Adressatenkreis (und somit nicht etwa nur für Besucher einer Bibliothek) frei verfügbar gemacht wurde, wäre jedoch eine ausführliche Begründung erforderlich gewesen (Rz 34). Die Argumentation der Gerichte allein damit, dass die Nutzerin keine kommerziellen Zwecke verfolgte, war nicht ausreichend.

Hinsichtlich des Arguments des Aserbaidschanischen Obersten Gerichtshofs, das Recht der öffentlichen Wiedergabe am Buch sei erschöpft gewesen, hält der EGMR fest, dass sich die herangezogene Bestimmung des aserbaidschanischen Urheberrechts nur (i) auf das Verbreitungsrecht und (ii) auf rechtmäßig veröffentlichte und festgehaltene Werkkopien bezieht, die als körperliche Objekte in den Verkauf gelangen. Dies ergibt sich auch durch Heranziehung von Art 6 WCT (dessen Abs 2 die Grundlage für nationale Ausformungen des Erschöpfungsgrundsatzes enthält) und die dazugehörige Vereinbarte Erklärung (Rz 35). Eine Erläuterung, warum die Regelung im vorliegenden Fall einschlägig sein sollte, wo es nicht um eine Verbreitung, sondern um die Vervielfältigung in einer neuen, digitalen Form und um die Online-Veröffentlichung eines Buchs geht, lieferte der Aserbaidschanische Oberste Gerichtshof nicht. Zudem hatte der Autor zwar der analogen Vervielfältigung und Veröffentlichung seines Buchs zugestimmt, Hinweise auf eine solche Zustimmung für die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe des Werks in digitaler Form enthielt der Sachverhalt jedoch nicht.

Da die aserbaidschanischen Gerichte keine hinreichende rechtliche Begründung für ihre Urteile lieferten, befand der EGMR, dass Aserbaidschan seine Verpflichtung gem Art 1 1. ZPEMRK, effektive Abhilfemaßnahmen gegen Verletzungen des (geistigen) Eigentums zu gewährleisten, verletzt hat (Rz 36 f). An Schadenersatz begehrte der Beschwerdeführer insgesamt € 78.286. Hierzu hielt der Gerichtshof jedoch fest, dass keine hinreichenden Belege geliefert wurden und sprach daher nur € 5.000 für die geltend gemachten materiellen und immateriellen Schäden zu (Rz 43).

Kritik: Die Ausführungen des Gerichtshofs überzeugen zwar, setzen sich mit den zugrunde liegenden, materiell-rechtlichen Fragen jedoch nicht im Detail auseinander. Bemerkenswert ist das Urteil aber jedenfalls schon deshalb, weil es aufzeigt, dass der konventionsrechtliche Schutz des geistigen Eigentums nicht schon durch ein abstrakt funktionierendes Gerichtssystem sichergestellt wird, sondern dieser von den nationalen Gerichten auch eine „*hinreichende Begründung*" verlangt. Wie sich zwar nicht dezidiert aus dem Urteil des EGMR, aber doch aus seinen Gründen ergibt, muss diese Begründung umso ausführlicher sein, je „kreativer" das nationale Gericht wird. Dies wird insb in Rz 34 deutlich, wo der Gerichtshof zu Recht betont, dass zwischen Websitebesuch und Bibliotheksbesuch ein maßgeblicher Unterschied für die Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke besteht und es daher einer elaborierten Begründung dafür bedarf, warum bibliotheksbezogene freie Werknutzungen auf eine websitebezogene Nutzung wie hier anwendbar sein sollen. Daraus folgt aber auch, dass der Gerichtshof eine solche Argumentation zumindest potenziell für möglich und nicht als jedenfalls konventionsrechtswidrig ansieht.

Ausblick: Von besonderem Interesse sind auch die Ausführungen zum Erschöpfungsgrundsatz (Rz 35 des Urteils). Die dort enthaltenen Hinweise auf Art 6 WCT und die dazugehörige Vereinbarte Erklärung überraschen nicht, allerdings kann der Urteilstext durchaus auch dahin gehend verstanden werden, dass eine „*Online-Erschöpfung*" argumentierbar und damit nicht *per se* konventionsrechtswidrig wäre. In Fällen wie dem vorliegenden erscheint dies jedoch schon aus systematischen Gründen schwierig, weil für Nutzungen durch Einrichtungen des Kulturerbes und Bildungseinrichtungen dezidiert eigene freie Werknutzungen in sehr spezifischen Konstellationen existieren, die Ausnahmen vom Zurverfügungstellungsrecht nur in seltenen Fällen vorsehen, etwa im Zusammenhang mit vergriffenen Werken (Art 8 DSM-RL [EU] 2019/790). Hinsichtlich Gebrauchthandelssituationen bleibt es ungeachtet dieses Urteils – zumindest für e-Books – aufgrund der Rsp des EuGH dabei, dass der Erschöpfungsgrundsatz nicht zur Anwendung gelangt (vgl EuGH 19. 12. 2019, C-263/18 [Tom Kabinet] Rz 51 ff, jusIT 2020/3, 10 [*Schmitt*] = MR-Int 2020, 13 [*Walter*] = ZIIR 2020, 89 [*Thiele*]).

Zusammenfassung: Nationale Gerichte müssen hinreichend begründen, warum sie geistige Eigentumsrechte, zB durch die Anwendung von Ausnahmen vom Urheberrecht, einschränken. Andernfalls wird der Verpflichtung gem Art 1 des 1. ZPEMRK nicht entsprochen und den Urheber:innen stehen Schadenersatzansprüche gegen den jeweiligen Vertragsstaat zu.

Bearbeiter: Thomas Rainer Schmitt

PERSÖNLICHKEITSRECHT

EGMR: Unzulässiges *Racial Profiling* durch Polizeihandeln

» jusIT 2023/5

§ EMRK: Art 8, 13, 14
BPolG (Deutschland) § 23 Abs 1 Nr 3
VwGO (Deutschland) § 113 Abs 1 Satz 4

\# EGMR 18. 10. 2022, 215/19 (Basu gg Deutschland)

Die öffentliche Hand ist verpflichtet, polizeiliche Übergriffe, die auf rassischer oder sonstiger Diskriminierung beruhen (hier: Personenkontrolle ausschließlich gegenüber der einzigen *Person of Color* [POC] in einem Zugwaggon nach dem Grenzübertritt), durch externe Behörden oder Gerichte einer effektiven inhaltlichen Nachprüfung aufgrund einer Beschwerde der Betroffenen zu unterziehen. Kommt sie dieser materiellen Schutz- und Gewährleistungsverpflichtung nicht nach, liegt eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK wegen *Racial Profiling* vor.

Anmerkung des Bearbeiters:

In dem aus Deutschland stammenden Ausgangsfall wurden im Jahr 2012 der spätere Beschwerdeführer *Biplab Basu* (Bf; ein bekannter Polizeikritiker und literarisch ausgewiesener Rassismusgegner) und seine Tochter gemeinsam kurz hinter der Grenze zu Tschechien von der deutschen Polizei in einem Zug kontrolliert. Der Bf gab im daraufhin angestrengten Verwaltungsbeschwerdeverfahren vor dem VG Dresden an, dass seine Tochter und er „*die einzigen Nicht-Weißen im Waggon*" gewesen wären. Sie wurden auch als einzige perlustriert; die Polizei bestritt diese Vorgangsweise, da auch von anderen die Personalien festgestellt worden wären. Das Verwaltungsgericht wies die Feststellungsklage ab, die II. Instanz bestätigte und verneinte einen tiefgreifenden Grundrechtseingriff durch die Polizisten (OVG Sachsen 17. 11. 2015, 3 A 440/15 [Personalienfeststellung], abrufbar unter <justiz.sachsen.de/ovgentschweb/documents/15A440.pdf> [5. 11. 2022]). Nachdem auch das BVerfG im Jahr 2018 seine Beschwerde zurückgewiesen hatte, wandte sich der Bf an den EGMR. In dem Anfang 2019 beim Straßburger Menschenrechtsgerichtshof anhängig gemachten Verfahren argumentierte der Bf zusammengefasst damit, dass das polizeiliche Handeln eine Diskriminierung aufgrund von Art 14 EMRK darstellte und ihm der effektive Rechtsweg verwehrt worden sei, also eine Verletzung seines Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art 8 iVm Art 13, dem Recht auf wirksame Beschwerde, vorläge.

Der EGMR gab der Beschwerde statt und hielt die Aussage des Bf, aufgrund bestimmter physischer oder ethnischer Merkmale für die Kontrolle ausgewählt worden zu sein, für plausibel. Deutschland hätte daher prüfen müssen, ob es eine Verbindung zu möglichen rassistischen Einstellungen des betreffenden Beamten gegeben habe. Da aber die Vorwürfe von *Racial Profiling* so schwerwiegend seien, dass sie unabhängig untersucht werden müssen, reichte eine interne Untersuchung durch die Polizei nicht aus. Weil auch die Verwaltungsgerichte die Klage des Betroffenen nicht inhaltlich geprüft hatten, sondern aus formalen Gründen als unzulässig ablehnten, hatte die Bundesrepublik Deutschland für dieses Fehlverhalten ihrer Behörden und Gerichte einzustehen. Mangels Geltendmachung beließ es die Dritte Kammer bei der Feststellung der Konventionsverletzung und sprach dem Bf keine Entschädigung zu.

Das Straßburger Urteil ist insoweit sehr bemerkenswert, als es das für die Zivilgesellschaft wichtige Thema des „*Racial Profiling*" in den europäischen Fokus nimmt. Zutreffend weisen die Straßburger Richter:innen darauf hin, dass nicht die Ausweiskontrolle an sich das Problem ist, sondern die stigmatisierende Sonderbehandlung aufgrund der Hautfarbe. Dieser Diskriminierungsvorwurf („*to single out*") ist auf jeden Fall schwerwiegend bzw „*tiefgreifend*" und hätte untersucht werden müssen. Dazu verlangt der EGMR eine Prüfung durch eine unabhängige Institution (Rz 33 des Urteils). Eine solche kann nach allgemeinem Verständnis jedoch auch ein Gericht sein. Nur so lässt es sich erklären, dass das Urteil auch noch auf die Defizite im verwaltungsgerichtlichen Verfahren eingeht (Rz 37 der Entscheidung), was überflüssig wäre, wenn schon das Fehlen einer externen Überwachungs- und Kontrollbehörde für Polizeiverhalten den Konventionsverstoß begründen könnte.

In prozessualer Hinsicht bereitet der akzessorische Charakter von Art 14 EMRK (Verbot der Benachteiligung) für den Beschwerdegegenstand mitunter durchaus juristisches Kopfzerbrechen (vgl näher *Hembach*, Handbuch der Beschwerde beim EGMR [2020] 46 ff). Das Urteil wendet fallkonkret einen subtilen Kniff an, indem es die Prüfung eines Diskriminierungstatbestandes hin zu einem ungerechtfertigten Eingriff in das Recht auf Leben nach Art 2 EMRK verlagert, um sich später mit der Feststellung einer verfahrensrechtlichen Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK zu begnügen. Der Prüfung einer materiellen Verletzung konnte der Gerichtshof sich damit enthalten (zu Recht kritisch dazu das Sondervotum des Richters *Pavli*). Der EGMR hält im Ergebnis fest, dass keine Notwendigkeit (mehr) besteht, die Beschwerde gem Art 13 EMRK zu prüfen (Tenor des Urteils).

Eine nähere Analyse der Entscheidung macht deutlich, dass sich die Urteilsbegründung ausführlich mit der Frage der Zulässigkeit befasst. Dabei legt die Dritte Kammer den Umfang des Schutzbereichs des Rechts auf Achtung des Privat- und Familienlebens sowie die Schwelle des Eingriffs von polizeilichen Kontrollen in das Recht auf privates Leben dar (Rz 21 bis 28 des Urteils). Wird berücksichtigt, dass viele Verfahren gegen Polizeigewalt bei den Gerichten gerade bei der Frage der Zulässigkeit scheitern, ist diese intensivere Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit zu begrüßen. Die Straßburger Instanz stellt klar, dass eine Identitätskontrolle in den Schutzbereich von Art 8 EMRK fällt, aber nicht jede Kontrolle von Personen, die einer ethnischen Minderheit angehören, auch einen Eingriff in den Schutzbereich der Norm begründen muss. Allerdings wird die Eingriffsschwelle bereits dann erreicht, wenn die kontrollierte Person starke Indizien für eine rassische Diskriminierung wahrnehmen und behaupten kann (Rz 25 des Urteils: „[...] *an arguable claim that he or she may have been targeted on account of specific physical or ethnic characteristics*"). Der Gerichtshof führt damit seine seit 2005 etablierte Rsp (EGMR 13. 12. 2005, 55762/00, 55974/00 [Timishev/Russland]) fort, in der er die Notwendigkeit der äußersten Wachsamkeit gegenüber rassischer Diskriminierung hervorhob. Eine solche Indizwirkung liegt fallkonkret schon deshalb vor, weil der Bf glaubhaft gemacht hat, dass es keinen anderen Grund für seine Identitätskontrolle gegeben habe als seine Hautfarbe. Auch das Fehlen weiterer objektiver Auswahlgründe in den polizeilichen Akten stütze diesen Verdacht. Schließlich betont der EGMR – im Gegensatz zu den deutschen Instanzgerichten – auch die nachteilige Wirkung des öffentlichen Charakters der Kontrollen, etwa für das Ansehen und die Selbstachtung des Betroffenen, gerade in Anwesenheit der eigenen Tochter.

Ausblick: Dem vorliegenden Urteil, das dem *Racial Profiling* so klar entgegentritt, ist die am gleichen Tag veröffentlichte Entscheidung des EGMR (18. 10. 2022, 34085/17 [Muhammad/Spanien]) gefolgt. Darin hat eine knappe Mehrheit von vier gegen drei Stimmen keine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK zu folgendem Sachverhalt festgestellt: Der pakistanische Kläger mit spanischem Aufenthaltstitel wurde in Barcelona polizeilich kon-

trolliert. Als er die Polizeibeamten nach dem Grund der Kontrolle fragte, antworteten diese nach seinen Angaben: „*Ja, wegen deiner Hautfarbe, und nichts mehr. Ich werde keinen deutschen Bürger anhalten.*“ (Rz 6 des Urteils Bsw 34085/17) Nach Angaben der Polizei hingegen wurde dieser erst nach provokativen und herablassenden Aussagen einer polizeilichen Kontrolle unterzogen. Da letztlich Aussage gegen Aussage stand, wurde der Menschenrechtsbeschwerde keine Folge gegeben.

Die beiden Entscheidungen machen deutlich, dass durchaus strittig ist, was als *Racial Profiling* gilt bzw noch gelten kann. So ist es zwar verboten, eine Person allein aufgrund ihrer Hautfarbe oder anderer ethnisch konnotierter Merkmale zu kontrollieren (statt vieler *Khalil*, Rassische Polizeigewalt in Österreich. Perspektiven aus der juristischen Beratungspraxis, juridikum 2021, 519 mwH). Wenn die Hautfarbe aber nur Teil eines Motivbündels der perlustrierenden Polizei ist, darf sie durchaus berücksichtigt werden. Klassisches Beispiel ist der Drogenhandel, der an einem bestimmten Platz von einer ethnisch homogenen – zB afrikanischen – Gruppe kontrolliert wird. Wenn hier alle überprüften Personen dunkle Hautfarbe haben, wäre dies nach derzeitiger Judikatur zulässig. Denn Ziel des *Racial-Profiling*-Verbots ist es nicht, ethnisch homogene Straftätergruppen vor Kontrollen zu bewahren. Solche Orte der Gleichförmigkeit gibt es in der Praxis nicht. In der Regel ist die Hautfarbe eines Passanten oder einer Passantin völlig irrelevant für ihre Verwicklung in kriminelle Geschäfte. Deshalb ist es nicht zu rechtfertigen, wenn Personen mit nichtmitteleuropäischem Aussehen im Alltag viel häufiger kontrolliert werden als Herr und Frau *Einheimisch*. Dies einzudämmen ist auch Aufgabe der Gerichte – die nach dem Straßburger Urteil kein Argument mehr haben, sich dieser Aufgabe zu entziehen.

Zusammenfassend hat der EGMR eine Verletzung von Art 14 iVm Art 8 EMRK festgestellt, weil die deutschen Behörden und Gerichte einen indizienstarken Vorfall von *Racial Profiling* (hier: ausschließliche Identitätskontrolle einer *Person of Color* [POC]) nicht wirksam ermittelt haben und es in diesem Fall an einer geeigneten unabhängigen Instanz für polizeiliches Fehlverhalten mangelte.

Bearbeiter: Clemens Thiele

EGMR: „Schwarze Listen“ im öffentlichen Dienst zulässig

» jusIT 2023/6

§ EMRK: Art 10 Abs 1, Art 11 Abs 1
DSG Hessen: § 34 Abs 1
LDG Hessen: § 107d Abs 1, § 107g

EGMR 29. 11. 2022, 80450/17 (Godenau gg Deutschland)

1. Die den Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes nach deutschem Recht auferlegte Pflicht zur Verfassungstreue ist Ausdruck einer „*wehrhaften Demokratie*“. Die sich aus dieser Treuepflicht ergebenden Beschränkungen der Meinungsfreiheit von Lehrern verfolgen legitime Ziele nach Art 10 Abs 2 EMRK.
2. Das Führen sog „*Vorbehalts- oder Zuverlässigkeitslisten*“ aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage ist mit Art 10 EMRK vereinbar und verhältnismäßig, wenn Verfahrensgarantien bestehen, die es den Betroffenen ermöglichen, eine Streichung ihres Namens von der Liste durchzusetzen.

Anmerkung des Bearbeiters:

In dem aus Deutschland stammenden Ausgangsfall hatte die zuständige Schulbehörde die spätere Klägerin, eine Lehrerin an einer öffentlichen Schule in Hessen, aufgrund von Zweifeln an ihrer sog „*Verfassungstreue*“ entlassen. Diese Zweifel beruhten auf ihrer früheren Mitgliedschaft und Zugehörigkeit zu rechtsgerichteten politischen Parteien und Organisationen (mit Verbindungen zu neonazistischen Gruppen) und ihren öffentlichen Äußerungen ua in den *Social Media*, die deren Ideologie zum Ausdruck brachten. In der Folge wurde sie aus denselben Gründen in die interne Liste der „*für eine Wiedereinstellung in den Schuldienst ungeeigneten Lehrkräfte*“ aufgenommen, die von den hessischen Behörden geführt wurde, um alle dezentralen Schulämter in diesem Bundesland zu informieren, die eine Bewerbung dieser Lehrkräfte erhalten könnten. Zwar stehe es im Ermessen jeder dieser Behörden, ob sie die Klägerin einstellte oder nicht, doch hätte ihre Aufnahme in diese „*Schwarze Liste*“ zumindest ihre Einstellung an einer öffentlichen Schule in Hessen erheblich erschwert. Die Klägerin wehrte sich erfolglos im innerstaatlichen Instanzenzug gegen die Weigerung der Behörde, ihren Namen von der angefochtenen Liste zu streichen. Schließlich befasste sie den Straßburger Menschenrechtsgerichtshof mit der Zulässigkeit von derartigen Vorbehaltslisten unter dem Gesichtspunkt der Koalitions- und vor allem der Meinungsäußerungsfreiheit.

Der EGMR gab der Beschwerde keine Folge und verneinte einstimmig eine Verletzung von Art 10 EMRK. Die angefochtene Maßnahme hatte zwar in das genannte Grundrecht der Klägerin eingegriffen und war auch gesetzlich vorgeschrieben. Dennoch ergab eine umfassende Interessenabwägung die Zulässigkeit und Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen. Die den Beamten und Angestellten des öffentlichen Dienstes nach deutschem Dienstrecht auferlegte Pflicht zur Verfassungstreue wertete der Gerichtshof als Ausdruck einer „*wehrhaften Demokratie*“. Beschränkungen der Meinungsfreiheit von Lehrer:innen, die sich aus dieser Treuepflicht ergeben, verfolgen legitime Ziele iSv Art 10 Abs 2 EMRK, insb die Verhinderung von Unruhen und den Schutz der Rechte anderer gerade in der Erziehung tätiger Personen und den sonst Beteiligten. Dies galt für die Aufnahme und den Verbleib der Klägerin auf der Liste, die den Zweck verfolgte, als Grundlage für eine Entscheidung über ihre möglichen Bewerbungen um eine Stelle an öffentlichen Schulen in Hessen zu dienen.

Das Straßburger Urteil ist vor dem Hintergrund des festgestellten Sachverhalts im Ergebnis zutreffend und auch sorgfältig begründet. Bei der Beschwerdeführerin handelt es sich um