

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 nicht-mitteuropäischem 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



eine überregional bekannte Rechtsextreme; sie war ua von 1993 bis Anfang 2006 Mitglied der Republikaner, wurde dann für das „Bürgerbündnis Pro Schwalm-Eder“, das zahlreiche Verbindungen zu rechtsextremen Organisationen hatte, in den Kreistag von Schwalm-Eder gewählt und hat sich auch öffentlich immer wieder einschlägig geäußert. Die Richter:innen betonen in der Urteilsbegründung die enorme Bedeutung, die der glaubwürdigen Unterrichtung und Erziehung der Kinder in Bezug auf Freiheit, Demokratie, Menschenrechte und Rechtsstaatlichkeit unter dem Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung zukommt (Rz 54 des Urteils). Schließlich hat die Klägerin jederzeit die Möglichkeit gehabt, die Streichung ihres Namens von der angefochtenen Liste zu beantragen und eine umfassende gerichtliche Überprüfung des Bestehens von Zweifeln an ihrer politischen Loyalität zum Zeitpunkt der Beurteilung durch die nationalen Gerichte zu erwirken. Diese wichtige Verfahrensgarantie bildet ebenfalls einen Faktor, der bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung zu berücksichtigen ist. Insgesamt hatten die nationalen Behörden relevante und ausreichende Gründe angeführt und ihren Ermessensspielraum nicht überschritten (vgl Rz 59 des Urteils).

Die durchaus kritisch zu hinterfragende Listenführung bedarf stets eines erhöhten Begründungsaufwandes und einer exakten Grundrechtsabwägung, um zu verhindern, dass die meist öffentliche Hand als Listenführerin „auf einem Auge blind“ wird. Denn in der Praxis stehen auf den sog „Schwarzen Listen“ längst nicht nur entlassene Lehrkräfte mit extremistischem Hintergrund. In vielen Fällen dokumentieren die öffentlich-rechtlichen Arbeitgeber so auch, wen sie schlicht für ungeeignet halten, etwa Erzieher:innen, die Schüler:innen sexualisierte Inhalte per Messenger geschickt haben. Das vorliegende Urteil verfeinert erfreulicherweise die bisherige Rsp, die – soweit ersichtlich – mit dem Fall *Vogt gegen Deutschland* (EGMR 26. 9. 1995, 17851/91, abrufbar unter <menschenrechte.ac.at/orig/95_5/Vogt v D.pdf> [30. 12. 2022]) zum sog „Extremistenerlass“ ihren Ausgang genommen hat.

Ausblick: Für die Beschwerdeführerin selbst dürfte das Urteil keine Auswirkungen mehr haben. Die Verfahren um die Streichung aus der Liste haben insgesamt zwölf Jahre gedauert, die Hälfte davon allein in Straßburg. Die Klägerin ist mittlerweile in Pension und übt ihren Beruf als Lehrerin längst nicht mehr aus. Der EGMR hat mit diesem Urteil aber Whistleblowern deutlich den Rücken gestärkt.

Zusammenfassend hat der EGMR eine Verletzung des Art 10 EMRK durch Führung sog „Schwarzer Listen“ bei Bewerbungen im öffentlichen Dienste einstimmig verneint, die auf die „Verfassungstreue“ der Bewerber:innen abstellen, wenn die Aufzeichnungen gesetzlich vorgesehen sowie verhältnismäßig sind und einer rechtsstaatlichen Kontrolle unterliegen.

Bearbeiter: Clemens Thiele

E-COMMERCE/STEUERRECHT

VwGH: Erwerb einer EU-Marke als verdeckte Gewinnausschüttung

» jusIT 2023/7

§ VO (EU) 2017/1001 (UMV): Art 1, 5, 6, 20
EStG 1988: § 4 Abs 4, § 20 Abs 1 Z 2 lit a
KStG 1988: § 8 Abs 2
UWG: § 9

VwGH 3. 3. 2022, Ra 2020/15/0031 (Unionsmarkenerwerb innerhalb der Gesellschaft)

1. Das entscheidende Merkmal einer verdeckten Ausschüttung iSv § 8 Abs 2 KStG 1988 ist die Zuwendung von Vermögensvorteilen, die ihrer äußeren Erscheinungsform nach nicht unmittelbar als Einkommensverwendung erkennbar sind und ihre Ursache in den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen haben, was anhand eines Fremdvergleiches zu ermitteln ist, wobei auch darauf Bedacht zu nehmen ist, wie ein gewissenhafter, nur auf die Interessen der Körperschaft Bedacht nehmender Geschäftsleiter gehandelt hätte.
2. Veräußern die geschäftsführenden Gesellschafter eine vor Kurzem erst auf sich selbst eingetragene Unionsmarke in der Folge gegen Entgelt an die eigene GmbH, handelt es sich bei der Kaufpreiszahlung um eine verdeckte Gewinnausschüttung, wenn die Gesellschaft bereits über ein vergleichbares prioritätsälteres Kennzeichenrecht verfügt.

Anmerkung des Bearbeiters:

Die spätere Beschwerdeführerin, die TS-GmbH, wurde 2006 gegründet. Ihren Namen bildete seither ein bestimmtes Firmenschlagwort (T**S***), zu dem auch ein Logo gehörte. Im Jahr 2011 fassten die beiden Gesellschafter-Geschäftsführer den Entschluss, das (von der GmbH verwendete) Wortbildzeichen EU-weit als sog „Unionsmarke“ (damals noch: „Gemeinschaftsmarke“) auf sich persönlich registrieren zu lassen. Unmittelbar danach verkauften die Gesellschafter die frisch eingetragene Wortbildmarke an ihre GmbH um einen Betrag iHv € 80.000. Im Zuge der Körperschaftsteuerfestsetzungen verweigerte das zuständige Finanzamt die steuerliche Anerkennung des Kaufpreises bzw die Abschreibung der Anschaffungskosten der Wortbildmarke (auf zehn Jahre). Das BFG qualifizierte die Aufwendungen ebenfalls nicht als Betriebsausgabe der GmbH, sondern vielmehr als verdeckte Ausschüttung, da die TS-GmbH von vornherein die Rechte an dem Wortbestandteil als ihrem Firmennamen gehabt hatte.

Aufgrund der Revision der Gesellschaft hatte sich der VwGH ua mit der Argumentation zu befassen, das Firmenschlagwort