



Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e. V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand:

Prof. Dr. Christian F. Majer (Vorsitzender)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel. (Stellv. Vorsitzender)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M. (Schatzmeister)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst (Ressortleiter Strafrecht)
Prof. Dr. Arne Pautsch (Ressortleiter Öffentliches Recht)

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradszun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

ISSN 2195-044X
www.zeitschrift-jse.de
redaktion@zeitschrift-jse.de

Aus dem Inhalt

Beitrag

Maximilian A. Max

Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?

Fallbearbeitung

Michael Hippeli

Strafrecht: „Alarm im Schwimmbad“

Michael Hippeli

Öffentliches Recht: „Der recht(s) auffällige Beamte“

Rechtsprechung

BGH

Nutzungsentschädigung gegen den nicht ausziehenden Untermieter

EGMR

Zur Rechtmäßigkeit „schwarzer Listen“ für den Staatsdienst ungeeigneter Lehrer

Rezensionen

Florian Feigl

Sauerland, Beamtenrecht, 1. Auflage (2022)

Judith Klink-Straub

v. Lewinski/Rüpke/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2. Auflage (2022)

Debatte

Christian F. Majer

Die „Causa Maaßen“ und das „Canceln“ von Autoren
Eine Erwiderung

Inhaltsverzeichnis

Beitrag	Maximilian A. Max Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?	Seite ▶ 161
Fallbearbeitung	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Strafrecht: „Alarm im Schwimmbad“	Seite ▶ 167
	Michael Hippeli Fortgeschrittenenklausur Öffentliches Recht: „Der recht(s) auffällige Beamte“	Seite ▶ 175
Rechtsprechung Zivilrecht	BGH Nutzungsentschädigung gegen den nicht ausziehenden Untermieter Urteil vom 11.12.2020 (<i>Stjepan Sirovina</i>)	Seite ▶ 181
Rechtsprechung Öffentliches Recht	EGMR Zur Rechtmäßigkeit „schwarzer Listen“ für den Staatsdienst ungeeigneter Lehrer Urteil vom 29.11.2022 (<i>Sascha Sebastian</i>)	Seite ▶ 184
Rezensionen	Florian Feigl Sauerland, Beamtenrecht, 1. Auflage (2022)	Seite ▶ 193
	Judith Klink-Straub v. Lewinski/Rüpke/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2. Auflage (2022)	Seite ▶ 194
Debatte	Christian F. Majer die „Causa Maaßen“ und das „Canceln“ von Autoren eine Erwiderung	Seite ▶ 196

Editorial

Das Jahr endet für die JSE mit einem **Beitrag** zu einer der zentralen dogmatischen Fragen des Rechts als solchem: dem Unterschied zwischen objektivem und subjektivem Recht. In seinem Beitrag „*Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?*“ zeichnet MAX nach, was man unter objektiven, subjektiven, absoluten und relativen (subjektiven) Rechten versteht, welche Formen es gibt und in welchen Schritten die Verdichtung einer Rechtsposition zum subjektiven Recht überhaupt erfolgt. Das Ganze geschieht (auch) am Beispiel der zivilrechtlichen Verbandsklage.

Bei den **Klausuren** macht dieses Mal das **Strafrecht** den Anfang. In seiner an Studierende der **Fortgeschrittenenübung** gerichteten Falllösung „*Alarm im Schwimmbad*“ widmet sich HIPPELI einigen Fragen des strafrechtlichen Schutzes der Ehre, der Freiheit und der sexuellen Selbstbestimmung. Der zweite didaktische Beitrag im Heft entstammt dem **Öffentlichen Recht** und ist ebenfalls an Studierende der **Fortgeschrittenenübung** gerichtet. Hier befasst sich abermals HIPPELI unter dem Titel „*Der recht(s) auffällige Beamte*“ mit den Möglichkeiten, welche das Beamtenrecht de lege lata und de lege ferenda bietet, um einen Landesbeamten aufgrund von Äußerungen aus dem extremen politischen Spektrum aus dem Dienstverhältnis oder zumindest dem aktiven Dienst zu entfernen.

In der Rubrik **Rechtsprechung** gibt es zunächst einen etwas älteren aber zweifellos beachtenswerten Fall aus dem **Zivilrecht**. Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hatte sich in einem im Mietrecht angesiedelten Fall mit der Frage zu befassen, ob der Eigentümer vom Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses über eine Wohnung und Räumung durch den Hauptmieter die untergemieteten Wohnräume an den Eigentümer nicht herausgibt und dem eine gerichtliche Räumungsfrist gewährt wird, Schadensersatz jedenfalls in Höhe der vom Mieter bei Nichträumung geschuldeten Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung verlangen kann (SIROVINA). Im **Öffentlichen Recht** geht es dagegen um eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte zur Frage, ob es sich um eine rechtswidrige Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit eines Lehrers handelt, wenn ein Bundesland „Schwarze Listen“ mit Lehrern führt, bei denen aufgrund bestimmter vergangener politischer Äußerungen Zweifel an der für den Lehrerberuf erforderlichen Verfassungstreue bestehen (SEBASTIAN).

Darüber hinaus gibt es zum Abschluss des Jahres gleich zwei **Rezensionen**. Einmal zum Buch von *Sauerland* aus der Reihe „Prüfe Dein Wissen“ über die Grundzüge und Probleme des Beamtenrechts (Feigl) und zur zweiten Auflage des Lehrbuches zum Datenschutzrecht aus der Feder von v. *Lewinski, Rüpke* und *Eckhardt* (KLINK-STRAUB).

Den Abschluss bildet die noch junge Rubrik **Debatte**. Hier liefert MAJER eine kurze Replik zur Kritik an seinem Debattenbeitrag in der letzten Ausgabe.



Prof. Dr. Christian F. Majer
Schriftleiter

▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Sascha Sebastian, M.mel.
Stellvertretender Schriftleiter

▶ schlussredaktion@zeitschrift-jse.de

Beitrag

Dr. Maximilian A. Max

Umweltschutz durch Verbandsklage im Zivilrecht?

Zum zivilrechtlichen Anspruch und Gestaltungsrecht



Maximilian A. Max | Der Autor war langjähriger wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Institut für Internationales Wirtschaftsrecht – Abteilung V der WWU Münster und wurde ebendort promoviert. Er ist derzeit Konzipient in einer Wiener Rechtsanwaltskanzlei.

E-Mail-Kontakt: ▶ maximilian.max@mslegal.at

Inhaltsübersicht

Abstract

A) Objektives und subjektives Recht

B) Zivilrechtliche subjektive Rechte

I. Absolute und relative Rechte

II. Formen der relativen subjektiven Rechte

1. Anspruch
2. Gestaltungsrecht
3. Privatautonome Kompetenzen als subjektive Rechte des Zivilrechts?

C) Verdichtung zum subjektiven Recht

D) Interessenwahrung „schutzloser Subjekte“

Abstract

Der folgende Beitrag behandelt das zivilrechtliche subjektive Recht, das dem objektiven Recht gegenübergestellt wird. In jeder auf Falllösung basierenden Klausur – aber natürlich auch in der Praxis – spielen subjektive Rechte eine gewichtige Rolle. Im Lichte dessen ist es von Vorteil, sich nicht nur im Rahmen eines konkreten Sachverhalts, sondern in gewisser Weise auch abstrakt und dogmatisch damit zu befassen. Der vorliegende Beitrag zeigt, dass die Verdichtung zum subjektiven Recht bei genauer Betrachtung in drei Schritten vollzogen wird: Individualisierung, Konkretisierung und Aktualisierung.

A) Objektives und subjektives Recht

Ein zentraler Begriff der Juristerei ist „das Recht“. In der Grundlagenliteratur wird streng zwischen dem objektiven und dem subjektiven Recht unterschieden. Ersteres bezeichnet nach gängiger Auffassung die Gesamtheit aller Rechtsnormen.¹ Dazu gehören in unseren Breitengraden insbesondere gesetzliche, das heißt positivierte Normen. Darüber hinaus gibt es natürlich auch andere Rechtsquellen, wie etwa das Gewohnheitsrecht.² Dieses entsteht durch eine dauernde Übung, die von der Überzeugung der Rechtsgeltung getragen wird.³ Der Unterschied zum Gesetz ist die Sphäre, aus der der Rechtsakt stammt. Während das Gesetz im formellen Sinne⁴ durch den Gesetzgeber erlassen wird, entsteht Gewohnheitsrecht in der Gesellschaft. Die Wirkung des Gewohnheitsrechts ist hingegen nach heutigem Verständnis mit jener des Gesetzes gleichzusetzen (Art. 2 EGBGB).⁵ Als Beispiel kann die Haftung aus culpa in contrahendo genannt werden, die

erst durch das SMG 2001 in § 311 Abs. 2 BGB verbrieft wurde, vorher allerdings gewohnheitsrechtlich – man könnte hier auch an Richterrecht⁶ denken – anerkannt war.⁷

Umgelegt beispielsweise auf das Privatrecht (Zivilrecht), das das Verhältnis von Rechtssubjekten untereinander regelt,⁸ bedeutet dies, dass alle zivilrechtlichen Normen zum objektiven Recht gehören. Darunter fallen zum Beispiel auch Definitionen, wie etwa jene der Sache (§ 90 BGB) oder des Anspruchs (§ 194 Abs. 1 BGB). Das subjektive Recht ist hingegen – vereinfacht gesagt – die konkrete *Berechtigung* eines Rechtssubjekts.⁹ Bezogen auf die zivilrechtliche Falllösung und die juristische Praxis sind es Ansprüche und Gestaltungsrechte, die uns als solche begegnen. Subjektive Rechte sind aber kein Spezifikum des Zivilrechts, sondern auch dem öffentlichen Recht, das heißt im Verhältnis zwischen Bürger und „Staat“, bekannt:¹⁰ Beispielsweise im Verwaltungsrecht, wenn ein Bürger eine Baugenehmigung beantragt oder im Verfassungsrecht im Zusammenhang mit Grundrechten, die vielfach als Ursprung subjektiver Rechte gelten.¹¹ Subjektiv-öffentliche Rechte richten sich typischerweise gegen den „Staat“. Eine andere Frage ist es, ob man aus dogmatischer Sicht auch dann von einem subjektiven Recht, etwa einem öffentlich-rechtlichen Anspruch, sprechen kann, wenn es der „Staat“ ist, der etwas – zum Beispiel im Wege einer Steuervorschreibung – von seinen Bürgern begehrt (Eingriffsnorm).¹²

Funktional besteht jedenfalls ein großer Unterschied, der durch den (gemeinsamen) Begriff „Recht“ nicht wirklich deutlich zum Ausdruck kommt: Das objektive Recht („law“) und das subjektive Recht („right“) sind nicht deckungsgleich.

B) Zivilrechtliche subjektive Rechte

Wie ein subjektives Recht zu definieren ist, ist gewissermaßen umstritten.¹³ Nach heutigem überwiegendem Verständnis handelt es sich dabei im Wesentlichen um eine Rechtsmacht, die der Befriedigung von Interessen dient.¹⁴ Dabei sind zweierlei Dinge zu beachten: Zum einen wird anhand dieser Formel deutlich, dass das verfolgte Interesse und das Recht nicht deckungsgleich sind. Vielmehr ist das Recht das Vehikel, um das Interesse zu befriedigen. Zum anderen ist damit grundsätzlich die Verfolgung *eigener*

1 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 1.

2 Schack, BGB - Allgemeiner Teil, 16. Aufl. (2019), Rn. 44.

3 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. (2020), § 1 Rn. 8.

4 Dazu etwa Teichmann, BGB Allgemeiner Teil (2020), § 1 Rn. 15.

5 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. (2020), § 1 Rn. 8.

6 Siehe dazu Rüthers/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl. (2019), Rn. 238.

7 Schulze, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 311 Rn. 1, 12.

8 Klunzinger, Einführung in das Bürgerliche Recht, 17. Aufl. (2019), S. 7.

9 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 1.

10 Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 372 ff.; siehe auch Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 1.

11 Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 11. Aufl. (2019), Rn. 90; Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 1.

12 Dafür Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), 378 f.

13 Siehe nur Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 6.

14 Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I/1, 15. Aufl. (1959), S. 428 f.

Interessen, selten fremder Einzelinteressen, gemeint.¹⁵ Während das öffentliche Recht typischerweise Interessen der Allgemeinheit saturiert, hat das Zivilrecht private Interessen zum Gegenstand. Von diesem Grundsatz gibt es freilich auch punktuelle Ausnahmen. So hat die Verwaltungsbehörde in bestimmten Fällen – etwa der Doppelehe im Sinne des § 1306 BGB – die Aufhebung der Ehe zu beantragen (§ 1316 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Rechtstechnisch handelt es sich hierbei – sofern man nicht von einem rein prozessualen Konstrukt ausgeht – um ein materielles zivilrechtliches Gestaltungs-klagerecht, das letztlich eine Spielart des Gestaltungsrechts ist. Die Verwaltungsbehörde macht folglich ein materielles subjektives Recht geltend.¹⁶ Dieses Recht sichert allerdings nicht eigene Interessen, sondern folgt dem Ordnungsinteresse des „Staates“,¹⁷ der das rechtliche Institut der Ehe bewahrt und sich gegen bestimmte verpönte Formen der Ehe stellt. Man könnte wegen der Prozessbeteiligung der Verwaltungsbehörde und diesem doch speziellen Recht geneigt sein, hier eine öffentlich-rechtliche Berechtigung anzunehmen. Man müsste dann für die Interessentheorie votieren und argumentieren, die Aufhebung der vorstehenden Eheformen sei überwiegend im öffentlichen Interesse. Dagegen gehört dieses Gestaltungs-klagerecht sowohl nach der modifizierten Subjekts- als auch nach der Subjektionstheorie zum Zivilrecht, denn die Verwaltungsbehörde tritt in dem Eheaufhebungsprozess weder mit Hoheitsgewalt auf, noch besteht ein Überordnungsverhältnis. Das Ehenichtigkeitsverfahren findet jedenfalls vor den ordentlichen Gerichten statt (§ 1313 BGB), ist also unter Berücksichtigung von § 13 GVG nach ganz hM. Teil des Zivilrechts.¹⁸

Ähnliche Schwierigkeiten bereitet uns die Verbandsklage. Als Beispiel kann jene nach § 3 UKlaG – sie erfasst die Verwendung unzulässiger AGB-Klauseln – genannt werden. Im Fokus steht hierbei in der Regel ein nach heutigem Verständnis materieller Unterlassungsanspruch des berechtigten Verbands, der gegen den Verwender der AGB gerichtet ist. Dieser Anspruch steht dem Verband zu, obwohl er typischerweise mit dem Störer in keinerlei Vertragsbeziehung steht und auch sonst in seiner Rechtssphäre in Wahrheit nicht tangiert ist. Das genuine Interesse an der Unterlassung der Verwendung der inkriminierten AGB-Klausel liegt hier nicht – es wird in keine „echte“ Rechtsposition des Verbandes eingegriffen – bei dem von Gesetzes wegen berechtigten Verband, sondern bei den Kunden, die Vertragspartner des Störers sind. Daraus folgern manche Autoren, es handele sich um einen Anspruch im öffentlichen Interesse.¹⁹ Auch dieses Mal wird ein rechtliches Institut geschützt, namentlich die Vertragsfreiheit.²⁰

Solche zivilrechtlichen Fälle, in denen es um die Wahrung fremder oder sogar öffentlicher Interessen geht, sind aber jedenfalls die Ausnahme. In aller Regel vereinen sich die Rechts- und die Interessenträgerschaft unter einem Hut.

Während das subjektive Recht sohin typischerweise der Befriedigung eigener Interessen dient und noch dazu von dem freien Willen seiner Geltendmachung abhängt, gilt für das objektive Recht anderes. Ganz deutlich wird dies anhand des objektiven öffentlich-rechtlichen Rechts. Auch dieses kann im Ergebnis zu

Begünstigungen der Bürger führen; seine Stoßrichtung ist aber von vornherein die Allgemeinheit. Das gilt selbst dann, wenn die „Allgemeinheit“ ein mehr oder weniger abgrenzbarer Kreis an Personen ist. Als Beispiel kann die Streu- und Räumspflicht eines privaten Grundstückseigentümers genannt werden, der grundsätzlich „nur“ den Weg zwischen Gebäudeeingang und Bürgersteig freihalten muss, nicht aber auch öffentliche Flächen,²¹ wobei eine entsprechende Erweiterung möglich ist.²² Profiteure sind jedenfalls andere Hausbewohner und Dritte wie etwa Besucher oder Postboten. Diese im Kern öffentlich-rechtliche Pflicht kann auf privatrechtlichem Weg „übertragen“ werden.²³ Grundsätzlich hängt die Begünstigung der Allgemeinheit aber dennoch nicht von der Ausübung irgendeiner verliehenen Rechtsmacht durch ein Rechtssubjekt ab, sondern ist vielmehr ein Reflex. So profitieren etwa alle Teilnehmer im Straßenverkehr davon, dass die entsprechenden Regelungen wie Geschwindigkeitsbegrenzungen etc. eingehalten werden. Ihnen steht aber kein diesbezüglicher Anspruch gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern zu. Die Kontrolle der Einhaltung und die Durchsetzung obliegt den Behörden.

I. Absolute und relative Rechte

Die subjektiven Rechte kann man auf unterschiedlichste Weise einteilen.²⁴ Die Unterscheidung zwischen absolutem und relativem Recht betrifft den Kreis der Verpflichteten. Das absolute Recht richtet sich gegen Jedermann. Ein ansehnliches Beispiel ist das Eigentum, das dem Berechtigten ein Ausschließungsrecht einräumt (§ 903 BGB). Dies bedeutet aber nicht, dass gegenüber Jedermann jederzeit entsprechende Ansprüche bestünden. Diese Lesart führte nämlich dazu, dass jeder von uns in diesem Moment Inhaber unzähliger Ansprüche wäre. Absolute Rechte sind meines Erachtens vielmehr so zu deuten, dass gegenüber allen anderen Rechtssubjekten *potenzielle* Ansprüche bestehen.²⁵

Das relative Recht zeichnet sich hingegen dadurch aus, dass dem Berechtigten *bestimmte* Personen gegenüberstehen.²⁶ Das Rechtsverhältnis ist dabei das Band, das Anspruchsteller und -gegner verbindet. Paradigmatisch ist der vertragliche Anspruch, der zB. gegen den konkreten Käufer gerichtet ist (§ 433 Abs. 2 BGB). Natürlich können relative Rechte direkt aus absoluten erwachsen. Sobald etwa der nicht berechtigte Besitzer (B) dem nicht besitzenden Eigentümer (E) dessen Eigentum entzieht, wird E Inhaber eines relativen Rechts, nämlich des Herausgabeanspruchs im Sinne des § 985 BGB. Anspruchsgegner ist dann eine bestimmte Person, namentlich B.

Eine weitere Einteilung betrifft die Unterscheidung zwischen subjektivem Recht iES. und iwS. Das vorstehende Beispiel verdeutlicht die mitunter kritisierte Ansicht mancher Autoren, die konkrete Berechtigung (relatives Recht; subjektives Recht iES.) hänge grundsätzlich stets von einer Stammposition (Stammrecht; subjektives Recht iwS.) ab.²⁷ Anhand dieser Stammposition seien die von der Rechtsordnung anerkannten Interessen bestimmbar.²⁸ Nach dieser Ansicht kann man das Stammrecht als Quelle oder Bündel der jeweiligen subjektiven Rechte iES. ver-

15 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. (2020), § 28 Rn. 13; Schack, BGB - Allgemeiner Teil, 16. Aufl. (2019), Rn. 45; Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. (2020), § 4 Rn. 2.

16 BGH NJW 2020, 3777, Rn. 27.

17 BGH NJW-RR 2012, 897; Coester-Waltjen, FamRZ 2012, 1185 (1187).

18 Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozess, 18. Aufl. (2018), § 27 Rn. 1.

19 Siehe nur Micklitz/Rott, in: MüKoZPO, Bd. 3, 6. Aufl. (2022), § 3 UKlaG Rn. 3 f.

20 Marotzke, Von der schutzgesetzlichen Unterlassungsklage zur Verbandsklage (1992), S. 12.

21 Wagner, in: MüKoBGB, Bd. 8, 8. Aufl. (2020), § 823 Rn. 685.

22 Dötsch/Greiner, ZWE 2014, 343 (346).

23 Siehe dazu Schmid, VersR 2011, 731 ff.

24 Schack, BGB - Allgemeiner Teil, 16. Aufl. (2019), Rn. 45.

25 Ähnlich Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl. (2016), Rn. 190 f.: „latente Lage“; siehe auch Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 26.

26 Schwab/Löhnig, Einführung in das Zivilrecht, 20. Aufl. (2016), Rn. 188.

27 Raiser, JZ 1961, 465 ff.: „primäres Recht“; dagegen Klocke, Rechtsschutz in kollektiven Strukturen, (2016), 49 f. mwN.

28 Röhll/Röhll, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), 364.

stehen.²⁹ Der Prototyp ist wiederum das Eigentumsrecht. Aus einer Verletzung können unterschiedliche Ansprüche resultieren, etwa ein Herausgabeanspruch (§ 985 BGB), ein Unterlassungsanspruch (§ 1004 BGB) oder ein Schadensersatzanspruch (§ 823 BGB). Nach einer Meinung seien die Stammpositionen jedoch nicht auf absolute Rechte beschränkt, sondern kämen generell Schuldverhältnisse iW.S.³⁰ als Quelle infrage.³¹ Unabhängig davon, ob man dieser so weitgehenden Theorie der Stammrechte folgt oder nicht, so sollte man sich doch eine Sache vergegenwärtigen: Absolute und relative Rechte besitzen fundamentale Unterschiede.

II. Formen der relativen subjektiven Rechte

Das BGB kennt zwei Arten an relativen Rechten: den Anspruch und das Gestaltungsrecht. Es ist im Rahmen der allermeisten zivilrechtlichen Klausuren eine Selbstverständlichkeit, nach *Anspruchsgrundlagen* vorzugehen. Auch das Gestaltungsrecht begegnet uns häufig, etwa in Form der Anfechtung wegen Irrtums. Beide Arten an subjektiven Rechten wechselwirken sogar miteinander: Nachdem wir etwa einen Vertragsschluss bejaht haben, prüfen wir sodann gegebenenfalls die Wirksamkeit. Bei einer erfolgten Anfechtung (Gestaltungsrecht) ist der Anspruch zu verneinen. Daraus können dann weitere Konsequenzen resultieren, etwa Ansprüche nach § 122 und §§ 280, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB einerseits oder nach § 812 BGB andererseits.

1. Anspruch

Der Anspruch ist in § 194 Abs. 1 BGB definiert. Er ist das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Auch an dieser Stelle gilt es an zwei Punkten zu präzisieren. Einerseits ist der Anspruchsgegner selbst bei gerichtlicher Durchsetzung des Anspruchs nicht der mit Hoheitsgewalt ausgestattete „Staat“, sondern weiterhin das gegenüberstehende Rechtssubjekt,³² etwa der säumige Käufer. Andererseits kann ein Anspruch nicht nur entweder auf ein Tun (zB. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB) oder ein Unterlassen, das heißt jedes erdenkliche Nichthandeln (zB. § 1004 BGB), gerichtet sein, sondern auch auf ein Dulden,³³ das manche als Sonderform des Unterlassens einstufen.³⁴ Ein ansehnliches Beispiel für die zuletzt genannte Kategorie ist die Duldung des Betretens und Befahrens des Nachbargrundstücks, um auf das eigene Grundstück zu gelangen.³⁵

Innerhalb der Anspruchskategorie werden selbstständige und unselbstständige, sogenannte Hilfsansprüche, differenziert. Der auffälligste Unterschied betrifft die Übertragbarkeit. Unselbstständige Ansprüche können nicht losgelöst übertragen werden. Sie hängen mit absoluten Rechten zusammen und werden direkt aus diesen abgeleitet. Ihr Zweck ist es, das absolute Recht zu verwirklichen: Ihnen kommt dienende Funktion zu.³⁶ So kann etwa ein Anspruch aus § 985 BGB oder § 1004 BGB nach der hM. nicht isoliert übertragen werden.³⁷ Vielmehr müsste hier das Eigentumsrecht (absolutes Recht) übergehen.

Anders verhält es sich bei selbstständigen Ansprüchen. Sie sind im Wege der Zession grundsätzlich frei übertragbar.³⁸ Zu dieser Kategorie zählen insbesondere die schuldrechtlichen Forderungen.

2. Gestaltungsrecht

Das Gestaltungsrecht unterscheidet sich fundamental von Ansprüchen: Es ist die Rechtsmacht, die Rechtslage *einseitig* zu ändern; es muss nicht – anders als ein Anspruch – erfüllt werden.³⁹ Zu prüfen sind hier regelmäßig der Gestaltungsgrund (zB. § 119 BGB), die fristgerechte Ausübung (zB. § 121 Abs. 1 iVm. § 143 Abs. 1 BGB) sowie das Fehlen eines Ausschlussgrunds (zB. § 121 Abs. 2 und § 144 BGB). Weitere plakative Fälle sind der Widerruf nach § 355 BGB und der Rücktritt nach § 323 BGB.

Die Ausübung erfolgt in aller Regel durch eine Willenserklärung. Das soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es mitunter auch andere Modi gibt. Manche Gestaltungsrechte sind mittels Klage oder Antrag geltend zu machen; die Gestaltungswirkung tritt dann grundsätzlich mit der rechtskräftigen Entscheidung ein.⁴⁰ Man spricht in diesen Fällen von (materieller) Gestaltungs-klage. Als Beispiel kann die vorstehende Eheaufhebung nach §§ 1313 ff. BGB iVm. §§ 121 Nr. 2, 124 FamFG genannt werden. Das Motiv für diese besondere Form der Ausübung besteht darin, dass es in diesen Fällen um sehr weitreichende Konsequenzen oder Interessen der Allgemeinheit geht, weshalb die Gestaltung erst nach richterlicher Prüfung eintreten soll.⁴¹

Ansprüche können in aller Regel – im Gegensatz zu absoluten Rechten⁴² – verjähren (§ 194 BGB). Die Verjährung schließt die Durchsetzbarkeit aus. Anders verhält es sich bei Gestaltungsrechten. Typischerweise unterliegen sie Ausschlussfristen (zB. § 124 Abs. 1, Abs. 3, § 355 Abs. 2 BGB), nach deren Ablauf das Gestaltungsrecht *erlischt*.⁴³ Die isolierte Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten ist umstritten.⁴⁴

3. Privatautonome Kompetenzen als subjektive Rechte des Zivilrechts?

Ein zentrales Element des Zivilrechts ist die verfassungsrechtlich abgesicherte Privatautonomie. Sie sorgt dafür, dass die einzelnen Bürger ihre Lebensverhältnisse selbstbestimmt regeln können.⁴⁵ Im Rahmen von Klausuren kommt man sehr häufig mit solchen Kompetenzen in Berührung, etwa mit der Vertragsfreiheit (Abschlussfreiheit, Inhaltsfreiheit, Formfreiheit) oder der Testierfreiheit. Man könnte versucht sein, auch diese den subjektiven Rechten des Zivilrechts zuzurechnen. Dafür spricht, dass die Privatautonomie die einzelne Person in gewisser Weise berechtigt, nämlich dazu, ihre Angelegenheiten selbstständig zu regeln. Dagegen wird von manchen vorgebracht, sie stehe unterschiedslos jedem Rechtssubjekt zu und sei deswegen gerade kein subjektives Recht.⁴⁶

29 Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. (2020), § 4 Rn. 2.

30 Siehe dazu Stadler, Allgemeiner Teil des BGB, 20. Aufl. (2020), § 5 Rn. 10.

31 Schmidt, NJW 2002, 25 (28); ablehnend Okuda, AcP 164 (1964), 536 (537 f.); der Disput gipfelt in der Frage, ob die oben genannte Verbandsberechtigung ein Anspruch im Sinne des § 194 BGB sein könne.

32 Siehe dazu Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozess, 18. Aufl. (2018), § 3 Rn. 5 ff.

33 Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 194 Rn. 2.

34 Ellenberger, in: Palandt, 80. Aufl. (2021), § 194 Rn. 1.

35 Siehe zB. OLG Koblenz BeckRS 2020, 3180.

36 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 25 f.

37 Schulte-Nölke, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 985 Rn. 3; zu § 1004 BGB siehe BGH NJW 2017, 486 (Rn. 7).

38 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 27.

39 Ibid. Rn. 31.

40 Levenz, JURA 1996, 1, 5.

41 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. (2020), § 28 Rn. 23.

42 Ellenberger, in: Palandt, 80. Aufl. (2021), § 194 Rn. 4; Grothe, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2018, § 194 Rn. 5.

43 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 42.

44 Siehe dazu Roth/Kieninger, in: MüKoBGB, 8. Aufl. (2019), § 413 Rn. 11 ff.

45 Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 44. Aufl. (2020); Faust, Bürgerliches Gesetzbuch Allgemeiner Teil, 7. Aufl. (2021), § 1 Rn. 5.

46 Neuner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 12. Aufl. (2020), § 20 Rn. 11.

C) Verdichtung zum subjektiven Recht

Wie eingangs erwähnt, besteht das objektive Zivilrecht aus der Gesamtheit aller zivilrechtlichen Normen. Dazu gehören auch die Anspruchsgrundlagen im Sinne der verschriftlichten Norm. Diese sind nicht das Recht selbst, sondern bloß eine Art Beschreibung eines etwaigen Rechts. So ist etwa § 823 Abs. 1 BGB Teil des objektiven Rechts, verbrieft aber gleichzeitig ein potenzielles subjektives Recht, nämlich einen Anspruch auf Zahlung von Schadensersatz. Bei juristischen Klausuren prüfen wir unter Bezugnahme auf das objektive Recht (etwa § 985 BGB) konkrete Ansprüche, etwa den Herausgabeanspruch des nicht besitzenden Eigentümers E. Es stellt sich daher die Frage, wie aus einem potenziellen subjektiven Recht (dem objektiven Recht/der Rechtsgrundlage) ein tatsächliches wird.

Das objektive Recht wirkt zunächst – anders als Verträge – generell-abstrakt, das heißt für eine Vielzahl an Rechtssubjekten und zu regelnden Sachverhalten. Das hängt mit einem entsprechend breit formulierten Tatbestand zusammen. Dem subjektiven Recht kommt hingegen individuell-konkrete Wirkung zu. Es berechtigt nur bestimmte Personen und umfasst nur einen bestimmten Sachverhalt. Ganz zwanglos und intuitiv berücksichtigen wir diese Wirkung, wenn wir im Rahmen einer Anspruchsgrundlage danach fragen, wer was von wem und woraus verlangt. Wir prüfen dann bei § 823 Abs. 1 BGB einen konkreten Anspruch des Geschädigten gegenüber dem Schädiger auf Zahlung einer genau bezifferten Geldsumme. Eine exakt formulierte Hypothese könnte lauten: G könnte gegen S einen Anspruch auf Zahlung von 100 Euro aus § 823 Abs. 1 BGB haben. Unbestimmt wäre es in Wahrheit hingegen, wie folgt zu formulieren: Der Geschädigte könnte gegen den Schädiger einen Anspruch auf Zahlung gemäß § 823 Abs. 1 BGB haben. Anhand dieses für Juristen alltäglichen Beispiels erkennen wir, auf welche Elemente es bei der Verdichtung zum subjektiven Recht ankommt:⁴⁷ Auf ein subjektives (personelles) Element, das heißt die Individualisierung (Personalisierung), einerseits sowie auf ein objektives Element – die Konkretisierung – andererseits. Ein drittes Element ist mitunter etwas subtiler: die Aktualisierung.

Ganz allgemein kann man bei der Individualisierung von Sachlegitimation sprechen. Es ist danach zu fragen, wer aktivlegitimiert, also berechtigt ist (in unserem Beispiel: G), und wer passivlegitimiert, das heißt der Gegner (S), ist. Anhand dieser bestimmt sich folglich, wer die Subjekte des Rechtsverhältnisses sind. Die Konkretisierung betrifft die Verhaltensnorm.⁴⁸ Damit ist ein mehr oder weniger genau umschriebener objektiver Tatbestand mitsamt konkreter Rechtsfolge in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt gemeint. Vorliegend wären das zB. das konkret verletzte Rechtsgut, die Verletzungshandlung, das Verschulden etc. sowie die Höhe des Schadensersatzes. In gewisser Weise legt sie den Inhalt des Schuldverhältnisses fest. Die Aktualisierung der Verhaltensnorm beinhaltet die Frage, ob der geregelte Rechtsfall schon eingetreten ist, das heißt, etwas Bestimmtes gefordert werden kann, weil der Sachverhalt unter den Tatbestand subsumiert werden kann.⁴⁹ Bei gesetzlichen Ansprüchen ist dies unproblematisch. Denn dadurch, dass die Individualisierung und die Konkretisierung gegeben sind, ist der gesamte

Tatbestand erfüllt und die Rechtsfolge bestimmt. Sofern keine rechtshindernden Einwendungen bestehen, ist der gesetzliche Anspruch entstanden. Die Aktualisierung tritt also gleichzeitig ein, was schlicht daran liegt, dass das subjektive Recht hier *direkt* aus dem objektiven Recht (dem Gesetz) abgeleitet wird.

Anders verhält es sich bei vertraglichen Ansprüchen. Sie zeichnen sich dadurch aus, dass es einen Zwischenschritt hin zum subjektiven Recht gibt, nämlich den Vertragsschluss. Es ist deshalb streng genommen ungenau, bei der Prüfung eines Kaufpreisanspruchs (nur) § 433 Abs. 2 BGB als Anspruchsgrundlage zu nennen. Das subjektive Recht (hier: der Anspruch) ergibt sich richtigerweise nicht aus dem Gesetz, sondern aus dem konkreten *Vertrag*.

Für vertragliche Ansprüche gilt im Verhältnis zu gesetzlichen Ansprüchen Besonderes: Die Individualisierung (Sachlegitimation) und die Konkretisierung können durch den Vertrag bestimmt, der Rechtsfall kann aber dennoch noch nicht eingetreten sein. Das wird im Zusammenhang mit Vertragsstrafen deutlich: Sowohl Anspruchsteller und Anspruchsgegner als auch der die Vertragsstrafe auslösende Fall (zB. Verzögerung eines Bauprojekts) und die Höhe des Strafschadensersatzes können vertraglich festgelegt sein, dennoch existiert der Anspruch noch nicht zwingend. Erst wenn der Vertragspartner tatsächlich für eine Verzögerung sorgt, wird das vertragliche Recht endgültig aktualisiert. Erst dann (und sofern keine rechtshindernden Einwendungen bestehen) ist der vertragliche Anspruch entstanden:⁵⁰ Aus einem potenziellen Anspruch wird ein aktueller. Hier betrifft die Aktualisierung nicht (allenfalls nicht unmittelbar) das objektive Recht und tritt daher mitunter getrennt von den anderen Elementen ein. Die wahre Grundlage des Anspruchs ist hier – wie bereits angesprochen – der Vertrag, nicht das Gesetz. Freilich kann auch Gleichzeitigkeit vorliegen, nämlich insbesondere bei alltäglichen Geschäften wie Handkäufen. Hier manifestieren sich die drei Elemente typischerweise in ein und derselben juristischen Sekunde.

Der gleiche Mechanismus kommt dem Grunde nach auch bei Gestaltungsrechten zur Anwendung. Auch sie setzen eine (Gestaltungs-)Grundlage voraus und können gesetzlich oder vertraglich sein, was sich schon an § 346 BGB zeigt. Die Sachlegitimation teilt sich hier terminologisch in Gestaltungsberechtigten und Gestaltungsgegner. Daneben müssen auch hier Konkretisierung und Aktualisierung vorliegen. Gestaltungsrechte sind meines Erachtens aktualisiert, wenn – unabhängig der Ausübung – ein Gestaltungsgrund vorliegt und dieses Recht nicht ausgeschlossen oder erloschen ist.

Bei gesetzlichen Gestaltungsrechten ohne rechtsgeschäftlichen Bezug verhält es sich wie bei gesetzlichen Ansprüchen: Alle drei Elemente verwirklichen sich zeitgleich. So stellt es sich etwa – sofern man das Aneignungsrecht des § 958 BGB als Gestaltungsrecht auffasst⁵¹ – beim Eigentumserwerb an beweglichen herrenlosen Sachen dar. Auf der anderen Seite der Skala stehen vertragliche Gestaltungsrechte, bei denen die Aktualisierung abermals eine spezielle Rolle einnehmen kann. Als Beispiel kann das vertraglich modifizierte Kündigungsrecht des Werkbestellers (§ 648 BGB) genannt werden.⁵² Bei gesetzlichen Gestaltungsrechten, die direkt an ein Rechtsgeschäft anknüpfen, wie etwa der Anfechtung, steht die Sachlegitimation von Vertragsschluss

⁴⁷ Bitter/Röder, BGB Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (2020), § 3 Rn. 1 ff.; siehe auch Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. (1977), 209; ausführlich zum vergleichbaren österreichischen Recht: Böhm, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1979), 16.

⁴⁸ Siehe etwa BGH, Urt. v. 30.01.1958 – III ZR 174/56; ähnlich Böhm, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1979), S. 16, 41.

⁴⁹ Böhm, Unterlassungsanspruch und Unterlassungsklage (1979), S. 41.

⁵⁰ Beachte die Fälligkeit, deren Rechtsnatur einigermaßen umstritten ist: Bittner/Kolbe, in: Staudinger (2020), § 271 Rn. 39 f.

⁵¹ Siehe dazu Heinze, in: Staudinger (2020), § 958 Rn. 13 mwN.

⁵² Scheuch, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 648 Rn. 11.

an fest.

D) Interessenwahrung „schutzloser Subjekte“

Rechte benötigen stets ein Zuordnungssubjekt, das heißt einen Träger. Es gilt zwischen Rechtssubjekt und Rechtsobjekt zu unterscheiden. Rechtssubjekte verfolgen, wie bereits erwähnt, ihre zivilrechtlichen Interessen im Rahmen zugeordneter subjektiver Rechte. Dadurch sind sie sozusagen die Adressaten der rechtlichen Berechtigung. Demgegenüber sind Rechtsobjekte Gegenstände, die in der Rechtsmacht der Rechtssubjekte liegen. Die Zivilrechtsordnung verleiht Rechtssubjekten die Herrschaft über Rechtsobjekte.

Die Rechtsträgerschaft spiegelt sich im Zivilrecht anhand der Rechtsfähigkeit wider. Rechtsfähig sind nur Personen. Allen voran sind hier natürliche Personen zu nennen, wobei dieser Begriff deckungsgleich mit jenem des Menschen ist.⁵³ Daneben sind heutzutage auch juristische Personen rechtsfähig, wie sich etwa am Beispiel des Vereins zeigt (§ 21 BGB).

Seit einiger Zeit wird diskutiert, ob und inwieweit man Tieren, allen voran Menschenaffen, *de lege ferenda* Grundrechte verleihen sollte.⁵⁴ Auf die zivilrechtliche Ebene verlagert kann thematisiert werden, ob Tiere Träger von Zivilrechten sein sollten.⁵⁵ Dahinter steht der freilich berechtigte Gedanke des Tierwohls. Spiegelgleich kann diskutiert werden, ob nicht auch die „Umwelt“ ein Recht auf Unversehrtheit oä. haben sollte.

Zwischen Tieren und der „Umwelt“ zeigt sich jedenfalls schon auf den ersten Blick ein wesentlicher Unterschied. Zwar sind beide nach heutiger Diktion weder Rechtssubjekte noch Rechtsobjekte im Sinne des BGB, doch sind gemäß § 90a BGB auf Tiere diejenigen Vorschriften, die für Sachen gelten, grundsätzlich entsprechend anzuwenden. Tiere werden daher, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, wie Sachen behandelt. Sie sind damit im Kontext des BGB auf der Skala Rechtssubjekt-Rechtsobjekt eher letzterem zuzuweisen. Mangels Fassbarkeit kann die „Umwelt“ gar nicht auf dieser Skala eingeordnet werden.

Rechtspolitisch könnte man dafür eintreten, Tieren – bestimmten Arten, einzelnen Exemplaren im Bedarfsfall, Kollektiven oder auch allen – subjektive Zivilrechte einzuräumen, ihnen also von Gesetzes wegen Rechtsfähigkeit und – für einen umfassenden Schutz auch das verfahrensrechtliche Pendant, die Parteifähigkeit – zu verleihen. Damit wäre es freilich noch nicht getan, weil Tiere noch nicht über ihre Rechte disponieren könnten. Vielmehr bräuchte es dann auch die Handlungsfähigkeit (Prozessfähigkeit). Aber selbst wenn man auch diese verleihen würde, stellten sich in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten, was sich schlicht daran liegt, dass Tiere anders kommunizieren als Menschen. Bezüglich der „Umwelt“ würde dieses Problem nochmals gesteigert. Das, woran es *in praxi* scheiterte, ist die konkrete Ausübung der verliehenen Rechte. Dem kann man, ähnlich wie bei Minderjährigen oder auch juristischen Personen, mit der Zuweisung von Stellvertretern begegnen.

In Wahrheit gibt es aber eine Alternative, die weit weniger dogmatische Turbulenzen verursachte. Man könnte auf die Zuweisung subjektiver Rechte verzichten und stattdessen „lediglich“

auf (wohl objektivierten) Interessen der Tiere oder der „Umwelt“ abstellen, die dann durch geeignete Personen geltend zu machen sind. Unweigerlich erkennt man hier Parallelen zu der zivilrechtlichen Verbandsklage, wie sie etwa zum Schutze der Vertragsfreiheit im Zusammenhang mit AGB oder zum Schutze des lautereren Wettbewerbs Eingang in die Zivilrechtsordnung gefunden hat. Auch hier machen die Verbände nach hM. keine subjektiven Rechte der von der inkriminierten Handlung betroffenen Personen (Verbraucher und Mitbewerber) geltend, sondern von Gesetzes wegen kreierte Verbandsansprüche. Begünstigt von dieser Verbandstätigkeit sind aber im Ergebnis freilich die Verbraucher und Mitbewerber. Die Verbandsklage dient insofern der Wahrung öffentlicher Interessen. Das Motiv hinter der Verbandsklage ist damit die Sicherstellung kollektiver Rechtsdurchsetzung. Aufgrund des Prozessrisikos und sonstiger Kalamitäten wie Zeitaufwand etc. verzichten insbesondere Verbraucher oftmals darauf, angesichts der Übermacht des Störers ihre eigentlich bestehenden Rechte durchzusetzen (rationales Desinteresse). Geeignete Stellen sollen daher gegen bestimmte Rechtsverstöße vorgehen können. Abstrahiert formuliert ist die Verbandsklage folglich immer dann anzudenken, wenn es um massenhaft „schutzlose Subjekte“ geht. Ein solcher Anwendungsfall wäre meines Erachtens auch betreffend Tiere und die „Umwelt“ gegeben.

Auch in diesem Fall wäre es vorzugswürdig, auf eine echte Popularklage, bei der jedes Rechtssubjekt rechtlich aktiv werden kann, zu verzichten und stattdessen kompetente Stellen von Gesetz wegen zur Wahrung der Interessen von Tieren und der „Umwelt“ zu nominieren. Auf diesem Wege würde man eine gewisse Qualität der Prozessführung sicherstellen und die Gefahr unübersichtlicher Mehrfachprozesse zumindest auf ein erträgliches Maß minimieren.

► Inhaltsverzeichnis



53 Dörner, in: Schulze [u.a.], HK-BGB, 10. Aufl. (2019), § 1 Rn. 3.

54 Siehe etwa die vieldiskutierte schweizerische Initiative *Grundrechte für Primaten*: ► <https://www.primaten-initiative.ch/de/> (zuletzt abgerufen am 16.06.2022).

55 Im öffentlichen Recht besteht bereits eine Verbandsklage zum Schutze der Umwelt, siehe dazu das UmwRG.



KÖPFE

GESUCHT

Referendare (m/w) und Praktikanten (m/w)
www.tsp-law.com/karriere

Thümmel, Schütze & Partner

RECHTSANWÄLTE

Partnerschaftsgesellschaft mbB

Stuttgart | Berlin | Dresden | Frankfurt | Singapur

Fallbearbeitung - Strafrecht

Prof. Dr. **Michael Hippeli**, LL.M., MBA (MDX)

„Alarm im Schwimmbad“ Fortgeschrittenenklausur



Michael Hippeli | Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft in Ludwigschafen.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

Mehmet Yilmaz (M) ist ein 22-jähriger Handyverkäufer aus Frankfurt am Main. Am Neujahrstag 2022 will er mit seinen Kumpels Goran Vukovic (G) und Oleg Timoschenko (O) Wellness machen. Gemeinsam fahren Sie in die Taunus Therme nach Bad Homburg und kaufen sich jeweils eine Tageskarte für Schwimmbad und Sauna. Im gut besuchten großen Schwimmbecken machen die drei Freunde zunächst einmal ordentlich Rabatz. Die Lautstärke und das Herumgetolle führen zu Beschwerden von vor allem älteren Thermenbesuchern. Bad Homburg ist schließlich eine eher gediegene Kurstadt und Wohnstätte eines wohlhabenden Publikums, welches überwiegend im nahen Frankfurt ein hohes Einkommen erwirtschaftet. Daraufhin schreitet der Bademeister ein und bittet die drei Unruhestifter, aus dem Wasser zu kommen, um sie dort zu ermahnen. Zunächst ruft M dem Bademeister zu „*Leck mich, du Opfer!*“ und später dann noch „*Verpiss dich oder ich stech' Dir die Reifen auf!*“. Seine Kumpels wirken aber mäßigend auf M ein und am Beckenrand lassen sich die Wogen noch einmal glätten.

Während G und O nun in den Saunabereich enteilen, um einen Aufguss zu genießen, haut sich M erst einmal auf seine Liege. Doch er hat weiterhin nur Unsinn im Kopf. Als eine junge Blondine in Bikinioberteil und String Slip vorbeiläuft und sich wenige Meter entfernt zu ihrem Freund begibt, der auch auf einer Liege liegt, legt M los. Obwohl die Taunus Therme in ihren AGBs und durch gut sichtbare Aushänge im Kassenbereich darauf hingewiesen hat, dass wegen der Persönlichkeitsrechte der Badegäste Video- und Fotoaufnahmen mit Smartphones und ähnlichen Geräten im Bade- und Saunabereich verboten sind, hat M natürlich sein iPhone griffbereit, das umfassende Filmverbot schert ihn nicht weiter. M hält voll auf die Blondine drauf und schießt mehrere Bilder von ihr, insbesondere mit Schwerpunkt auf ihren Brust- und Gesäßbereich. Anschließend versendet er die Bilder mit dem Zusatz „*Voll geile Alte :-)*“ via WhatsApp an seine beiden Kumpels. Dieser Gedanke kam ihm erst nach der Anfertigung der Aufnahmen. Doch dem eifersüchtigen Freund der Blondine ist die Aktion aufgefallen. Er stürmt zu M und stellt ihn zur Rede. Unvermittelt schlägt M ihn mit einer vollen 1,5 Liter Wasserflasche aus Plastik zu Boden. Es entstehen Prellungen, Schmerzen und eine zweiwöchige Krankschreibung. Anschließend flüchtet M aus der Therme, kann aber später über die Kamerabilder im Kassenbereich und die vor dem Kartenkauf erfolgte Online-Reservierung identifiziert werden. Strafanträge werden gestellt.

Am Nachmittag haben auch G und O die Taunus Therme verlassen und die drei Kumpels sind wieder vereint in der Bad Homburger Fußgängerzone unterwegs. Dort lungern sie nun am

Marktplatz herum. M hat für heute immer noch nicht genug. Als wieder eine junge attraktive Frau vorbeiläuft (diesmal brünett, M ist da nicht allzu wählerisch), pfeift er ihr erst hinterher. Als sie sich, eher peinlich berührt umblickt, ruft er ihr zu „*Hey Chica, du bist ja ein heißes Gerät, Bock auf F*?!*“. Seine beiden Freunde lachen amüsiert und höhnisch. Die junge Frau dreht sich angewidert weg und beschleunigt ihr Schrittempo, um schnell wegzukommen. Doch M wäre nicht M, wenn er es damit bewenden ließe. Mit schnellen Schritten verfolgt er sein Opfer. Als er sie erreicht hat, packt er ihr mit der rechten Hand an das Gesäß. Die junge Frau schafft es schließlich, zu entkommen. Sie stellt noch am selben Tag Strafanzeige gegen Unbekannt. Am Marktplatz waren allerdings im Moment der Flucht der jungen Frau auch zwei Stadtpolizisten auf das Geschehen aufmerksam geworden. Diese stellten die Personalien der drei Kumpels fest. Da der Marktplatz von Bad Homburg videoüberwacht wird, kann der Sachverhalt letzten Endes auch vollständig aufgeklärt werden.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten die Strafbarkeit von M nach dem StGB!

Auszug aus den AGBs der Taunus Therme

§ 7 Verhaltensregeln für den Thermalbadbetrieb

[...]

(6) Den Thermalbadbenutzern ist es nicht gestattet, Bildaufzeichnungen zu machen, insbesondere zu filmen und zu fotografieren. Für gewerbliche Zwecke und für die Presse bedarf das Fotografieren und Filmen der vorherigen Genehmigung der Geschäfts-/ Verwaltungsleitung.

§ 8 Verhaltensregeln für den Saunabetrieb

[...]

(15) Im Saunabetrieb ist dem Nutzer Telefonieren, Fotografieren und Filmen verboten. Elektronische Medien, mit denen man fotografieren und/oder filmen kann (zB Smartphone, Tablet, E-Book-Reader uä), dürfen nicht mitgenommen und benutzt werden.

Gliederung

A) Sachverhaltskomplex I – Beef mit dem Bademeister

I. Strafbarkeit des M wegen § 185 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Grunddelikt
 - bb) Qualifikationsmerkmal
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Zwischenergebnis
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Ergebnis

II. Strafbarkeit des M wegen §§ 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

1. Vorprüfung
2. Tatbestand
 - a) Tatentschluss
 - b) Unmittelbares Ansetzen
3. Rechtswidrigkeit
4. Schuld
5. Ergebnis

III. Strafbarkeit des M wegen § 241 Abs. 1 StGB

IV. Ergebnis Sachverhaltskomplex I

B) Sachverhaltskomplex II – Bikinibilder und Gewalt

I. Strafbarkeit des M wegen § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Nr. 1
 - bb) Nr. 2
 - c) Zwischenergebnis
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Ergebnis

II. Strafbarkeit des M wegen §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - aa) Grunddelikt
 - bb) Qualifikationsmerkmal
 - cc) Zwischenergebnis
 - b) Subjektiver Tatbestand
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld

C) Sachverhaltskomplex III – Belästigung

I. Strafbarkeit des M wegen § 184i Abs. 1 StGB

1. Tatbestand
 - a) Objektiver Tatbestand
 - b) Subjektiver Tatbestand
 - c) Zwischenergebnis
2. Rechtswidrigkeit
3. Schuld
4. Strafzumessung
5. Ergebnis

II. Strafbarkeit des M wegen § 185 StGB

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex III

D) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

Gutachten

Hinweis

Die vorliegende Prüfung lässt sich thematisch gut anhand der drei verschiedenen Handlungsstränge in Bezug auf die jeweils verschiedenen Tatopfergliedern. Der Schwerpunkt liegt auf den jüngsten Ergänzungen des Sexualstrafrechts, wobei derzeit die Schlagwörter „Upskirting“, „Catcalling“ und „Stealthung“ kursieren. Allerdings ist ihre genaue Zuordnung und ihr schon bestehender oder womöglich bald noch erfolgreicher Niederschlag im StGB noch nicht einmal unter Juristen vollends geläufig.

A) Sachverhaltskomplex I – Beef mit dem Bademeister

I. Strafbarkeit des M wegen § 185 StGB

M könnte sich dadurch, dass er am 01.01.2022 in der Taunus Therme in Bad Homburg gegenüber dem Bademeister gerufen hat „Leck mich, du Opfer“ wegen Beleidigung iSd. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Sodann müsste M den Tatbestand des § 185 StGB verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst ist es erforderlich, dass M den objektiven Tatbestand erfüllt hat.

aa) Grunddelikt

Der objektive Tatbestand des Grunddelikts besteht schlicht in der Tathandlung der Beleidigung. Eine Beleidigung ist jeder Angriff auf die Ehre eines anderen durch die Kundgabe eigener Missachtung oder Nichtachtung.¹ Die Kundgabe der ehrverletzenden Tatsachenbehauptung bzw. des herabwürdigenden Werturteils erfolgt dabei insbesondere durch mündliche Äußerungen.² Eine Missachtung oder Nichtachtung liegt in der Äußerung dann, wenn sie dem Betroffenen den elementaren Menschenwert oder seinen ethischen oder sozialen Wert ganz oder teilweise abspricht und dadurch seinen grundsätzlich uneingeschränkten Achtungsanspruch verletzt.³

Daran gemessen liegt in der Äußerung des M gegenüber dem Bademeister jedenfalls eine Beleidigung. Der objektive Tatbestand ist damit erfüllt.

bb) Qualifikationsmerkmal

Eine Beleidigung iSd. § 185 StGB kann seit Frühjahr 2021 nicht nur in qualifizierter Weise tätlich begangen werden, sondern auch durch die drei neuen Qualifikationsmerkmale „öffentlich“, „in einer Versammlung“ oder „durch Verbreiten eines Inhalts (§ 11 Abs. 3 StGB)“. Vorliegend kommt einzig in Betracht, dass M die Beleidigung öffentlich getätigt hat.

Öffentlich wird eine Beleidigung geäußert, wenn dies von einem größeren, nach Zahl und Zusammensetzung unbestimmten und nicht durch persönliche Beziehungen verbundenen Personenkreis zur Kenntnis genommen werden kann.⁴ In der Therme

insgesamt, wie auch im Schwimmbecken, befanden sich den Sachverhaltsangaben nach einige weitere fremde Personen, die den naturgemäß lauten Ausruf des M auch vernehmen konnten. Damit liegt auch das qualifizierende Tatbestandsmerkmal „öffentlich“ in objektiver Weise vor.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiterhin müsste M den subjektiven Tatbestand des § 185 StGB erfüllt haben.

In subjektiver Hinsicht ist zumindest bedingter Vorsatz erforderlich.⁵ Dieser muss sich in Bezug auf das Grunddelikt auf die Kundgabe der Äußerung sowie die darin objektiv zum Ausdruck kommende Miss- bzw. Nichtachtung beziehen.⁶ Zudem muss sich der bedingte Vorsatz natürlich auch auf das Qualifikationsmerkmal „öffentlich“ beziehen.

M wollte den Bademeister auch erkennbar öffentlich beleidigen, der subjektive Tatbestand ist damit erfüllt.

c) Zwischenergebnis

Insgesamt hat M den Tatbestand des § 185 StGB verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des M war auch rechtswidrig. So ist insbesondere nicht erkennbar, dass der Bademeister zuvor eine Situation geschaffen hätte, die etwa iSe. Wahrnehmung berechtigter Interessen iSd. § 193 StGB das Verhalten des M hätte rechtfertigen können.

3. Schuld

M hat zudem auch schuldhaft gehandelt.

4. Ergebnis

M hat sich wegen einer öffentlichen Beleidigung iSd. § 185 StGB strafbar gemacht. Allerdings müsste der Bademeister als der Beleidigte⁷ zur Verfolgung der Tat noch einen Strafantrag iSd. § 194 Abs. 1 Satz 1 StGB stellen.

II. Strafbarkeit des M wegen §§ 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB

Fraglich ist weiter, ob der Ausruf des M „Verpiss dich oder ich stech' Dir die Reifen auf!“ als versuchte Nötigung iSd. §§ 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar sein könnte.

1. Vorprüfung

Die Nötigung dürfte zunächst noch nicht vollendet und der Versuch müsste seinerseits strafbar sein.

Vollendet ist die Nötigung erst dann, wenn die abgenötigte Opferreaktion, zumindest ein Dulden, kausale Folge des vom Täter durch nötigungsspezifischen Zwang beherrschten Willens gewesen ist.⁸ Daran gemessen lässt sich feststellen, dass der Bademeister eben nicht von M abgelassen hat und weggegangen ist. Damit liegt jedenfalls noch keine vollendete Nötigung vor.

Der Versuch der Nötigung ist zudem, da er kein Verbrechen dar-

1 BGH NJW 1956, 679; BGH NStZ-RR 2012, 206; BGH NStZ 2018, 603 (604); Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 1; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 16.

2 Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 185 Rn. 8; Eppner/Hahn, JA 2006, 702 (704).

3 Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 185 Rn. 6; Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 185 Rn. 4.

4 Vgl. BT-Drs. 19/18470 v. 08.04.2020, S. 20; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 25; Schneider, in: Dölling/Duttge/

Rössner, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 185 StGB Rn. 26.

5 Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 185 Rn. 19; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 36.

6 Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 185 Rn. 15; Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 36.

7 Nur diesem steht das Antragsrecht zu, vgl. Gaede, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 194 Rn. 3; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 194 Rn. 4.

8 Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 240 Rn. 26; Sinn, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 240 Rn. 163.

stellt, zumindest nach der ausdrücklichen Regelung des § 240 Abs. 3 StGB strafbar.

2. Tatbestand

M müsste dann zunächst auch tatbestandsmäßig gehandelt haben.

a) Tatentschluss

Dabei müsste M mit Tatentschluss hinsichtlich der Tatbestandsverwirklichung gehandelt haben. Tatentschluss meint die Verwirklichung des gesamten subjektiven Unrechtstatbestands des betreffenden Delikts.

Dies bedeutet in Bezug auf § 240 Abs. 1 StGB, dass der Täter zumindest bedingten Vorsatz hinsichtlich der Tathandlung in Bezug auf einen tauglichen Adressaten und den Taterfolg sowie hinsichtlich des Tatmittels aufweisen muss. Tathandlung ist das Nötigen, dh. einer natürlichen Person ein bestimmtes Verhalten aufzuzwingen.⁹ Nötigungsadressat kann mit Blick auf das Rechtsgut ferner nur sein, wer eine natürliche Willensbildungs-/Willensbetätigungsfreiheit besitzt.¹⁰ Bei diesem muss es dem Willen des Täters nach zu einem Taterfolg iS. einer Handlung, Duldung oder Unterlassung kommen.¹¹ Tatmittel ist schon nach dem Wortlaut von § 240 Abs. 1 StGB Gewalt oder Drohung mit einem empfindlichen Übel. M hat jedenfalls den Bademeister mit einer Drohung mit einem empfindlichen Übel, nämlich ansonsten dessen Autoreifen zu zerstechen, zu einem Ablassen (= Unterlassen) und einem Weggehen (= Handeln) veranlassen wollen.

Daran gemessen lässt sich feststellen, dass M jedenfalls Tatentschluss hatte.

b) Unmittelbares Ansetzen

Ferner müsste M zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar angesetzt haben.

In objektiver Hinsicht setzt der Versuch nach § 22 StGB schließlich voraus, dass der Täter nach seiner individuellen Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Unmittelbares Ansetzen ist dabei mit der sog. gemischt subjektiv-objektiven Theorie als die Aufnahme einer Handlung zu verstehen, die nach dem Plan des Täters ohne wesentliche Zwischenschritte in die Tatbestandsverwirklichung einmündet, wobei der Täter subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht's los“ überschreitet.

Vorliegend könnte dabei fraglich sein, ob M seine Drohung wirklich ernstlich meinte oder ob sein Ausruf von ihm nicht schlechterdings „einfach so“ iSv flapsig im Sprachstil eines gewissen Bevölkerungsmilieus dahingesagt wurde. Entscheidend ist allerdings, dass die Drohung auf Adressatenebene den Anschein der Ernstlichkeit erweckt und der Adressat ihre Verwirklichung wenigstens für möglich hält.¹² Der Bademeister kannte jedenfalls den M nicht und musste damit rechnen, dass M es ernst meint und ihm somit ein empfindliches Übel drohte.

Insgesamt ist damit festzustellen, dass M auch unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung angesetzt hat.

3. Rechtswidrigkeit

M müsste auch rechtswidrig gehandelt haben. Rechtfertigungsgründe sind nicht ersichtlich.

Darüber hinaus ist aber nach § 240 Abs. 2 StGB bei der Rechtswidrigkeit gesondert festzustellen, dass die Androhung des Übels zu dem angestrebten Zweck als verwerflich anzusehen ist. Einen anderen durch Drohung mit einem empfindlichen Übel (hier: das Zerstechen der Reifen eines PKW) zur Durchsetzung seiner eigenen Wünsche gefügig zu machen, stellt sich im Rahmen einer Mittel-Zweck-Relation jedenfalls als verwerflich dar.¹³

Daher ist das Handeln des M insgesamt als rechtswidrig zu begreifen.

4. Schuld

Das Handeln des M war zudem auch schuldhaft.

5. Ergebnis

M hat sich somit wegen versuchter Nötigung iSd. §§ 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des M wegen § 241 Abs. 1 StGB

M könnte sich zudem dadurch, dass er dem Bademeister das Zerstechen der Reifen seines PKW angedroht hat, zudem wegen Bedrohung iSd. § 241 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

Nach § 241 Abs. 1 StGB macht sich strafbar, wer einen Menschen mit der Begehung einer gegen ihn oder eine ihm nahestehende Person gerichteten rechtswidrigen Tat gegen die sexuelle Selbstbestimmung, die körperliche Unversehrtheit, die persönliche Freiheit oder gegen eine Sache von bedeutendem Wert bedroht. In Betracht kommt hier einzig eine Bedrohung in Bezug auf das Tatobjekt einer Sache von bedeutendem Wert. Dabei soll es um einfache Gewalt gegen wertvolle Gegenstände wie PKWs oder Immobilien gehen.¹⁴ Daran gemessen wird das Aufstechen von Reifen im Hinblick auf eine vergleichende Wertbemessung nicht ausreichen. Denn selbst wenn man in diesem Kontext eine Wertuntergrenze von 750 – 1.300 Euro annehmen wollte,¹⁵ so wäre nicht klar, ob die Kosten von bis zu vier PKW-Reifen diese Grenze zwingend überschreiten würde.

Im Ergebnis hat sich M somit nicht wegen Bedrohung iSd. § 241 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Ergebnis Sachverhaltskomplex I

Im Sachverhaltskomplex I hat sich M wegen Beleidigung iSd. § 185 StGB und wegen versuchter Nötigung iSd. § 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Diese Taten stehen aufgrund der zumindest zeitlich kurzen Distanz des Handelns zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit iSd. § 53 StGB.

B) Sachverhaltskomplex II – Bikinibilder und Gewalt

I. Strafbarkeit des M wegen § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

M könnte sich dadurch, dass er am 01.01.2022 in der Taunus Therme in Bad Homburg mit seinem iPhone sexuell konnotierte Bilder einer jungen Frau angefertigt und diese Bilder auch über den Messenger-Dienst WhatsApp weitergeleitet hat, wegen Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

¹³ Vgl. Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 185 Rn. 4; Lenk, JuS 2021, 754 (756).

¹⁴ BT-Drs. 19/17741 v. 10.03.2020, S. 37.

¹⁵ So ausdrücklich Engländer, NStZ 2021, 385 (389).

⁹ Valerius, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 240 Rn. 3; Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 240 Rn. 4.

¹⁰ Altvater, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2019), § 240 Rn. 5; Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 240 Rn. 11.

¹¹ Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 240 Rn. 50; Sinn, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 240 Rn. 97.

¹² Eidam, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 240 Rn. 38; Norouzi, JuS 2006, 531 (532); Dannecker/Schröder, JuS 2020, 860 (863).

1. Tatbestand

Dann müsste M den Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst ist es erforderlich, dass M den objektiven Tatbestand erfüllt hat. Dieser lässt sich nach den Tathandlungen der Nr. 1 und Nr. 2 aufgliedern. Vor die Klammer gezogen kann jedoch der inkriminierte Bildinhalt beurteilt werden.

Beim inkriminierten Bildinhalt iSd. § 184k Abs. 1 StGB geht es um die Genitalien, das Gesäß, die weibliche Brust oder die diese Körperteile bedeckende Unterwäsche einer anderen Person. Vorliegend hat M im Schwerpunkt auf die Brust und das Gesäß des Tatopfers abgezielt, wobei diese Körperteile jedoch mit Badebekleidung bedeckt waren. Insoweit genügt es auch, wenn jeweils die Unterwäsche abgebildet wird, welche diese Körperteile bedeckt. Fraglich ist dabei aber, ob die Badebekleidung der von den Bildaufnahmen betroffenen jungen Frau (Bikinioberteil und String Slip) als Unterwäsche anzusehen ist. Denn grundsätzlich kann nicht schlechterdings gesagt werden, dass Badebekleidung dieselbe Funktion wie Unterwäsche wahrnimmt oder dass in Schwimmbädern Unterwäsche getragen wird.

Aus den einschlägigen Gesetzesmaterialien ergibt sich, dass der Gesetzgeber mit der zuerst verwendeten Formulierung der „bedeckenden Unterbekleidung“ im Schwerpunkt auf den gewollten Einsatz zur Bedeckung womöglich sexualisierender Körperteile und den umfassenden Schutz der Intimsphäre abstellen wollte.¹⁶ Die im Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens gewählte Formulierung „Unterwäsche“ wurde letztlich als prägnanter wahrgenommen, um einer zu weiten Auslegung entgegenzuwirken.¹⁷ Diese befürchtete zu weite Auslegung dürfte allerdings nicht Badebekleidung erfassen. Denn auch diese bezweckt – anders als die in der Gesetzesbegründung genannten Beispiele für eine zu weite Auslegung aus dem Sportbereich¹⁸ – definitiv einen Sichtschutz und damit eine Funktion wie eigentliche Unterwäsche auch. Diese Funktion wird auch vom Wortlaut des § 184k Abs. 1 StGB („soweit diese Bereiche gegen Anblick geschützt sind“) ausdrücklich gefordert. Damit ist Badebekleidung als Unterwäsche anzusehen, wenn sie funktionell als solche iS. eines Sichtschutzes getragen wird.¹⁹

Klarzustellen bleibt aber, dass der Bundestag einen Gesetzentwurf der AfD-Fraktion²⁰ nicht aufgegriffen hat, wonach Badebekleidung ausdrücklich in § 184k StGB (bzw. vormals § 201a StGB) Erwähnung finden sollte, da das Problem des sog. Upskirtings oftmals in Schwimmbädern auftritt und damit gerade Badebekleidung betrifft. Insoweit ist allerdings unklar, ob hieraus wirklich der Schluss gezogen werden kann, dass Badebekleidung nunmehr nicht vom Begriff der „Unterwäsche“ in § 184k StGB erfasst ist.²¹ Schließlich werden Anträge und Gesetzentwürfe der AfD zumeist von den jeweiligen Regierungsparteien inhaltlich nicht weiter beachtet. Demzufolge ist nach wie vor Raum für eine entsprechende Auslegung, wonach der Begriff der Unterwäsche Badebekleidung erfasst.

Auch unter teleologischen Gesichtspunkten wäre es kaum nachvollziehbar, wenn das Filmen insbesondere von Frauen in Badebekleidung nicht erfasst wäre. Denn letztlich wurde der § 184k StGB eingeführt, um zunehmenden sexuell motivierten Eingriffen in Persönlichkeitsrechte zu begegnen, die dadurch möglich wurden, da aufgrund des technischen Fortschritts Kameras immer kleiner werden, so dass ein unentdecktes Filmen immer leichter möglich ist.²² Zwar stammt der Anstoß für die Gesetzesnovelle vom sog. Upskirting (= unter den Rock filmen), jedoch ist kein wirklicher Differenzierungsgrund dahingehend erkennbar, ob mit Kleingeräten heimlich/verdeckt und aus sexuellen Motiven etwa unter einen Rock gefilmt wird oder jemand in (knapper) Badebekleidung.

Insgesamt liegt nach alledem ein inkriminierter Bildinhalt vor.

aa) Nr. 1

iSd. Nr. 1 müsste M dann vom inkriminierten Bildinhalt unbefugt eine Bildaufnahme herstellen oder übertragen haben.

Eine Aufnahme wird hergestellt, wenn ein Bild technisch fixiert wird, sei es klassisch auf Filmmaterial oder zeitgemäß auf einem anderen Datenträger, so dass eine wiederholte visuelle Reproduktion und Wahrnehmung möglich ist.²³ Danach hat M mit den Bildern auf seinem iPhone, die jederzeit wieder aufgerufen werden können, eine Bildaufnahme mit inkriminiertem Bildinhalt hergestellt.

Eine Aufnahme wird ferner dementsgegenüber übertragen, wenn Bilder nicht abgespeichert werden müssen und bspw. von sog. Spycams herrühren können: Diese Aufnahmegерäte ermöglichen es, Aufnahmen in Echtzeit oder leicht verzögert vom Kamerastandort zu entfernten TV-Geräten und Computern oder aber direkt ins Internet zu übertragen.²⁴ Übertragen hat M Bilder mit inkriminiertem Bildinhalt hiernach jedoch nicht.

Fraglich ist aber, ob das einzig vorliegende Herstellen von Bildern mit inkriminiertem Bildinhalt durch M unbefugt war. Unbefugt bedeutet hier ohne vorherige Einwilligung des Betroffenen.²⁵ Da keine Einwilligung der betroffenen jungen Frau gegeben ist, muss auch das Tatbestandsmerkmal „unbefugt“ bejaht werden.

Insgesamt hat M damit § 184k Abs. 1 Nr. 1 StGB objektiv verwirklicht.

bb) Nr. 2

iSd. Nr. 2 könnte M auch eine durch eine Tat nach Nr. 1 hergestellte Bildaufnahme gebraucht oder einer dritten Person zugänglich gemacht haben.

Gebrauchen ist das Sichtbarmachen oder Betrachten der hergestellten Bildaufnahme iSd. Nr. 1, wobei ein Gebrauchen auch durch jede Form der Bildbearbeitung erfüllt wird.²⁶ Da M hergestellten Bildaufnahmen einen Text hinzugefügt hat, hat er die Bildaufnahmen auch bearbeitet und somit gebraucht.

Ein Zugänglichmachen liegt ferner dann vor, wenn einem Drit-

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/17795 v. 11.03.2020, S. 9 f., 13.

¹⁷ BT-Drs. 19/20668 v. 01.07.2020, S. 16.

¹⁸ Vgl. BT-Drs. 19/17795 v. 11.03.2020, S. 14 in Bezug auf Eiskunstlauf, wo bei regelkonformer Ausführung die Unterbekleidung sichtbar und somit (gezielt) nicht gegen den Anblick geschützt ist.

¹⁹ Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 3; aA Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 184k Rn. 5; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 15.

²⁰ Vgl. BT-Drs. 19/18980 v. 06.05.2020, S. 1 ff.

²¹ So wohl Gramlich/Lütke, MMR 2020, 662 (665).

²² BT-Drs. 19/17795 v. 11.03.2020, S. 1.

²³ BT-Drs. 19/15825 v. 11.12.2019, S. 16; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 16.

²⁴ BT-Drs. 19/15825 v. 11.12.2019, S. 16; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 6.

²⁵ BT-Drs. 19/15825 v. 11.12.2019, S. 17; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 7 f.; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 21.

²⁶ Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 18; Kindhäuser/Hilgendorf, in: LPK-StGB, 9. Aufl. (2022), § 184k Rn. 3.

ten die bloße Möglichkeit eingeräumt wird, sich durch sinnliche Wahrnehmung Kenntnis von Inhalt der Bildaufnahme zu verschaffen.²⁷ Die Übermittlung der Bildaufnahmen an G und O via WhatsApp reicht insoweit aus, deren tatsächliche Kenntnisnahme der Bildaufnahmen ist nicht erforderlich.

M hat damit auch § 184k Abs. 1 Nr. 2 StGB objektiv verwirklicht.

b) Subjektiver Tatbestand

M müsste zudem den subjektiven Tatbestand erfüllt haben.

§ 184k Abs. 1 StGB hält hier die Besonderheit bereit, dass bei der Tathandlung des Nr. 1 aufgrund der geforderten Begrenzung des Anwendungsbereichs auf besonders strafwürdige Verhaltensweisen Dolus directus ersten oder zweiten Grades erforderlich ist, während bei Nr. 2 bedingter Vorsatz genügt.²⁸

Daran gemessen ergibt sich, dass M das unbefugte Herstellen der Bildaufnahmen absichtlich iS. Dolus directus ersten Grades vorgenommen hat. Gleiches gilt auch im Hinblick auf das Gebrauchen und Zugänglichmachen dieser Bildaufnahmen.

Damit ist auch der subjektive Tatbestand erfüllt.

c) Zwischenergebnis

M hat den Tatbestand des § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

Das Handeln des M war auch rechtswidrig.

3. Schuld

M hat auch schuldhaft gehandelt.

4. Ergebnis

M hat sich damit wegen Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

Ein Strafantrag iSd. § 184k Abs. 2 Var. 1 StGB wurde gestellt, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

II. Strafbarkeit des M wegen

§§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

M könnte sich dadurch, dass er dem Freund der heimlich abfotografierten jungen Frau am 01.01.2022 in der Taunus Therme in Bad Homburg unvermittelt mit einer vollen 1,5 Literflasche aus Plastik niederschlug, wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben

1. Tatbestand

M müsste erneut zunächst tatbestandsmäßig gehandelt haben.

a) Objektiver Tatbestand

Dabei müsste M den objektiven Tatbestand hinsichtlich des Grunddelikts iSd. § 223 Abs. 1 StGB und der Qualifikationsmerkmale iSd. § 224 Abs. 1 StGB erfüllt haben

aa) Grunddelikt

§ 223 Abs. 1 StGB ist hinsichtlich der Tathandlungen dann erfüllt,

²⁷ Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 10; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 19.

²⁸ Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 15; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184k Rn. 23 f.

wenn es beim Tatopfer zu einer körperlichen Misshandlung oder Gesundheitsschädigung gekommen ist. Eine Gesundheitsschädigung, also jedes Steigern oder Hervorrufen eines krankhaften Zustands²⁹, liegt in Anbetracht der Verletzungen des Tatopfers in Form von Prellungen und entsprechender Schmerzen zweifellos vor. Zudem könnte eine körperliche Misshandlung gegeben sein. Eine körperliche Misshandlung ist jede üble, unangemessene Behandlung, durch die das Opfer in seinem körperlichen Wohlbefinden mehr als nur unerheblich beeinträchtigt wird.³⁰ Die Verletzungen des Tatopfers sind auch als körperliche Misshandlung zu begreifen, die kausal auf das Einwirken des M zurückzuführen ist. Der Tatbestand des § 223 Abs. 1 StGB ist damit erfüllt.

bb) Qualifikationsmerkmal

Fraglich ist, ob die einfache Körperverletzung nach § 223 Abs. 1 StGB vorliegend auch durch Qualifikationsmerkmale nach § 224 Abs. 1 StGB verstärkt wird. In Betracht kommt dabei, da insbesondere weder das Leben des Tatopfers ernsthaft gefährdet war und M ihm auch offen gegenüber stand, einzig das Qualifikationsmerkmal „Waffe oder anderes gefährliches Werkzeug“ iSd. § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Eine volle Wasserflasche ist jedenfalls nicht vom Katalog in § 1 Waffengesetz erfasst, so dass die Begehung durch eine Waffe ausscheidet.

In Betracht kommt aber die Begehung durch ein anderes gefährliches Werkzeug. Gefährliche Werkzeuge sind Gegenstände, die nach ihrer objektiven Beschaffenheit oder der Art ihrer Verwendung im Einzelfall dazu geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen.³¹ Bei einer gefüllten Flasche, die gezielt mit dem Gewicht der Füllung von 1,5 Kg zum Schlageinsatz gebracht wird, ist dies jedenfalls der Fall, auch wenn diese Flasche nur aus Plastik ist. Zwar sind Flaschen zu 1,5 Liter aus dünnem Leichtplastik und daher grundsätzlich für den Schlageinsatz von sehr geringer Gefährlichkeit. Allerdings ändert sich dies, wenn diese Flasche noch voll ist. Dann kann dieses Füllgewicht die Plastikflasche ebenso gefährlich machen wie eine ungefüllte schwerere Flasche etwa aus Hartplastik oder Glas, wobei bei Glas natürlich noch eine zusätzliche Gefahr durch entsprechende Scherben und Splitter eintreten kann. Daher hat M das Qualifikationsmerkmal aus § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.

cc) Zwischenergebnis

M hat objektiv die §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB verwirklicht.

b) Subjektiver Tatbestand

Mit dem unvermittelten und gezielten Schlag mit der Flasche wollte M auch die gefährliche Körperverletzung verwirklichen. Der subjektive Tatbestand ist somit erfüllt.

2. Rechtswidrigkeit

M hat auch rechtswidrig gehandelt. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass er in Notwehr iSd. § 32 StGB gehandelt hat. Schließlich wurde M nur zur Rede gestellt, jedoch nicht angegriffen.

²⁹ BGH NJW 1989, 781 (782 ff.); BGH NJW 1998, 833 (835); Eschelbach, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 3. Aufl. (2021), § 223 Rn. 24.

³⁰ BGH NJW 1991, 2918 (2919); BGH StV 2001, 680; Kühl, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 223 Rn. 4; Dölling, in: Dölling/Duttge/Rössner, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. (2022), § 223 StGB Rn. 4.

³¹ BGHSt 3, 105 (109); Paeffgen/Böse, in: Kindhäuser/Neumann/Paefgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 224 Rn. 14; Zöller, in: AnwaltKommentar-StGB, 3. Aufl. (2020), § 224 Rn. 8.

3. Schuld

Das Verhalten von M war zudem schuldhaft.

4. Ergebnis

M hat sich damit auch wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex II

Im Sachverhaltskomplex II hat sich M wegen Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB und wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht. Innerhalb des § 184k StGB liegt aufgrund des erst später gefassten Entschlusses hinsichtlich des Gebrauchs und Zugänglichmachens an Dritte Tatmehrheit iSd. § 53 StGB vor.³² Gleiches gilt wegen des unterschiedlichen Ansatzens im Verhältnis von § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB zu den §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

C) Sachverhaltskomplex III – Belästigung

I. Strafbarkeit des M wegen § 184i Abs. 1 StGB

M könnte sich dadurch, dass er am 01.01.2022 auf dem Marktplatz von Bad Homburg eine junge Frau am Gesäß anfasste, wegen sexueller Belästigung iSd. § 184i Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestand

Dann müsste M den Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB verwirklicht haben.

a) Objektiver Tatbestand

Zunächst müsste M den objektiven Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB erfüllt haben.

Strafbar macht sich nach § 184i Abs. 1 StGB, wer eine andere Person in sexuell bestimmter Weise körperlich berührt und dadurch belästigt. Der Täter muss also auf das Opfer unmittelbar körperlich einwirken³³, die rein verbale Belästigung reicht noch nicht aus, um § 184i Abs. 1 StGB zu erfüllen.

Hinweis

Das bloße Hinterherpfeifen und sexualisierte verbale Angehen (sog. „Catcalling“), welches M der Grapschattacke vorgelagert praktiziert hat, ist somit noch nicht als sexuelle Belästigung strafbar. Allerdings wird dies seit 2020 zunehmend diskutiert.³⁴

Unerheblich ist dabei, ob es sich um unbedeckte oder bedeckte Körperstellen handelt.³⁵ Insoweit spielt es also keine Rolle, dass M die junge Frau am (nur) bedeckten Gesäß angefasst hat.

Die körperliche Berührung muss ferner in sexuell bestimmter Weise erfolgen, muss also sexuell motiviert sein, was etwa gerade beim Begrapschen des Gesäßes naheliegt.³⁶ Vorliegend kommt etwas anderes schon wegen der zuvor eindeutigen sexuellen Sprache des M nicht in Betracht.

Durch die körperlichen Berührungen in sexuell bestimmter Wei-

32 Vgl. Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184k Rn. 17.

33 BT-Drs. 18/9097 v. 06.07.2016, S. 30; BGH BeckRS 2021, 10457; Frommel, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, 5. Aufl. (2017), § 184i Rn. 3.

34 Vgl. etwa Steiner, ZRP 2021, 241ff.; Pörner, NSTZ 2021, 336 ff.

35 BGH BeckRS 2021, 10457; Noltenius, in: SK-StGB, 10. Aufl. (2021), § 184i Rn. 4; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184i Rn. 3.

36 BT-Drs. 18/9097 v. 06.07.2016, S. 31; Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl. (2023), § 184i Rn. 2; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184i Rn. 5.

se muss das Opfer belästigt werden. Insoweit muss das Wohlempfinden oder Autonomiegefühl des Tatopfers in nicht unerheblicher Weise beeinträchtigt werden.³⁷ Dies muss auch nach außen deutlich werden.³⁸ Daran gemessen hat das Tatopfer durch die Reaktionen des Weglaufens und der Strafanzeige eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass es zu einer Belästigung gekommen ist.

Insgesamt ist der objektive Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB somit erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

Weiter müsste M auch den subjektiven Tatbestand verwirklicht haben.

Bei § 184i StGB muss der Täter hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale vorsätzlich handeln, auch bezüglich der Belästigung, wobei bedingter Vorsatz genügt.³⁹

Daran gemessen hat M auch den subjektiven Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB erfüllt.

c) Zwischenergebnis

M hat insgesamt den Tatbestand des § 184i Abs. 1 StGB verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit

M hat auch rechtswidrig gehandelt.

3. Schuld

Das Handeln des M war auch schuldhaft.

4. Strafzumessung

Fraglich ist, ob vorliegend iSd. § 184i Abs. 2 StGB in strafschärfender Weise ein besonders schwerer Fall gegeben ist. Dieser soll nach § 184i Abs. 2 Satz 2 StGB in der Regel dann vorliegen, wenn die Tat von mehreren Personen gemeinschaftlich begangen wurde.

Der gesteigerte Unrechtsgehalt liegt dabei in der Einschränkung der Widerstandsmöglichkeiten des Opfers gegenüber mehreren Angreifern, so dass es notwendig ist, dass mindestens zwei Personen vor Ort derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der konkreten Situation zusammen auf das Opfer einwirken oder sich auf andere Weise gegenseitig unterstützen, wobei beide Personen jeweils als Täter handeln müssen.⁴⁰ M hat vorliegend jedoch allein gehandelt. Das bloße Lachen von G und O, welches mitunter zur konkreten sexuellen Belästigung durch M weiter ermuntert haben mag, reicht für die Begründung eines besonders schweren Falls nicht aus.

5. Ergebnis

M hat sich damit wegen sexueller Belästigung iSd. § 184i Abs. 1 strafbar gemacht.

Ein Strafantrag iSd. § 184i Abs. 3 StGB wurde unter der Bezeichnung „Strafanzeige“ gestellt, so dass es nicht darauf ankommt, ob die Strafverfolgungsbehörde wegen des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung ein Einschreiten von Amts wegen für geboten hält.

37 Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 184i Rn. 6; Hörnle, NSTZ 2017, 13 (20).

38 Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184i Rn. 5; Renzikowski, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2021), § 184i Rn. 13.

39 Fischer, StGB, 69. Aufl. (2022), § 184i Rn. 9; Ziegler, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 184i Rn. 9.

40 Eisele, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 184i Rn. 13; Eschelbach, in: Matt/Renzikowski, StGB, 2. Aufl. (2020), § 184i Rn. 11.

II. Strafbarkeit des M wegen § 185 StGB

M könnte sich ferner durch seinen Spruch „Hey Chica, du bist ja ein heißes Gerät, Bock auf F*?“ wegen Beleidigung iSd. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

Problematisch ist allerdings in Fällen sog. „sexueller Beleidigungen“, dass ein Angriff auf die Ehre nur dann vorliegt, wenn der Täter zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise insoweit einen seine Ehre mindernden Mangel auf.⁴¹ Eine ehrverletzende Kundgabe von Missachtung liegt regelmäßig nicht allein in der sexuell motivierten Äußerung des Täters, nicht einmal in eindeutigen Angeboten oder extrem aufdringlichen und vulgären Fragen nach Geschlechtsverkehr.⁴²

Die Aussage des M mag damit belästigend gewirkt und das Schamgefühl der betroffenen jungen Frau verletzt haben, die Grenze zur (sexuellen) Beleidigung wurde indes noch nicht überschritten

Somit hat sich M zumindest an dieser Stelle nicht wegen Beleidigung iSd. § 185 StGB strafbar gemacht.

Hinweis

Der Fall zeigt exemplarisch das Problem des Catcallings auf. So widerlich und primitiv eine sexuelle Anmache auch sein mag: Für eine Beleidigung reicht das regelmäßig nicht und im Hinblick auf eine sexuelle Belästigung muss es erst zu körperlichen Übergriffen gekommen sein.

III. Ergebnis Sachverhaltskomplex III

Im Sachverhaltskomplex III hat sich M alleine wegen sexueller Belästigung iSd. § 184i Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

D) Gesamtergebnis und Konkurrenzen

M hat sich somit insgesamt wegen Beleidigung iSd. § 185 StGB, wegen versuchter Nötigung iSd. § 240 Abs. 1, 22, 23 Abs. 1 StGB, wegen Verletzung des Intimbereichs durch Bildaufnahmen iSd. § 184k Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, wegen gefährlicher Körperverletzung iSd. §§ 223 Abs. 1, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB und wegen sexueller Belästigung iSd. § 184i Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Sämtliche Strafbarkeiten stehen im Verhältnis der Tatmehrheit iSd. § 53 StGB zueinander.

Abschließende Hinweise für Studierende

Im Reigen von Upskirting und Catcalling fehlt im Fall noch das Stealthing. Der relativ neu auftretende Fall des Stealthing liegt vor, wenn Männer beim einvernehmlichen Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Die Strafgerichte entscheiden derzeit noch uneinheitlich, ob Stealthing als sexueller Übergriff iSd. § 177 Abs. 1 StGB bestraft werden kann.⁴³

► Inhaltsverzeichnis

- ⁴¹ BGH NStZ 2018, 603 (604); *Eisele/Schlittenhelm*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 185 Rn. 4; *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 30.
- ⁴² Vgl. BGH NStZ 2018, 603 (604); *Valerius*, in: v. Heintschel-Heinegg, StGB, 4. Aufl. (2021), § 185 Rn. 30.1; *Pörner*, NStZ 2021, 336 (338).
- ⁴³ Bejahend KG Berlin BeckRS 2020, 17857; BayObLG BeckRS 2021, 31633; OLG Schleswig NStZ 2021, 619; AG Freiburg BeckRS 2020, 41446; verneinend AG Kiel StV 2021, 311



Fallbearbeitung - Öffentliches Recht

Prof. Dr. **Michael Hippeli**, LL.M., MBA (MDX)

„Der recht(s) auffällige Beamte“ Fortgeschrittenenklausur



Michael Hippeli | Professor an der Hochschule für Wirtschaft und Gesellschaft in Ludwigshafen.

E-Mail-Kontakt: ▶ MichaelHippeli@mail.de

Sachverhalt

Bernd H. (B) ist ein 49-jähriger Gymnasiallehrer für die Fächer Geschichte und Sport. Aufgewachsen ist er in NRW und Rheinland-Pfalz. Seit 2001 ist B als Lehrer im hessischen Bad Sooden-Allendorf, im Grenzgebiet zu Hessen, tätig und im hessischen Landesdienst verbeamtet (Besoldungsgruppe A 14 – Oberstudienrat). B lebt mit seiner Familie jenseits der Landesgrenze im nahen Thüringen. Politisch wurde B in der Jungen Union und der CDU sozialisiert, driftete jedoch in den 2000er Jahren in Richtung NPD ab, ohne dort allerdings Mitglied zu sein. Später ausgewertete Aufnahmen zeigen B als Teilnehmer auf eindeutig rechtsorientierten Demos.

2013 beginnt der Aufstieg einer neuen Partei in Deutschland, der Allianz Germania (AG), die sich zunächst im Wesentlichen als Gründung westdeutscher Professoren mit deutlicher Kritik an der EU und dem Euro darstellt. B ist an vorderster Stelle dabei und gründet den AG-Landesverband Thüringen mit. Seit 2014 ist er Co-Vorsitzender des Landesverbandes Thüringen der AG.

Indes verändert sich der politische Kurs der AG immer weiter. Mehrere Bundessprecher müssen einem immer weiteren Rechtskurs der Partei weichen und werden durch immer rechtere Personen ersetzt. Mehrere Landesverbände der AG werden seit 2018 durch die entsprechenden Landesämter für Verfassungsschutz beobachtet. Zwischen 2019 und 2021 versucht auch das Bundesamt für Verfassungsschutz, die Bundespartei insgesamt als Prüffall und sodann als rechtsextremen Verdachtsfall einzustufen. Dagegen legte die AG jedoch Rechtsmittel ein, über die noch zu entscheiden ist. Zentralgestalt der Berichte der vorgenannten Behörden ist B, der mit seinem „Block“ ca. 1/3 der Partei kontrolliert. In den einzelnen Berichten wird permanent B zitiert, der in seinen Auftritten, Reden und Veröffentlichungen fortwährend ein Vokabular gebraucht, welches eine deutliche Nähe zum Nationalsozialismus aufweist. Zigfach wurde B deshalb schon aus der Bevölkerung insbesondere wegen Volksverhetzung angezeigt. Jedoch segelt B aufgrund seiner Erfahrung als Geschichtslehrer immer sehr dicht an einer strafbaren Volksverhetzung vorbei. Verurteilt ist B wegen eines derartigen Delikts jedenfalls nicht, die entsprechenden Ermittlungen unter Aufhebung seiner Immunität wurden zuvor schon stets eingestellt. Jedoch darf B aufgrund des Urteils eines thüringischen Verwaltungsgerichts ungestraft als Faschist bezeichnet werden, da ein solches „Werturteil nicht aus der Luft gegriffen ist, sondern auf einer überprüfbaren Tatsachengrundlage beruht“.¹

Beispiele für die Äußerungen von B sind etwa die Bezeichnung

von politisch Andersdenkenden als „Volksverräter“ und „Lumpenpack“ sowie die Forderung einer „tausendjährigen Zukunft Deutschlands“. Weiterhin erklärte B: „Erfurt ist schön! Erfurt ist schön deutsch! Und schön deutsch soll Erfurt bleiben!“, „Die Angsträume werden größer in unserem Land. Gerade für blonde Frauen werden sie leider immer größer. Und das im eigenen Land, liebe Freunde! Das ist unerträglich!“, „in Europa treffe nun der „lebensbejahende afrikanische Ausbreitungstyp auf den selbstverneinenden europäischen Platzhalter-Typ“, „Wir Deutschen, also unser Volk, sind das einzige Volk der Welt, das sich ein Denkmal der Schande in das Herz seiner Hauptstadt gepflanzt hat“, die Erinnerungskultur seit 1945 sei eine „dämliche Bewältigungspolitik“ und „Deutschland müsse eine „erinnerungspolitische Wende um 180 Grad“ vollziehen“. In seinem letzten, 2018 veröffentlichtem Buch finden sich ferner Passagen wie „die Sehnsucht der Deutschen nach einer geschichtlichen Figur, welche einst die Wunden im Volk wieder heilt“ oder „großangelegtes Remigrationsprojekt, welches sich nur durch gewaltsamste Verfahren realisieren lasse“. In einer erhofften Wendephase würden „wir Deutschen keine halben Sachen machen“. Das ZDF spielte mehrere dieser Passagen Bundestagsabgeordneten der AG vor und befragte diese hiernach, ob dies Aussagen schon aus Hitlers Buch „Mein Kampf“ seien oder noch aus dem Buch von B stammten. Keiner der Befragten konnte diese Aussagen zuordnen.

Dem Land Hessen reicht es schließlich. Das hessische Kultusministerium will B loswerden. Seit seinem Einzug in den Landtag von Thüringen ist B zur Wahrnehmung seines Mandats beurlaubt. Doch eine Rückkehr in den Schuldienst, ausgerechnet als Geschichtslehrer, erscheint nach all den Äußerungen von B in den Jahren seit 2014 kaum mehr vorstellbar. Allerdings finden sich auch nach Befragungen in der Schule in Bad Sooden-Allendorf keinerlei Anzeichen dafür, dass B im Schuldienst selbst politische Äußerungen (insbesondere auch nicht aus dem rechten Spektrum) getätigt hat.

Bitte prüfen Sie in einem Gutachten, ob B aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden kann!

Auszüge aus einschlägigen Gesetzen

A) Beamtenstatusgesetz - BeamStG

§ 21 Beendigungsgründe

Das Beamtenverhältnis endet durch

[...]

3. Entfernung aus dem Beamtenverhältnis nach den Disziplinar Gesetzen oder [...]

§ 24 Verlust der Beamtenrechte

(1) Wenn eine Beamtin oder ein Beamter im ordentlichen Strafverfahren durch das Urteil eines deutschen Gerichts

1. wegen einer vorsätzlichen Tat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr oder

2. wegen einer vorsätzlichen Tat, die nach den Vorschriften über Frie-

¹ Vgl. VG Meiningen BeckRS 2019, 30441.

densverrat, Hochverrat und Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates, Landesverrat und Gefährdung der äußeren Sicherheit oder, soweit sich die Tat auf eine Diensthandlung im Hauptamt bezieht, Bestechlichkeit, strafbar ist, zu einer Freiheitsstrafe von mindestens sechs Monaten verurteilt wird, endet das Beamtenverhältnis mit der Rechtskraft des Urteils. Entsprechendes gilt, wenn die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter aberkannt wird oder wenn die Beamtin oder der Beamte aufgrund einer Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nach Artikel 18 des Grundgesetzes ein Grundrecht verwirkt hat.

§ 33 Grundpflichten

(2) Beamtinnen und Beamte haben bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergibt.

§ 47 Nichterfüllung von Pflichten

(1) Beamtinnen und Beamte begehen ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen. Ein Verhalten außerhalb des Dienstes ist nur dann ein Dienstvergehen, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.

B) Landesbeamtengesetz Hessen (HBG)

§ 31 Verlust der Beamtenrechte, Wiederaufnahmeverfahren

[= § 24 Beamtenstatusgesetz]

§ 55 Dienstvergehen

[= § 47 Beamtenstatusgesetz]

C) Landesdisziplinargesetz Hessen (HDG)

§ 13 Entfernung aus dem Beamtenverhältnis

(1) Mit der Entfernung aus dem Beamtenverhältnis endet das Dienstverhältnis. Die Beamtin oder der Beamte verliert den Anspruch auf Dienstbezüge und Versorgung sowie die Befugnis, die Amtsbezeichnung und die im Zusammenhang mit dem Amt verliehenen Titel zu führen und die Dienstkleidung zu tragen.

D) Hessisches Abgeordnetengesetz (HessAbgG)

§ 30 Ruhen der Rechte und Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis

(1) Die Rechte und Pflichten von Beamten im Sinne des § 29 ruhen, wenn sie in ein Parlament nach § 29 gewählt worden sind. Das Ruhen beginnt mit dem Erwerb der Rechtsstellung einer Abgeordneten oder eines Abgeordneten; wenn die Wahlperiode des letzten Landtags noch nicht abgelaufen ist, beginnt es für gewählte Bewerberinnen und Bewerber zu dem Zeitpunkt, zu dem die Ansprüche nach § 23 Abs. 1 entstehen, und endet mit dem Ende der Mitgliedschaft im Parlament. Das gilt auch für die Bestimmungen über die Nebentätigkeit. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit und das Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken bleiben bestehen.

E) Thüringer Abgeordnetengesetz (ThürAbgG)

§ 34 Ruhen der Rechte und Pflichten aus einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis

(1) Die Rechte und Pflichten von Beamten im Sinne des § 33 ruhen, wenn sie in ein Parlament (Europäisches Parlament, Deutscher Bundestag, Landtag, gesetzgebende Körperschaften anderer Länder) gewählt worden sind. Das Ruhen beginnt mit der Annahme der Wahl, jedoch nicht vor Verkündung dieses Gesetzes, und endet mit dem Ende der Mitgliedschaft im Parlament. Das gilt auch für die Bestimmungen über die Nebentätigkeit. Die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit und das Verbot der Annahme von Belohnungen und Geschenken bleiben bestehen.

Gliederung

A) Einleitung eines Disziplinarverfahrens

B) Dienstvergehen

I. Mäßigungspflicht

1. Innerdienstliche Mäßigungspflicht
2. Außerdienstliche Mäßigungspflicht

II. Zwischenergebnis

C) Bedeutung des Ruhens der Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis

D) Ergebnis

Gutachten

Hinweis

Dem Fall unterlegt ist natürlich deutlich erkennbar die Person des thüringischen AfD-Vorsitzenden Björn („Bernd“) Höcke. Insoweit handelt es sich nahezu durchgängig um Originalangaben. Die Frage, ob Beamte aus dem Dienst entfernt werden können, wenn sie allerlei eindeutige Äußerungen in ihrer Abgeordnetenzeit von sich gegeben haben, ist 2022 neu aufgeploppt. Denn die sächsische Justiz musste den Dresdner Richter Jens Maier nach Ende seiner Zeit als MdB für die AfD einstweilig zurückkehren lassen², was auf allerlei Unverständnis stieß. Maier hatte sich selbst als „Mini-Höcke“ bezeichnet und etwa ein „Ende des Schuldkults“ gefordert und vor einer „Herstellung von Mischvölkern“ gewarnt. 2017 hatte er bereits einen disziplinarischen Verweis wegen eines Auftritts mit Höcke im Wahlkampf erhalten, da er dort gegen das richterliche Mäßigungsgesetz verstoßen habe. Klarzustellen bleibt, dass natürlich kein Generalverdacht in Bezug auf sämtliche AfD-Mitglieder oder -Mandatsträger aufgestellt werden soll. Im Dezember 2022 entschied das Dienstgericht für Richter beim LG Leipzig allerdings (noch nicht rechtskräftig), ihn nach Maßgabe von § 31 DRiG zum Schutz der Rechtspflege in den Ruhestand zu versetzen.

Fraglich ist vorliegend einzig, ob B – ein Beamter des Landes Hessen – wegen Äußerungen aus seiner Abgeordnetenzeit aus seinem Beamtenverhältnis entfernt werden kann.

A) Einleitung eines Disziplinarverfahrens

Vorliegend ist zunächst nicht ersichtlich, dass B iSd. § 31 HBG iVm. § 24 BeamStG vorbestraft wäre. Insbesondere ist B (noch) nicht wegen Volksverhetzung iSd. § 130 StGB vorbestraft. Dabei ist allerdings klarzustellen, dass eine derartige Strafbarkeit eben nicht von § 24 BeamStG erfasst ist.

Damit B aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden kann, bedarf es dann der Einleitung (und erfolgreichen Durchführung) eines Disziplinarverfahrens, vgl. § 21 Nr. 3 BeamStG iVm. § 13 Abs. 1 HDG.

B) Dienstvergehen

Voraussetzung jedes Disziplinarverfahrens ist wiederum ein Dienstvergehen. Ein Dienstvergehen bedeutet, dass der Beamte seine Pflichten aus dem Dienstverhältnis schuldhaft verletzt haben muss. Die Schwelle des Dienstvergehens ist wesentlich geringer als die Erfüllung von (einschlägigen) Straftatbeständen durch den jeweiligen Beamten.³

² Vgl. ▶ www.lto.de/recht/nachrichten/n/jens-maier-afd-wird-wieder-in-saechsischer-justiz-eingestellt-abgeordneter-richter-dresden (zuletzt abgerufen am 18.12.2022).

³ Vgl. ▶ www.fr.de/politik/hessen-will-hoecke-nicht-mehr-lehren-las

Was vorliegend ein relevantes Dienstvergehen sein kann, bestimmt sich nach § 55 HBG iVm. § 47 Abs. 1 BeamStG. Nach § 47 Abs. 1 Satz 1 BeamStG begehen Beamtinnen und Beamte ein Dienstvergehen, wenn sie schuldhaft die ihnen obliegenden Pflichten verletzen. Ein Verhalten außerhalb des Dienstes ist nach § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG nur dann ein Dienstvergehen, wenn es nach den Umständen des Einzelfalls in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen.

I. Mäßigungspflicht

Gerade für politische Betätigung bestimmt § 33 Abs. 2 BeamStG, dass Beamtinnen und Beamte diejenige Mäßigung und Zurückhaltung zu wahren haben, die sich aus ihrer Stellung gegenüber der Allgemeinheit und aus der Rücksicht auf die Pflichten ihres Amtes ergibt. Auch diese sog. Mäßigungspflicht besteht inner- und außerdienstlich.⁴

1. Innerdienstliche Mäßigungspflicht

Innerhalb des Dienstes hat sich der Beamte grundsätzlich jedweder politischen Betätigung zu enthalten.⁵ Gerade auch Lehrern ist es unter Berufung auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG nicht möglich, während des Unterrichts oder anlässlich schulischer Veranstaltungen für eine bestimmte politische Meinung zu werben.⁶

Vorliegend hat B innerhalb seines Dienstes, also als Lehrer vor Aufnahme seines Landtagsmandats in Thüringen, keine politische Betätigung an seiner Schule entfaltet, indem er bestimmte politische Äußerungen getätigt hat.

2. Außerdienstliche Mäßigungspflicht

Jedoch könnte das außerdienstliche Verhalten des B in Bezug auf die Mäßigungspflicht problematisch sein.

Außerdienstlich gewinnt das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit deutlich an Gewicht. Als Privatperson steht dem Beamten grundsätzlich uneingeschränkt die Berufung auf Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG zu.⁷ Schon § 33 Abs. 2 BeamStG impliziert, dass sich der Beamte außerhalb des Dienstes vom Grundsatz her politisch äußern und betätigen darf. Wäre dem nicht so, wäre der Wortlaut „bei politischer Betätigung diejenige Mäßigung und Zurückhaltung“ unvorstellbar und stattdessen ein Verbot der politischen Betätigung statuiert. Die Meinungsäußerungsfreiheit des Beamten als Privatperson unterliegt jedoch Einschränkungen, die sich aus dem besonderen Charakter des Beamtenverhältnisses sowie den spezifischen beamtenrechtlichen Dienstpflichten ergeben.⁸ Im Einzelfall ist das Grundrecht auf Meinungsäußerungsfreiheit gegen die Mäßigungspflicht abzuwägen. Dabei kann die Meinungsäußerung auch mit Blick auf die gewählte Form (Mäßigung) und den Inhalt (Verfassungstreuepflicht) Einschränkungen unterliegen. Ein Minimalkonsens muss jedenfalls hinsichtlich des Bekenntnisses zur freiheitlich demokratischen Grundordnung iSd. § 33 Abs. 1 Satz 2 BeamStG bestehen.⁹

⁴ [sen-1059284.html](http://www.beck-online.de/urteil/1059284.html) (zuletzt abgerufen am 18.12.2022).

⁵ Werres, in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 27. Ed. Stand: 01.02.2022, § 33 BeamStG Rn. 21; Herrmann, in: Herrmann/Sandkuhl, BeamtenDisziplinarR/BeamtenStrafR, 2. Aufl. (2021), Teil II. Rn. 932 ff.

⁶ Battis, in: Battis, BBG, 6. Aufl. (2022), § 4 Rn. 29; Werres, in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 27. Ed. Stand: 01.02.2022, § 33 BeamStG Rn. 22.

⁷ BVerwG NJW 1988, 1747 (1748 f.); Hillgruber, JZ 1999, 538 (543 f.).

⁸ Battis, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 33 Rn. 75; Werres, in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 27. Ed. Stand: 01.02.2022, § 33 BeamStG Rn. 25.

⁹ BVerfG NJW 1970, 1267 ff.; Reich, in: Reich, BeamStG, 3. Aufl. (2018), § 33 Rn. 9.

¹⁰ Vgl. Badura, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 98. EL (März 2022), Art. 33 Rn. 33; Wagner, öAT 2021, 183.

Dieses Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung ist jedenfalls etwa dann verletzt, wenn der Beamte auf Demonstrationen verbleibt, an denen auch für ihn erkennbar Aktivistinnen der neonazistischen Szene und der NPD in nicht unerheblicher Zahl teilgenommen und diese Demonstrationen geprägt haben, er Beiträge von Personen aus dem rechtsextremen Spektrum in sozialen Netzwerken liked oder selbst Beiträge in sozialen Netzwerken erstellt, die den Nationalsozialismus verherrlichen.¹⁰ Ähnliches gilt bei einem Hinnehmen und kritiklosem Kommentieren von nationalsozialistischen und antisemitischen, rassistischen, gewaltverharmlosenden und -verherrlichenden oder den Holocaust leugnenden Äußerungen, Symbolen und Bildern innerhalb einer geschlossenen WhatsApp-Gruppe.¹¹ Zudem kann kein Bekenntnis bestehen, wenn ein Beamter die Existenz der Bundesrepublik Deutschland als Staat und ihrer verfassungsmäßigen Organe in Frage stellt.¹² Ebenfalls ist das Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung verletzt, wenn der Beamte fortwährend migrantenfeindliche, islamophobe und die deutsche Justiz delegitimierende Äußerungen tätigt, für die er bewusst verstärkend die Autorität seines Amtes mit in Anspruch nimmt, auch wenn dies in der Sondersituation eines Wahlkampfes erfolgt.¹³

Ein Verhalten außerhalb des Dienstes ist gemäß § 47 Abs. 1 Satz 2 BeamStG insoweit aber immer nur dann ein Dienstvergehen, wenn es nach den Umständen des Einzelfalles in besonderem Maße geeignet ist, das Vertrauen in einer für ihr Amt bedeutsamen Weise zu beeinträchtigen. Das ist etwa dann der Fall, wenn dem Ansehen des Dienstherrn erheblich geschadet wird, da die Beamteneigenschaft offengelegt wird, um bei den jeweiligen Auftritten Seriosität vorzugaukeln.¹⁴ Ob und in welchem Umfang durch das außerdienstliche Verhalten eines Beamten das für sein Amt erforderliche Vertrauen beeinträchtigt wird, hängt in maßgeblicher Weise von Art und Intensität der jeweiligen Verfehlung ab. Maßgeblich ist auch, ob der Pflichtenverstoß des Beamten einen Bezug zu seinem Amt aufweist.¹⁵

Daran gemessen ist festzustellen, dass die politischen Aussagen des B nicht schlechterdings einen Bezug zu seiner Stellung als Beamter des Landes Hessen aufweisen. Dass B dabei auch Geschichtslehrer ist und seine Aussagen mit Bezug zur NS-Zeit auch im Geschichtsunterricht eine Rolle spielen, dürfte einen letztlich unmaßgeblichen Rechtsreflex darstellen.

Neben der beamtenrechtlichen Mäßigungspflicht ergibt sich zudem ein Verschränkungsbereich zu den allgemeinen Grenzen der Meinungsfreiheit nach Art 5 Abs. 2 GG. So bilden etwa die allgemeinen Gesetze und das Recht der persönlichen Ehre eine ausdrückliche Schranke des Meinungsäußerungsrechts. Dies gilt umso mehr, als kritische Aussagen im Rahmen politischer Auseinandersetzungen erfolgen. Eine Grenze findet die Meinungsäußerungsfreiheit jedenfalls dort, wo die Kritik maßgeblich durch unsachliche Behauptungen oder rein politische Agitation geprägt ist. Ehrverletzende oder diffamierende Äußerungen stellen daher regelmäßig auch im politischen Meinungskampf eine Verletzung der Dienstpflichten dar.¹⁶ Erlaubt ist dem Beamten jedoch eine

im Rahmen der Meinungsäußerungsfreiheit zustehende Möglichkeit des Gebrauchs zugespitzter Formulierungen, was gerade im Wahlkampf gilt.¹⁷ Polemische Äußerungen eines Beamten im Wahlkampf sind dann im Rahmen eines insoweit reduzierten Maßstabs der Mäßigungspflicht möglich, soweit jedenfalls die Kernpflichten des Beamten immer noch gewahrt werden.¹⁸

Jedoch lässt sich insgesamt feststellen, dass die zitierten Aussagen von B schwerlich als ehrverletzend oder diffamierend eingestuft werden können. Insoweit fehlt den Aussagen schon ein individuell zuordnungsfähiges Gepräge. Anders gewendet müsste wohl B konkreter die Ehre einer bestimmter Person oder Gruppe angreifen, damit ehrverletzende oder diffamierende Aussagen vorliegen.

II. Zwischenergebnis

B dürfte durch seine Aussagen schon allgemein nicht gegen die außerdienstliche Mäßigungspflicht verstoßen haben.

C) Bedeutung des Ruhens der Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis

Selbst wenn die Bewertung unter B) anders ausgehen sollte, so müsste allerdings auch Berücksichtigung finden, dass die Rechte und Pflichten aus dem Beamtenverhältnis des B seit seiner Wahl in den thüringischen Landtag 2014 ruhen. Dies ergibt sich sowohl aus § 30 Abs. 1 HessAbgG als auch gleichlautend aus § 34 Abs. 1 ThürAbgG, so dass in Bezug auf B nicht weiter geklärt werden muss, ob ein einfaches Gesetz des Landes Thüringen das hessische Beamtenverhältnis des B zum Ruhen bringen konnte.

Insbesondere das Ruhen der Pflichten aus einem Beamtenverhältnis bedeutet dabei, dass auch die beamtenrechtliche Mäßigungspflicht ab dem Zeitpunkt der wirksamen Ernennung nach der Wahl in ein Legislativorgan einstweilig nicht mehr gilt.¹⁹ Wegen des weitgehenden Ruhens der Rechte und Pflichten hat der Beamte während dieser Zeit funktionell und statusrechtlich nicht einmal mehr ein Amt inne.²⁰ Die Regelungen zum Ruhen der Rechte und Pflichten des Beamten während der Mandatswahrnehmung aus den Abgeordnetengesetzen des Bundes und der Länder sollen dabei vor allem den Beamten davor schützen, in Ausübung seiner politischen Tätigkeit weitere, möglicherweise disziplinarrechtlich zu ahndende Verstöße zu begehen.²¹

Allerdings ist zwar die Mäßigungspflicht aus § 33 Abs. 2 BeamStG einstweilig suspendiert, wohl aber nicht die allgemeine Treuepflicht iSd. § 33 Abs. 1 Satz 3 BeamStG. Danach müssen sich Beamtinnen und Beamte durch ihr gesamtes Verhalten zu der freiheitlichen demokratischen Grundordnung im Sinne des GG (bzw. der jeweiligen Landesverfassung) bekennen und für deren Erhaltung eintreten. Soweit der Beamte nicht den Schutz der Indemnität nach Art. 46 Abs. 1 GG genießt, soll er sich daher auch in der Zeit als Abgeordneter nicht in einer Weise äußern dürfen, die ihn für die Wiederverwendung untragbar oder ungeeignet macht.²² Die Indemnität iSd. Art. 46 Abs. 1 GG schützt dabei nur vor Verfolgung eines Abgeordneten wegen einer Abstimmung oder wegen einer Äußerung, die er im Bundestage oder in einem

¹⁰ VGH Kassel NVwZ 2019, 248 (249 f.).

¹¹ Vgl. VG Düsseldorf BeckRS 2020, 27739; VG Freiburg MMR 2021, 274 (275); BeckRS 2021, 11120.

¹² OVG Lüneburg BeckRS 2021, 8549; VGH München BeckRS 2021, 30890.

¹³ OLG Stuttgart BeckRS 2021, 16798.

¹⁴ Masuch, NVwZ 2021, 520.

¹⁵ BVerwG NVwZ 2015, 1680 (1681).

¹⁶ BVerwG NJW 1985, 1658 (1660); Werres, in: BeckOK Beamtenrecht Bund, 27. Ed. Stand: 01.02.2022, § 33 BeamStG Rn. 27.

¹⁷ OLG Stuttgart BeckRS 2021, 16798.

¹⁸ BVerwG NVwZ-RR 2020, 1039 (1042).

¹⁹ Vgl. BVerwG NVwZ-RR 2020, 1039 (1041).

²⁰ Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, 2012, BBG, § 40 Rn. 11.

²¹ BGH BeckRS 2006, 14669; LG Karlsruhe BeckRS 2018, 56447.

²² Vgl. Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags, Gutachten „Beamte als Bundestagsabgeordnete“ - WD 3 - 3000 - 374/18 v. 16.11.2018, S. 5, abrufbar unter www.bundestag.de (zuletzt abgerufen am 18.12.2022) mit Verweis auf Lemhöfer, in: Plog/Wiedow, 2012, BBG, § 40 Rn. 9; BVerwG NJW 1986, 2520.

seiner Ausschüsse getan hat. Die Indemnitätsvorschrift aus Art. 55 Abs. 1 der Verfassung des Freistaats Thüringen ist insoweit gleichlautend abgefasst. B hat seine kritischen Äußerungen nicht im Landtag von Thüringen getätigt, so dass er jedenfalls nicht iSd. Indemnität geschützt ist.

Im Falle eines Antrags auf Wiederverwendung nach Beendigung des Mandats iSd. § 32 HessAbgG könnten B hiernach also auf dem ersten Blick Probleme entstehen, sofern seine Äußerungen auch aus der Abgeordnetenzeit in Thüringen ihn als untragbar oder ungeeignet erscheinen lassen. Die Hürden hierfür sind allerdings hoch. Der in diesem Kontext einzig erkennbare Referenzfall drehte sich um einen Reserveoffizier, der während seiner Abgeordnetenzeit ein sog. unwürdiges Verhalten iSd. Soldatengesetzes (§ 17 Abs. 3 SG) an den Tag legte. § 17 Abs. 3 SG regelt, dass ein Offizier oder Unteroffizier auch nach seinem Ausscheiden aus dem Wehrdienst der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden muss, die für seine Wiederverwendung in seinem Dienstgrad erforderlich sind. Eine entsprechende Komplementärvorschrift fehlt allerdings im HDG ebenso wie im BeamtStG. Daraus dürfte folgen, dass dem B auch im Fall der beantragten Wiederverwendung nicht beizukommen ist, so dass an seinem Beamtenstatus nicht gerüttelt werden kann.

D) Ergebnis

B kann nach derzeitigem Stand der Dinge weder unmittelbar aus dem Beamtenverhältnis entfernt werden noch kann er mittelbar eine Entfernung durch Verweigerung der Wiederverwendung erfahren.

Hinweis

Ein anderes Ergebnis könnte allerdings bestehen, sofern die von Bundesinnenministerin Faeser im Dezember 2022 erst propagierte, dann aber doch wieder zurückgenommene Einführung einer Beweislastumkehr eingeführt würde. Hiernach hätte das beamtenrechtliche Disziplinarrecht in einer Weise verschärft werden sollen, dass Beamte künftig bei Verdacht ihre Unschuld beweisen sollten, insbesondere im Zusammenhang mit ihrem Bekenntnis zur freiheitlich demokratischen Grundordnung. Hiergegen hatte es heftige Kritik gegeben, insbesondere mit Blick auf die Unschuldsvermutung und das Rechtsstaatsgebot.

► Inhaltsverzeichnis



Andere sitzen noch im Büro, Sie stehen schon vor der Bühne.*

© iuratio / Adobe Stock / 91251401



Hohe Spezialisierung, direkte Mandatsarbeit, persönlicher Partnerkontakt und ein kollegiales Arbeitsumfeld gehören für uns ebenso zu Ihrem neuen Job in unserer Wirtschaftskanzlei wie die richtige Balance zwischen Arbeit und Privatleben. Wir suchen für unsere Teams in Stuttgart und Frankfurt am Main

Rechtsanwälte (m/w/d)

Referendare (m/w/d)

Wissenschaftliche Mitarbeiter (m/w/d)

Bewerben Sie sich jetzt. Sie haben vorab Fragen?

Wir stehen Ihnen gerne persönlich zur Verfügung:

Sibylle Günther | +49 711 16445-307 | karriere@brp.de | www.brp.de/karriere



BRP Renaud und Partner mbB · Rechtsanwälte Patentanwälte Steuerberater · Stuttgart Frankfurt · www.brp.de

*Mit unserem BRP-Kultur-Abo erhalten Sie freien Eintritt zu ausgewählten Kultur- und Konzertveranstaltungen.

Rechtsprechung - Zivilrecht

Bundesgerichtshof

Nutzungsentschädigung gegen den nicht ausziehenden Untermieter

Urteil vom 11. Dezember 2020, Az.: V ZR 26/20

Wird dem Untermieter, der nach Beendigung des Hauptmietverhältnisses über eine Wohnung und Räumung durch den Hauptmieter die untergemieteten Wohnräume an den Eigentümer nicht herausgibt, eine gerichtliche Räumungsfrist gewährt, kann der Eigentümer von ihm Schadensersatz jedenfalls in Höhe der vom Mieter bei Nichträumung geschuldeten Nutzungsentschädigung für die ganze Wohnung verlangen.

(Amtlicher Leitsatz)

A) Sachverhalt (vereinfacht)

M mietete von V eine ca. 107 m² große Wohnung in Berlin. Mit der Zustimmung des V vermietete M eine ca. 7m² große Kammer dieser Wohnung an den U.

Im August 2013 starb der M. Da keine Personen im Sinne des § 563 BGB in das Mietverhältnis eingetreten sind, wurde es von V nach § 546 S. 2 iVm. § 573d BGB gegenüber den Erben des M mit Wirkung zum 30.09.2013 gekündigt.

Mit Schreiben vom 29.12.2014, das dem U persönlich übergeben wurde, forderte V unter Hinweis auf die Beendigung des Mietvertrages von U erfolglos die Herausgabe der Kammer. Mitte 2016 wurde U rechtskräftig zur Räumung verurteilt und ihm eine Räumungsfrist gemäß § 721 ZPO bis zum 30.09.2016 gewährt. Anfang Oktober 2016 erfolgte die Zwangsräumung.

V verlangt von U Zahlung einer Nutzungsentschädigung in Höhe der ortsüblichen Miete für die gesamte Wohnung bis September 2016.

B) Die Entscheidung des Senates

Fraglich ist, ob V von U die Zahlung einer Nutzungsentschädigung für die gesamte Wohnung bis September 2016 verlangen kann.

I. Entschädigung nach § 546a Abs. 1 BGB

V könnte ein Anspruch auf Entschädigung aus § 546a Abs. 1 BGB gegen U zustehen.

Hiernach hat der Vermieter gegen den Mieter für die Dauer der Vorenthaltung der Mietsache einen Anspruch auf Entschädigung in Höhe der vereinbarten oder ortsüblichen Miete. Da aber zwischen V und U kein Vertragsverhältnis bestand, findet § 546a Abs. 1 BGB keine direkte Anwendung. Die Erlaubnis zur Untervermietung ändert daran nichts.

§ 546a Abs. 1 BGB ist folglich nicht direkt anwendbar.

II. Entschädigung analog § 546a Abs. 1 BGB

V könnte allerdings einen Anspruch auf Entschädigung analog § 546a Abs. 1 BGB gegen U haben.

Für die analoge Anwendung müsste eine vergleichbare Interessenlage und planwidrige Regelungslücke bestehen. Mit der Be-

jahung der Analogie würden die Vorschriften aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis leerlaufen. Insbesondere kann aufgrund des klaren Wortlauts des § 546a Abs. 1 BGB keine planwidrige Regelungslücke angenommen werden (a. A. vertretbar).

V hat somit keinen Anspruch auf Entschädigung analog § 546a Abs. 1 BGB gegen U.

III. Schadensersatz gemäß § 990 Abs. 2 BGB iVm. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB

V könnte einen Anspruch auf Schadensersatz aus §§ 990 Abs. 2 BGB iVm. §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB gegen U haben.

1. Vindikationslage

Voraussetzung ist, dass zum Zeitpunkt der Nichträumung bis zum 30.09.2016 eine Vindikationslage gegeben war. Dazu müsste zu dieser Zeit V Eigentümer und U Besitzer gewesen sein, der kein Recht zum Besitz hatte.

a) Eigentum

V war (ursprünglich) Eigentümer der Wohnung.

b) Besitz

U hat die tatsächliche Gewalt über die Wohnung und darüber hinaus auch den tatsächlichen Herrschaftswillen. Somit lag der Besitz gemäß § 853 Abs. 1 BGB vor.

c) kein Recht zum Besitz

U dürfte im Zeitpunkt der Räumungsfrist kein Recht zum Besitz gegenüber V gehabt haben, § 986 Abs. 1 BGB.

Da nach dem Tod des M keine Personen in das Mietverhältnis eingetreten sind, wurde das Mietverhältnis zunächst mit dessen Erben fortgesetzt, § 564 Abs. 1 BGB. V hat aber von seinem außerordentlichen Kündigungsrecht nach § 564 S. 2 BGB Gebrauch gemacht und das Mietverhältnis wirksam gekündigt.

Infolgedessen ist auch das abgeleitete Besitzrecht des U nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB entfallen. U war folglich nicht mehr zum Besitz berechtigt.

Der § 721 ZPO hat lediglich prozessuale Wirkung und keine Bedeutung für die materielle Bewertung. Die gewährte Räumungsfrist ist für die Besitzrecht-Frage irrelevant.

Das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, also die Vindikationslage, liegt somit vor.

2. Bösgläubigkeit

U dürfte als unmittelbarer Besitzer nicht gutgläubig hinsichtlich des Fehlens des eigenen Rechts zum Besitz nach § 990 Abs. 1 BGB sein.

Zum Zeitpunkt des Besitzererwerbs lag aufseiten des U keine fehlende Bösgläubigkeit vor.

Vielmehr hatte U aufgrund des Schreibens vom 29.12.2014 auch

positive Kenntnis vom Wegfall seines von M abgeleiteten Besitzrechts, §§ 990 Abs. 1 S. 2, 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB.

Somit lag die erforderliche Bösgläubigkeit aufseiten des U vor.

3. weitergehende Haftung

Mit „weitergehender Haftung“ im Sinne des § 990 Abs. 2 BGB ist die Haftung wegen Verzuges nach §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB gemeint.

a) Schuldverhältnis

Die oben genannte Vindikationslage, also das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, stellt ein Schuldverhältnis im Sinne des § 280 Abs. 1 S. 1 BGB dar.

b) Verzugsvoraussetzungen

U müsste mit der Räumungspflicht nach § 286 BGB in Verzug sein.

Im Schreiben vom 29.12.2014 hat V von U die Räumung der Kammer verlangt. Dies stellt eine Mahnung nach § 286 Abs. 1 BGB dar.

Wie oben schon erwähnt, ändert die gewährte Räumungsfrist nach § 721 ZPO nichts am Vorliegen des Schuldnerverzugs, da dies eine rein verfahrensrechtliche Vorschrift darstellt. Mit dieser möchte der Gesetzgeber aus sozialen Gründen die Obdachlosigkeit des Räumungsschuldners verhindern. Sie begründet damit nur ein Vollstreckungshindernis und wirkt sich nicht auf den Verzug aus.

Eine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens gemäß § 286 Abs. 4 BGB liegt nicht vor.

Die Verzugsvoraussetzungen sind gegeben. U befindet sich mit der Räumungspflicht nach § 286 BGB im Verzug.

4. entgangener Gewinn

Der Umfang des Schadensersatzanspruches richtet sich nach § 249 Abs. 1 BGB und umfasst auch den entgangenen Gewinn, § 252 BGB.

Es ist davon auszugehen, dass V die Wohnung grundsätzlich nur als Einheit weitervermieten kann, sodass dadurch ein entsprechender Mietausfallschaden entsteht, § 252 S. 1 BGB. Es ist unerheblich, dass U nicht die gesamte Wohnung, sondern nur die an ihn untervermietete Kammer in Besitz hatte.

Der Mietausfallschaden stellt einen kausalen Verzugsschaden dar.

5. Begrenzung

Der Anspruch könnte aber wegen § 571 Abs. 2 BGB ausgeschlossen sein.

a) § 571 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob § 571 Abs. 2 BGB anwendbar ist.

Der BGH führt dazu aus:

„Unmittelbar anwendbar ist § 571 Abs. 2 BGB hier schon deshalb nicht, weil der (U) nur Untermieter gewesen ist. [...]. Die Vorschrift des § 571 Abs. 2 BGB gilt unmittelbar aber nur im Verhältnis zwischen Eigentümer und Mieter [...].“

b) § 571 Abs. 2 BGB analog

Zu prüfen ist, ob die Vorschrift analog anzuwenden ist.

Voraussetzung ist, dass eine vergleichbare Interessenlage und planwidrige Regelungslücke gegeben sind.

Die Vorschrift umfasst wörtlich nur den Mieter, aber nicht den Untermieter, sodass eine Regelungslücke gegeben ist. Es ist auch davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine klarstellende Regelung getroffen hätte, wenn er die Sachlage gekannt hätte. Somit ist auch die Planwidrigkeit gegeben.

Bezüglich der vergleichbaren Interessenlage führt der BGH Folgendes aus:

„Der Zweck des § 571 Abs. 2 BGB spricht [...] für eine analoge Anwendung der Vorschrift auf den Untermieter [...]. Er ist darin zu sehen, dass der Wohnraummieter sich nicht aus Sorge vor Schadensersatzansprüchen des Vermieters davon abhalten lassen soll, eine Räumungsfrist zu beantragen und zu nutzen. [...]. Der Untermieter von Wohnraum, dem eine Räumungsfrist nach § 721 oder § 794a ZPO gewährt worden ist, befindet sich in einer vergleichbaren Situation. Müsste er bei Ausnutzung der Räumungsfrist unbegrenzte Schadensersatzansprüche des Eigentümers wegen Verzuges befürchten, hätte dies entweder zur Folge, dass er, obwohl er darauf angewiesen, keinen Räumungsschutz in Anspruch nimmt, oder dass er nach Räumungsfrist u. U. erheblichen Schadensersatzansprüchen des Eigentümers ausgesetzt ist. Beides soll durch die Regelung des § 571 Abs. 2 BGB verhindert werden.“

Allerdings darf die analoge Anwendung den Vermieter nicht schlechter stellen.

„Für den Vermieter wäre es unzumutbar, wenn die dem in der Wohnung verbliebenen Untermieter gewährte Räumungsfrist dazu führte, dass er trotz Vorenthaltung der gesamten Wohnung eine Nutzungsentschädigung nur in Höhe des Untermietzinses bzw. der ortsüblichen Miete für die untervermieteten Teile der Wohnung erhielt. [...]. Ein solcher Anspruch muss dem Vermieter auch dann verbleiben, wenn § 571 Abs. 2 BGB analog auf einen Untermieter anzuwenden sein sollte; denn der Untermieter steht dem Vermieter schon mangels vertraglicher Beziehungen ferner als Hauptmieter.“

Eine analoge Anwendung kann daher so weit reichen, wie auch die Interessenlage vergleichbar ist.

Als Verzugsschaden kann die Zahlung der ortsüblichen Miete für die **gesamte** Wohnung verlangt werden.

IV. Gesamtergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf Schadensersatz aus § 990 Abs. 2 BGB in Verbindung mit §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB.

Abschließende Hinweise zur Entscheidung

1. Der Rückgriff des BGH auf §§ 990 Abs. 2, 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB wäre grundsätzlich nicht nötig gewesen. Die Anwendbarkeit der §§ 280 ff. BGB auf den Rückgabeanspruch aus § 546 Abs. 2 BGB ist nämlich unstrittig. Das Urteil des BGH ist dennoch im Ergebnis absolut überzeugend.
2. Das Problem der Untervermietung ist ein „Dauerbrenner“ im Examen und somit hoch examensrelevant.
3. Da der Untermieter eigene vertragliche Ansprüche gegen den

Mieter (= Untervermieter) hat und damit nicht schutzbedürftig ist, ist der Untermieter nicht in den Schutzbereich des Mietvertrags zwischen Vermieter und Mieter einbezogen.

4. Eine analoge Anwendung des § 546a Abs. 1 BGB wäre sicherlich auch vertretbar gewesen, allerdings muss beachtet werden, dass mit analoger Anwendung des § 546a Abs. 1 BGB der V nur eine Entschädigung für die von U vorenthaltene Kammer und nicht für die gesamte Wohnung bekäme.

5. Soweit § 571 Abs. 2 BGB auf den Untermieter analog angewendet wird, kann eine Einschränkung des Anspruches des Vermieters gegen den Untermieter nicht über das hinausgehen, was zwischen den (ursprünglichen) Hauptmietparteien gelten würde (vgl. auch Schrader, JA 2021, 421 (423)).

6. § 986 Abs. 1 BGB ist nach der herrschenden Meinung keine Einrede, sondern eine von Amts wegen zu prüfende Einwendung.

7. Der § 721 ZPO ist eine verfahrensrechtliche Vorschrift. Mit dieser möchte der Gesetzgeber aus sozialen Gründen die Obdachlosigkeit des Räumungsschuldners verhindern. Sie begründet damit nur ein Vollstreckungshindernis und hat keine materiell-rechtliche Wirkung.

8. Im Examen wird nicht von Ihnen erwartet werden, dass Sie Rechtskenntnisse zu § 571 Abs. 2 BGB haben. Erwartet wird – wie immer – eine saubere Subsumtion der Norm.



Ass. iur. **Stjepan Sirovina** | Volljurist bei HFK Rechtsanwälte PartG mbB in Stuttgart

E-Mail-Kontakt: ▶ sirovina@hfk.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Rechtsprechung - Öffentliches Recht

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Zur Rechtmäßigkeit „schwarzer Listen“ für den Staatsdienst ungeeigneter Lehrer

Urteil vom 29. November 2022, Az.: 80450/17

1. Die Weigerung, eine Person zum Beamten zu ernennen, kann als solche nicht Grundlage einer Individualbeschwerde nach Art. 34 EMRK sein. Jedoch ist die Verweigerung der Ernennung, weil der Bewerber – der die notwendigen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt – in der Vergangenheit bestimmte Äußerungen getätigt hat, eine Maßnahme, die sich im Wesentlichen auf die Meinungsfreiheit und damit nicht auf den Zugang zum öffentlichen Dienst bezieht. Ein Anspruch auf Einstellung kann der Betroffene daraus aber nicht ableiten.

2. Lehrer haben unabhängig von ihrem Anstellungsverhältnis eine besondere Treuepflicht gegenüber der Verfassung, da sie in der Lage sein müssen, ihren Schülern die Grundlagen der Demokratie und die Grundwerte der Verfassung glaubhaft zu vermitteln und damit Garanten für das Zusammenleben in einem freiheitlichen und demokratischen Staat sind. Die hieraus resultierende Einschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit – auch bei Tätigkeiten außerhalb der Schule – ist eine zentrale Säule der wehrhaften Demokratie. Staatliche Maßnahmen, welche diese Treuepflicht absichern, verfolgen damit stets einen legitimen Zweck.

3. Bei der Beurteilung einer Verletzung der Treuepflicht, haben die nationalen Behörden ein weiten Beurteilungsspielraum. Der Gerichtshof überprüft insofern nur, ob die Entscheidung auf sachgerechte und ausreichende faktische Gründe gestützt wurde und die gewählte Rechtsfolge verhältnismäßig ist.

4. Für die Verhältnismäßigkeit einer staatlichen Beschränkung der Meinungsäußerungsfreiheit ist es von Bedeutung, ob der von ihr Betroffene vorab über die Maßnahme informiert wird und ob ein Verfahren existiert, in welchem er die Rechtmäßigkeit der Maßnahme nach den Maßgaben des Art. 6 EMRK überprüfen lassen kann.

(Leitsätze des Bearbeiters)

A) Sachverhalt

Die 1954 geborene Beschwerdeführerin (G) studierte Lehramt für Hauptschulen und legte 1978 das erste und 1981 das zweite Staatsexamen ab. Seitdem übte sie den Beruf der Lehrerin in unregelmäßigen Intervallen aus. Zuletzt lehrte sie in den Schuljahren 2004/2005 und 2005/2006 an der staatlichen Realschule in Eltville am Rhein jeweils auf Grundlage eines befristeten Arbeitsvertrages. Ihre Arbeit dort wurde in den von der Schulleitung angefertigten Beurteilungen stets als positiv bewertet.

Neben ihrer Tätigkeit als Lehrerin engagierte sie sich von 1993 bis zum Frühjahr 2006 als Mitglied der von den Verfassungsschutzämtern der Länder im politisch rechten Spektrum verorteten – aber nicht verbotenen – Partei „Die Republikaner“. Für diese saß

G im Kreistag des Schwalm-Eder Kreises und kandidierte auf den Listen der Partei sowohl für den hessischen Landtag als auch für den Bundestag. Im März 2006 wurde sie erneut in den Schwalm-Eder Kreistag gewählt, dieses Mal jedoch als Mitglied des „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“.

Mit Schreiben vom 30. März 2006 wurde der Arbeitsvertrag der Klägerin von der zuständigen Stelle mit sofortiger Wirkung gekündigt. Begründet wurde dies mit Zweifeln an ihrer Verfassungstreue. Das hessische Kultusministerium setzte alle ihm unterstehenden dezentralen Schulämter von der Kündigung und deren Grund in Kenntnis und bat um unverzügliche Mitteilung, falls sich G auf eine andere Lehrerstelle im Land bewerben sollte.

G zog gegen die Kündigung vor das Arbeitsgericht in Wiesbaden, wo sie sich am 19. Mai 2006 mit ihrem ehemaligen Arbeitgeber dahingehend verglich, dass der Arbeitsvertrag erst zum ursprünglich vereinbarten Termin endete und G weiterhin ihre Vergütung erhielt, jedoch vom Dienst freigestellt war. Darüber hinaus verständigte man sich darauf, jeden Hinweis auf die Entlassung – insbesondere deren Gründe – aus den Personalakten zu entfernen und G ein positives Arbeitszeugnis auszustellen. Dem kam das Land Hessen nach.

Ende 2008 beschloss das Hessische Kultusministerium in Zusammenarbeit mit den dezentralen hessischen Schulämtern, eine Liste mit Angaben zu Lehrkräften zu erstellen, die für die Wiederbesetzung einer Lehrerstelle an öffentlichen Schulen für ungeeignet erachtet wurden („die Liste“). Diese Liste wurde von der zentralen Dienststelle für die Verwaltung des Lehrpersonals in Hessen geführt, und der Zugang zu ihr war auf zehn Personen, die in dieser Dienststelle tätig waren, sowie auf zwei Personen in jedem der fünfzehn dezentralen hessischen Schulämter beschränkt, falls diese eine Bewerbung erhielten. Schulämter in anderen Bundesländern und Privatschulen in Hessen hatten kein Recht auf Einsicht in die Liste und es wäre rechtswidrig gewesen, ihnen irgendwelche Informationen aus der Liste zu übermitteln. Auch bei Lehrkräften, die auf der Liste geführt wurden, musste jedoch – im Falle einer Bewerbung – weiterhin die persönliche und fachliche Eignung im Einzelfall geprüft werden. Den einstellungswilligen hessischen Schulämtern war es daher nicht verwehrt, auch Lehrer von dieser Liste einzustellen.

Mit Schreiben vom 2. Dezember 2009 wurde der G mitgeteilt, dass ihr Name in die Liste aufgenommen wurde. Der sie betreffende Listeneintrag lautete „Nichtaufnahme in die Auswahlliste (in der Person liegende Gründe)“.

Am 22.12.2009 beantragte G, die in der Zwischenzeit ihren Posten im Kreistag niedergelegt hatte und aus dem „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“ ausgetreten war, dass ihr Name und die sie betreffenden Informationen von der Liste entfernt würden, was die zuständige Behörde jedoch mit Schreiben vom 12.12.2010 ablehnte.

B) Das Verfahren vor den nationalen Gerichten

Um dennoch eine Löschung ihres Namens von der Liste zu erreichen beschritt G daher zunächst den nationalen Rechtsweg.

I. Das Verfahren vor dem VG Darmstadt¹

Gegen den Ablehnungsbescheid vom 12.12.2010 zog G vor das VG Darmstadt, welches Ihre Klage jedoch am 25.08.2011 abwies.² Zur Begründung führte es aus, dass ein Anspruch auf Streichung ihres Namens von der Liste nicht bestehe, da sowohl Aufnahme als auch Verbleib und Verarbeitung desselben mit den §§ 107d und 107g HBG³ – welche auch für nichtverbeamtete Lehrkräfte gelten – im Einklang stünden. Ferner lägen hinreichende Anhaltspunkte dafür vor, dass G entgegen den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 2 TVöD Hessen, nicht in jeder Hinsicht der freiheitlich-demokratischen Grundordnung verpflichtet war:

1. Die politische Betätigung der G in der Partei „Die Republikaner“

Als Beleg für diese Auffassung führte das VG zunächst das politische Engagement der G für die Partei „Die Republikaner“ an, wobei es keine Rolle spielte, dass es sich nicht um eine nach Art. 21 Abs. 2 GG verbotene Partei handele. Auch das Engagement in einer nicht verbotenen verfassungsfeindlichen Organisation könne Zweifel an der Verfassungstreue einer Person wecken. Von besonderem Interesse war in diesem Zusammenhang das Schreiben, mit welchem die G am 23.01.2006 ihren Austritt aus der Partei erklärte. Dieses verfasste sie vor dem Hintergrund der Ablehnung einer Zusammenarbeit dem „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“ durch den Vorstand der Partei, welcher eine Assoziation mit den im Bürgerbündnis vertretenen NPD-Politikern ablehnte. Im Schreiben heißt es von G:

„Es besteht keine Gefahr, dass dieses Bündnis die freiheitlich-demokratische Grundordnung abschafft, da diese schon lange nicht mehr existiert, und ich werde alles daran setzen, eine freiheitliche Ordnung wiederherzustellen.“

Das Wort „demokratisch“ habe sie hierbei offenbar bewusst ausgelassen.

2. Die Politische Betätigung der G im „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“

Das „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“, dem sich die G nach Verfassen des Schreibens anschloss, und welches sie sodann auch im Kreistag vertrat, bot dabei nicht nur NPD-Politikern eine Plattform, sondern auch Mitgliedern und Unterstützern zahlreicher anderer rechtsextremer und neonazistischer Gruppierungen.

3. Interviews und Auftritte der G auf politischen Kundgebungen

Neben der Mitgliedschaft im Bürgerbündnis führte die G mindestens ein Interview mit der NPD-Zeitschrift „Deutsche Stimme“ (DS) und trat regelmäßig auf politischen Kundgebungen rechtsextremistischer Jugendorganisation (Schlesische Jugend Thüringen, Junge Witikonen) oder der „Deutsch-Russischen Konservativen“ auf, wo sie sich aggressiv gegenüber staatlichen Organisationen äußerte. So heißt es in einer ihrer Reden bei den letztgenannten aus dem Jahre 2009:

„Sechzig Jahre nach dem Krieg beugen wir uns immer

noch dem, was die Sieger verordnet haben und akzeptieren Halbwahrheiten und Lügen über das eigene Volk“

4. Prognose der Verfassungstreue für die Zukunft

Da das Merkmal der Verfassungstreue jedoch eine Prognose für die Zukunft erfordere – so das Verwaltungsgericht –, sei die Auflistung vergangenen Veraltens allein nicht ausreichend, um entsprechende Zweifel zu substantiieren. Das gelte um so mehr, als G nicht länger Mitglied der Partei „Die Republikaner“ oder im „Bürgerbündnis Pro-Schwalm Eder“ sei und beteuere, sich künftig nicht weiter politisch engagieren zu wollen.

Gleichzeitig weigere sie sich jedoch, sich von diesen Organisationen und ihren eigenen früheren Äußerungen zu distanzieren. Tatsächlich verteidigte sie beides im Prozess vor dem VG.

Zum Ausräumen, nach jahrelanger politischer Tätigkeit aufgekommener Zweifel an der Verfassungstreue eines staatlich Bediensteten, sei indes mehr erforderlich als das bloße Beteuern, keine verfassungsfeindlichen Ziele zu verfolgen. Es könne von G vielmehr erwartet werden,

„[...] sich ausdrücklich zur freiheitlich-demokratischen Grundordnung zu bekennen und zu erklären, dass sie Vereinigungen, die gegenteilige Ziele verfolgen, nicht unterstützte bzw. sich von diesen abwende, sollte sie sie in der Vergangenheit unterstützt haben.“⁴

5. Loyalitätspflicht: Beamte vs. Angestellte

Unter Berücksichtigung all dieser Umstände vermochte das VG im Verbleib des Namens der G auf der Liste keinen unverhältnismäßigen Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) zu erblicken.

Zur Begründung führte es aus, dass der Schutz der Verfassungsmäßigen Ordnung ein überragendes Gemeinschaftsinteresse sei, welches durch einen Lehrer, der sich ihr widersetze und seinen Erziehungsauftrag gegenüber den ihm anvertrauten Kindern missbrauchen könne, massiv gefährdet würde. Auf das Vorliegen tatsächlicher dienstlicher Vorwürfe könne es daher für die Schulbehörde auch nicht ankommen, jedenfalls, wenn es um die Frage der Einstellung eines Lehrers gehe.

Hinweis

Wie bekannt sein dürfte, wird die Rechtfertigung eines – hier zweifellos gegebenen – Eingriffs in die Berufsfreiheit jedenfalls traditionell⁵ anhand der sog. „Drei-Stufen-Theorie“ beurteilt. Sie besagt, dass zu unterscheiden ist, ob es sich um einen Eingriff in die Berufsausübungs- oder die Berufswahlfreiheit handele, wobei letzterenfalls zwischen objektiven (außerhalb der Person liegenden) und subjektiven (in der Person liegenden) Zugangsvoraussetzungen unterschieden werden müsse.⁶

Während G, die sich als „Opfer des Systems“ verstand, in der Aufnahme auf die Liste aufgrund ihrer politischen Überzeugungen, eine subjektive Zulassungsvoraussetzung zum Lehrerberuf erblickt haben dürfte, dürfte es sich tatsächlich lediglich

⁴ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 16.

⁵ Tatsächlich orientiert sich die Rspw. des BVerfG schon länger nicht mehr starr an den drei von ihm selbst entwickelten Kategorien, sondern beurteilt die Eingriffsintensität heute anhand des Einzelfalles. Als Anhaltspunkt hierfür kann die hergebrachte „Drei-Stufen-Theorie“ aber weiterhin nützlich sein. Weiterführend: Mann, in: Sachs, GG, 9. Auflage (2021), Art. 12 Rn. 137 ff. mwN.

⁶ Entwickelt in: BVerfGE 7, 377 (402 f.). Zur Anwendung: Epping, Grundrechte, 8. Aufl. (2019), Rn. 409 ff.

¹ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 12 ff.

² VG Darmstadt, Urt. v. 24.08.2011, Az.: 5 K 1685/10.DA.

³ Hessisches Beamtengesetz vom 27. Mai 2013.

um eine Regelung der Berufsausübung gehandelt haben. Namentlich eine Pflicht zum Unterlassen extremistischer Aussagen und Handlungen.

Letztlich kam es auf die Unterscheidung aber nicht an, da der Zweck der Liste für das VG im Schutz der Verfassungsmäßigen Ordnung und damit einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut bestand.

6. Ergebnis im Verfahren vor dem VG Darmstadt

Die Klage der G wurde damit als unbegründet abgewiesen. Auch der vor dem Arbeitsgericht geschlossene Vergleich vermochte an diesem Ergebnis nichts zu ändern, da er sich zur Frage einer möglichen Wiedereinstellung der G nicht verhielt.

II. Das Verfahren vor dem Hessischen OVG⁷

Am 30.09.2011 beantragte G die Zulassung der Berufung gegen das Urteil des VG (§ 124a Abs. 4 VwGO). Sie argumentierte, dass sie ihre politische Tätigkeit und ihre Lehrtätigkeit stets strikt zu trennen gewusst habe, was nicht zuletzt die zahlreichen positiven Beurteilungen ihres Unterrichts nahelegten. Auch könne ihr nicht einfach die politische Einstellung Dritter als eigene zugerechnet werden, nur weil sie Mitglied in einer gemeinsamen Vereinigung seien. Schließlich wies G noch darauf hin, dass sie keine Verbeamtung anstrebe und von nicht verbeamteten Lehrern lediglich ein geringeres Maß an Loyalität gegenüber der Verfassung erwartet werden dürfte.

Der Verbleib ihres Namens auf der Liste ungeeigneter Lehrkräfte sei damit nicht nur eine rechtswidrige Beschränkung ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG), da die hierdurch begründete Stigmatisierung eine Anstellung an jedweder Schule in Deutschland erschwere, sondern zugleich eine Beschneidung ihrer Meinungsäußerungsfreiheit in Bezug auf persönliche politische Äußerungen (Art. 5 Abs. 1 GG).

1. Umfang der Loyalitätspflicht angestellter Lehrer

Der Antrag der G wurde ca. ein Jahr später, am 25.09.2012, vom hessischen OVG in Kassel verworfen (§ 124a Abs. 5 VwGO). In der Begründung (§ 124a Abs. 5 S. 4 VwGO) wies das Gericht zunächst Gs These von der abgesenkten Loyalitätspflicht angestellter Lehrkräfte zurück, indem es ausführte:

„Es sei zugestanden, dass in der Tat nicht alle Arbeitnehmer im öffentlichen Dienst per se einer Treuepflicht gegenüber der Verfassung unterliegen, wie sie für Beamte gelte. Bei Lehrern ergebe sich eine solche jedoch aus deren Stellung und den von ihnen wahrgenommenen Aufgaben. Denn Lehrer seien (auch) dazu berufen, den ihnen anvertrauten Kindern die Grundwerte der Verfassung glaubwürdig zu vermitteln, sodass die Kinder und Jugendlichen an öffentlichen Schulen erkennen, Freiheit, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit Werte sind, die es zu verteidigen gelte. Ein Lehrer, der keinen positiven Bezug zu den Grundwerten und Prinzipien der Verfassung habe, könne seine Schüler hiervon nicht überzeugen. Vielmehr in solch einem Falle die Gefahr, dass der Lehrer seine Schüler gegen die Grundwerte der Verfassung aufbringt, da sie seinem Einfluss völlig ausgeliefert seien. Die Rolle der Lehrer sei daher, so das Gericht abschließend, aus staatspolitischer Sicht von enormer Bedeutung.“⁸

⁷ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 18 ff.

⁸ Ibid., Rn. 19

2. Beurteilungsmaßstab: (Nicht-)Einstellung vs. Kündigung

Anknüpfend an die Argumentation der Vorinstanz wies das OVG zudem darauf hin, dass für Einstellung und Entlassung andere Maßstäbe gelten müssten. So könne eine Lehrkraft nicht allein aufgrund „*allgemeiner Zweifel an ihrer Verfassungstreue*“ entlassen werden, wohl aber seien diese vollkommen ausreichend, um ihr eine (Wieder-)Einstellung zu verwehren, sofern dem Bewerber zumindest die Möglichkeit gegeben wurde, sie wieder aus der Welt zu schaffen. Wie das VG detailliert ausgeführt habe, lassen sich zumindest jene „*allgemeinen Zweifel*“ bei der G hinreichend substantiieren.

3. Verhältnismäßigkeit der Aufnahme in die Liste

Auch ein milderes Mittel als die Aufnahme des Namens der G in die Liste vermochte das OVG nicht zu erkennen, denn nur so könne es den dezentralen Schulämtern in Hessen ermöglicht werden, von vergangenen Vorwürfen Kenntnis zu erlangen, die sie von Gesetzes wegen beim Stellenbesetzungsverfahren für eine Lehrkraft beachten müssen (vgl. § 3 Abs. 1 TVöD Hessen).

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass eventuelle Schwierigkeiten, welche G bei der Jobsuche – auch außerhalb Hessens – im Verfahren geltend machte, keineswegs in Zusammenhang mit der Liste stehen müssten. Die politische Vergangenheit der G und der Inhalt ihrer Reden seien auch ohne spezifischen Anlass für eine Überprüfung leicht im Internet und der überregionalen Presse aufzufinden.

III Verfassungsbeschwerde⁹

Am 19.10.2012 erhob G eine Verfassungsbeschwerde, welche vom Gericht nicht zur Entscheidung angenommen wurde (§§ 93b Var. 1 iVm. 93c BVerfGG)

Hinweis

Statistisch betrachtet, musste die G mit diesem Ergebnis rechnen. Die Erfolgsquote einer Verfassungsbeschwerde vor dem BVerfG lag im Jahr 2021 bei nur 1,29% - der niedrigste Wert seit 1997 (0,97).¹⁰

Die allermeisten der Beschwerden scheitern dabei bereits am Annahmeverfahren nach § 93a BVerfGG (im Jahr 2021 bspw. 4944 von 5059).¹¹ Dieses ist zwar bereits im Grundgesetz in Art. 94 Abs. 2 S. 2 GG vorgesehen, seit einer Änderung des BVerfGG im Jahre 1993 ist das Gericht – bzw. die zur Entscheidung berufene Kammer¹² – jedoch nicht einmal mehr zur Begründung ihrer Entscheidung verpflichtet. Und von dieser Möglichkeit wird rege Gebrauch gemacht:

Von den fast 5000 Nichtannahmebeschlüssen im Jahre 2021 wurden lediglich 4,2% mit einer Begründung versehen – 16,4% enthielten immerhin noch einen Tenor.¹³

IV. Ergebnis zum nationalen Verfahren

Nach Erschöpfung des nationalen Rechtsweges wandte sich G mit einer Individualbeschwerde gem. Art. 34 EMRK an den Ge-

⁹ Ibid., Rn. 24

¹⁰ Alle Zahlen sind dem ▶ [Jahresbericht des BVerfG aus dem Jahre 2021](#) entnommen.

¹¹ Weiterführend zum Annahmeverfahren: *Berkemann*, AnwBl 2020, 280 ff.
¹² Zu den verfahrensrechtlichen Aspekten im Detail: *Epping*, Grundrechte, 8. Aufl. (2019), Rn. 201 ff.

¹³ Zu einem Vorschlag, diese „*Beendigung des Verfahrens mit einem ‚leeren Blatt‘*“ abzuschaffen oder jedenfalls einzuschränken vgl. den Vorschlag der AfD Fraktion im Bundestag aus dem Jahre 2018: ▶ [BT-Drs. 19/5492](#)

richtshof und rügte die Verletzung ihrer Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 10 EMRK durch die Weigerung der nationalen Behörden, ihren Namen von der Liste zu streichen.

Art. 10 EMRK Freiheit der Meinungsäußerung

(1) 'Jede Person hat das Recht auf freie Meinungsäußerung. 'Dieses Recht schließt die Meinungsfreiheit und die Freiheit ein, Informationen und Ideen ohne behördliche Eingriffe und ohne Rücksicht auf Staatsgrenzen zu empfangen und weiterzugeben. 'Dieser Artikel hindert die Staaten nicht, für Hörfunk-, Fernseh- oder Kinounternehmen eine Genehmigung vorzuschreiben.

(2) Die Ausübung dieser Freiheiten ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden; sie kann daher Formvorschriften, Bedingungen, Einschränkungen oder Strafdrohungen unterworfen werden, die gesetzlich vorgesehen sind und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sind für die nationale Sicherheit, die territoriale Unversehrtheit oder die öffentliche Sicherheit, zur Aufrechterhaltung der Ordnung oder zur Verhütung von Straftaten, zum Schutz der Gesundheit oder der Moral, zum Schutz des guten Rufes oder der Rechte anderer, zur Verhinderung der Verbreitung vertraulicher Informationen oder zur Wahrung der Autorität und der Unparteilichkeit der Rechtsprechung.

Article 10 ECHR Freedom of expression

(1) 'Everyone has the right to freedom of expression. 'This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. 'This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

(2) The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary

C) Die Entscheidung der Kammer

Zur Entscheidung über die Beschwerde der G war sodann die 4. Sektion des Gerichtshofes berufen. Die in Kammerbesetzung getroffene Entscheidung erging unter dem Vorsitz der österreichischen Richterin am EGMR Gabriele Prof. Dr. Gabriele Kucko-Stadlmayer.

Hinweis

Der Gerichtshof kann in Einzelrichterbesetzung, in Ausschüssen mit drei Richtern, in Kammern mit sieben Richtern und als Große Kammer mit 17 Richtern tagen (Art. 26 Abs. 1 EMRK). Wie sich aus Art. 25 Abs. 2 der Verfahrensordnung des Gerichtshofes ergibt, sollen die Kammern sowohl in geographischer Hinsicht als auch im Hinblick auf die Geschlechterverteilung ausgeglichen besetzt sein und den unterschiedlichen Rechtssystemen der Vertragsparteien Rechnung tragen.¹⁴

In ihrer einleitenden Darstellung der für die Entscheidung relevanten nationalen Rechtsvorschriften und deren Auslegung durch die deutschen Gerichte, hob die Kammer insbesondere eine Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) hervor, wonach sich aus Art. 33 GG ergebe, dass die Eignung für ein Beschäftigungsverhältnis im öffentlichen Dienst eine Treuepflicht gegenüber der Verfassung voraussetze,¹⁵ wobei insbesondere Beamte einer gesteigerten Loyalitätspflicht unterliegen.¹⁶

14 Weiterführend zur Organisation des Gerichtshofes: Meyer-Ladewig/von Raumer, in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Europäische Menschenrechtskonvention, 4. Auflage (2017), Einl. Rn. 40 ff.

15 BAG, Urt. v. 12.05.2011 – 2 AZR 479/09, Rn. 23.

16 Ibid., Rn. 27 mwN.

Art 33 GG [Staatsbürgerliche Rechte] [...]

(2) Jeder Deutsche hat nach seiner Eignung, Befähigung und fachlichen Leistung gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amte. [...]

(4) Die Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse ist als ständige Aufgabe in der Regel Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu übertragen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnis stehen.

(5) Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln.

I. Zulässigkeit der Individualbeschwerde

Da die Parteien diesbezüglich einige Rügen vorbrachten, musste sich die Kammer zunächst (ausdrücklich) mit dem Vorliegen der Sachentscheidungs Voraussetzungen auseinandersetzen.

1. Die Zuständigkeit des Gerichtshofes

Die Bundesregierung argumentierte, dass der Gerichtshof für die Beschwerde der G *ratione materiae* keine Zuständigkeit besitze, da nach seiner gefestigten Rechtsprechung das Recht auf Einstellung in den öffentlichen Dienst bewusst nicht Teil der Konvention geworden sei. Die Verweigerung derselben könne demnach nicht Grundlage einer Individualbeschwerde sein.¹⁷

Hinweis

Bevor der Gerichtshof zur Prüfung der Begründetheit der Beschwerde übergehen kann, muss er zunächst prüfen, ob der räumliche (*ratione loci*), der persönliche (*ratione personae*), der zeitliche (*ratione temporis*) und der materielle (*ratione materiae*) Geltungsbereich der EMRK überhaupt eröffnet sind und die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen.¹⁸

Dem erteilt der Gerichtshof jedoch eine Absage: So betreffe der Vorliegende Fall gerade keine Äußerung, welche G in ihrer Eigenschaft als Lehrerin getätigt hatte, und die von der Bundesregierung zur Untermauerung ihres Arguments herangezogenen Entscheidungen hätten keine Versetzung in ein anderes Amt oder die (Wieder-)Einstellung eines entlassenen Beamten zum Gegenstand gehabt. Es ginge hier mithin nicht um eine Maßnahme, die das laufende Dienstverhältnis betreffe, wie es bspw. der Fall gewesen wäre, wenn G mit der Individualbeschwerde (erneut) gegen ihre Kündigung hätte vorgehen wollen.¹⁹ Zur Frage ihrer Zuständigkeit führt die Kammer daher aus²⁰:

„[...] die Weigerung, eine Person als Beamter zu ernennen, [kann] als solche nicht Grundlage für eine Beschwerde nach der Konvention sein [...]. [Jedoch ist] Die Weigerung, einen Bewerber, der die notwendige Prüfung bestanden hat, aufgrund seiner Äußerungen auf eine Stelle im öffentlichen Dienst zu ernennen, eine Maßnahme [...], die sich im Wesentlichen auf die Meinungsfreiheit und nicht auf den Zugang zum öffentlichen Dienst [bezieht].“²¹

“[...] the refusal to appoint a person as a public servant cannot, as such, provide the basis for a complaint under the Convention [...]. However, [...] the refusal to appoint an applicant who had succeeded in the relevant examination to a public service post because of statements he had made, [is] a measure that essentially related to freedom of expression and not access to public service.”

17 EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 32. Siehe auch: EGMR, Urt. v. 28.08.186, Nr. 9228/80 – Glasenapp v. Germany, Rn. 48; EGMR, Urt. v. 28.10.1999, Nr. 28396/95 – Wille v. Liechtenstein, Rn. 41; EGMR, Urt. v. 24.11.2005, Nr. 27574/02 – Otto v. Germany, Rn. 41 ff.

18 Weiterführend: Geipel/Hagmann/Oerder, in: Burhoff/Kotz, Handbuch für die strafrechtlichen Rechtsmittel und Rechtsbehelfe, 2. Auflage (2016), Teil C Rn. 43 mwN.

19 Vgl. EGMR, Urt. v. 02.09.1996, Nr. 17851/91 – Vogt v. Germany, Rn. 43 ff.

20 EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 34

21 EGMR, Urt. v. 30.06.2020, Nr. 58512/16 – Cimperšek v. Slovenia, Rn. 54-59.

Auch wenn sich mithin argumentieren ließe, die Aufnahme der G in die Liste diene der Verhinderung ihrer (erneuten) Einstellung als Lehrerin an einer öffentlichen Schule in Hessen, so ist dies nicht Gegenstand der Beschwerde vor dem Gerichtshof. Gegenstand dieser Beschwerde ist vielmehr die Weigerung, den Namen der G von der Liste zu streichen, was – und das ist zwischen den Parteien unstrittig – in erster Linie mit den von der G geäußerten Meinungen begründet wird.²²

Auch wenn die Kammer damit den Einwand der Bundesregierung zurückweist, stellt sie zugleich klar, dass Art. 10 EMRK der G – selbst im Falle des Obsiegens – keinen Anspruch auf (Wieder-)Einstellung als Lehrerin gewähren kann:²³

„[...] aus der sachlichen Anwendbarkeit von Artikel 10 der Konvention ergibt sich nicht, dass die Klägerin einen Anspruch auf Einstellung als Lehrerin an einer öffentlichen Schule in Hessen hat.“

„[...] it does not follow from the applicability *ratione materiae* of Article 10 of the Convention that the applicant had a right to be appointed to a teaching post at a public school in Hesse.“

2. Beschwerdebefugnis der G

Die Bundesregierung rügte ferner, dass G nicht „Verletzte“ („Victim“) einer Konventionsverletzung sein könne, wie es Art. 34 EMRK fordere, da sie erst dann unmittelbar von der Aufnahme in die Liste betroffen sein könne, wenn sie sich auf eine Lehrstelle in Hessen bewerbe und (wegen der Aufnahme in die Liste) abgelehnt würde.²⁴

Art. 34 EMRK Individualbeschwerden

Der Gerichtshof kann von jeder natürlichen Person, nichtstaatlichen Organisation oder Personengruppe, die behauptet, durch eine der Hohen Vertragsparteien in einem der in dieser Konvention oder den Protokollen dazu anerkannten Rechte verletzt zu sein, mit einer Beschwerde befaßt werden. Die Hohen Vertragsparteien verpflichten sich, die wirksame Ausübung dieses Rechts nicht zu behindern.

Article 34 ECHR Individual applications

The Court may receive applications from any person, non-governmental organisation or group of individuals claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention or the Protocols thereto. The High Contracting Parties undertake not to hinder in any way the effective exercise of this right.

Auch diesem Vorbringen erteilte der Gerichtshof eine Absage: Zwar sei es zutreffend, dass die Individualbeschwerde die „unmittelbare Betroffenheit“ („directly affected“) des Beschwerdeführers voraussetze,²⁵ dies sei bei G jedoch der Fall. Im Wesentlichen verweist der Gerichtshof hier auf die nationalen (Verwaltungs-) Gerichte, vor denen eine Klage ebenfalls nur mit entsprechender Klagebefugnis zulässig sei (vgl. § 42 VwGO). Die in diesem Zusammenhang erforderliche Möglichkeit der Rechtsverletzung wurde in de von G angestregten Verfahren indes sämtlich und anstandslos bejaht. Auf eine konkrete abgelehnte Bewerbung der G zu beharren sei daher – so der Gerichtshof weiter – „übertrieben

22 Ibid., Rn. 35 und EGMR, Urt. v. 30.06.2020, Nr. 58512/16 - Cimperšek v. Slovenia, Rn. 56 ff.

23 EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 - Godenau v. Germany, Rn. 36.

24 Ibid., Rn. 37. Die Bundesregierung stützt sich für die Begründung ihrer Auffassung auf EGMR, Urt. v. 13.01.2015, Nr. 44230/06 - Petropavlovskis v. Latvia, Rn. 77. Dort behauptete der Beschwerdeführer, dass ihm aufgrund kontroverser politischer Äußerungen die lettische Staatsbürgerschaft verwehrt worden sei. Allerdings vermochte er diese Verbindung nicht zu substantiieren. Die Passage, auf die sich die Bundesregierung konkret bezieht, kann indes auch so gelesen werden, dass der Nachteil, der den Beschwerdeführer traf, ihn nicht an der Äußerung kontroverser Auffassungen hinderte und er deswegen in seiner Meinungsäußerungsfreiheit nicht beschränkt worden sei, was eine höchst fragwürdige Interpretation des Grundrechts wäre.

25 EGMR, Urt. v. 15.10.2020, Nr. 4049/15 [u.a.] - Akbay and Others v. Germany, Rn. 67 mwN.

formalistisch“ („*overly formalistic*“), wenn es doch gerade der Sinn der Aufnahme in die Liste sei, eine solche Ablehnung zum regelmäßigen Ergebnis einer Bewerbung des Betroffenen zu machen.²⁶

3. Ergebnis zur Zulässigkeit

Die Beschwerde ist demnach weder offensichtlich unbegründet noch aus einem anderen der in Art. 35 EMRK genannten Gründen unzulässig.

II. Begründetheit

Die Beschwerde ist begründet, wenn die Meinungsäußerungsfreiheit der G durch den Verbleib ihres Namens auf der Liste für den Dienst an öffentlichen Schulen in Hessen ungeeigneter Lehrkräfte rechtswidrig eingeschränkt wurde.

1. Das Vorbringen der Parteien

Bevor sich der Gerichtshof jedoch zu dieser Frage einlässt, gibt er den Verfahrensbeteiligten Gelegenheit, ihre rechtlichen Standpunkte vorzubringen.

a) Das Vorbringen der G²⁷

G stützt sich für die Begründung ihrer Rechtsverletzung auf die Rechtssache *Vogt*²⁸.

Hinweis

Die *Vogt*-Entscheidung des EGMR hatte die Entlassung einer Lehrerin aus dem Beamtenverhältnis (auf Lebenszeit) zum Gegenstand. Grund für die Entlassung waren sowohl die Mitgliedschaft der Lehrerin in der Deutschen Kommunistischen Partei (DKP) als auch ihre Aktivitäten für diese Partei bspw. eine Landtagskandidatur, womit sie – so die Disziplinarkammer des Verwaltungsgerichts – der politischen Treuepflicht eines Beamten nach dem niedersächsischen Beamtengesetz (NBG) nicht nachgekommen sei.

Die Individualbeschwerde der Lehrerin vor dem EGMR hatte jedoch Erfolg. Zwar erkannte der Gerichtshof an, dass es sich bei der in Deutschland aus historischen Gründen sehr streng gehandhabten politischen Treuepflicht um ein legitimes Ziel handele, allerdings sei die Entlassung zu dessen Erreichung nicht verhältnismäßig gewesen. Mit der Entlassung sei ein Verlust an Ansehen und Einkommen verbunden gewesen, sowie die praktische Unmöglichkeit, in der BRD wieder eine gleichwertige Anstellung zu finden. Auf der anderen Seite gab es keine Belege dafür, dass die Lehrerin die ihr anvertrauten Kinder in irgendeiner Weise politisch beeinflusst hätte, Es sind keinerlei verfassungsfeindliche Äußerungen oder Tätigkeiten von ihr überliefert und auch wenn die DKP – als Nachfolgeorganisation der verbotenen KPD – vom Verfassungsschutz beobachtet wurde, war sie selbst nicht verboten.

Die G gesteht ein, sich kritisch zu bestimmten Aspekten der politischen und gesellschaftlichen Situation Deutschlands – bspw. der großen Macht der Medien und der Asylpolitik der Regierung – geäußert zu haben, doch könne hieraus nicht ihre Verfassungsfeindlichkeit gefolgert werden. Die Äußerung berechtigter Kritik müsse möglich sein, ohne, dass dem Äußernden hieraus berufliche Nachteile erwachsen. Auch vermochte es die Regierung nicht, konkrete Beweise für eine verfassungsfeindliche Einstellung der G vorzulegen, sondern insinuierte eine solche

26 EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 - Godenau v. Germany, Rn. 39

27 Ibid., Rn. 41 ff.

28 EGMR, Urt. v. 02.09.1996, Nr. 17851/91 - Vogt v. Germany

lediglich aus den politischen Ansichten anderer Mitglieder der Organisationen, für die sie – G – sich engagierte. Sie sei zudem nicht länger Mitglied in den betreffenden Vereinigungen, diese seien – auch weiterhin – nicht verboten und in ihrer Funktion als Kreisrätin oder Lehrerin habe G weder verfassungsfeindliche noch fremdenfeindliche oder gar extremistische Auffassungen gegenüber Schülern oder anderen Personen geäußert und erst recht nicht in einer solchen Weise gehandelt. Ihre politischen Affiliationen waren vielmehr bis zu ihrer Entlassung in der Schule nicht bekannt und sie habe sich im Unterricht stets um Neutralität und Sachlichkeit bemüht. Ihre Leistung als Lehrerin wurde hierbei stets positiv beurteilt und es wurde ihr sogar eine Festanstellung in Aussicht gestellt.

Allein das – in einer Demokratie wünschenswerte – politische Engagement, sollte ihr daher nicht zum beruflichen Nachteil gereichen. Genau das sei nun aber der Fall, denn seit der Aufnahme ihres Namens in die Liste waren alle ihre Bewerbungen auf eine Stelle als Lehrkraft erfolglos. Dies betraf sowohl private Schulen in Hessen als auch öffentliche Schulen in anderen Bundesländern. Sie lebe momentan von staatlichen Transferleistungen.

b) Das Vorbringen der Bundesregierung²⁹

aa) Die Bundesregierung weist in ihrem Vortrag zunächst darauf hin, dass die G sehr wohl auch nach 2008/2009 weiterhin politisch aktiv gewesen sei.³⁰ So hielt sie insbesondere im Jahre 2015 in Barcelona einen Vortrag mit dem Titel: „Inge Godenau: la democracia manipulada“ („Inge Godenau: Die manipulierte Demokratie“). Im Publikum war eine NPD-Flagge zu sehen und ein Zuschauer trug ein T-Shirt mit einem leicht abgewandelten Hakenkreuz. In der Werbung für die Veranstaltung wurde G beschrieben als:

„[...] de una familia militante del NPD de la primera hora, [...]“	„[...] Angehörige einer Familie von militanten Gründungsmitgliedern der NPD, [...]“	„[...] belonging to a family of militant and founding members of the NPD, [...]“
--	---	--

Im Internet könnten zudem weiterhin zahlreiche Online-Posts, Reden und Briefe der G abgerufen werden, in denen sie sich über Themen wie die Nichtanerkennung der polnischen Staatsgrenzen, Kritik an der Darstellung historischer Ereignisse in Schulbüchern und ganz allgemein „Lügen in der Presse“ äußert. In einer schriftlichen Publikation äußerte sich G u.a. wie folgt:

„Ich wäre nachlässig, meinen Beitrag zu beenden, ohne auf das ‚brutale Regime‘ zu verweisen, das angeblich Millionen von Juden ermordet hat und für weitere Millionen Tote während des Zweiten Weltkriegs verantwortlich war. In Bezug auf Ersteres sind die Forscher keineswegs einer Meinung, und in Bezug auf Letzteres ist es heute allgemein anerkannt, dass Deutschland den Krieg weder geplant noch gewollt hat. [...]“

Darüber hinaus behauptete G, Deutschland habe keine Verfassung und ein Teil seiner Bevölkerung stehe unter polnischer Verwaltung.

Auch sei es unzutreffend, dass die G ihre Rolle als Lehrerin und politische Aktivistin zu trennen wusste. So erklärte sie auf einer Veranstaltung der „Russlanddeutschen Konservativen“ im April 2009 zur Beschreibung historischer Ereignisse in einem Schulbuch:

„Und so demonstrieren wir heute nicht nur gegen die Lügen in diesem Schulbuch, sondern auch und vor allem gegen die undemokratische Hetze der Medien. Drei Dinge muss man heute über Presse, Funk und Fernsehen wissen: Erstens, dass sie lügen, zweitens, dass sie lügen, und drittens, dass sie, wenn sie die Wahrheit sagen, nur die halbe Wahrheit sagen. Das letzte ist das Schlimmste von allen dreien, denn eine vollständige Lüge ist leichter zu erkennen als eine Halbwahrheit.“

Auf einer Kundgebung derselben Vereinigung im April 2008 habe sie zudem erklärt:

„Unsere Geschichtsbücher werden aus der Perspektive der Sieger geschrieben, und deshalb stehen in einem von ihnen Aussagen über die Russlanddeutschen, die nicht stimmen. Und deshalb protestieren wir heute hier. Wir dürfen nicht zusehen, wie die Opfer der bolschewistischen Gewalt zu Tätern gemacht werden. Wir, die wir heute hier versammelt sind, glauben an die Wahrheit! Wir fordern, dass Lügen über historische Fakten aus den Schulbüchern entfernt werden. Unseren Kindern dürfen keine Lügen über ihre Großväter und Urgroßväter erzählt werden. Es ist an der Zeit, der Selbstentwürdigung unseres Volkes ein Ende zu setzen. Wir fordern ECHTE Meinungsfreiheit und nicht nur die Akzeptanz einer einzigen monolithischen und politisch korrekten Meinung.“

Auf all diese Vorwürfe repliziert G lediglich, an der Organisation der Veranstaltung in Barcelona nicht beteiligt gewesen zu sein und dass ihr das verwendete Werbematerial nicht bekannt sei.³¹

bb) Auf der rechtlichen Ebene hält die Regierung den Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit jedenfalls für gerechtfertigt. So hätten die Mitgliedsstaaten einen sehr weiten Ermessensspielraum („margin of appreciation“) was den öffentlichen Dienst angehe. In Deutschland sei die politische Betätigung bis zur Grenze strafbaren Verhaltens erlaubt. Für Beamte und Staatsbedienstete gelte jedoch eine besondere Treuepflicht gegenüber der Verfassung. Das gelte insbesondere für – verbeamtete und angestellte – Lehrer: Sie vermitteln ihren Schülern die Grundlagen der deutschen Demokratie und die Grundwerte der Verfassung und sind damit Garanten für das Zusammenleben in einem freiheitlichen und demokratischen Staat. Dass die Meinungsäußerungsfreiheit des Lehrers durch seine besondere Loyalitätspflicht eingeschränkt ist, ist jedem angehenden Lehrer bei der Berufswahl bewusst und sollte nicht als Nachteil, sondern als zentrale Säule einer wehrhaften Demokratie verstanden werden.

In Anbetracht ihrer Äußerungen in der Vergangenheit aber auch während des Verfahrens, biete G keine Gewähr dafür, dass sie den ihr anvertrauten Kindern diese Grundüberzeugungen glaubhaft vermitteln könne. Dass keine der Vereinigungen in denen oder für die sie sich engagierte, (verfassungs-)gerichtlich verboten waren, spiele insofern keine Rolle, da die besondere Loyalitätspflicht eben mehr ist, als eine Pflicht zum (bloß) rechtmäßigen Verhalten.

Was die konkrete gewählte Maßnahme angehe, so sei bei der Beurteilung insbesondere ihrer Verhältnismäßigkeit zu beachten, dass über die Einstellung von Lehrern in Hessen von dezentralen Schulämtern entscheiden werde und nicht von einer zentralen Schulbehörde, wie in anderen Ländern. Daher könne es passie-

²⁹ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 45 ff.

³⁰ Ibid., Rn. 25

³¹ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 42

ren, dass einem der Ämter Umstände nicht bekannt seien, welche ein anderes Amt zur Begründung der Ungeeignetheit eines Bewerbers herangezogen hatte. Diesen Informationsaustausch zu gewährleisten war der Zweck der Liste.

Ein Informationsaustausch mit Privatschulen oder öffentlichen Schulen anderer Bundesländer war dagegen untersagt und fand auch nicht statt. Und selbst den dezentralen hessischen Schülern stand es frei, nach individueller Eignungsprüfung, auch einen Lehrer von der Liste einzustellen. Auch konnten Betroffene zu jeder Zeit die Streichung von der Liste beantragen, sofern sich maßgebliche Umstände geändert hatten. Die G war jedoch nicht in der Lage eine solche Änderung substantiiert vorzutragen. Im Gegenteil habe sie sich als „Opfer des Systems“ bezeichnet, erklärt, dass das „demokratische System Deutschlands voller Heuchelei“ sei und dass sich das Land in einem Prozess der „Entgermanisierung“ befinde.

Als Französisch- und Englischlehrerin habe G zudem die Möglichkeit, sich an einer Sprachschule zu bewerben.

2. Die Beurteilung des Gerichtshofes³²

Ein Eingriff in das Recht der G auf freie Meinungsäußerung steht mit Blick auf die Ausführungen zur Zulässigkeit außer Frage. Die von der Vorschrift gewährleistete Freiheit darf jedoch unter Beachtung der in Art. 10 Abs 2 EMRK genannten Voraussetzungen von staatlicher Seite eingeschränkt werden (s.o.). Zu prüfen ist damit, ob der Eingriff gesetzlich vorgeschrieben war („*prescribed by law*“), eines der in Abs. 2 genannten Ziele verfolgte und in einer demokratischen Gesellschaft – zur Erreichung dieser Ziele – notwendig war („*necessary in a democratic society*“).

a) Gesetzlich vorgeschrieben („*prescribed by law*“)³³

Die Aufnahme und Speicherung des Namens der G in die Liste beruhte auf § 34 HDSG sowie §§ 107d und 107g HBG. Ziel war es, die bei der Einstellung einer Lehrkraft zu Prüfende persönliche Eignung für die Ausübung des Berufes zu informieren. Diese Eignungsprüfung wiederum ist nach Art. 33 Abs. 2 GG und § 3 TVöD-H für Beamte und Angestellte im öffentlichen Dienst vorgeschrieben. Wesentlicher Teil dieser Eignungsprüfung ist nach ständiger nationaler Rechtsprechung eine besondere Treuepflicht gegenüber der Verfassung (s.o.). Der Name der G wurde aufgrund von Zweifeln an eben jener Verfassungstreue auf die Liste gesetzt und darauf belassen. Auch wurde sie über die Aufnahme unverzüglich informiert.

Die – konkrete – angefochtene Maßnahme war damit „gesetzlich vorgeschrieben“, wie es Art. 10 Abs. 2 EMRK verlangt.

b) Legitimer Zweck („*legitimate aim*“)³⁴

Die Pflicht zur Verfassungstreue, welche Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes nach deutschem Recht auferlegt ist, ist nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes Ausdruck einer wehrhaften Demokratie. Die sich aus dieser Treuepflicht ergebenden Beschränkungen der Meinungsäußerungsfreiheit von Lehrkräften verfolgen somit einen legitimen Zweck im Sinne des Art. 10 Abs. 2 EMRK, namentlich die Verhinderung von Unruhen und den Schutz der Rechte anderer („*prevention of disorder [and] the protection of the [...] rights of others*“).³⁵ Dass

die Aufnahme des Namens der G sowie dessen Verbleib auf der Liste die Überprüfung der Einhaltung eben jener Treuepflicht durch die dezentralen Schulämter sicherstellen sollte, ist dabei offensichtlich.

c) Verhältnismäßigkeit („*necessity in a democratic society*“)³⁶

Wie Art. 10 Abs. 2 EMRK ausdrücklich klarstellt, ist die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung immer auch mit Pflichten und Verantwortung („*duties and responsibilities*“) verbunden. Diesem Aspekt kommt in der Rspr. Des Gerichtshofes besondere Bedeutung zu, wenn es um das Recht eines Beamten auf freie Meinungsäußerung geht, denn er erlaubt es dem Gerichtshof, den nationalen Behörden einen gewissen Beurteilungsspielraum („*margin of appreciation*“) hinsichtlich der Frage einzuräumen, ob der beanstandete Eingriff in die von der Konvention gewährleistete Freiheit mit Blick auf das mit ihm verfolgte (legitime) Ziel verhältnismäßig ist.³⁷

Diese zunächst nur für Beamte entwickelte Einschränkung der Prüfungsdichte des Gerichtshofes wurde in einer späteren Entscheidung auch auf angestellte Lehrer übertragen. Begründet wurde dies mit der Rolle des Lehrers, welcher für seine Schüler ein Symbol der Autorität im Bereich der Bildung sei, weswegen die ihm obliegenden Pflichten und seine Verantwortung gegenüber den Schülern und der Verfassung – jedenfalls in gewissem Maße – auch für Tätigkeiten außerhalb der Schule gelten müssten.³⁸

Der Gerichtshof verwirft damit den Einwand der G, dass sie keine Beamte sei und schließt sich vielmehr der Argumentation der nationalen Gerichte an, wonach sich die Loyalitätspflicht selbst und ihr Umfang nicht nach dem formalen Status des staatlich Bediensteten richteten, sondern nach dessen konkreter Funktion in Staat und Behörde. Für Lehrer folgt hieraus ein hohes – Beamten entsprechendes – Maß an Loyalität, da anders ein gläubwürdiger Unterricht und die Erziehung der Kinder in Bezug auf Freiheit, Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit nicht zu gewährleisten sei.³⁹

Die positiven Beurteilungen, welche G für ihre Arbeit als Lehrerin an einer staatlichen Schule erhalten zu haben angab, zieht der Gerichtshof nicht in Zweifel.⁴⁰ Dennoch meint die Kammer, dass der Fall der G nicht mit der Rechtssache *Vogt* zu verglichen sei. Während der betroffenen Lehrerin dort tatsächlich nichts weiter als die Mitgliedschaft in einer – vom Verfassungsschutz beobachteten – politischen Partei (der DKP) sowie eine Landtagskandidatur für diese „vorzuwerfen“ war, liegt die Sache bei der G nachweislich anders:

Zweifel an der Verfassungstreue der G kamen erstmals infolge von Äußerungen auf, die sie auf öffentlichen Veranstaltungen tätigte. Dass sie dies als Mitglied der Partei „Die Republikaner“ und später des „Bürgerbündnisses Pro Schwalm-Eder“ tat und beiden Vereinigungen so eine Plattform bot, ist zweifellos bei der Auslegung ihrer Äußerungen zu berücksichtigen. In erster Linie wurde G aber der Inhalt ihrer Aussagen zum Verhängnis, nicht die Asso-

Beschl. v. 22.11.2001, Nr. 39799/98 – Volkmer v. Germany, Rn. 1

36 EGMR, Ur. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 53 ff.

37 Ibid. und EGMR, Ur. v. 02.09.1996, Nr. 17851/91 – Vogt v. Germany, Rn. 53. Weiterführend zur „margin-of-appreciation-doctrine“ des Gerichtshofes: *Bakircioglu*, GLJ 2007, 711 ff.; *Baade*, AVR 51 (2013), 339 (362) und ▶ *Sebastian*, JSE 2017, 269 (272).

38 EGMR, Beschl. v. 7.7.2020, Nr. 57462/19 – Mahi v. Belgium, Rn. 32.

39 EGMR, Ur. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – Godenau v. Germany, Rn. 54.

40 Ibid., Rn. 55

32 Ibid., Rn. 50

33 Ibid., Rn. 51.

34 Ibid., Rn. 52

35 EGMR, Ur. v. 02.09.1996, Nr. 17851/91 – Vogt v. Germany, Rn. 51; EGMR,

ziation mit diesen Vereinigungen. Namentlich geht es dabei um ihren Wunsch einer Zusammenarbeit mit Mitgliedern der NPD und ihr bewusstes Auslassen des Wortes „demokratisch“, wenn sie auf die freiheitlich demokratische Grundordnung der BRD angesprochen wurde (s.o.). Neben diesen und zahlreichen weiteren von den nationalen Gerichten in Augenschein genommenen und dokumentierten öffentlichen Äußerungen der G, wurde auch ihr Verhalten im Prozess bei der Beurteilung ihrer Verfassungstreue berücksichtigt. Insbesondere die Tatsache, dass sie sich weigerte, sich von ihren vergangenen Äußerungen oder den Vereinigungen, deren Mitglied sie war oder auf deren politischen Kundgebungen sie auftrat zu distanzieren. Zusammenfassend stellt die Kammer daher fest⁴¹:

„Der Gerichtshof ist daher überzeugt, dass die inländischen Gerichte ihre Schlussfolgerung, dass Zweifel an der Verfassungstreue der Beschwerdeführerin bestanden, auf eine gut begründete Beurteilung der relevanten Tatsachen gestützt haben.“

“The Court is therefore satisfied that the domestic courts based their conclusion that there were doubts as to the applicant’s loyalty to the Constitution on a well-reasoned assessment of the relevant facts.”

Das insoweit unbestritten gebliebene Vorbringen der Bundesregierung zu den politischen Aktivitäten der G nach 2008 und ihre Äußerungen im Verfahren nach Art 34 EMRK machen zudem deutlich, dass eine Neubewertung der Entscheidungen der nationalen Gerichte auch mehr als zehn Jahre nachdem diese ergingen, nicht angezeigt ist.⁴²

Doch auch wenn man davon ausgeht, dass die Zweifel an der Verfassungstreue der G vor den nationalen Gerichten hinreichend substantiiert und gewürdigt wurden, muss die auf sie gestützte Rechtsfolge mit Blick auf den mit ihr verfolgten Zweck angemessen sein. Hierbei ist insbesondere auf die Schwere der von G erlittenen Freiheitsbeschränkung abzustellen, namentlich darauf, dass es nicht um eine Entlassung geht – gegen die sich G ausdrücklich nicht wehrt – sondern um die Aufnahme auf eine Liste, welche – nur in einem bestimmten Bundesland und nur für eine bestimmte Schulart – die (Wieder-)Einstellung **erschwert**.⁴³ Anders als die Lehrerin in der Rechtssache *Vogt* hatte G durch die Aufnahme in die Liste zudem keinerlei Rufschädigung zu fürchten,⁴⁴ denn der Kreis jener, die die Liste einsehen konnten, war eng begrenzt (s.o.).

Hinweis

Hier wurde die G letztlich Opfer des bekannten „Streisand-Effekts“. Dieses nach der amerikanischen Schauspielerin *Barbra Streisand* benannte soziologische Phänomen beschreibt den Umstand, dass der Versuch, eine unliebsame Information zu unterdrücken, das Gegenteil erreicht, indem der Versuch der Unterdrückung selbst eine öffentliche Aufmerksamkeit erzeugt, die das Interesse an der Verbreitung der Information deutlich steigert.⁴⁵

Abgesehen davon, dass G in der Lokalpolitik Hessens ohnehin recht bekannt war, erlangte Sie durch ihr Vorgehen gegen die „Schwarze Liste“ der hessischen Schulämter und in Folge der Interviews, die sich nach ihrer Entlassung gab, auch eine in gewissem Umfang überregionale Bekanntheit, welche erfolg-

reiche Bewerbungen an anderen Schulen zweifellos erschwert haben dürfte.

Während im Fall *Vogt* ein Beamtenverhältnis mit sofortiger Wirkung beendet wurde, war G zum Zeitpunkt der Aufnahme auf die Liste arbeitslos. Und auch wenn es zweifellos Zweck der Aufnahme ihres Namens in die Liste war, die Wiedereinstellung als Lehrerin zu verhindern, war eine eben solche durch die Liste keineswegs ausgeschlossen. Im Gegenteil konnte die Liste Auswahlentscheidungen von Schulämtern außerhalb Hessens und von Privatschulverwaltungen schon allein mangels Kenntnis von ihr nicht beeinflussen aber selbst an öffentlichen Schulen in Hessen galt weiterhin das Erfordernis einer Einzelfallprüfung. Die Ablehnung einer Bewerbung der G **allein** aufgrund der Liste wäre dort als Ermessensnichtgebrauch zweifellos eine rechtswidrige Auswahlentscheidung der zuständigen Schulbehörden gewesen.

Wie sich weiterhin aus den Urteilen der nationalen Gerichte und den schriftlichen Äußerungen in diesem Verfahren ergibt, hatte die G zudem zahlreiche Gelegenheiten, sich von ihren vergangenen Äußerungen zu distanzieren, was sowohl mit Blick auf die individuelle Eignungsprüfung als auch für die Streichung ihres Namens von der Liste ein positiv zu berücksichtigender Umstand gewesen wäre.

Ebenfalls war im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen, dass die hessischen Behörden den Personen auf der Liste durch eine Benachrichtigung die Möglichkeit eröffneten, jederzeit die Streichung ihres Namens zu beantragen und eine Ablehnung des Antrages ggf. verwaltungsgerichtlich überprüfen zu lassen.⁴⁶ Im Falle veränderter tatsächlicher Gesichtspunkte auch mehrfach.

In der abschließenden Beurteilung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffes, kommt der Gerichtshof daher zu dem Schluss,

„[...] dass die inländischen Behörden sachdienliche und ausreichende Gründe angeführt und ihren Ermessensspielraum nicht überschritten haben. Der Eingriff in die Meinungsfreiheit [der G] stand daher in einem angemessenen Verhältnis zu den verfolgten legitimen Zielen und war somit ‚in einer demokratischen Gesellschaft notwendig‘“

„[...] the domestic authorities adduced relevant and sufficient reasons and did not overstep their margin of appreciation. The interference with [G’s] freedom of expression was therefore proportionate to the legitimate aims pursued and was thus ‘necessary in a democratic society’“

III. Ergebnis

Es liegt daher keine Verletzung von Artikel 10 der Konvention vor.

Abschließende Hinweise für Studierende

Aus handwerklicher Sicht bietet die Entscheidung – wie man es von EGMR-Urteilen gewohnt ist – eine schöne Darstellung der relevanten Argumente und deren Verarbeitung in einer schulmäßigen Grundrechtsprüfung. Insofern dürfte die Lektüre für alle Semester von Gewinn sein.

Auch die Abgrenzung des zu entscheidenden Falles von der Rechtssache *Vogt*, ist einen zweiten Blick wert, da das Eintauchen in die Auslegung von case-law für einen Studierenden der deutschen Rechtswissenschaften zweifellos ungewohntes Pflaster sein dürfte.

Schließlich schlägt der Fall in eine durchaus aktuelle Kerbe, in-

⁴¹ Ibid., Rn. 56

⁴² Ibid.

⁴³ Ibid., Rn. 57

⁴⁴ EGMR, Urt. v. 02.09.1996, Nr. 17851/91 – *Vogt v. Germany*, Rn. 60.

⁴⁵ Weiterführend: *Bilsdorfer*, Polizeiliche Öffentlichkeitsarbeit in sozialen Netzwerken (2019), S. 445

⁴⁶ EGMR, Urt. v. 29.11.2022, Nr. 80450/17 – *Godenau v. Germany*, Rn. 59. Zur Relevanz des Bestehens eines Verfahrens vgl. EGMR, Urt. v. 23.06.2016, Nr. 20261/12 – *Baka v. Hungary*, Rn. 161.

dem er sich zur Frage verhält, wie mit mutmaßlichen Extremistinnen und Extremisten in deutschen Behörden umzugehen ist. Das Innenministerium schlug diesbezüglich erst kürzlich eine Beweislastumkehr hinsichtlich entsprechender Vorwürfe vor, nahm davon nach öffentlicher Kritik aber schnell wieder Abstand.⁴⁷

Jedenfalls wenn es nach dem Gerichtshof geht, sind die Grenzen nun etwas klarer gezogen: Jedenfalls für die Verweigerung der Einstellung aufgrund von Zweifeln an der Verfassungstreue – erst recht aber für eine Entlassung – braucht es mehr als die bloße Mitgliedschaft in einer Vereinigung, selbst wenn diese vom Verfassungsschutz beobachtet wird. Bspw. einem Lehrer allein aufgrund seiner Mitgliedschaft in der AfD oder deren Jugendorganisation JA die Einstellung in den Staatsdienst (gleich, ob als Angestellter oder Beamter) zu verweigern wäre daher keine (konventions-)rechtmäßige Auswahlentscheidung.

Und auch eine Beweislastumkehr dürfte die Prüfung in Straßburg wohl nicht unbeschadet überstehen, wenn sie tatsächlich zu einem Ausscheiden des Beamten aus dem Beamtenverhältnis führt. So war es letztlich der Kern der Rechtssache *Vogt* – welche der Gerichtshof in dieser Entscheidung noch einmal bestätigte – dass es Aufgabe des Staates sei, konkrete Vorwürfe hinsichtlich des Verhaltens des konkreten Beamten vorzubringen und zu substantiieren. Gelingt ihm das nicht, darf er den Beamten nicht aus dem Dienstverhältnis entfernen.

Gleichzeitig folgt aus alledem aber kein Freibrief für extremistische Betätigungen insbesondere von Lehrern. Denn wie die Entscheidung deutlich macht, kann von einem staatlich Bediensteten sehr wohl erwartet werden, sich zu substantiierten Vorwürfen zu erklären und sich von vergangenen Äußerungen oder bestimmten Vereinigungen (glaubhaft) zu distanzieren. Das ist aber letztlich nichts weiter als eine Spielart der sekundären Darlegungslast.



Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel. | Hannover

E-Mail-Kontakt: ▶ kritik.sebastian@outlook.com

▶ Inhaltsverzeichnis

⁴⁷ Vgl. statt aller: *Rath*, in ▶ [taz.de](https://www.taz.de) v. 13.12.2022.

Rezension

Verlag C.H. Beck

Sauerland, Beamtenrecht, 1. Auflage (2022)

Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort

Rechtsextreme Chatgruppen innerhalb der Polizei, der Verdacht sogenannter Reichsbürger im Staatsdienst und die lauter werdenden Rufe nach einer Verschärfung des Disziplinarrechts: das Beamtenrecht rückt zunehmend in den Fokus der Öffentlichkeit. Die aktuellen Anlässe dürften auch der Prüfungsrelevanz des Rechtsgebiets nicht gerade abträglich sein.

Das von Thomas Sauerland verfasste und im Verlag C.H. Beck erschienene Lehrbuch zum Beamtenrecht bietet vor diesem Hintergrund die Möglichkeit, sich mit den Grundlagen und der Systematik des Beamtenrechts näher zu befassen. Als Teil der Beck'schen Reihe „Prüfe dein Wissen – Rechtsfälle in Frage und Antwort“ ermöglicht das Werk eine gezielte Wiederholung des Lernstoffes und erweist sich damit auch für eine gelungene Prüfungsvorbereitung als nützlich.

Das in neun Kapitel gegliederte Lehrbuch führt zunächst in die Grundlagen (I.) ein und erläutert das Beamtenverhältnis (II.). Anschließend orientiert sich das Werk am chronologischen Ablauf eines Beamtenverhältnisses: Dem Kapitel über die Ernennung von Beamten (III.) folgen die Abschnitte über die Änderung (IV.) und die Beendigung (V.) des Beamtenverhältnisses. Besonders ausführlich behandelt werden sodann die Kapitel über Pflichten (VI.) und Rechte (VII.) der Beamten. Auf die Darstellung der beamtenrechtlichen Besonderheiten beschränkt sich der Abschnitt über den Rechtsschutz (VIII.). Ein kurzer Überblick über die Mitbestimmung der Beamten im öffentlichen Dienst (IX.) schließt die Ausführungen ab.

Im Grundlagenteil wird der Gegenstand des Beamtenrechts (S. 1) dargestellt, bevor der Leser sowohl historisch (S. 2 ff.) als auch begrifflich (S. 22 ff.) in der gebotenen Kürze in das Rechtsgebiet eingeführt wird. Die Rechtsquellen des Beamtenrechts werden instruktiv dargestellt. Besonders ausführlich widmet sich Sauerland in diesem Zusammenhang den hergebrachten Grundsätzen des Berufsbeamtentums im Sinne des Art. 33 Abs. 5 GG (S. 8 ff.).

Vor dem Hintergrund ihrer Prüfungsrelevanz wiederholt im Fokus stehen die Bezüge des Beamtenrechts zum Allgemeinen Verwaltungsrecht. Der Autor erläutert diese etwa bei der Frage nach der Rechtsnatur der Ernennung (S. 37) oder im Zusammenhang mit der Umsetzung (S. 80). Auch die Bezüge zu anderen Rechtsgebieten des Besonderen Verwaltungsrechts macht Sauerland deutlich, beispielsweise indem er kommunale Wahlbeamte als Beispiel für Beamte auf Zeit nennt (S. 30).

Ein Hauptaugenmerk legt das Lehrbuch auf die Pflichten und Rechte der Beamten. Der Autor differenziert zwischen Pflichten mit (S. 107 ff.) und ohne (S. 114 ff.) Amtsbezug. Näher beleuchtet werden auch die Folgen von Pflichtverletzungen (S. 117 ff.). Hinsichtlich der Rechte der Beamten unterscheidet Sauerland nichtvermögenswerte (S. 132 ff.) und vermögenswerte (S. 144 ff.).

Auf eine Darstellung des Besoldungs- und Versorgungsrechts der Beamten verzichtet der Autor mangels hinreichender Prüfungs-

relevanz bewusst. Aus demselben Grund wird auch das Disziplinarrecht nur am Rande behandelt (S. 125 ff.).

Gelungen ist auch das Kapitel zum Rechtsschutz (S. 149 ff.). Der Autor konzentriert sich insoweit auf die beamtenrechtlichen Besonderheiten, mit denen Studierende und Referendare auch in Prüfungen konfrontiert werden dürften. Auf diese Weise vermeidet Sauerland langatmige Ausführungen zu den (in der Regel bereits bekannten) Grundlagen des Verwaltungsprozessrechts.

Insbesondere unter dem Aspekt der Adressatengerechtigkeit überzeugt das Werk. Es konzentriert sich auf das Wesentliche, ohne dabei auf die Darstellung der prüfungsrelevanten Bezüge zum allgemeinen Verwaltungs- und Verwaltungsprozessrecht zu verzichten. Die Wiedergabe des Stoffes in Form von Fragen und kurzen Fällen gibt den Ausführungen eine klare Struktur. Außerdem wird Studierenden und Referendaren auf diese Weise eine eigenständige Kontrolle des Lernfortschritts ermöglicht.

Insgesamt gelingt Sauerland ein kompaktes, inhaltlich präzises Lehrbuch, das für viele Studierende und Referendare eine wertvolle Hilfe sein wird.



Ass. iur. **Florian Feigl** | Doktorand und Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen in Ludwigsburg.

E-Mail-Kontakt: ▶ Florian.Feigl@hs-ludwigsburg.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

Rezension

Verlag C.H. Beck

v. Lewinski/Rüpke/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2. Auflage (2022)

Am 24.06.2022 ist die 2. Auflage des Lehrbuchs Datenschutzrecht der Autoren *Kai von Lewinski*, *Giselher Rüpke* und *Jens Eckhardt* im Beck-Verlag in der Reihe „Studium und Praxis“ erschienen. Das 413-seitige Lehrbuch gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Viertel des Buches werden für diejenigen, die sich in die Materie neu einarbeiten, zunächst die Grundlagen des Datenschutzrechts behandelt. Die Autoren gehen dabei auf die Rechtsgeschichte des Datenschutzrechts ein und beleuchten den verfassungsrechtlichen Rahmen. Es finden sich weiter Ausführungen zu wichtigen Urteilen des BVerfG zum Datenschutz sowie zur primärrechtlichen EU-Ebene. Die Darstellung folgt der bewährten Struktur der 1. Auflage, berücksichtigt dabei aktuellere Literatur und stellt mit der lesenswerten Passage zur Corona-Pandemie auch einen Bezug zur Diskussion über den Datenschutz als Hemmschuh her.

Der Schwerpunkt des Lehrbuchs besteht aus dem 2. Teil. Hier werden sehr umfassend und übersichtlich sämtliche Grundlagen der DS-GVO vermittelt, angefangen vom Geltungsbereich der DS-GVO über die Grundlagen der Datenverarbeitung, dem technisch-organisatorischen Datenschutz, der Datenschutzkontrolle bis zur Haftung und den Sanktionen. Im Vergleich zur Voraufgabe berücksichtigt die 2. Auflage neue gesetzliche Regelungen wie das Registermodernisierungsgesetz oder die Cybersecurity-VO und gibt einen Einblick in die wichtige Thematik Künstliche Intelligenz. Insbesondere wird dem geänderten Telekommunikations- und Teledienstedatenschutzrecht nun ein eigener Paragraph gewidmet. Gekürzt wurden dagegen leider die Ausführungen zum Datenexport in Drittstaaten wie die USA. Es ist zu wünschen, dass die Diskussion über das Schrems II-Urteil und seine Konsequenzen (und ein mögliches neues Abkommen zwischen der EU und den USA) in einer Folgeauflage wieder breiteren Raum einnimmt.

Das Buch ist verständlich geschrieben und leicht zu lesen. So gelingt es den Autoren, auch auf diesem Gebiet unerfahrenen Leserinnen und Lesern die komplexe Materie des Datenschutzrechtes näher zu bringen. Die thematische Strukturierung ermöglicht es aber auch, gezielt einen ausgewählten Aspekt zu vertiefen und dank der zahlreichen Verweise weitergehende Literatur zu erschließen.

Das prägnante und wissenschaftlich fundierte Werk ist für Studierende als auch Praktiker gleichermaßen geeignet. Auch die 2. Auflage bleibt daher ein unverzichtbares Lehrbuch zu einem attraktiven Preis.

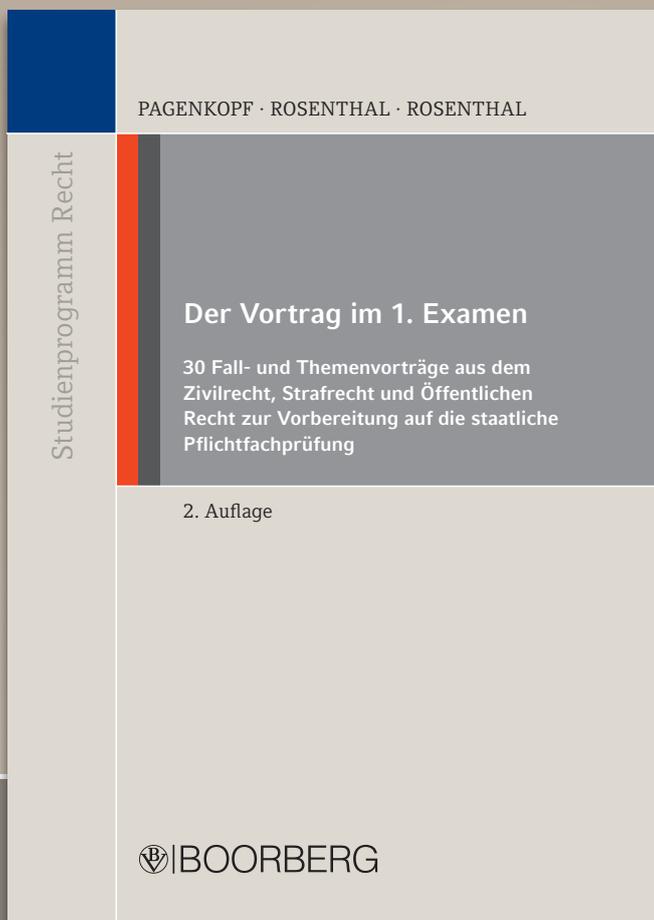


Prof. Dr. **Judith Klink-Straub** | Leiterin des Instituts für IT- und Datenschutzrecht, Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

E-Mail-Kontakt: ▶ Judith.Klink-Straub@hs-ludwigsburg.de

▶ **Inhaltsverzeichnis**

So gelingt der Vortrag.



Pagenkopf · Rosenthal · Rosenthal
Der Vortrag im 1. Examen
30 Fall- und Themenvorträge aus dem Zivilrecht, Strafrecht und Öffentlichem Recht zur Vorbereitung auf die staatliche Pflichtfachprüfung
2021, 2. Auflage, 222 Seiten, DIN A4, € 29,80
Reihe Studienprogramm Recht
ISBN 978-3-415-06990-9

Der Themen- oder Sachvortrag ist in einigen Bundesländern seit mehr als 10 Jahren fester Bestandteil der ersten juristischen Staatsprüfung. Für Studierende in der Examensvorbereitung hat der Vortrag somit eine enorme Bedeutung, die immer noch weiter zunimmt.

Das Buch enthält **30 aktuelle und daueraktuelle Vorträge**, die examensrelevante Probleme aus dem Bereich des Bürgerlichen Rechts, des Öffentlichen Rechts und des Strafrechts behandeln.

Das Autorenteam geht mit dem nötigen Blick für das Wesentliche auf die wichtigsten Rahmenbedingungen eines erfolgreichen Vortrags ein. Die Leserinnen und Leser erhalten wertvolle **Tipps zur richtigen Zeiteinteilung**. Die Aspekte der Rhetorik und die Beherrschung der Fachsprache werden ebenso behandelt wie die nicht zu unterschätzende Bedeutung der Prüfungsangst.



Leseprobe unter
www.boorberg.de/9783415069909

Debatte

#Cancelculture

Die „Causa Maaßen“ und das „Canceln“ von Autoren

Eine Erwiderung



Prof. Dr. Christian F. Majer | Professur für Zivilrecht, Zivilprozessrecht, Strafrecht und Ordnungswidrigkeitenrecht an der Hochschule für öffentliche Finanzen in Ludwigsburg

E-Mail-Kontakt: ▶ majer@hs-ludwigsburg.de

An dieser Stelle sollte eigentlich eine Replik auf unseren Beitrag zur Causa Maaßen, der überwiegend ein positives Echo gefunden hat, bei manchen aber auch auf Kritik und scharfe Ablehnung gestoßen ist, stehen. Leider waren die Kritiker nicht daran interessiert, eine Replik zu verfassen, sondern haben uns persönliche Mails geschrieben, die deswegen nicht abgedruckt und deren Verfasser nicht namentlich erwähnt werden dürfen. Die Kritik ist jedoch einer Entgegnung wert, zu vermuten ist nämlich, dass auch andere sie insgeheim teilen.

1. „Jurastudenten sollten in einer Fachzeitschrift nicht solch polemische Beiträge lesen“

Der Beitrag ist ein Debattenbeitrag, manches ist polemisch überspitzt. Aber das ist in einem Debattenbeitrag, der durchaus zu Widerspruch reizen soll, legitim. Dass Jurastudenten so zartbesaitet sind, dass sie nicht mit polemischen Überspitzungen zu recht kommen, ist unwahrscheinlich. Im Gegenteil zeichnen sich heutige Debatten gerade durch eine besondere Überspitzung aus, der Beitrag ist verglichen mit den meisten Diskussionsbeiträgen in Presse und social media geradezu sachlich. Jedenfalls kann derjenige, der sich am Sprachduktus stört, den Beitrag ignorieren. Dass aber gefordert wird, solche Beiträge zu entfernen, bestätigt unfreiwillig nur die These der cancel culture. Der Begriff wird als rechter Kampfbegriff diffamiert, die Protagonisten bemerken noch nicht einmal, dass sie ihn permanent selbst bestätigen.

2. „Das Winnetou-Kinderbuch sowie die Werke von Karl May stellen die „Indianer“ mit rassistischen und kolonialen Stereotypen dar und verharmlosen/verschweigen den Genozid an diesen.“

Die hier geäußerte Kritik am Beitrag richtet sich gegen den im Beitrag kritisierten, beiläufig erwähnten Rückzug des Winnetou-Kinderbuchs Ravensburger-Verlages wegen öffentlicher Kritik.

Ein Karl-May-Leser kann angesichts der Kritik nur verwundert den Kopf schütteln, werden die „Indianer“ (ein Begriff übrigens, der anders als in Lateinamerika in der deutschen Sprache nicht abwertend gemeint ist) bei Karl May doch durchgehend positiv dargestellt, insbesondere deren Behandlung durch die weißen US-Amerikaner wird ständig kritisiert. Welche rassistischen oder kolonialen Stereotype das sein sollen, wird auch nicht näher begründet. Schlimmer noch, auf entsprechende Nachfragen wird das apodiktisch festgestellt und die Legitimität der Frage aufgrund der Hautfarbe des Fragenden bestritten. Rassistisch ist demnach, was eine „PoC“ (Person of Color) so bezeichnet, ein „Weißer“ hat nicht das Recht, das in Frage zu stellen (und sei es die Anforderung von Sprachkenntnissen an alle Bewerber glei-

chermaßen). Dass dieses Narrativ jeglicher Diskurskultur Hohn spricht, scheint man nicht zu bemerken, wirft den Kritikern lieber fehlende Moralität vor.

Freilich muss konzediert werden, dass die Werke von Karl May die Verwendung von Stereotypen durchaus kennen, allerdings gehen diese meist zu Lasten von Franzosen oder Armeniern, letzteres ist vor dem Hintergrund des Genozids an diesen einige Jahre darauf unter deutscher Duldung besonders problematisch. Genauso konzediert werden muss, dass die „Indianer“ nicht historisch korrekt dargestellt werden, weder bei Karl May noch im Winnetou-Kinderbuch. Aber ist eine historisch ungenaue Darstellung bereits rassistisch? Historisch genau ist offenbar die Darstellung der Sioux in dem Kinofilm „Der mit dem Wolf tanzt“, worin unterscheidet sich die Darstellung so fundamental?

Und dass Kinderbücher Stereotype verwenden (etwa dass man in Russland Wodka trinkt und in Deutschland Bier), ist üblich, ist es verwerflich? Dass die Kritiker Karl Mays seine Bücher meist nicht gelesen haben, ist offensichtlich, aber offenbar ist die Lektüre von Büchern eines „alten, weißen Mannes“ in entsprechenden Kreisen auch nicht zu erwarten, wenn man nicht die Lektüre gedruckter Bücher als Ausdruck der europäischen Errungenschaft des Buchdrucks ohnehin ablehnt.

3. „Die Auffassung, dass es auf das Argument ankommt, nicht auf die Person, hat den NS erst ermöglicht“

Diese steile These ist geradezu ahistorisch, für die Politisierung und Personalisierung des Rechts bietet der NS und seine Vertreter in der Jurisprudenz ein besonders abschreckendes Beispiel, so wurden Bücher jüdischer Autoren auch in der Rechtswissenschaft verbannt, nach jüdischen Autoren benannte Kommentare wurden umbenannt. Auffassungen jüdischer Autoren wurden verworfen, nicht etwa aus inhaltlichen Gründen, sondern wegen der Herkunft/Religion des Autors. Insgesamt ist diese Bewegung doch ein Paradebeispiel der cancel culture. Der Vorwurf ist deswegen besonders zynisch und widerwärtig, da er oft vor dem Hintergrund einer Bewegung erfolgt, die den Holocaust unter Hinweis auf koloniale Verbrechen und Genozide relativiert und dabei bewusst ausblendet, dass nicht etwa Widerstand gegen eine Besatzung Auslöser für jenen war, sondern die antisemitische Weltanschauung, die das Judentum für alles Böse verantwortlich macht. Dass aus dieser Richtung der Hass auf Israel oftmals kultiviert wird und dieses als koloniales Projekt dargestellt wird, wider die historischen Fakten, passt dann ins Bild.

4. „Der Boykottaufruf gegen den Beck-Verlag ist durch die Meinungsfreiheit gerechtfertigt, das ist durch die Blinkfuer-Entscheidung des BVerfG anerkannt.“

Ob der Boykottaufruf gegen den Beck-Verlag durch die Blinkfuer-Entscheidung gerechtfertigt ist, ist eine Frage, die einer Untersuchung wert ist. In der genannten Entscheidung (Beschluss vom 26. 2. 1969 - 1 BvR 619/63, NJW 1969, 1161) wurde ein Boykott einer Zeitschrift, der mit wirtschaftlichem Machtmitteln durch-

gesetzt werden sollte, als Verstoß gegen die Pressefreiheit angesehen. Ob daraus folgt, dass ein Boykott, der ohne wirtschaftliche Machtmittel durchgesetzt werden soll, stets zulässig ist, könnte untersucht werden.

Mit dem Beitrag hat diese Problematik aber nichts zu tun. Es wird darin nicht behauptet, der Boykottaufruf gefährde die Meinungsfreiheit, sondern die Meinungsvielfalt. Auch eine Bücherverbrennung ist rechtlich zulässig, sofern die Bücher im Eigentum des Täters stehen und sonstige Vorschriften, etwa des Naturschutzrechts, nicht verletzt werden. Hier liegt also ein Missverständnis vor, genauso wie im Vorwurf, man habe konsentiertere Grenzen des Anwendungsbereichs von „Faschismus“ oder „Rassismus“ gesehen – zwischen den „Grenzen des konsentierten Anwendungsbereichs“ und den „konsentierten Grenzen des Anwendungsbereichs“ besteht ein erheblicher Unterschied. Aber Genauigkeit in der Lektüre scheint ebenfalls außer Mode zu sein.

Abschließend zeigt dieser Fall leider wieder einmal die Berechtigung des Beitrags. Anstatt eine Replik zu verfassen, wird der Abdruck des Beitrags per Mail kritisiert. Eine Debatte soll offenbar nicht geführt werden, missliebige Meinungen sollen aus dem Diskurs verschwinden. Eine gefährliche Tendenz, die sich auch irgendwann inhaltlich gegen die Protagonisten richten kann...

Diskutieren Sie mit!

Eine Debatte lebt vom Widerstreit der Meinungen. Gern können Sie uns Ihre Sichtweise auf das vom Autor besprochene Thema mitteilen. Gleich ob Zustimmung oder Ablehnung. Senden Sie das fertige Manuskript einfach an redaktion@zeitschrift-jse.de und wir veröffentlichen es direkt in der nächsten Ausgabe!

► [Inhaltsverzeichnis](#)

Impressum

Redaktion

Benjamin Baisch
Dr. Alexander Bechtel
Prof. Dr. Sarah Bunk
Richterin Dr. Caprice Doerbeck
RA Dr. Pius O. Dolzer
Jonas Eberhardt
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
Nina Fischer, Maître en Droit (Marseille)
RA Steffen Follner
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
RR Dr. Christine Keilbach
Prof. Dr. Christian F. Majer
(Schriftleiter)
Prof. Dr. Torsten Noak
Marcus Nonn
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
(Stellvertretender Schriftleiter)
Julia Zaiser

Herausgeber

Verein der Zeitschrift JSE e.V.
c/o Prof. Dr. Christian F. Majer
Doblerstrasse 15
D-72070 Tübingen

Vereinsvorstand

Prof. Dr. Christian F. Majer
(*Vorsitzender*)
Ass. iur. Sascha Sebastian, M.mel.
(*Stellv. Vorsitzender*)
RA Dr. Philipp Kauffmann, LL.M.
(*Schatzmeister*)
RiLG Dr. Guido Philipp Ernst
(*Ressortleiter Strafrecht*)
Prof. Dr. Arne Pautsch
(*Ressortleiter Öffentliches Recht*)

12. Jahrgang (2022)

ISSN 2195-044X

Beirat

RA Dr. Felix E. Buchmann
RD Dr. Ralf Dietrich
Prof. Dr. Jörg Eisele
RAin Dr. Tabea Yasmine Glemser
Prof. Dr. Volker Haas
RA Dr. Roland Haberstroh, LL.M. (Boston University)
ELB Jochen Heinz
Prof. Dr. Michael Hippeli, LL.M., MBA (MDX)
Prof. Dr. Antonios Karampatzos, LL.M (Tübingen)
RA Prof. Rainer Kirchdörfer
Prof. Dr. Alexander Proelß
Prof. Dr. Joachim Renzikowski
Prof. Dr. Gottfried Schiemann
Prof. Dr. Dominik Skauradzun
RiOLG a.D. Prof. Dr. Dr. h.c. Rolf Stürner
LMR Dr. Felix Tausch, Mag. rer. publ.
Prof. Dr. Christian Traulsen
RA Dr. Werner Walk
RA Dr. Andreas Wax, Maître en droit (Aix-Marseille)
RA Prof. Dr. Gerhard Wegen, LL.M. (Harvard)
MR a.D. Prof. Dr. Rüdiger Wulf

Webseite: ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/>
E-Mail: ▶ redaktion@zeitschrift-jse.de



Die Zeitschrift JSE erscheint vierteljährlich seit 2011
und wird ausschließlich online als PDF-Dokument herausgegeben.
Die aktuelle und alle früheren Ausgaben sind auf der Webseite kostenlos abrufbar.

Wir danken unseren Werbepartnern der vorliegenden Ausgabe:
▶ **Thümmel, Schütze & Partner** | ▶ **BRP Renaud & Partner** | ▶ **Boorberg Verlag**

Beiträge aus früheren Ausgaben

3/2022	<i>Hendrik Berndt</i>	Künstliche Intelligenz als eigene Rechtsperson - Die „KI-mbH“	► lesen
3/2022	<i>Felix Buchmann</i>	Die Auswirkungen des Gesetzes für faire Verbraucherverträge auf den Telekommunikationssektor	► lesen
2/2022	<i>Friederike Meurer</i>	Das neue Kaufrecht	► lesen
2/2022	<i>Jana Müser</i>	Bewährung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der Corona-Pandemie?	► lesen
1/2022	<i>Judith Klink-Straub</i>	Schuldrechtsreform 2.0	► lesen
1/2022	<i>Dr. Arne Pautsch Jana Müser</i>	Selbstvollziehendes Gesetz und Verwaltungsvollzugsvorbehalt	► lesen
4/2021	<i>Maria Spinnler</i>	Unterlassungsstrafbarkeit staatlicher Entscheidungsträger?	► lesen
3/2021	<i>Marie-Sophie Herlein</i>	Die bundesverfassungsgerichtliche Kontrolle der europäischen Integration	► lesen
2/2021	<i>Nora Rzadkowski</i>	Längst überfällig: Die Revidierte Europäische Sozialcharta ist in Kraftgetreten!	► lesen
2/2021	<i>Michael Hippeli</i>	Netiquette im digitalen Lehrbetrieb	► lesen
1/2021	<i>Michael Hippeli</i>	Struktur der strafprozessualen Verhandlungsunfähigkeit	► lesen
1/2021	<i>Christian F. Majer Arne Pautsch</i>	„Ugah, Ugah“ und die Meinungsfreiheit im Arbeitsverhältnis	► lesen
4/2020	<i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger – und kein Ende!	► lesen
4/2020	<i>Gesine Berthold</i>	Immunitätsausweise in Zeiten von Corona	► lesen
3/2020	<i>Michael Hippeli</i>	Smart Contracts	► lesen
3/2020	<i>Friederike Meurer</i>	Arbeitsrecht in Zeiten von Corona	► lesen
2/2020	<i>Leonie Schmitt</i>	Diskriminierung durch Maschinelles Lernen	► lesen
2/2020	<i>Matthias Müller</i>	Gemeinderatssitzungen per Video	► lesen
1/2020	<i>Florian Außem</i>	Die strafrechtliche Relevanz des Coronavirus	► lesen
1/2020	<i>Arne Pautsch</i>	Corona und Grundgesetz	► lesen
4/2019	<i>Jonas Rohde</i>	Zwangshaft gegenüber Amtsträgern	► lesen
3/2019	<i>Hans-Dieter Pfannenstiel Gordon von Miller</i>	Wölfe in Deutschland	► lesen
2/2019	<i>Christian Knoth</i>	Fluggastrechte in der Europäischen Union	► lesen
1/2019	<i>Arne Pautsch</i>	Geschlechterparität im Bundestag?	► lesen
4/2018	<i>Michael Hippeli</i>	Das Beschwerdeverfahren im beamtenrechtlichen Konkurrentenstreitverfahren	► lesen
3/2018	<i>Christian F. Majer</i>	Rasse und ethnische Herkunft in § 1 AGG – Eine Begriffsbestimmung	► lesen
2/2018	<i>Torsten Noak</i>	Existenzsichernde Leistungen für Unionsbürger	► lesen
2/2018	<i>Arne Pautsch</i>	Die gescheiterte Reform des Landtagswahlrechts in Baden-Württemberg	► lesen
1/2018	<i>Antonia Braun</i>	Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz	► lesen
4/2017	<i>Arne Pautsch</i>	Die Wahlpflicht	► lesen
4/2017	<i>Momme Buchholz Helge Hölken Elisa Kuhne</i>	Die geschäftsmäßige Förderung der Selbsttötung	► lesen

3/2017	Sascha Sebastian	Die Inhaftierung „islamistischer Gefährder“ als menschenrechtliches Problem	► lesen
3/2017	Benjamin Bungarten	Die „ewige“ Kanzlerin Verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung von Wiederwahlbeschränkungen für das Amt des Bundeskanzlers	► lesen
2/2017	Susanne Bertow	Der neue § 25b AufenthG ein Ausweg aus der Zwickmühle der Kettenduldungen?	► lesen
2/2017	Markus Meißner Philipp Fitzek	Zur Reform des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG)	► lesen
1/2017	Tim P. Holler Christoph J. Bender	Der Ehebegriff als Methodenproblem	► lesen
1/2017	Torsten Noak	Rechtliche Aspekte der Integration von Migranten in den Arbeitsmarkt	► lesen
4/2016	Philipp Tolga Mavituna	Die Heimtücke - ein (vermutlich) letzter Blick auf den bestehenden Mordparagrafen	► lesen
4/2016	Markus Meißner	Neuerungen bei Ausschlussfristen in Arbeitsverträgen	► lesen
3/2016	Sarah Bunk	Ist Ämterpatronage strafbar?	► lesen
2/2016	Christian F. Majer Guido Philipp Ernst	Tödliche Gewalt zur Abwehr von Eigentums- und Besitzverletzung als Notwehr?	► lesen
1/2016	Torsten Noak	Kein „Hartz IV“ für arbeitssuchende Unionsbürger? Der Leistungsausschluss des § 7 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II im Lichte unions-, verfassungs- und völkerrechtlicher Vorgaben	► lesen
4/2015	Sascha Brüggemann	Anonymität im Internet	► lesen
3/2015	Patrick Christian Otto	Einfachgesetzliche und verfassungsrechtliche Grenzen der Einführung eines Familienwahlrechts	► lesen
3/2015	Christian F. Majer	Die Strafbarkeit der Zwangsheirat nach § 237 StGB. Bilanz und Reformfragen	► lesen
2/2015	Simon Pschorr	Die Zuständigkeitsordnung in der Kriegswaffenkontrolle	► lesen
2/2015	Arne Pautsch	Die „konsultative Volksbefragung“ auf dem verfassungsrechtlichen Prüfstand	► lesen
1/2015	Christian Picker	Das neue Mindestlohngesetz	► lesen
4/2014	Caprice Nina Doerbeck	Zur Verständigung im Strafverfahren – Möglichkeiten, Kriterien und Erfolgsaussichten einer nachträglichen Lösung der Staatsanwaltschaft?	► lesen
4/2014	Sascha Brüggemann	Datenkrake NSA	► lesen
3/2014	Alexander Bechtel	Mord und Totschlag – eine überfällige Reform?	► lesen
2/2014	Christian F. Majer	Scharia-Gerichte in Deutschland – eine rechtliche Bewertung	► lesen
2/2014	Philipp K. Kauffmann	In dubio pro – Selbstanzeige?	► lesen
1/2014	Andreas Lohbeck	Societas delinquere non potest – Ein Federstrich des Gesetzgebers und das Unternehmen ist strafbar?	► lesen
4/2013	Philipp Kauffmann	Die Bekämpfung des globalen Terrorismus – Anti-Terror-Gesetze, Strategien und Rechtsstaat	► lesen
4/2013	Stanyo Dinov	Maßnahmen gegen die Schuldenkrise in Europa und die Finanzkrisen in Deutschland und Japan	► lesen
3/2013	Sebastian Brüggemann	Streaming – Moderner Medienkonsum und strafrechtliche Verantwortlichkeit	► lesen
2/2013	Joachim Renzikowski	Inzest vor dem EGMR – Der Fall des Patrick S.	► lesen
1/2013	Andreas Lohbeck	Die geplante Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung – von irdischer Schwere und deutschem Berufsrecht	► lesen
1/2013	Hartmut Kilger Christian F. Majer	Die Ethik und die Rechtsanwälte	► lesen

4/2012	<i>Tobias Rist</i>	Gleichberechtigung und Sorgerecht – Die Stärkung der Rechte der Väter unehelicher Kinder durch den Entwurf zur Reform des Sorgerechts nicht miteinander verheirateter Eltern	▶ lesen
3/2012	<i>Christian F. Majer</i>	Der Prostitutionsvertrag und die guten Sitten	▶ lesen
2/2012	<i>Paul Popescu</i>	Stuttgart 21 und „Störung der Geschäftsgrundlage“? – Eine Analyse zum nachträglich gegen die Vertragsabwicklung gebildeten Volkswillen und hieraus resultierender Folgen als Vertragsaufhebungsgründe	▶ lesen
1/2012	<i>Julius Forschner</i>	Die Haftung von Ratingagenturen	▶ lesen
1/2012	<i>Nicolas Sonder</i>	Eurobonds, EZB-Anleihenkäufe, Vertragsänderungen ... neue Lösungen oder alte Spiralen in der europäischen Staatsschuldenkrise?	▶ lesen
1/2011	<i>Dominik Skauradszun Felix Hornfischer</i>	Es kann nicht sein, was nicht sein darf – Die Insolvenz von Staaten	▶ lesen
1/2011	<i>Werner Walk Nils Wiese</i>	Wer klaut, der fliegt – oder etwa doch nicht? Das Problem der Bagatellkündigungen in der aktuellen Rechtsprechung	▶ lesen

– sowie zahlreiche Klausuren, Hausarbeiten und Entscheidungsbesprechungen aus den unterschiedlichen Rechtsgebieten –
 Alle früheren Ausgaben der Zeitschrift JSE sind kostenlos abrufbar im Archiv auf unserer Webseite unter
 ▶ www.zeitschrift-jse.de.

Autorinnen und Autoren gesucht!

Ihre Veröffentlichung in der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift JSE richtet sich vorwiegend an Jurastudenten und Rechtsreferendare. Unsere Redaktion besteht zum größten Teil selbst aus jungen Juristen und möchte neben erfahrenen Rechtswissenschaftlern und Praktikern ausdrücklich auch ihresgleichen ein Forum bieten. Beiträge von Lesern sind daher jederzeit herzlich willkommen. Ob Professor oder Studentin, Richterin oder Referendar – bei uns bekommen alle ihre Chance. Was zählt, sind nicht Titel, Berufserfahrung oder Renommee des Autors, sondern einzig und allein die wissenschaftliche Qualität und thematische Relevanz des Beitrags, die im Verfahren des „peer re-view“ von einem Fachbeirat begutachtet werden.

Junge Juristen, Jurastudenten und Rechtsreferendare möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE eine – vielleicht ihre erste – wissenschaftliche Veröffentlichung zu wagen. Interessiert sind wir an Aufsätzen zu Themen mit politischem, rechtspolitischem oder rechtsethischem Bezug sowie an Klausuren und Hausarbeiten jeder Art. Die Beiträge in der vorliegenden und in früheren Ausgaben, die Sie auf unserer Webseite finden, können Ihrer Orientierung dienen.

Erfahrene Juristen aus Wissenschaft und Praxis möchten wir ermutigen, mit einem Beitrag in der JSE ihr Wissen und ihre Erfahrung an die nachfolgende Generation weiterzugeben.

Als eine junge und kostenlos erhältliche Zeitschrift mit ehrenamtlich tätiger Redaktion können wir leider kein Autorenhonorar bezahlen. Was wir aber bieten können, ist ein freundlicher, kooperativer und unbürokratischer Umgang mit den Autoren und ihren Beiträgen. Den Verfassern von Arbeiten, die unseren Qualitätsstandards und Relevanzkriterien genügen, garantieren wir eine zeitnahe Veröffentlichung in der nächsten oder übernächsten Ausgabe. (Und sollte doch einmal ein Beitrag beim ersten Mal abgelehnt werden, dann erhält der Autor hilfreiches Feedback und immer eine zweite Chance.)

Wenn Sie interessiert sind, zögern Sie nicht, sondern schreiben Sie eine E-Mail an redaktion@zeitschrift-jse.de. Unter ▶ <http://www.zeitschrift-jse.de/autorenhinweise.html> finden Sie unsere technischen Autorenhinweise.

Wir freuen uns auf Ihre Kontaktaufnahme.

Die Redaktion der Zeitschrift Jura Studium & Examen

Die Zeitschrift „**Jura Studium & Examen (JSE)**“ richtet sich, wie im Namen schon angedeutet, vorwiegend an Jura-Studenten und Rechtsreferendare. Sie ist aber keine klassische Ausbildungszeitschrift und will zu diesen auch nicht in Konkurrenz treten. Didaktische Beiträge, Überblicksaufsätze, Grundfälle, Grundlagenbeiträge und dergleichen werden in ihr nicht zu finden sein.

Stattdessen enthält sie in ihrem Aufsatzteil Beiträge zu Themen mit aktuellem politischen oder rechtspolitischen und auch -ethischen Hintergrund. Solche Themen sind zugleich häufig von hoher Examensrelevanz, insbesondere in der mündlichen Prüfung; sie sind jedoch auch beliebter Gegenstand von Examensklausuren. Unabhängig davon sind sie auch für Studenten und Referendare von allgemeinem Interesse. Die Zeitschrift möchte so auch die Teilhabe der Studenten und Referendare an der aktuellen juristischen Debatte ermöglichen und fördern. Nicht zuletzt möchte die Zeitschrift Themen mit rechtsethischem Bezug ein Forum geben. Die Beiträge werden vom jeweils fachlich zuständigen Beirat begutachtet („peer-review“).

Dabei ist eine gewisse Aktualität naturgemäß von besonderer Bedeutung. Wir erklären dem Autor daher eine Garantie der zeitnahen Veröffentlichung: wenn ein Beitrag angenommen wird, wird er in der nächsten oder übernächsten Ausgabe veröffentlicht. Der Autor kann ansonsten anderweitig disponieren und den Beitrag ggfs. zu einem späteren Zeitpunkt nochmals einreichen.

Die Zeitschrift setzt einen besonderen Schwerpunkt auf Examenskandidaten, wie schon im Namen zum Ausdruck gebracht. Sie enthält daher die zwar nicht nur, aber vor allem für die Examensvorbereitung wichtigen Klausuren zur Übung. Dabei liegt der Schwerpunkt auf Klausuren aus Examensklausurenkursen und dem Original-Staatsexamen.

Von zentraler Bedeutung in der Examensvorbereitung ist auch die Kenntnis der aktuellen examensrelevanten Rechtsprechung. Die Zeitschrift enthält daher die wichtigsten aktuellen Urteile, knapp und übersichtlich unter Verwendung von Originalzitaten aufbereitet.

Die Zeitschrift ist so konzipiert, dass ihre Lektüre von der ersten bis zur letzten Seite für den Leser von Relevanz ist. Auf Beiträge, die nur einen kleinen Kreis interessieren, wird daher weitgehend verzichtet. Beispielsweise sind Klausuren aus dem Schwerpunktbereich von untergeordneter Bedeutung – sie sind für die Mehrzahl der Leser nicht von Relevanz. Dasselbe gilt für Berichte über Auslandsstudien und Praktika – auf sie wird daher vollständig verzichtet. Verzichtet werden soll letztendlich auch auf allgemeine wissenschaftliche Beiträge und Urteilsanmerkungen. Sie sollen den einschlägigen Fachzeitschriften vorbehalten bleiben.

ISSN 2195-044X



9 772195 044008