societies nowadays hardly any woman is against equal rights for women and men, while most of them would not consider themselves being feminists. The term "feminist" still has a negative overtone and is accompanied by generalizing biases, such as "feminism is always radical" and "feminists are always against men". Growing up in a male-centred society, where the feminist view has taken a completely different view on the world, it is a first impulse to be against something that contradicts the values that influenced one's identity subliminally and unknowingly for an entire life. Patriarchy is not only social structures and actions, but also a belief.[53]

This ReProduction and definition of subjects by the law, who underlie the structures that they influence at the same time, happen according to these structures.[54] Because of that, the law produces its own subject that only with coming into the law becomes a subject of the law itself,[55] while it legitimises the rule of laws at the same time.[56]

For sex / gender, German law presumes heterosexuality and the division into men and women ("*heterosexual matrix*")[57], which can, for instance, be seen from the fact that the institution of marriage is defined as a bond between a man and a woman or that terms such as "men", "women", or "sex" are not defined, but presupposed to be known.[58] Practicing law is part of producing sexed / gendered identities by defining the terms and definitions of law through judgements, law theory as well as jurisprudential publications and discussions of society, that find its way into written law via legislature processes.[59] With that, an already defined understanding of sex is laid at the bottom that is supposed to be the natural one.[60]

From these alleged natural biological differences, the gender identity is constructed.[61] Because of the subject being mirrored as its allegedly natural self as a subject of the law, the law conceals the ongoing power relations,[62] while it ReProduces the subjects in context with the power hierarchy dominating in society.[63]

The problem is that this leads to constructed identities by definitions that society found to be natural and that are influenced by the power hierarchy of the society while law claims to be neutral when, indeed, it is not.

It will be necessary to include the complexity and views of subjects that are so far excluded from the law definitions.[64]

To address discrimination and to proceed against it, anti-discrimination laws seem a good starting point. As this part of law always uses different features of possible discriminations, as race for example, it is impossible abstain from further constructing and ReProducing identities with these laws.[65] Therefore, these jurisprudential and political categories of identity need to be constructed in a way that acknowledges the necessity of adjusting and developing these categories and keeps questioning the social meaning behind them.[66]

To truly and effectively do that, it would be important to not only question them from within, but also from the outside.[67] Consequently, it is not only relevant to question the social content of the category *woman* for example, but in addition to have a look at the relations and correlations of sex, gender, and sexuality and the effects they cause.[68] Moving away from a fixed image of sex and gender, towards a view of gender as performance can open these definitions up for any possible other subject of the norm, e.g. transsexuals and transgenders.[69]

Because law applies to every individual in a society, regardless of its origin, it seems more than necessary that definitions stay flexible, in order to include all subjects as who they are and who they want to be.

As society and its people are constantly changing, so should the law. ReProducing patriarchal structures that benefit only some of its subjects and leaves the others with the biggest

---

49 *Haltern,* Recht und soziale Imagination, In: Rechtsanalyse als Kulturforschung, Hamburg 2012, 89, 91.
50 Ibid., 93.
51 *Buckel,* Subjektivierung und Kohäsion, Weilerswist 2007, 203.
52 *Cassirer,* Versuch über den Menschen. Einführung in eine Philosophie der Kultur, Hamburg 1996, 291; *Haltern* Rechtsanalyse als Kulturforschung, 89, 94.
53 *Henderson,* Law's Patriarchy, 876 Scholarly Works. Paper 1991, 412.
54 *Butler,* Das Unbehagen der Geschlechter, Frankfurt Main 1991, 16.
55 *Hark* Queering Demokratie, 28, 39.
56 *Butler* 1991, 17.
57 Ibid., 63 ff.
58 *Elsuni* Wissenschaf(f)t Geschlecht, 133, 136.
59 *Buckel/König* KZ 2009, 337, 340.
60 *Butler* 1991, 16.
61 *Elsuni* Wissenschaf(f)t Geschlecht, 133, 136.
62 *Hark* Queering Demokratie, 28, 39; Beger/Baer/de Silva-*De Silva,* Recht und Rechte: Zwischen legaler Anerkennung und kultureller-politischer "Revolution" – Ein Podiumsgespräch, In: Queering Demokratie, Berlin 2000, 182, 186.
63 *Elsuni* Wissenschaf(f)t Geschlecht, 133, 136.
64 *Elsuni* Wissenschaf(f)t Geschlecht, 133, 139.
65 Beger/Baer/de Silva-*Beger* Queering Demokratie, 182, 200 f.
66 *Butler* 1991, 21; *Elsuni* Wissenschaf(f)t Geschlecht, 133, 142.
67 *Cossman,* Gender Performance, Sexual Subjects and International Law, 15 Can. Jour., 281, 286 f.
68 Ibid., 286 ff.
69 Ibid., 289.

disadvantages is not acceptable, because all subjects are supposed to be equal in front of the law.

2. Division of society into public and private

The Rule of Law does not only ReProduce existing power relations through the law system based on it, but guarantees individual autonomy to a certain level as a free space from interference, where everyone can live according to their own values. This level of autonomy is best described as the private sphere in which the state is supposed to have no say.[70] Because of that, the male Rule of Law induces this autonomy's invisibility while focusing more on the public sphere where the laws can be applied more easily.[71]

Historically, the men's sphere was the public one as men were in all the leading positions of society[72] while women were banned by men into the private sphere,[73] being denied women's suffrage for most of time. The classic family is a male dominated one as in the traditional meaning of patriarchy.[74]

Throughout history, patriarchal structures have been in place in almost all of today's liberal societies of the Western states. For most of the time, men and women did not have same rights, legally as well as culturally. There are many theories why patriarchy established, starting with the belief that it is the natural hierarchy of men and women,[75] over male's fear of other men[76] to the biological differences of the sexes.[77] These aspects cannot be taken into deeper account in this paper. Relevant for the following is the fact of their establishment.

While today in most liberal states women have formally equal legal rights as men do, the private sphere is often still very traditionally (in this sense meaning patriarchal) embossed. Autonomy as underlying value and goal in liberal society creates a blind spot of the Rule of Law in the private sphere,[78] making it possible that dominant patriarchal structures in private are legitimate as a result of individual autonomy. Even though the liberal state tries to influence the private, and does so to a certain extent, for example through family and tax laws, it can only do that to a limited degree, as any interference with privacy is equated with coercion.[79]

Even to the part that the state officially protects women from these patriarchal structures through laws, the main problem is how these can be enforced. As the private sphere is neither supervised nor public, many acts of violence are not reported or recognized by the outside, while victims of domestic abuse are often too scared or caught up in the dominant structures they live in to seek help. Furthermore, the more actions belong to the private sphere, the harder it is to prove that they were violent and not consensual. A result from the male view is that the private is ruled by autonomy and with that is seen as based on free decisions of the involved individuals.

a) Rape

This is one of the main problems occurring with rape. Since the law in Germany was reformed in 2016, it is now defined as intercourse with missing consent, § 177 I, VI 2 Nr. 1 StGB[80]. This missing consent is hard to prove in court. Especially, when it happens between people who already have an intimate relationship or people who often consent to intercourse, who have the reputation to do so, as prostitutes do, or who have consented shortly before hand but who do not anymore during the actual penetration. In liberal, male embossed society, there is a tendency to be of the opinion that such people typically consent with intercourse, except when they express strongly otherwise.[81]

Still, there has been a positive development, as violence in private sphere was not recognized as such for a very long time, which is shown best by the example of martial rape which was not seen as a crime for most of time (in Germany it is punishable since 1997).[82] Moreover, instead of seeing rape as a violation of the reputation of the husband or the family of a wife, in Germany it is acknowledged as violation of sexual self-determination of the raped woman since 1973.[83] According to the new law, a "No" always counts as one now and cannot be seen as a "Yes" anymore. In addition, the protected subject of the norm is articulated as gender neutral.[84] The general image of the criminal code, however, still pursues a male view.

If it is rape for the woman, but sex for the man, the law will usually see it as sex as well.[85] Even though this is necessary according to the *in dubio pro reo* principle, it can still be problematic for the victim.

In case a woman cannot prove the missing consent, society presumes it was conventional intercourse and the woman is seen as uninjured.[86] This leaves many victims in an even worse position than before. While having gone through something horrible and unjust, they now have the responsibility to proof their side of the story, even though they did not want it to happen at all. They carry the responsibility and the pain of the crime of their penetrator. This can hardly be in consent with a Rule of Law based on fairness. Still, *in dubio pro reo* is one of the most important principles of our legal system and should not be revoked.

As the missing consent is part of the elements of crime (in German "Tatbestand") of rape, if the offender is mistaken about it, it may lead to impunity (because of a "Tatbestandsirr-

70 *Hayek,* Die Verfassung der Freiheit, Tübingen 2005, 185; 2002, 71.
71 *Aoláin/Hamilton* 18 Minn. J. Int'l L. 2009, 380, 386.
72 *Ludwig,* Geschlecht, Macht, Staat, Opladen, Berlin, Toronto 2015, 21.
73 *Baer* 1999, 94.
74 *Sultana* 4 Arts Fac. Jour. 2010/11, 1, 2.
75 *Ludwig* 2015, 21; *Sultana* 4 Arts Fac. Jour. 2010/11, 1, 3.
76 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 24.
77 *Ludwig* 2015, 22; *Sultana* 4 Arts Fac. Jour. 2010/11, 1, 4.
78 *Aoláin/Hamilton* 18 Minn. J. Int'l L. 2009, 380, 388.
79 *MacKinnon* 1989, 190.
80 German Penal Code.
81 Ibid., 175 ff.
82 Foljanty/Lembke-*Lembke,* Feministische Rechtswissenschaft, Ein Studienbuch, Baden – Baden 2012, § 11 Rn. 9; BGBl I 1997, 1607.
83 German Bundesgesetzblatt (BGBl) I 1973, 1725, 1727.
84 Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-StGB-*Frommel,* Baden-Baden 2013, § 177 Rn. 27.
85 Ibid., 180.
86 Ibid.

tum"[87]).[88] Consequently, tactics of the defence are trying to show how the victim failed to express the missing consent properly, interpreting all possible social behaviours, like dancing for instance, in a light of invitation for intercourse.[89] A possible compromise between the male and the female view could be the criminal liability of negligence for sex crimes, where certain signs of the victim should definitely be interpreted as a "No".[90]

b) Violence

Such violence against women in the private sphere, like rape, is an enormous legitimation problem for the liberal state, as it cannot provide the safety it is supposed to provide for its subjects. While this violence would require intervention, although the private sphere should – according to liberal theory - be free of interference,[91] protection from the state against other individuals has to be ensured.[92] As this is often not the case, it opens the door, not only for physical violence, but for structural[93] and cultural[94] violence as well.

aa) Structural violence

Structurally, women are often dependent on their husband's/ partner's income, especially when they are the primary caretakers of their offspring. While, in Germany, a woman does not have to pay into the stately pension fund as a housewife and usually does not do so (cf. §§ 1, 2 SGB[95] VI), she receives no entitlement to a stately pension (cf. § 9 II SGB VI). In contrast, somebody who gets paid by her husband to do this job, e. g. a maid or a cleaner, pays a certain percentage of their earnings into that fund and is therefore entitled to a pension afterwards.

A housewife could voluntarily pay into the pension fund, § 7 I SGB VI. This would need to be done by her husband, as she is not earning anything, which again makes her dependent on him. To a certain percentage, situations like raising the children (until they are one year old) entitle to a pension as well, § 3 Nr. 1 SGB VI.

Also, the economic value of her work is considered in the calculation to a certain extend.[96] While raising a child takes much longer than one year, there is the possibility to entitle a housewife to a part of the pension her husband receives, calculated on how much a housekeeper employed by them would receive, while they are still married.

As there are many possibilities in case of divorce, e. g. the pension rights adjustment, § 8 SGB VI, or the splitting of pensions, §§ 120a ff. SGB VI, it still sometimes seems to be forgotten, that a woman can be structurally dependent on her husband within a marriage and that this can lead to a form of domination as well.

Still, § 1356 I BGB[97] changed from announcing that housework is the wife's duty to that the spouses may decide together about who or if both should be in charge of this duty. In § 1356 I 2 BGB the responsibility over the household is given to the person which it has been allocated to, not who independently took responsibility for it. In combination with § 1356 II BGB it becomes clear, that the important fact for the law as mirror of the view of society remains who is gainfully employed.[98] Even though the image of a traditional, patriarchal family, where the wife has the duties of the household and therefore is more bound to the private sphere, is abolished through today's version of § 1356 BGB, there is no new image in place. On the one hand, that can be beneficial to the feminist agenda as it makes space for all different kinds of families, regulating their private sphere. On the other hand, there is a tendency that if a wife is "only" a housewife, her work is not valued as real work.[99]

While it is important that women have the freedom to decide whether they want to do the housework or not, it is equally important that, if they choose to do so, it is recognized as real work and does not expose them to their husbands' good will. The same should of course be true if the husband does the housework. Advancing the law and the image it transports to more equality between being gainfully employed and doing housework is an important step against structural violence between the sexes in liberal society.

bb) Cultural violence

The legitimation and normalisation of such structural or physical violence through cultural aspects, such as religion, language, or symbolisms, is cultural violence.[100]

Historically, the dominant religion in most Western liberal states has been Christianity. With Eve being responsible for humans having to leave paradise[101] or the fact that women in the catholic church still cannot become priests,[102] an image of inequality between the sexes has been established and has been part of promoting and normalising the traditional, patriarchal family.

In the bible, God explicitly says to Eve: "Your desire will be for your husband, and he will rule over you."[103] This passage creates a picture which regards the husband and father as the responsible head of the family and the wife subordinated to him. The traditional family has been structured in coherence with that picture (almost) throughout human history.

---

87 Mistake of fact.
88 Foljanty/Lembke-*Lembke* § 11 Rn. 18.
89 Ibid.
90 *Stenvaag,* Fahrlässige Vergewaltigung, Streit 2006, 99 ff.
91 Ibid., 191.
92 Ludwig/Sauer/Wöhl-*Sauer,* Staat und Geschlecht, Baden-Baden 2009, 61 ff.
93 *Galtung,* Strukturelle Gewalt. Beiträge zur Friedens- und Konfliktforschung, Reinbeck 1975, 15 ff.
94 *Galtung* 1998, 341.
95 German Sozialgesetzbuch (Social Code).
96 *Schmidt-Bens,* Meilensteine in der Entwicklung der rechtlichen Stellung der Frau in Deutschland seit dem Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten, ZFam 2016, 1118, 1121.
97 German Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code).
98 *Adomeit,* Hausarbeit: Männersache!, NJW 1996, 299.
99 Ibid., 300.
100 *Galtung* 1998, 341.
101 Genesis 3:1 ff.
102 *Johannes Paul II* Mulieris dignitatem, No. 26.
103 Genesis 3:16.

As another part of culture, German language is traditionally very masculine orientated. Especially the official terms of language used in public offices or in law often used masculine forms of a word in which women were meant to be included as well,[104] supporting a patriarchal view of the relationship between men and women. With § 1 S. 2 BGleiG[105] in 2001 this has changed towards efforts of using a language that is including both sexes in a fair manner. Even though this is a good step in the right direction, there is still a lot of inequality in German language, e.g. towards trans-gendered people. It would go beyond the scope of this paper to demonstrate the current discussion about gendered-language. Important to notice, is that cultural violence can be demonstrated by language as well and that it does so, too.

Through the unguardedness of the private sphere, a male Rule of Law creates the possibility of a free space for structural and cultural violence. Furthermore, because the male view is the basis of what the male Rule of Law is transporting, it leads to other male-centred views, such as the ones transported through Christianity or language, being reviewed as normal and legitimate even more than they already are because of their deep roots in tradition.

c) Abortion

Another consequence of the division of society in public and private can be seen in the discussions about abortion. Part of the autonomous rights of an individual are the ones to decide over its own body. Art. 2 I GG[106] defines a freedom of action to evolve one's personality as long as it does not hurt the rights of another individual or is against the constitutional legal system or a moral law. As a consequence, if a foetus was only seen as a part of the body of the mother, she would be free to have an abortion and to decide over the foetus as part of her rights of autonomy in the private sphere.[107]

As the *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)[108] sees the foetus as a proper, independent human being, which allows the state to intervene with the mother's rights.[109] While having an abortion can be justified under certain requirements (§ 218a II, III StGB) or can exempt from punishment when done within the first twelve weeks of pregnancy after a professional consultation (§ 218a I StGB), it remains to be generally forbidden. It is claimed by the BVerfG that the protection of the life of the foetus is more important than the rights of the mother to evolve her personality through having a baby, for instance, since the foetus' life would be completely banished.[110] To show that the state officially disapproves of the latter, it is deemed to be necessary to keep the culpability for abortion in general.[111]

It is controversially discussed by lawyers, physicians, and philosophers alike, from which point onwards a foetus can be seen as a human being, which then enjoys protection by law. There are many different possible opinions, starting from insemination, nidation, to certain development in nerve systems and organs, ability to survive outside the womb of the mother, to even birth and stadiums after that.[112]

Still, the BVerfG sees the foetus as a law subject with equal rights to its mother as early as its nidation,[113] leaving the important fact unnoticed that the level of protection of its life could very well vary according to the stadium of the foetus and according to how dependent it is on the organism of its mother.[114]

Plus, as a pregnancy brings extreme physical and psychological changes and it is a situation that cannot be compared to anything else, it seems unreasonable to take away the right of a woman to decide over it herself, especially when court decisions are/were made mostly by men.[115] Then again, the court is contradicting itself with allowing abortion in the first twelve weeks of pregnancy, while saying that the right to live of an embryo is more important than the self-determination of the women over her body. Furthermore, this constitutes an inception in the German law system, where normally it cannot be justified that somebody must take high burdens, especially for the inviolability of the body, to help somebody else.[116] Imagining a state issued coercion to donate organs or transfer blood, for instance, seems absurd.[117]

In contrast to this, it is astonishing that it is expected of a woman to carry out a foetus for nine months, which is physically linked with weakness, extreme changes of the body, and pain, and then to have legal responsibility for the child for another eighteen years;[118] impairing the woman's rights, articulated in Art. 2 I and Art 1 I GG as well as international human rights charters - not to mention the social consequences like having to take cuts in the career and much less time for self-development and social contacts. This demonstrates vividly how women are not included in the term "human being" of the separation thesis (as analysed in III. 4.).[119]

In addition, it displays that the right to have an abortion is seen more as a private privilege than a public right to no interference. It is to a certain extend legalised but not completely decriminalised.[120] Following from this is that women don't seem to have the same privacy men do.[121] The split into public and private sphere does not guarantee an autonomous, self-defined life for women where they can live according to their

104 Amtliche Begründung zum BGleiG, Art. 1, Abschnitt 1, zu § 1.
105 German Bundesgleichberechtigungsgesetz (*gender equality law*).
106 German Grundgesetz (German Constitution).
107 BVerfGE 39, 1, 42.
108 German Constitutional Court.
109 Ibid.
110 Ibid., 43.
111 BVerfGE 88, 203, 279.
112 *Sacksofsky,* Präimplantationsdiagnostik und Grundgesetz, KJ 2003, 274, 276.
113 Cf. BVerfGE 88, 203, 251.
114 BVerfGE 39, 1, 80.
115 Foljanty/Lembke-*Wersig* § 9 Rn. 2.
116 *Sacksofsky* KJ 2003, 274, 286.
117 Ibid.
118 BVerfGE 39, 1, 79 f.
119 As well *Sacksofsky* KJ 2003, 274, 286.
120 *MacKinnon* 1989, 192 (Her description of how abortion is seen in the United States after the judgment on Roe v. Wade perfectly fits to the view of the BVerfG.).
121 Ibid., 191.

own desires and values. It rather leads to their suppression, as inequality through patriarchal structures would need public interference.[122]

While it might not seem to make a big difference at first whether abortion is illegal in general, but exempt from punishment within the first twelve weeks of pregnancy, or legal in general for the first three months and unlawful after that, one should keep in mind that the valuation the legal system provides, has a huge influence on society's view on a topic and with that on cultural valuations of actions.

V. Conclusion: How the Rule of Law operates to legitimate and normalise dominant patriarchal power relations

Throughout this paper, it has been shown that the Rule of Law as used in liberal theory is male and operates through its consequences to legitimise and normalise patriarchal structures in liberal society. As the male view is the fundament of society, these patriarchal structures are the fundamental, dominating ones as well. Setting different groups into relation according to their power, these structures show the power relations between the sexes / genders. Because of that, it can be said that the Rule of Law operates to legitimise and normalise dominant patriarchal power relations.

To analyse how women are excluded and supressed in the law system and society, and presenting possible ways to achieve equality, is the topic of feminist jurisprudence using feminist theory.

Within feminist theory, all views criticise the exclusion of women through the law that designs society.[123] But, furthermore, the different views have different opinions on whether and how that exclusion could be reversed and what the main reason for suppression is.[124] While radical feminist theory and cultural feminism have already been talked about in III. 2., the third one takes the viewpoint of liberal theory (III. 1.), wanting formal equality before the law for men and women.[125]

Liberal feminist theory sees that, through sexism, individuals feel pressured to fulfil certain roles that are required from males or females, regardless of the autonomous choice they would actually want to make themselves.[126] From their point of view, women share the same liberal human attribute as men: They want autonomy to act on their own values, creating the best possible outcome for themselves.[127] As the problem then is that women are not seen and treated as equal by the law, their solution is *formal* equality, meaning that comparable individuals are supposed to be treated similarly, regardless of their sex / gender.[128] As this is judicially manageable and applies to the general view in liberal theory,[129] it is the common way to address the issue of discrimination in Germany as well, for example through the AGG[130]. But as the norm represents a male-perspective, it rather benefits women who adapt their selves to being "male" than to challenge the fact that the norm should rather include women's perspectives as well.[131]

This way, the patriarchal structures will stay the same. Furthermore, and even though these efforts for formal equality have been going on for some time now, inequality can still be derived from many facts like the pay gap between the sexes. It is not resolved because the problem lies deeper within the structures of liberalism and cannot just be solved in a normative way.

Thus, if complete formal equality was to be achieved, but women do not act like liberal feminism proposes only for their own selfish welfare, but because of their connection to life act for the welfare of others, complete formal equality could do more harm than good for them.[132] Consent must not be the basis for subjective happiness, especially if not everyone acts for their own welfare.[133]

Radical feminist theory on the other hand, basing everything on the power relationship between men and women, does not see the fact that sexual dominance of women has not to be the main reason behind patriarchy.[134] Patriarchal power relations could prevail even if some women accomplish to arrive more power on their own.[135]

In contrast to liberal feminism they see the problem in men and women being unequal; the women disempowered through sexuality should be made equal by the law and the state.[136] While sexuality plays an important part in the suppression of women, radical feminism alone cannot change it, as it focuses mainly on the hierarchic structures, while women's views are seen as only a part of it.[137] Not accepting that an objectively equal distribution of power does not always have to correlate with subjective happiness, they do not accept women's views when it contradicts their theory;[138] even though they claim that giving attention to women's view is of core importance for feminism.[139]

Because cultural feminism looks at the variety of social forces and cultural values that create inequalities and challenges them, it might be complex, but a possibility to include all different kinds of views.[140] Not only of men and different types of women, but different types of men or queer persons as well.

122 *MacKinnon* 1989, 191.
123 Ibid., 272.
124 *Réaume,* What's distinctive about feminist analysis of law? A conceptual Analysis of Women's Exclusion from Law, 2 Legal Theory 1996, 265, 273.
125 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 32.
126 Ibid.
127 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 160.
128 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 33; *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 151.
129 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 34.
130 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (general equality law).
131 *West* 55 U. Chi. L. Rev. 1988, 1, 11 f.; 15 Wis. Women's J. L. 2000, 149, 160.
132 *Chodorow* 1994, 23 ff., 45 ff.; *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 160 f.
133 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 161.
134 Cf. *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 39.
135 Ibid., 34.
136 *MacKinnon* 1989, 3; *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 180 f.
137 *MacKinnon/Gilligan* (speakers), Feminist Discourse, Moral Values and the Law – A Conversation, 34 Buff. L. Rev. 1985, 11, 74 f.
138 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 184.
139 *MacKinnon* 34 Buff. L. Rev. 1985, 11, 73.
140 *Becker* 1999 U. Chi. L. F. 1999, 21, 48.

By breaking the connection between sex and gender roles,[141] and focusing on communicating the views differing from the currently dominating male-centred one through developing a vocabulary to address and evaluate these views, [142] a cultural change[143] could be possible in which a critical legal method is adopted that focuses on widening the image of humans in liberal theory for inclusion of all other views like women or queer people.[144]

With that, the focus would lie on women's subjective happiness, meaning to focus the attention inwards on women's opinions instead of achieving it through outward aspects like more choices or more power.[145] Important for that change is to uncouple law from rigid definitions towards more differentiated ones through adopting a view of gender as performance for instance (see IV. 1.).

This way the dichotomy of sameness and differences between different individuals, that is created through the exclusion of other than male-centred views of the male Rule of Law, could be resolved, creating a cultural and political system of more equality. While doing this, it is important to focus on a human view that includes different views and not to focus on a specific women's view.[146] To achieve this, every person dealing with law should adopt a *multiple consciousness*[147], which allows them to be aware of the point of view the law takes and those which are not yet included. If the law was to be used accordingly, more just decisions would be made.

VI. Towards a Law of Inclusion

It is always difficult to address something that roots so deeply in the structures of society and with that something that is based in culture, as well as in the everyday life around a human being and in one's identity, because the first natural human instinct is to reject this extraneous, strange other view. The mind wants to stay on safe grounds and find new horizons only if they are based on the things it already knows.

Humans are so eager to reform and develop everything further and further that they stop questioning a certain basis, especially if that basis seems to have worked allegedly well for a long time. That is exactly what is happening to law in liberal societies. There is a certain eagerness to reform and develop it constantly.[148] New principles of justice and international law, new European laws, or debates on stricter criminal laws occur as soon as incidents happen that upset public society. The solution of problems is usually represented in newer, better, or stricter laws, instead of taking a step back and looking at the basis of it. For law in liberal society this basis is the male Rule of Law.

Although it might have appeared to be a good basis providing equality and fairness, it excludes views like the feminist view and perspectives of minorities. While law reforms are necessary and can be helpful - and German law has improved a lot towards more equality in the last years - those reforms have still not done enough.

Using feminist jurisprudence with a focus on cultural feminism as an instrument for a critical analysis to show the problems resulting from a male Rule of Law, work remains to be done in order to move towards a legal method of a Law of Inclusion. This means, towards an equal inclusion of all perspectives, and not against the male one. Furthermore, a focus should lie on giving more individual freedom to the views so far neglected. Taking more responsibilities should be left as a choice to the individuals, and it should not be something expected by society. Only then can it be distributed equally among all individuals.

Having more open definitions that include as many views as possible and regard gender as a performance, would be a possible step in such a direction. In addition, it is important to raise awareness for the fact that the alleged human view is male and the consequences that follow from it are too. A starting point would be to teach feminist jurisprudence as a fixed part of law studies, which is currently not the case in most universities in Germany. The first step towards a necessary cultural change is regarding new perspectives with an open mind and adopting a multiple consciousness.

** Die Autorin studiert Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau im siebten Fachsemester. Der Artikel basiert auf einer Arbeit, die im Rahmen des Seminars "The Rule of Law" von Prof. Dr. Poscher und Prof. Dr. Loughlin im Sommersemester 2017 entstand.*

141 *Fraser,* Justice interrupts: critical reflections on the „postsocialist" condition, London 1997, 61.
142 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 213 ff.
143 *Fraser* 1997, 15.
144 *West* 15 Wis. Women's L. J. 2000, 149, 213 ff. (who postulates that this should be the case for including the women's view. Being at this point other left out views can just as easily be included as well, taking it one step further.).
145 Ibid., 155 f.
146 *Baer* 1999, 38.
147 *Matsuda,* When the First Quail Calls: Multiple Consciousness as Jurisprudential Method, 11 Women's Rts. L. Rep. 1992, 7, 9.
148 Further: *Haltern,* Warum Rechtswissenschaft keine Wissenschaft der Politik ist, In: Senn, Marcel/ Puskás, Dániel (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Kulturwissenschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, Beiheft 115, Stuttgart 2007, 145 (The mind frame of law would be to develop reform in a rational way. This mind frame, however, does not question the basic principles inscribed into law.).

Ein Jahr in Ungarn studieren

-

ein Erfahrungsbericht

*Sarah Baukelmann**

A. Einleitung

Budapest war meine erste Wahl bei der Prioritätenliste für die Bewerbung des Erasmus+ Programms. Als ich die Zusage für das Stipendium an der Eötvös Loránd Universität (kurz: ELTE) erhalten habe, war meine Vorfreude kaum zu bändigen.

Neben der Lebendigkeit und Facettenvielfalt der Stadt, reizte mich die 1663 gegründete Universität nicht nur mit ihrem Prestige, sondern vielmehr mit dem breit gefächerten Vorlesungsangebot. Denn Juristen können, neben ihren Vorlesungen, auch Vorlesungen der politikwissenschaftlichen Fakultät besuchen, woraus sich einige Schnittstellen zwischen den Bereichen Recht und Politik ergeben und somit ist es auch wenig verwunderlich, dass viele Kurse - vor allem im Öffentlichen Recht - den Bezug zur aktuellen Politik herstellen. Spätestens seit der Flüchtlingskrise im Jahr 2015 und den folgenden Vorfällen an der ungarisch-serbischen Grenze kennt jeder den Ministerpräsidenten Victor Orbán, der auch Absolvent der Rechtswissenschaften der ELTE Universität ist.

Durch die politikwissenschaftlichen Vorlesungen erhalten die "Internationals" nicht nur einen Einblick in das ungarische Rechtssystem, sondern auch die politische Mentalität ungarischer Studierender und können landesinterne Konflikte besser verstehen.

Auf Grund der - aus Sicht der Westeuropäer – prekären politischen Lage innerhalb Ungarns, war es interessant und bereichernd diese Einblicke zu erhalten.

Nach drei Besetzungen des Landes, wobei eine brutaler als die andere war, wurde das Land erst im Jahre 1989 unabhängig. Die ersten freien Parlamentswahlen folgten erst ein Jahr später. Die heutige Verfassung, mit der sich die Studierenden auseinandersetzen, stammt von 2011 und ist am 01. Januar 2012 in Kraft getreten.

Unter dem Gesichtspunkt der „jungen“ Republik, lassen sich die politischen Geschehnisse und die Identitäts- sowie Richtungssuche der Regierung anders betrachten. Die Mentalität der Ungarn ist geprägt von der mehrmaligen Unterdrückung und Zerteilung ihres Landes. Die Diskrepanz zwischen Land und Stadt ist groß; beinahe kaum überwindbar. Die Skepsis gegenüber westlichen und arabischen Kulturen tief verwurzelt. Die Abneigung und das Bedürfnis zur Abgrenzung des „Ostens“ noch größer.

Die Kultur ist nicht nur überall in der Hauptstadt sichtbar, sondern genauso spürbar in der Mentalität der Landesbewohner.

B. Geschichte Ungarns

I. Die Türken

Knapp 150 Jahre besetzten und unterdrückten die Türken Ungarn. Bis heute sind die berühmten Budapester Thermalbäder aus dieser Zeit erhalten.

II. Die Österreicher

Doch auch die Befreiung durch die Habsburger hinterließ bleibende Eindrücke innerhalb der Stadt. Die Befreiung erwies sich als eine weitere Unterdrückung des Landes. Nach vielen Aufständen und einer erneuten Revolution dauerte es fast 200 Jahre, bis es zu einem Ausgleich mit dem österreichischen Königshaus im Jahre 1868 kam. Das architektonische Gesamtbild der Stadt ist durch den bekannten österreichischen Jugendstil geprägt.

III. Die unabhängige Republik

Der Glanz der k. u. k. Doppelmonarchie hielt nicht lange an, da das Land durch die Beteiligung an diversen Kriegen, die zu Niederlagen führten, an Reparationszahlungen gebunden war. Die schwächte die seit kurzer Zeit, 1918, bestehende unabhängige Republik. Innerhalb dieser Zeit verlor Ungarn viel Reichtum sowie Ressourcen.

IV. Der Nationalsozialismus

Ein weiterer Einschnitt stellt die Besetzung der Nationalsozialisten in Ungarn ab 1944 dar. Die ungarische Bevölkerung, die zum großen Teil auch aus Juden bestand, wurde entrechtet und ins Budapester Ghetto abgeschoben. Ab April 1944 wurden mehr als 400.000 Juden aus Budapest in Konzentrationslager deportiert. Unzählige Denkmäler erinnern an den Horror dieser Zeit. Wenn man am Donauufer entlangläuft, fallen gusseiserne Schuhe am Rand der Donau auf, die an die Erschießung der Juden in den reißenden Fluss erinnern. Inmitten der Stadt findet man das jüdische Viertel (XII. Bezirk) mit der weltweit zweitgrößten Synagoge und vielen koscheren Geschäften und Restaurants, das heute ein beliebtes Ausgehviertel darstellt. Der jüdische Friedhof sowie das Budapester Ghetto lassen diese tragische Epoche, die bis zur „Befreiung“ durch die rote Armee andauerte nicht vergessen.

V. Die Sowjets

Die einst geglaubte Befreiung der Sowjets stellte sich schnell als eine erneute Besetzung dar. So verblasste der barocke und gotische Einfluss der österreichischen Nachbarn innerhalb weniger Jahre, da das Land unter der erbarmungslosen Besatzung der Sowjetunion nach dem zweiten Weltkrieg litt.

Die Sowjets okkupierten sowohl das Land als auch die Politik. Die Verfassung von 1949 der Ungarischen Volksrepublik weist bei einem Vergleich mit der sowjetischen Verfassung kaum Unterschiede auf. Brutaler Kommunismus beherrschte das Land - wieder einmal fremd - bis 1989. Versuche von Volksaufständen und Revolutionen, wie die im Jahre 1956, wurden blutig von den Machtinhabern niedergeschlagen.

VI. Die Präsenz der Geschichte in der heutigen Zeit

Ein geschichtlich ironischer Standort ist das Museum Terror Háza (Haus des Terrors), das sich auf dem Andrássy Boulevard befindet. Das Haus Nummer 60, welches heute als Gedenkstätte fungiert, gehörte einst einer jüdischen Familie. Von 1937 bis 1944 war es Sitz und zugleich Gefängnis der ungarischen faschistischen nationalsozialistischen Pfeilkreuzlerpartei. Während der darauf folgenden sowjetischen Besatzung wurde es vom kommunistischen Sicherheitsdienst Àllamvédelmi Hatósag (ÀVH) als Hauptquartier, inklusive eingebautem Folterkeller, genutzt. Seit 2002 ist in dem Haus eine Gedenkstätte für die Gräuel und Opfer beider Diktaturen zu finden.

Das abgeschottete Ungarn öffnete seine Grenze nach Österreich und trat 1989 der Genfer Flüchtlingskovention bei und wurde damit auch zu einem Urlaubsziel der DDR Bürger. Ein Jahr zuvor erhielten erst die Ungarn selbst Reisefreiheit gen Westen.

C. Ungarn heute

Eine Vielzahl der Ungarn ist westlich orientiert, wollen ins Ausland gehen und sprechen von den Vorteilen der europäischen Union. Diese Offenheit lässt sich vermehrt unter Akademikern finden. Die Universitäten unterstützen diese Bewegung, so ist es beispielsweise Voraussetzung für den Erhalt eines Universitätsabschlusses zwei Sprachen mindestens auf B2-Niveau, alternativ eine Sprache auf C1-Niveau, zu sprechen. Praxisnah ist dies jedoch nicht, scheiterten über 10.000 Studenten an dieser Sprachhürde allein im letzten Jahr.

Das Studium weist im Vergleich mit dem deutschen Studium erhebliche Unterschiede auf. Die ungarischen Studenten lernen viel über andere Rechtssysteme, angefangen mit dem römischen Rechtssystem, welches sie im ersten Jahr der Universität lernen müssen. Weiterhin finden auch viele vergleichende Rechtskurse statt, auch vor dem Hintergrund, dass „ausländische“ Rechtssysteme Vorbild und Anreiz für die Festlegung des ungarischen waren. So ist es wenig verwunderlich, dass die deutsche Verfassung von 1949 als Orientierungshilfe für die ungarische Verfassung aus dem Jahre 2012 herhielt oder sich im ungarischen Zivilrecht viele Parallelen zum deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch finden lassen.

Durch den Austausch mit den Ungarn in den Vorlesungen zum Öffentlichen Recht wird der Unterschied zwischen dem Geschichtsbewusstsein der Deutschen und dem Nationalbewusstsein der Ungarn, die stolz von ihrer Vergangenheit und den vielfachen Revolutionen, bzw. Revolutionsversuchen sprechen, deutlich.

I. Die Hauptstadt

Die Stadt ist durch ihren besonderen Status als Hauptstadt mit zwei Millionen Einwohnern, was ein Viertel der Landesbevölkerung ausmacht, reichhaltig an kulturellen Angeboten, Museen und Ausstellungen, die für Studenten alle erschwinglich sind. Die Einflüsse verschiedener Kulturen haben die Stadt mit einer Diversität geprägt, wie sie in kaum einer anderen Hauptstadt zu finden ist. Jedes Viertel sieht anders aus, bietet andere Eindrücke und jeder von ihnen ist einzigartig, genauso wie jede der sieben Brücken, die die beiden Stadtteile Buda und Pest über die Donau miteinander verbinden. Budapest ist gerade dabei von Touristen entdeckt zu werden und ist attraktiv für junge Leute, da die Umrechnungskurse vorteilhaft und die Preise noch nicht europäisiert sind. Durch die vielen Universitäten innerhalb der Stadt (alleine neun staatliche und sechs nichtstaatliche), gibt es viele studentische Angebote - von abendlichen Ablenkungen bis zu politischen Demonstrationen. Genau so bieten aber auch die berühmte Staatsoper oder die einzigartigen Kirchen oder der ehemalige Königspalast Ausstellungen und Konzerte.

II. Die Universität

Die Eötvös Loránd Universität (ungarisch Eötvös Loránd Tudományegyetem) ist nach dem berühmten ungarischen Physiker und Geophysiker Loránd Àgoston Etövös benannt, der ehemals Rektor und Professor an der Universität war. Damals trug sie den Namen Péter Pázmany Universität der Wissenschaften, der sie einst als Jesuitenkolleg gründete und die die vier ältesten Studienzweige Theologie, Medizin, Rechtswissenschaften und Philosophie umfasste, sowie darüber hinaus eine Fakultät der Künste. Sie ist eine der ältesten und renommierteste Universitäten Ungarns und beheimatet über 30.000 Studenten in acht Fakultäten.

Die traumhaft schöne Universitätsbibliothek der ELTE Universität ist die älteste Bibliothek Ungarns und umfasst rund 1.5 Millionen bibliographischer Medieneinheiten. Sie wurde im Jahre 1561 gegründet und feierte 2011 ihr 450-jähriges Jubiläum.

Bibliothek sowie Universität zogen erst 1744, auf Veranlassung der ungarisch-österreichischen Herrscherin Maria Theresia nach Budapest um. Davor befand sich der Standort der einstigen Kollegsbibliothek in Trnava (heutige Slowakei).

Unter den zahlreichen Absolventen befinden sich unter anderem auch drei Nobelpreisträger: György Hevesy (Chemie 1943), György Békésy (Medizin 1961) und Albert Szent-Györgyi (Medizin 1937) und der aktuelle Präsident des Landes Victor Orbán.

III. Universitätsleben

Das Vorlesungsangebot für Erasmus Studenten ist sehr weit aufgestellt und bietet neben ungarischen und englischen Vorlesungen auch Vorlesungen in Deutsch, französisch und italienisch. Sodass man sein Wissen mit der Hilfe Fachlektoren des DAADs vertiefen oder auffrischen lassen kann.

Die ungarische Sprache zu lernen ist eine große Herausforderung, weshalb es beinahe unmöglich ist, die ungarischen Vorlesungen zu besuchen und ihnen fachlich folgen zu können. Die angebotenen englischsprachigen Vorlesungen werden jedoch auch zum Teil von ungarischen Studenten besucht, weshalb es gute Kontaktmöglichkeiten gibt. Die Universität fördert diese auch durch die Umsetzung eines Mentoren Programmes, bei dem jeder Erasmus Student einen ungarischen „Mentor" bekommt, der einem die Stadt zeigt sowie bei Problemen zur Seite steht. Meiner Erfahrung nach ist dies ein hilfreiches und bereicherndes Programm, bei dem tolle Freundschaften geschlossen werden können. Das sportliche und musikalische Angebot der ELTE Universität ist nicht mit dem deutschen vergleichbar. Auch hier besteht eine wahnsinnige Bandbreite an Angeboten, die alle für wenig Geld zu erhalten sind. Die Kurssprache ist dort ungarisch und die Kurse werden auch hauptsächlich von Ungarn besucht, was auch eine tolle Möglichkeit bietet in Kontakt zu kommen, sodass man auch leicht aus der „Erasmus-Blase" rauskommen kann.

IV. Die Sprache

Die ungarische Sprache ist mit der finnischen Sprache verwandt und teilt sich mit ihr den finno-ugrischen Ursprung. Durch die 150jährige Besetzung der Türken, lässt sich auch hier ein leichter Spracheinfluss feststellen. Auch die österreichischen Habsburger prägten das Land nicht nur architektonisch mit ihrer Besatzung, sondern hatten auch einen leichten Einfluss auf die Sprache. Als Deutschsprachige kann ich jedoch sagen, dass der mir, während meiner Sprachkurse, eher selten aufgefallen ist.

Es kursiert in den Sprachlehrbüchern oft das Gerücht über 23 existierende Fälle im Ungarischen. Dies kann ich jedoch dementieren. Es ist hingegen weitaus schwieriger, da es in der Sprache keine Präpositionen gibt, sondern nur Endungen für sogenannte „Umstandsbestimmungen" (határozók), Postpositionen oder Suffixe. Des Weiteren bestimmt sich eine Endung auch über die Orts-, Zeit- und Modalangaben, die je nach Konstellation, unterschiedlich sein können.

Kéz bedeutet zum Beispiel *Hand* auf Ungarisch, *kezek* sind die *Hände*. *Kezeim* heißt *meine Hände* und *kezeimben* heißt in meinen Händen.

V. Die Landesbewohner

Nichtsdestotrotz freuen sich die Ungarn, wenn man es zu mindestens versucht, ihre Sprache zu sprechen, da sie genau wissen, wie schwierig sie zu lernen ist. In Budapest und weiten Teilen des Landes kommt man mit Englisch, manchmal sogar eher Deutsch, gut zurecht.

Insgesamt habe ich die Ungarn als ein freundliches Volk kennengelernt, das Ausländern keineswegs nur negativ gegenüber steht. Die meisten, muss man aber sagen, verteidigen die fragwürdige Linie von Orbán und der Fidesz-Partei.

H. Fazit

Die ELTE biete neben kostenlosen Sprachkursen auf jedem Niveau auch im August eine summer school an, die vier Wochen lang eine intensive Einführung in Sprache und Kultur gibt.

Die Universität in Budapest ist sehr gut und übersichtlich organisiert, das Gebäude traumhaft schön und die Koordinatoren und Professoren sehr bemüht um die Studenten, was einem den Einstieg sehr erleichtert.

Neben dem vielfältigen Angebot und dem Anreiz, den die Hauptstadt als Wohnort bietet, kann ich auch die Universität nur empfehlen. Es ist durch die straffe Organisation und kleinere Klassen mit Anwesenheitspflicht etwas verschult, aber akademisch qualitativ hochwertig gestaltet und interessant.

10 Monate in Budapest wohnen zu können, an der renommiertesten Universität des Landes studieren zu können, war eine ganz besondere Erfahrung, die ich nicht missen möchte. Im Rahmen des Erasmus+ Programms ist die alte Stadt mit ihrem jungen Publikum voll von Geschichte, gefüllt mit Leben. Ich kann nicht anders, als die Stadt jedem nur wärmstens zu empfehlen – sei es als Erasmus Wunsch oder als Tourist!

Ich bin froh und dankbar, diese Erfahrung auf diesem Wege durch das Erasmus+ Programm gemacht haben zu dürfen und freue mich über die zahlreichen Freundschaften, die ich mit ich mit anderen „EU-Bürgern" in dieser Zeit machen durfte.

** Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im fünften Semester und hat im Rahmen des Erasmus+ Programms zwei Semester an der Eötvös Loránd Universität in Budapest studiert*

Administrator at the European Commission

-

An interview with Dr. Bartłomiej Kurcz, LLM.

*Joel Stumpp**

Working at the European Commission is not the ordinary type of work after law studies.
It is different to the classic professions such as judge, prosecutor, or working in a law firm. However, a job at the European Commission can be very attractive not only with regard to the variety of possible tasks but also to the fact that working at the European Commission means working in an international and intercultural team supporting the European integration.
Dr. Bartłomiej Kurcz has been working at the European Commission for more than thirteen years. After the law studies at the Jagiellonian University in Kraków (Poland) he did his PhD there in European Law, comparing the forms and methods of implementation of directives into national law. In the meantime he did his LLM in European Law at the University of Leuven (Belgium) and the Diploma in Legal Studies at the University of Cambridge.

Freilaw: Could you please describe, in which unit at the European Commission you are working and what are your tasks?

Kurcz:

Currently I am working in Directorate General for Justice and Consumers leading a company law team. But I have worked in other Directorates General before, such as Internal Market or Competition.

Freilaw: What are the interesting points for you to work at the Commission?

Kurcz*:*

The Commission is an excellent place to work for many reasons:

Dimension: you create and enforce the law not only for your village, town, land or country. You do it for 27 Member States. For Europe. It is unique.

Common idea: despite significant differences between Member States you have a sense of purpose: you facilitate and defend agreements between them. What's the alternative? Everyone in its corner. If history teaches us anything, then everyone in its corner is not the best idea. But I admit that there are very different ideas on how to get to peaceful cooperation between Member States. So a challenge, sometimes frustrating. You can often observe the lack of trust which does not help.

Variety of choice: you can work on creating legislation, negotiating it in the European Parliament and in the Council, but also, for instance, on enforcing competition or health and safety rules. You can also work in the legal service defending cases before European courts or providing legal opinions.

Chance to work with people of very different cultures and backgrounds: you work in teams with economists, lawyers or political scientists from different countries. Although there is a common working language each of the persons brings their very different life experiences, perceptions, ways of behavior. It is not always easy to reconcile, but it is very exciting.

Freilaw: What are the striking differences and the specialty of your work at the Commission compared to other jobs for lawyers?

Kurcz*:*

The key advantage is that the Commission is wide enough to allow most people to find a place and a job they are good at. If you prefer legal work in the strict sense, there is the legal service. If you prefer creating policy, negotiations, the economic approach to law, there are other directorates general. If you are interested in developing your management skills, you can also find a place. Also a lot depends on you. You have often important responsibility. If you want, you can also, much easier than in private sector, combine your private life with your professional development. But I admit that not everyone is happy. Like in every job.

Freilaw: Which requirements are there and which skills should persons interested in a job at the commission have?

Kurcz:

In order to work at the Commission, you need to pass the EPSO test. But you could start as a trainee or as a contractual agent and see whether this is a place for you. You need to be motivated, eager to learn and bring some expertise with you. And foreign languages are important.

Freilaw: How exactly does the selection process for the work at the commission look like?

Kurcz:

The selection process is well described at the EPSO website

 ISSN: 1865-0015

(https://epso.europa.eu/). Generally you need to first pass the test and then look for available vacancies. You need to be prepared that the process is slow and may take months or years before you get a job after you pass the competition. But sometimes, if you are lucky, and there is a vacancy, it can go very quickly.

Freilaw: The Commission is the „engine“of the EU politically as well as in an administrative sense. Could you give a description, which kind of decisions are made by the Commission?

Kurcz*:*

There are very different decisions the Commission is taking, from purely administrative to approving huge international mergers. Generally, the important powers of the Commission relate to the preparation and negotiations of legislation, infringement proceedings and decisions in the field of competition (anti-trust, mergers, and state aid). But there are also other very important decisions related to the implementation of budget. The Commission is involved, in one way or another, in "spending programmes". It is impossible to list them all here. For instance, the Commission deals with structural funds, foreign aid, Galileo program, connecting Europe facility, or training of lawyers, judges and prosecutors to name a few.

Freilaw: As an administrator you are familiar with the internal structures of the Commission. Lately there are more and more voices claiming, that regarding to many panels of experts and the different structures of the Commission there is a lack of democratic legitimacy and intransparency. What´s your view on that?

Kurcz*:*

The transparency of expertise has improved dramatically. There are on-line registers, everyone can check each meeting of the expert group, there are minutes available etc. However, there is a difficult compromise to be reached here. The Commission, like any organization, needs a space to think and reflect freely. And people are often afraid to speak their mind freely if they know they could be quoted. But of course, citizens need to know what the EU is doing in order to feel associated with it.

** Der Autor studiert Rechtswissenschaften im sechsten Semester an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt “Deutsches, Europäisches und Internationales Öffentliches Recht”.*

Ars boni - Die Kunst des Guten

*Sarah Baukelmann**

I. Einleitung

Job. Karriere. Ars boni. – so lautet das Motto, das die Ars boni Mitarbeiter auf ihren Stickern verteilen.
Ars boni – Hungary in spotlight[1] ist eine kostenlose Nachrichtenwebsite, die eine Plattform für die Publikation englischsprachiger Artikel bietet, welche sich in dem Themenfeld rund um die Analyse von rechtlichen Problemen in Ungarn bewegen. Das ungarische Pendant[2] bietet den ungarischen Leserinnen und Lesern natürlich eine größere Anzahl an Artikeln zu rechtlichen Problemen weitreichender Art.

II. Selbstverständnis

Sie wollten keine Debatte anregen, meinte einer der zwei Gründer der ungarischen Nachrichtenwebsite. „Die Einwohner dieses Landes verdienen es, dass Ihnen die Politik aus einer rechtlichen Perspektive erläutert wird." Weiter erklärt er, dass die kommunistische Vergangenheit die Ungarn noch heute beeinflusse und die wirklichen Geschehnisse von dem Populismus der Machtinhaber verschleiert würden.

Die Nachrichtenwebsite, bei der insgesamt 25 Mitarbeiter beschäftigt sind, hat es sich zur Aufgabe gemacht, nationale und kommunale Politik, sowie parlamentarische Veränderungen aus rechtlicher Sicht zu betrachten und zu analysieren. Dabei nehmen sie keine politische Haltung an, sind offiziell weder pro noch contra Regierung, sondern sehen es lediglich als ihre Pflicht an, die Geschehnisse kritisch zu betrachten und können dies durch ihren unabhängigen Status als NGO auch öffentlich kundgeben. Ars boni bezeichnet sich als „grundsätzlich neutral, mit kritischen Hintergedanken". Die seit fünf Jahren stetig wachsende Gemeinschaft der Mitglieder sieht sich den Grundwerten der Demokratie und des Rechtsstaates gegenüber verpflichtet das „Schicksal von Ungarn zu ändern."[3]

III. Werdegang

Tatsächlich ist ihnen das seit ihrer Gründung im Jahre 2012 erfolgreich gelungen. Ein Gespräch mit einem der zwei Gründer der ungarischen Plattform „Ars boni – Hungary in Spotlight" Márton Németh, gibt Antworten darauf, was vor fünf Jahren passiert ist und wie sich aus einer Studentenorganisation ein einflussreiches Blatt gründen konnte.

1. Situation in Ungarn

Dazu muss man wissen, dass Studentenorganisationen in Ungarn eine wichtige Rolle spielen. Im Gegensatz zu dem deutschen Modell, besitzen sie nicht nur Geld, sondern auch eine Menge Einfluss, da die ungarischen Universitäten „von den Studenten regiert werden". Jede Uni besitzt ihren eigenen studentischen Rat, der von einem studentischen Präsidenten vertreten wird. Den Vertretern steht nicht weniger als 30% im Universitätsrat an Entscheidungsmacht zur Verfügung. Genug, laut Németh, um das System zu verändern. Er kritisiert, dass die hiesigen Mitglieder der Studentenvertretung nicht versuchen, das korrupte und intransparente System der Geldverteilung an ungarischen Universitäten aufzudecken oder zu thematisieren. So sei es nicht verwunderlich, dass sich jüngst ein Schatten über die „studentische Demokratie" geworfen hat. Der Skandal, von dem der Anfang zwanzigjährige Márton spricht, ist die Hinterziehung von Geldern, die den Studenten zustanden und an die Freunde der machthabenden Studentenvertreter weitergeflossen ist. Auf Grundlage dessen fordert die NGO Átlátzo Oktatás[4] (wörtlich übersetzt: transparente Bildung), dass gegen die Verantwortlichen eine Klage angestrebt werde und die Geldverteilung öffentlich gemacht werden soll. Dies stellt ein sehr ehrgeiziges Unterfangen dar, da das Kernproblem der Korruption und Geldverteilung in der Politik liegt. Ars boni arbeitet mit Átlátzo Oktatás zusammen, um Projekte und workshops umzusetzen.

2. Situation von Ars boni

Im schwachen NGO Sektor von Ungarn, die von der Regierung verboten werden sollen, behauptet sich Ars boni mit einer unabhängigen Stellung, die sie sich aufgrund von ihrer finanziellen Selbstständigkeit leisten können. Die Angst und die prekäre Lage der Medienbranche ergeben sich aus der finanziellen Abhängigkeit zum Staat und zur Regierung. Daher sei es für Ars boni wichtig gewesen, nicht in diese Abhängigkeit zu rutschen, erklärt Márton Német. Daher haben sie sich zwei Standbeine erschaffen: zum einen, die NGO Aktivitäten, die sich auf Projekte und Workshops konzentrieren, mit denen sie gerade junge Studenten der Rechtswissenschaft anzuwerben versuchen, und zum anderen haben sie ein wirtschaftliches Standbein, indem sie Firmen rechtlich beraten und z.B. in den Personalabteilungen eine beratende Stellung einnehmen. Ars boni finanziert sich ausschließlich durch Sponsoren, die sich aus den Kontakten über die Jahre ergeben haben. Um Transparenz zu bewahren, geben sie auf ihrer Internetseite auch ihre Partner und Sponsoren an. Auch nutzen sie die geknüpften Kontakte für ihr neustes Projekt: eine networking Plattform, auf der sie den Kontakt zwischen jungen Anwälten und Absolventen zu Kanzleien oder Firmen herstellen. Weitere Projekte in der Vergangenheit waren Artikel- und Schreib Wettbewerbe, die „Law and Innovation" Konferenz, bei denen sie Workshops

1 http://arsboni.org/ (zuletzt abgerufen am 12.09.2017).
2 http://arsboni.hu/ (zuletzt abgerufen am 12.09.2017).
3 http://arsboni.org/about-ars-boni/ (zuletzt abgerufen am 12.09.2017).
4 https://oktatas.atlatszo.hu/ (zuletzt abgerufen am 12.09.2017).

und auch wieder eine Möglichkeit zur Kontaktaufnahme und Networking angeboten haben.

IV. Einfluss

Ars boni breitet sich aus und ist stolz auf den Einfluss, den sie in der ungarischen Politik haben. Die Legislative nimmt nicht nur Notiz von dem juristischen Journal, sondern nimmt sich dessen –berechtigte- Kritik auch zu Herzen. So ist der größte Erfolg, den die rechtswissenschaftliche Zeitung zu vermerken hat, die Abänderung einer gesetzlichen Regelung, auf den die Publizisten in einem ihrer Artikel am Anfang ihrer Karriere verwiesen haben. Und so kommt es vor, dass in dem Blatt nicht nur die Möglichkeit bildet für die jüngste Generation von Juristen, die sie als „agenda-setters" der Zukunft deklariert, sondern einen wissenschaftlichen Diskurs anregt, in dem junge RechtswissenschaftlerInnen die Gelegenheit bekommen, ihre professionellen Ansichten zu formen und auch zu debattieren. Sie haben ihre Miteinbeziehung der Studenten ausgebaut, in dem sie jedes Semester acht Praktikumsplätze für Studenten anbieten, um ihnen einen Einblick in die komplexe Arbeitswelt in der Schnittstelle zwischen Journalismus und wissenschaftlicher Recherche geben zu können. So können die Studenten Teil haben und für ein paar Monate in der Organisation mitarbeiten.

V. Erfolge

Ars bonis jüngstes Projekt ist die Herausgabe eines Buches mit dem Titel „Placing the Fundamental Law on the Scales" (Originaltitel: Mérlegen az Alaptörvény), das Benedek Molnár, Péter Tóth zusammen mit Márton Német im Dezember 2013 publiziert haben. Der angehende Doktorand des öffentlichen Rechts, Márton Német, erklärt, dass ihr Buch mit der Zusammenarbeit mit acht Verfassungsrechtlern entstanden ist. So finden sich keine geringeren Stellungnahmen als die des ehemaligen Präsidenten von Ungarn, Sólyom László des ehemaligen Verfassungsrichters Kukorelli István, Tordai Csaba ehemaliger Staatssekretär des Rechts und der Koordination und Trócsányi László, der auch ein ehemaliger Richter des Verfassungsgerichts ist und derzeit Botschafter in Paris, zu der aktuellen Situation und Einschätzung der jungen Verfassung von Ungarn (2012). Das Buch ist auf Ungarisch erhältlich.

VI. Leitbild

Ars boni umfasst und gehört zu einer kleinen Bewegung innerhalb Ungarns, die sich vermehrt in Budapest und an den Universitäten finden lässt, die Aufklärung und Transparenz innerhalb der Politik fordern. Sie glauben an den Individualismus und an die Werte und Rechte ihrer Verfassung. Ihren Teil zu dem Prozess, den das Land und seine Bewohner teilweise noch durchlaufen müssen, tragen sie bei, indem sie im Internet kostenlos Artikel auf Englisch und Ungarisch anbieten, in denen sie sich mit in- und ausländischen rechtlichen Entwicklungen kritisch auseinander setzen und ein vertrauenswürdiges sowie aktuelles News Portal in der ungarischen Gesellschaft darstellen.

Freilaw freut sich auf eine Zusammenarbeit mit „Ars boni – Hungary in Spotlight" und dankt Márton Német, der 2015 an der ELTE Universität in Budapest sein Examen abgelegt hat und nun dort an seiner Doktorarbeit arbeitet, für das informative Gespräch. Das Interview fand im August 2017 in Budapest statt.

** Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im fünften Semester und hat im Rahmen des Erasmus+ Programms zwei Semester an der Eötvös Loránd Universität in Budapest studiert*

Arbeitsrecht

-

von Sudabeh Kamanabrou, 1. Auflage, Tübingen 2017

*Andreas Schubert**

Die Bandbreite arbeitsrechtlicher Lehrbücher ist mit dem Anfang dieses Jahres erschienenen Buch *Arbeitsrecht* von *Sudabeh Kamanabrou* um ein Werk reicher geworden.

Das Lehrbuch der Professorin für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Arbeitsrecht, Wirtschaftsrecht und Methodenlehre sowie Mitdirektorin des Instituts für Arbeit und sozialen Schutz der rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bielefeld hebt sich jedoch bereits durch seinen beeindruckenden Umfang von über 1000 Seiten vom vorhandenen Bestand typischer Lehrbücher ab.

Das Buch ist in sechs Teile gegliedert. Nach den Grundlagen folgt mit dem Arbeitsrecht der Europäischen Union im zweiten Teil ein ausgewiesener Schwerpunkt des Lehrbuches.

Das 3. Kapitel zum Individualarbeitsrecht enthält auf 170 Seiten ausführliche Erläuterungen zur Begründung des Arbeitsverhältnisses, den Pflichten der Vertragsparteien, zu Leistungsstörungen und Haftung im Arbeitsverhältnis sowie zur Beendigung von Arbeitsverhältnissen und deren Übergang auf Betriebsnachfolger bei Betriebsübergängen.

Das kollektive Arbeitsrecht wird im 4. Teil des Werkes auf über 400 Seiten im Wesentlichen in einer dem Gesamtumfang des Buches gebotenen Tiefe behandelt. Neben Koalitions-, Tarifvertrags, Arbeitskampf- und Schlichtungsrecht, sind Abschnitte zum Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht sowie zur Unternehmensmitbestimmung vorzufinden.

Das Buch schließt nach dem 32 Seiten umfassenden 5. Teil zum arbeitsgerichtlichen Verfahren mit einem sechs seitigen Kapitel zum Arbeitsschutz.

Die ca. 60 Seiten umfassende „überblicksartige" Darstellung der Grundpfeiler europäischen Arbeitsrechts stellt ein Alleinstellungsmerkmal Kamanabrous Lehrbuch im Angebot der allgemeinen arbeitsrechtlichen Literatur dar.

Insgesamt ist das Werk von *Kamanabrou* in einer klaren, leicht verständlichen Sprache geschrieben. Im Gegensatz zu anderen Autoren verzichtet *Kamanabrou* auf die Darstellung von Prüfungsschemata (*etwa Junker,* Arbeitsrecht, 15. Auflage 2016) oder Wiederholungsfragen (etwa *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, 11. Auflage 2017). Dafür sind eine Vielzahl an Beispielen und Beispielsfällen eingearbeitet, die das Gelesene am praktischen Fall repetieren lassen. Das vor dem Stichwortverzeichnis eingefügte Paragrafenregister erleichtert die Fundstellensuche.

Inhaltlich verschafft das Lehrbuch aufgrund seines Tiefganges mehr als einen bloßen Überblick über die arbeitsrechtliche Materie. An einigen wenigen Stellen könnten kleine Ergänzungen zur Komplettierung des Buches beitragen. So wären etwa für den wissenschaftlichen Nachwuchs im Rahmen der Ausführungen zum Befristungsrecht Erläuterungen zur Befristung mit wissenschaftlichem Personal nach dem WissZeitVG von Interesse. Hinsichtlich des Abschnitts zum Tarifvertragsrecht wäre eine ausführlichere Darstellung der Auflösung der Tarifpluralität nach § 4a TVG und den damit verbundenen Problemkreisen wünschenswert. Ebenso rundeten etwa Erläuterungen zu vergaberechtlichen Besonderheiten im Tarifvertragsrecht und der damit zusammenhängenden *Rüffert*-Entscheidung des EuGH (EuGH 3.4.2008 – C-346/06, Slg. 2008, I-1989 – Rüffert; hierzu etwa *Löwisch/Caspers/Klumpp*, Arbeitsrecht, 11. Auflage, München 2017, Rn. 1038 ff.; ausführlich *Löwisch/Rieble*, TVG, 4. Auflage, München 2016, § 5, Rn. 446ff.) die bereits ausführliche Darstellung ab. Das Unternehmensmitbestimmungsrechts ließe sich durch eine über die Wiedergabe der gesetzlichen Mitbestimmungsregelungen hinausgehenden Darstellung vertiefen. So wäre etwa die Frage der Berücksichtigung von Leiharbeitnehmern bei den Schwellenwerten mitbestimmungsrechtlicher Regelungen für den Leser interessant. Zudem wäre im Rahmen der Erläuterung des MitbestG eine Erwähnung der für die Mitbestimmung in der Kapitalgesellschaft & Co. KGaA wesentlichen Entscheidung des BGH (Beschluss vom 24.02.1997, Az.: II ZB 11/96) wünschenswert. Das durch den Bedeutungszuwachs der Societas Europaea ebenfalls an Wichtigkeit gewinnende SEBG mit seiner Besonderheit der verhandelten Mitbestimmung könnte zur Schaffung des Problembewusstseins des Lesers in seiner Darstellung um Problemkreise, wie etwa die Frage des Umgangs mit Beteiligungsvereinbarungen bei arbeitnehmerlosen (Vorrats-)SE, ergänzt werden.

Insgesamt eignet sich das Werk, angesichts seines Umfanges und seiner Detailliertheit sehr gut zur vertieften Auseinandersetzung mit dem Gebiet des Arbeitsrechts. Insbesondere für Schwerpunktbereichsabsolventen oder den jenseits des examensrelevanten Basiswissens interessierten Studenten hält das Lehrbuch von *Kamanabrou* eine gewinnbringende Lektüre bereit. Für den studentischen Geldbeutel schlägt das Werk von *Kamanabrou* mit 129,00 Euro zu Buche.

** Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Forschungsstelle für Hochschularbeitsrecht bei Prof. Dr. Dr. h.c. Manfred Löwisch in Freiburg i. Br.*

Medicus/Lorenz Schuldrecht I

-

Medicus/Lorenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2015.

*Karolina Kita**

Bereits am Anfang des Studiums spielt das Schuldrecht eine wichtige Rolle in zivilrechtlichen Klausuren und Hausarbeiten. Gerade aufgrund seiner Bedeutung wird auf dem Büchermarkt eine große Auswahl an Ausbildungsliteratur angeboten, die es verspricht, den Stoff anschaulich zu vermitteln. Das Kurz-Lehrbuch von Dieter Medicus und Stephan Lorenz stellt dabei eines der klassischen Werke für Jura-Studenten dar.

1. Aufbau

Das Kurz-Lehrbuch zum allgemeinen Schuldrecht erschien 2015 in der 21. Auflage im C.H.Beck Verlag. Begründet von Dieter Medicus, wurde die Bearbeitung des gesamten Werks bereits vor dessen Tod im Juli 2015 in die Verantwortung von Stephan Lorenz, Mitglied des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, gelegt.

Übersichtlich in fünf Teile gegliedert, leitet es zunächst mit den Grundlagen des Schuldrechts ein, um dann mit der Entstehung, dem Inhalt sowie der Erfüllung von Schuldverhältnissen fortzufahren. Besonders umfangreich ist der darauffolgende fünfte Teil der Leistungsstörungen, in dem dem Leser zunächst die Systematik der Leistungsstörungen vermittelt wird, um dann die einzelnen Problemfelder zu erörtern.

Klare Gliederung, übersichtliches Schriftbild sowie hervorgehobene Kernwörtern erleichtern dabei den Lesefluss.

2. Inhalt

Mit 412 Seiten deckt das Buch inhaltlich den gesamten klausurrelevanten Stoff ab. Trotz des großen Umfangs des Buches sind manche Erläuterungen, teilweise durch lange, verschachtelte Sätze, überwiegend jedoch durch viele Verweise und fehlende Beispielsfälle, schwer verständlich und auf den ersten Blick verwirrend. Für Studenten in den ersten Semestern, die sich erst mit der Materie vertraut machen, wirft das Buch somit Fragen auf, die erst einmal nicht beantwortet werden. Das erschwert wiederrum das Einarbeiten in das Rechtsgebiet.

Am Anfang jedes Kapitels wird eine Literaturübersicht zum jeweiligen Thema dargestellt, was sowohl für die Hausarbeit, als auch für das Verständnis komplizierterer Problemfelder von großem Vorteil ist.

Zum besseren Verständnis kann zudem das vom Autor empfohlene Übungsbuch aus der Reihe „Prüfe Dein Wissen“ herangezogen werden, dessen Darstellung mit den Übungsfällen abgestimmt ist.

Ebenso hilfreich sind die im Buch abgebildeten Grafiken zur Systematik der davor aufgeworfenen Problemfelder, beispielsweise zum Rücktrittsfolgerecht (S. 284) oder zur Rechtsfolge der Verspätung der Leistung (S. 237).

3. Stellungnahme

Insgesamt vermittelt das Kurz-Lehrbuch einen guten Einblick in das allgemeine Schuldrecht. Besonders gut ist es zum Wiederholen des Stoffes, da bereits durch kurzes Nachschlagen sehr schnell Überblick gewonnen werden kann. Für Hausarbeiten und höhere Fachsemester ist dieses Buch ausgezeichnet und auf jeden Fall empfehlenswert.

** Die Autorin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Albert-Ludwigs-Universität im fünften Fachsemester.*