

infobrief recht

9/2021
September 2021



Es darf gegendert werden

Das Gendersternchen (*) dient der geschlechterneutralen Sprache und diskriminiert zweigeschlechtlich geborene Menschen nicht

Meinungsfreiheit verpflichtet

EGMR: Whistleblower müssen Informationen gründlich prüfen, bevor sie sie veröffentlichen

Hass kann man nicht sperren

BGH erklärt die Vorgehensweise von Facebook gegen Hassrede für unwirksam

Es darf gegendert werden

Das Gendersternchen (*) dient der geschlechterneutralen Sprache und diskriminiert zweigeschlechtlich geborene Menschen nicht

von *Nicolas John*

Das Landesarbeitsgericht (LAG) Schleswig-Holstein entschied mit Beschluss vom 22.06.2021 (Az.: 3 Sa 37 öD/21), dass die Verwendung des sogenannten Gendersternchens (*) in einer Stellenausschreibung zweigeschlechtlich geborene Menschen nicht diskriminiere. Vielmehr diene das Gendersternchen gerade der geschlechterneutralen und diskriminierungsfreien Ansprache aller Menschen.

I. Hintergrund

Die menschliche Sprache unterliegt einem stetigen Wandel. Zum Beispiel ändert sich die Rechtschreibung, die Verwendung von Emoticons in Texten wird üblich und Quellen für Zitate im Internet werden mehr und mehr per Hyperlink auffindbar gemacht. Genauso verhält es sich mit der Anrede von Menschen: Die Debatte um eine geschlechtergerechte Sprache hält nun schon seit Jahrzehnten an.

Ziel der geschlechtergerechten Sprache ist einerseits die Ansprache aller Menschen unabhängig vom Geschlecht. Hierdurch wird eine sprachliche Gleichstellung aller Geschlechter erreicht. Andererseits verfolgt sie das sprachliche Sichtbarmachen aller Geschlechter über die Verwendung der Paarform (weiblich/männlich) hinaus. Für diesen Zweck haben sich Formulierungen entwickelt, welche abseits des generischen Maskulins oder neben der Ansprache von weiblichen und männlichen Personen auch nichtbinäre Personen einschließen und damit unterschiedslos alle Geschlechter umfassen.

Um die Einbeziehung aller Geschlechter typografisch sichtbar zu machen, wird auf verschiedene „Genderzeichen“ zurückgegriffen. Während bei Verwendung eines Schrägstrichs (Arbeitnehmer/innen) oder Binnen-I (ArbeitnehmerInnen) lediglich weibliche und männliche Personen (Paarformen) angesprochen werden, sollen im geschlechtergerechten Sprachgebrauch mit Hilfe der Verwendung von Gendersternchen (Arbeitnehmer*innen), Doppelpunkt (Arbeitnehmer:innen),

Gender-Gap (Arbeitnehmer_innen) oder Mediopunkt (Arbeitnehmer:innen) auch nichtbinäre Personen angesprochen werden.

Eine offizielle Regelung zur Verwendung der Genderzeichen gibt es bislang nicht. Obwohl das Gendersternchen noch vor dem Binnen-I, Unterstrich oder Doppelpunkt wohl das am häufigsten verwendete Zeichen ist,¹ hat der Rat der deutschen Rechtschreibung dieses bislang nicht in das amtliche Regelwerk der deutschen Rechtschreibung aufgenommen. Er sieht die geschlechtergerechte Sprachverwendung in seiner Pressemitteilung vom 26. März 2021² als „eine gesellschaftliche und gesellschaftspolitische Aufgabe, die nicht allein mit orthografischen Regeln und Änderungen der Rechtschreibung gelöst werden kann.“

Auch das Arbeitsrecht steht vor dieser „gesellschaftlichen Aufgabe“. Damit niemand benachteiligt wird, gebietet das Diskriminierungsverbot des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) eine geschlechtsneutrale Ausschreibung von Stellen. Dies stellt Personalabteilungen regelmäßig vor die schwierige Aufgabe, Stellenanzeigen den aktuellen sprachlichen Entwicklungen anzupassen, um keine bewerbenden Personen zu diskriminieren und Klagen auf Entschädigung nach dem AGG zu vermeiden.

¹ Bohr/Duhm/Fokken/Pieper, DER SPIEGEL vom 06.08.2021, S. 8.

² Rat für deutsche Rechtschreibung, Pressemitteilung vom 26.3.2021, abrufbar unter https://www.rechtschreibrat.com/DOX/rfdr_PM_2021-03-26_Geschlechtergerechte_Schreibung.pdf (zuletzt abgerufen am 16.8.2021).

Eine Gebietskörperschaft sah sich mit einer solchen Klage auf Entschädigung konfrontiert, nachdem sie Gendersternchen in ihrer Stellenausschreibung verwendet hatte.

II. Sachverhalt

Der beklagte Kreis veröffentlichte im Jahr 2019 eine Stellenausschreibung zur Verstärkung seines Teams in einer Abteilung des Kreissozialamtes. In dieser hieß es auszugsweise:

*„Der Kreis S... sucht zur Verstärkung des Teams in der Abteilung „Teilhabe und Eingliederung“ des Kreissozialamtes zum nächstmöglichen Zeitpunkt mehrere Diplom-Sozialpädagog*innen; Diplom-Sozialarbeiter*innen; Diplom-Heilpädagog*innen; Bachelor of Arts Soziale Arbeit; Bachelor of Arts Heilpädagogik (jeweils EG S 12 TVöD-SuE) mit staatlicher Anerkennung oder vergleichbarer Qualifikation. [...] Was wir uns wünschen: [...] Näheres entnehmen Sie bitte dem nachstehenden Anforderungsprofil einer Fachkraft (m/w/d). [...] Schwerbehinderte Bewerber*innen werden bei entsprechender Eignung bevorzugt berücksichtigt.“*

Auf diese Stellenanzeige bewarb sich die zweigeschlechtlich geborene und durch chirurgische Intervention schwerbehinderte klagende Partei. Nach Sichtung aller eingegangenen Bewerbungsunterlagen schlug das Fachamt anhand der Qualifikationen der bewerbenden Personen eine Vorauswahl, welche vom Personalratsvorsitzenden, der Gleichstellungsbeauftragten und der Schwerbehindertenvertretung geprüft wurde. Die klagende Partei war nicht in diese Vorauswahl gelangt und erhielt daher auf die Bewerbung eine Absage.

Gegen diese Absage wandte sich die klagende Partei zunächst vor dem Arbeitsgericht (ArbG) Elmshorn und verfolgte Entschädigungsansprüche nach dem AGG. Sie trug vor, dass eine Diskriminierung unter anderem wegen des Geschlechts vorliege. Zur Begründung führte sie an: Das vom beklagten Kreis genutzte Gendersternchen bei der Formulierung „Schwerbehinderte Bewerber*innen“ stelle auf den Aspekt des Geschlechts ab und sei nicht geschlechtsneutral im Sinne der Vorgaben des Sozialgesetzbuches (SGB IX).

Der beklagte Kreis sah in der Verwendung des Gendersternchens keine Diskriminierung wegen des Geschlechts. Er habe sich nach dem Vorschlag der Antidiskriminierungsstelle des

Bundes gerichtet, um eine geschlechtsneutrale Stellenbeschreibung zu erreichen und deutlich zu machen, dass Personen unabhängig vom Geschlecht angesprochen werden sollten.

III. Entscheidung

Das ArbG Elmshorn verurteilte den Kreis aus anderen Gründen (wegen der zu späten Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung) zur Zahlung einer Entschädigung in Höhe von 2.000 Euro (Urt. v. 17.11.2020, Az. 4 Ca 47 a/20). Doch die klagende Partei war hingegen der Ansicht, dass die Entschädigung neben der fehlerhaften Beteiligung der Schwerbehindertenvertretung aufgrund einer Diskriminierung durch die Verwendung der Gendersternchen mindestens 4.000 Euro betragen müsse. Daher beantragte sie vor dem LAG Schleswig-Holstein als nächsthöherer Instanz für das angestrebte Berufungsverfahren Prozesskostenhilfe. Das Prozesskostenhilfverfahren dient einer Vorabprüfung der Klage auf ihre Erfolgsaussichten. Nur wenn eine hinreichende Aussicht auf Erfolg festgestellt werden kann, ist der antragenden Partei die Prozesskostenhilfe zu bewilligen.

Der Antrag der klagenden Partei hatte vor dem LAG Schleswig-Holstein jedoch keinen Erfolg, sie konnte nach Ansicht des Gerichts nicht ausreichend darlegen, dass über das Urteil des ArbG Elmshorn hinaus ein weiterer Verstoß gegen das AGG vorliegt. Mit Beschluss vom 22. Juni 2021 (Az.: 3 Sa 37 öD/21) stellt das LAG nunmehr klar, dass die Verwendung eines Gendersternchens intergeschlechtlich geborene Menschen nicht diskriminiere. Die angegriffene Stellenausschreibung sei geschlechtsneutral und genüge den Anforderungen des AGG. Nach Ansicht des Gerichts ist eine Stellenausschreibung geschlechtsneutral formuliert, wenn „sie sich in ihrer gesamten Ausdrucksweise sowohl an alle Personen unabhängig vom Geschlecht richtet.“ Hierfür genüge es, „wenn der Gesamtkontext der Ausschreibung ergibt, dass eine Geschlechtsdiskriminierung nicht beabsichtigt“ sei. Der beklagte Kreis habe dies durch die verwendeten Formulierungen ausdrücklich kenntlich gemacht, dass er die Stelle geschlechtsneutral ausschreiben wollte. Das ergebe sich einerseits schon aus der Abkürzung „m/w/d“, welche nach allgemeiner Bedeutung „männlich/weiblich/divers“ bedeutet und keine Anhaltspunkte vorliegen, dass der beklagte Kreis von dieser Bedeutung abweichen wollte. Andererseits sei das in der Ausschreibung verwendete

Gendersternchen momentan eine der am weitesten verbreiteten Methoden, um eine geschlechtergerechte Sprache zu erreichen und die Vielfalt der Geschlechter sichtbar zu machen. Es sei explizit das Ziel der Verwendung des Gendersternchens, niemanden zu diskriminieren, weshalb auch in der Verwendung des Gendersternchens keine Diskriminierung im Sinne des AGG vorliege. Für diese Ansicht sei es auch unerheblich, ob das Gendersternchen den offiziellen Rechtschreiberegeln entspreche.

IV. Fazit und Konsequenzen für Hochschulen

Der Beschluss kann zwar nicht den gesellschaftlichen Diskurs um die korrekte geschlechtergerechte Sprache ersetzen, doch trägt er zumindest im arbeitsrechtlichen Kontext zu einer Klarstellung bei. Soweit aus der Ausdrucksweise einer Stellenausschreibung ersichtlich ist, dass sich diese unterschiedslos an alle Geschlechter richten soll, kann eine Diskriminierung nicht angenommen werden. Irrelevant ist hierfür, ob die verwendete Schreibweise den offiziellen Rechtschreibregeln entspricht.

Relevanz zeigt dieser Beschluss auch für Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Mit seiner Klarstellung kann er insbesondere für Personalstellen als Orientierungshilfe für Stellenausschreibung der Institutionen dienen. Vor allem die gängige Verwendung des Gendersternchens kann damit von bewerbenden Personen nicht infrage gestellt werden, sofern der Gesamtkontext der Ausschreibung die Ansprache aller Geschlechter ergibt.

Meinungsfreiheit verpflichtet

EGMR: Whistleblower müssen Informationen gründlich prüfen, bevor sie sie veröffentlichen

von *Justin Rennert*

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in einem spannenden Fall über den Schutz der Meinungsfreiheit für Whistleblower entschieden. Dabei stellte er fest: Der Whistleblower ist auch dann von der Meinungsfreiheit geschützt, wenn sich seine Informationen nach der Anzeige als unwahr herausstellen. Allerdings nur dann, wenn er den Wahrheitsgehalt der Informationen vor der Anzeige sorgfältig überprüft hat und selbst davon ausgegangen ist, dass er die Wahrheit sagt. Derweil wartet die EU-Whistleblower-Richtlinie auf ihre Umsetzung in Deutschland. Sie sieht vor, dass jede juristische Person des öffentlichen Rechts eine interne Stelle einrichten muss, bei der Verstöße gegen EU-Recht gemeldet werden können.

I. Sachverhalt

Im Fürstentum Liechtenstein existiert ein einziges staatlich betriebenes Krankenhaus, das Liechtensteinische Landesspital. Lothar G ist hier als stellvertretender Chefarzt angestellt. In dieser Funktion hat er Zugang zu den elektronischen Krankenakten der Patienten. Anfang September 2014 findet er folgende Information in den elektronischen Akten: Zehn Patienten starben, nachdem der Chefarzt des Spitals ihnen Morphin verabreicht hatte. Womöglich hatte der Chefarzt also aktive Sterbehilfe geleistet. Aktive Sterbehilfe ist das gezielte und eigenverantwortliche Töten eines sterbewilligen Menschen. Sie ist zu unterscheiden von der passiven Sterbehilfe, dem sog. Behandlungsabbruch. Der Behandlungsabbruch bleibt unter gewissen Voraussetzungen straflos. Von einem Behandlungsabbruch spricht man nur dann, wenn ein Patient auf lebensverlängernde Maßnahmen (z. B. künstliche Beatmung) angewiesen ist und ein Arzt diese Maßnahmen einstellt oder gar nicht erst einleitet. Der Behandlungsabbruch ist also ein Unterlassen der künstlichen Lebensverlängerung. Die aktive Sterbehilfe ist hingegen aktive und beabsichtigte Lebensverkürzung. Sie ist daher in Liechtenstein – ebenso wie in Deutschland – strafbar.¹

Wie soll G nun mit den Informationen umgehen, die er aus den elektronischen Akten erlangte? Wichtig ist: Bisher handelt es sich nur um einen Verdacht. Seit dem 17. Jahrhundert erhalten sterbende Patienten Opiate zur Schmerzlinderung. Solange es dem Behandelnden dabei um Schmerzlinderung geht, ist die Abgabe von Opiaten nicht strafbar, selbst wenn dadurch die Lebenszeit des Patienten verkürzt wird. Die elektronischen Akten sind keine vollständige Dokumentation des Krankheits- und Behandlungsverlaufs. Eine solche befindet sich im Spital nur in den schriftlichen Patientenakten. G ist also nicht über die Einzelheiten der Sterbefälle aufgeklärt.

Doch G sieht sich zu schnellem Handeln gezwungen. Er will weitere Todesfälle verhindern. Obwohl er Zugang zu den vollständigen schriftlichen Patientenakten hat, sichtet er diese nicht. Er erstattet sofort Strafanzeige bei den liechtensteinischen Behörden. Diese ermitteln drei Monate lang. Im Dezember 2014 kommen sie zu dem Ergebnis: Der Chefarzt hat keine aktive Sterbehilfe geleistet. Die Behörden stellen die Ermittlungen ein. Das Landesspital hatte G zwischenzeitlich bereits fristlos gekündigt.

Wegen dieser Kündigung verlangt G sodann Schadensersatz und entgangene Gehälter vom Landesspital. Vier liechtensteinische Gerichte befassen sich mit dem Fall. Das höchste Zivilgericht weist seine Forderung von 125.000 CHF ab. Das

¹ Ein nach Ländern geordneter Überblick über die Regelungen zur Sterbehilfe findet sich hier: <https://www.aerztezeitung.de/Politik/So-regeln-andere-Laender-die-Sterbehilfe-416680.html>.

Verfassungsgericht weist seine Verfassungsbeschwerde ebenfalls ab. G zieht vor den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg (EGMR). Im April 2019 legt er dort Beschwerde ein. Das Fürstentum Liechtenstein habe seine Meinungsfreiheit verletzt. Die Erstattung einer Anzeige sei von seinem Grundrecht auf Meinungsfreiheit umfasst gewesen. Mit der Anzeige habe er einen Sachverhalt publik machen wollen, der für die liechtensteinische Öffentlichkeit von großem Interesse sei. Das Landesspital hätte ihn deshalb nicht kündigen dürfen.

II. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte

Vor dem EGMR werden Staaten verklagt, keine Einzelakteure. Die Beschwerde des G richtet sich deshalb nicht gegen das Liechtensteinische Landesspital, sondern gegen das Fürstentum Liechtenstein als Staat. Jeder Unterzeichnerstaat der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) kann vor dem EGMR verklagt werden. Jede Person kann dort klagen, die geltend macht, Opfer einer Grund- oder Menschenrechtsverletzung zu sein. Bekommt der Kläger Recht, so muss der beklagte Staat ihn in der Regel in Geld entschädigen.

Häufig verwechselt: Der EGMR und die EMRK sind keine Institutionen der EU. Die EMRK ist ein völkerrechtlicher Vertrag, den auch diverse Staaten unterzeichnet haben, die nicht Mitglied der EU sind. Dazu gehören unter anderem Russland und Norwegen. Und eben auch Liechtenstein. Der EGMR hat seinen Sitz in Straßburg und entscheidet über Verletzungen der EMRK. Er ist eine völkerrechtliche Einrichtung, auf dessen Schaffung sich die Unterzeichnerstaaten in Art. 19 EMRK verständigt haben.

III. Die Entscheidung des EGMR

Der EGMR hat die Beschwerde des G mit Urteil vom 16. Februar 2021 als unbegründet abgewiesen. Zwar greife das Fürstentum Liechtenstein in die Meinungsfreiheit des G ein, dieser Eingriff sei jedoch gerechtfertigt. Der EGMR nahm dabei eine Abwägung vor zwischen folgenden Positionen: dem Informationsinteresse der Allgemeinheit, der Meinungsfreiheit des G, dem Schutz des guten Rufes des Chefarztes und des Spitals sowie dem Interesse des Spitals an einem vertrauensvollen

Arbeitsverhältnis. Der Rufschutz von Spital und Chefarzt seien höher zu gewichten als die Interessen des G. Die Besonderheit in unserem Fall: Die Information über die angebliche aktive Sterbehilfe des Chefarztes stellte sich nachträglich als unwahr heraus. Zwei externe ärztliche Sachverständige hatten den Fall nach der Anzeige geprüft. Dabei begutachteten sie auch die vollständigen schriftlichen Patientenakten. Sie kamen jeweils zu dem Ergebnis, dass der Chefarzt keine aktive Sterbehilfe geleistet hatte. Die Patienten hätten lediglich die medizinisch notwendige und gerechtfertigte palliative Behandlung erhalten.

Mehrmals schon hatte der EGMR über Fälle des Whistleblowing zu entscheiden. In seiner gefestigten Rechtsprechung hat er dabei sechs Kriterien aufgestellt, die im Rahmen der Abwägung zu berücksichtigen sind. Ob die Information sich nachher als unwahr herausstellt, ist nicht allein entscheidend. Denn häufig kann der Whistleblower keine hundertprozentige Sicherheit über seine Erkenntnisse gewinnen. Das soll ihn nicht pauschal davon abhalten, seine Erkenntnisse zu veröffentlichen. Ansonsten würden seine Meinungsfreiheit und das Informationsinteresse der Allgemeinheit zu stark beschnitten. Der Whistleblower muss aber stets den Wahrheitsgehalt der Information sorgfältig und umfassend prüfen. Meinungsfreiheit verpflichtet also zu Sorgfalt. Die sechs Kriterien des EGMR sollen in der Folge betrachtet werden:

1. Öffentliches Interesse an der Information

Die Meinungsfreiheit ist ein für die Demokratie wesentliches Grundrecht. Sie ermöglicht öffentliche Kommunikation frei von staatlicher Einflussnahme. Je bedeutender ein Sachverhalt für die Öffentlichkeit ist, desto wichtiger ist der Schutz der Meinungsfreiheit. Und desto weniger sind Einschränkungen der Meinungsfreiheit gerechtfertigt.

In unserem Fall stellte der EGMR fest: Wenn der Chefarzt aktive Sterbehilfe geleistet hätte, wäre dies für die liechtensteinische Öffentlichkeit eine sehr bedeutende Information gewesen. Bei der aktiven Sterbehilfe handele es sich um ein Tötungsdelikt, mithin eine schwere Straftat. In Liechtenstein gibt es nur ein einziges staatliches Krankenhaus. Das öffentliche Interesse an der Information sei somit groß gewesen.

2. Wahrheit der Information

Wer Informationen weitergeben will, müsse sorgfältig prüfen, ob die Informationen wahr und zuverlässig sind. Im Nachhinein müsse sich die Information nicht zwangsläufig als wahr herausstellen. Jedoch müsse der Whistleblower im Vorhinein alles Erwartbare unternommen haben, um den Wahrheitsgehalt zu überprüfen. Beim Whistleblowing am Arbeitsplatz gebiete das schon die arbeitsvertragliche Loyalitätspflicht des Arbeitnehmers. In einem vergleichbaren Fall aus dem Jahre 2011 war der Gerichtshof großzügiger mit dem Whistleblower: Hier genügte bereits, dass dessen Behauptungen eines „tatsächlichen Hintergrundes“ nicht „entbehren“.² Ein bösgläubiges Whistleblowing ist in der Rechtsprechung des EGMR hingegen schon immer ausgeschlossen: Wer davon ausgeht, dass seine Information unwahr ist, genießt nicht den Schutz der Meinungsfreiheit. Das Erfordernis der sorgfältigen Prüfung prägte die Entscheidung des EGMR und war letztlich ausschlaggebend dafür, dass die Beschwerde des G keinen Erfolg hatte.

G habe nämlich nicht sorgfältig geprüft, ob seine Informationen zuverlässig sind. Als stellvertretender Chefarzt habe er jederzeit Zugang zu den vollständigen Patientenakten gehabt. Deren Sichtung hätte auch keinen relevanten Zeitverlust bedeutet. Eines gesteht der EGMR ihm zu: Aus den elektronischen Akten ließ sich tatsächlich der Schluss ziehen, der Chefarzt habe aktive Sterbehilfe geleistet. Entscheidend sei aber, dass er die vollständigen Unterlagen ohne großen Zeitaufwand hätte sichten können. Selbst wenn G sich also zu schnellem Handeln verpflichtet sah, entbinde ihn das nicht vor einer sorgfältigen Prüfung.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird an der Entscheidung bereits leise Kritik geäußert.³ Es sei doch Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, den Sachverhalt aufzuklären. Wer eine Anzeige erstattet, nehme lediglich seine staatsbürgerlichen Rechte im Strafverfahren wahr. Daher könne er nicht einer umfassenden Prüfpflicht unterworfen werden. Und auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in seiner Rechtsprechung schon einmal festgestellt: Die Wahrnehmung staatsbürgerlicher Rechte im Strafverfahren könne „im Regelfall aus rechtsstaatlichen Gründen nicht dazu führen, daraus

einen Grund für eine fristlose Kündigung eines Arbeitsverhältnisses abzuleiten“.⁴

Richtig ist, dass Strafverfolgung Sache des Staates ist und dass der Staat für eine effektive Strafverfolgung auf Strafanzeigen durch Bürger angewiesen ist. Jedoch greift kein vernünftiger Bürger sofort zum Telefonhörer und erstattet Anzeige. Dass eine Anzeige sorgfältig bedacht sein muss, leuchtet mit Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der anzuzeigenden Personen ein. Nichts Anderes hat der EGMR in seiner Entscheidung festgestellt. Und so steht es auch in Art. 10 Abs. 2 EMRK: „Die Ausübung [der Meinungsfreiheit] ist mit Pflichten und Verantwortung verbunden.“ Die vom EGMR aufgestellten sechs Kriterien lassen genügend Spielraum für Einzelfallgerechtigkeit. Je weniger Zeit für die Anzeige bleibt, desto weniger sorgfältig muss der Anzeigende den Sachverhalt prüfen (beispielsweise, wenn sich der mögliche Täter demnächst ins Ausland absetzt oder ein Menschenleben ganz konkret in Gefahr ist).

3. Potentieller Schaden des Arbeitgebers

Dem Arbeitgeber entstehen durch die Strafanzeige eine Vielzahl von Nachteilen: Wird die Anzeige öffentlich, beschädigt dies in der Regel den Ruf des Unternehmens oder der Angestellten. Vertragspartner verlangen möglicherweise Schadensersatz, Kunden wenden sich ab und das Arbeitsklima leidet. Diese Nachteile müsse der Anzeigende berücksichtigen und sorgfältig gegen das Informationsinteresse der Allgemeinheit abwägen, so der EGMR. Je größer der potentielle Schaden, desto bedeutender müsse die Information für die Allgemeinheit sein.

Auch der Vorwurf der aktiven Sterbehilfe habe dem Spital und dem betroffenen Chefarzt erheblich geschadet. Zwar habe G seinen Vorwurf zunächst nicht öffentlich geäußert, sondern nur bei der zur Geheimhaltung verpflichteten Staatsanwaltschaft, jedoch sei die Veröffentlichung der Vorwürfe angesichts des medialen Interesses erwartbar gewesen, so der Gerichtshof.

² EGMR NZA 2011, 1269 (1272)

³ Johnson CCZ 2021, 206 (208)

⁴ BVerfG, Beschl. v. 2.7.2001 – Az. 1 BvR 2049/00.

4. Andere dem Whistleblower zur Verfügung stehende Mittel

Die Weitergabe von Informationen an eine externe Stelle ist ein scharfes Schwert. Der EGMR sieht darin das letzte Mittel, um Fehlverhalten zu verhindern oder zu unterbinden. Abhängig von der Unternehmensstruktur müsse der Arbeitnehmer sich vorher um die interne Aufarbeitung des Fehlverhaltens bemühen (sog. internes Whistleblowing). Dies beispielsweise, indem er einen internen Compliance-Beauftragten verständigt (wenn es einen solchen gibt) oder sich an Vorgesetzte wendet. Häufig jedoch sind Vorgesetzte selbst in den Rechtsverstoß eingeweiht und daher keine geeignete Anlaufstelle. Ob ein internes Whistleblowing geboten ist, ist daher Sache der Unternehmensstruktur im Einzelfall.

Der EGMR lässt offen, ob G sich vor der Anzeige an den Geschäftsführer des Spitals (nicht gleichzusetzen mit dem Chefarzt) hätte wenden sollen. Auch Angestellte könnten sich jedoch strafbar machen, wenn sie eine Straftat nicht anzeigen – darauf weist der EGMR explizit hin. Ein internes Whistleblowing ist somit nicht geboten, wenn sich der Angestellte strafbar macht, wenn er die Strafverfolgungsbehörden außen vor lässt.

Im Liechtensteinischen Landesspital existierte zwar eine Stelle, bei der Betroffene Unregelmäßigkeiten anonym online melden konnten. Der Chefarzt selbst war jedoch für die Prüfung der Meldungen zuständig. Ab Mitte 2014 übertrug das Spital die Aufgabe der Prüfung drei anderen Personen. Diese Änderung hat die Spitalsleitung jedoch nicht im Spital bekanntgemacht. G musste also davon ausgehen, der Chefarzt selbst würde seine Meldung prüfen. Dies sei ihm nicht zuzumuten gewesen, so der Gerichtshof.

5. Beweggründe des Whistleblowers

Zudem sei zu berücksichtigen, welche Motive der Whistleblower für seine Anzeige hatte. Hegt er etwa persönlichen Groll oder erwartet er sich von der Anzeige finanzielle Vorteile, schütze ihn die Meinungsfreiheit eher nicht. Es müsse ihm vielmehr darum gehen, im öffentlichen Interesse zu handeln. Auch G glaubte, im öffentlichen Interesse zu handeln. In der Gesamtschau wog dies jedoch nicht mehr schwer. Entscheidend war, dass G seine Information nicht sorgfältig geprüft hatte.

6. Schwere der gegen den Arbeitnehmer verhängten Sanktion

Hätte das Landesspital den G gleich kündigen müssen? Hätte nicht auch eine Abmahnung gereicht? Der EGMR sieht die Kündigung als verhältnismäßig an. Zwar sei sie im Arbeitsrecht die schwerste Sanktion. Das Landesspital habe die anderen Arbeitnehmer aber abschrecken müssen. Jedenfalls, so der EGMR, müsse die Schwere der gegen den Arbeitnehmer verhängten Sanktion berücksichtigt werden. Bei weitem nicht bei jedem Whistleblowing ist also eine Kündigung gerechtfertigt.

IV. Fazit und Ausblick auf die EU-Whistleblower-Richtlinie

Der EGMR stellte in seiner Entscheidung relativ hohe Sorgfaltsanforderungen an den Whistleblower. Dies zeigt der Vergleich mit früheren Entscheidungen. Bei der letzten vergleichbaren Entscheidung im Jahre 2011 genügte es dem Gerichtshof bereits, dass der Whistleblower für seine Information eine ausreichende Tatsachengrundlage besaß. Zudem wies er damals darauf hin, dass die Sachverhaltsermittlung vorrangig Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden ist. Es bleibt abzuwarten, ob der EGMR seine Rechtsprechung nun dauerhaft verschärft.

Keine Verschärfung, sondern eine Erweiterung des Schutzes von Whistleblowern geht hingegen von der „Richtlinie zum Schutz von Personen, die Verstöße gegen das Unionsrecht melden“ (RL (EU) 2019/1937) aus. Der deutsche Gesetzgeber muss diese bis zum 17. Dezember 2021 in deutsches Recht umsetzen. Das nationale Umsetzungsgesetz steckt derzeit als Referentenentwurf im politischen Prozess fest. Die EU-Richtlinie sieht nur einen Schutz von Whistleblowern vor, die einen Verstoß gegen europäische Rechtsvorschriften melden. Bundesjustizministerin Christine Lambrecht beabsichtigt hingegen, auch Whistleblower einzubeziehen, die Verstöße gegen nationales Recht melden. Dass eine Umsetzung der Richtlinie bis zum 17. Dezember erfolgt, ist höchst unwahrscheinlich. Zu viele Fragen sind zwischen den Koalitionspartnern noch ungeklärt; zu schnell naht die Bundestagswahl.

Die Richtlinie sieht zwingend vor, dass alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts eine interne Stelle einrichten, bei der Verstöße gegen EU-Recht gemeldet werden können.

Zudem müssen sie ein Verfahren einrichten, das vorsieht, wie mit Meldungen von Whistleblowern umzugehen ist. Diese Regelungen werden Hochschulen als juristische Person des öffentlichen Rechts ganz konkret betreffen. Sobald absehbar ist, wann das deutsche Umsetzungsgesetz verabschiedet wird und in Kraft tritt, werden wir hier im Infobrief darüber berichten und einen Praxishinweis für Hochschulen abgeben.

Hass kann man nicht sperren

BGH erklärt die Vorgehensweise von Facebook gegen Hassrede für unwirksam

von Nico Gielen

Welche Macht steht sozialen Netzwerken wie Facebook zu, um schädliche Inhalte von ihren Plattformen zu entfernen? Müssen sie alles hinnehmen, was die Meinungsfreiheit erlaubt oder dürfen sie eigene Regeln aufstellen? Am 29. Juli 2021 beantwortete diese Frage nun letztinstanzlich der Bundesgerichtshof (BGH).

I. Hintergrund

Es ist schon zur Binsenwahrheit geworden, dass soziale Netzwerke wie Facebook einen Nährboden für Hassrede bilden. Gegen diesen Missstand hatte der ehemalige Justizminister Heiko Maas bekanntlich das Netzwerkdurchsetzungsgesetz (NetzDG) entwickelt. Seit dem 1. Oktober 2017 verpflichtet es soziale Netzwerke, rechtswidrige Inhalte innerhalb gewisser Pflichten zu löschen.¹ Zuletzt wurde dieses Gesetz umfassend reformiert.² Unter anderem muss Nutzern fortan die Möglichkeit offenstehen, die Rechtmäßigkeit einer Beitragssperrung im Rahmen eines sog. Gegenvorstellungsverfahrens überprüfen zu lassen (§ 3b NetzDG). Auf europäischer Ebene könnte das NetzDG zwar bald durch den Digital Services Act (DSA) ersetzt werden, der jedoch eine sehr ähnliche Regelung vorsieht (Art. 17 DSA).³ Die beiden Gesetze teilen außerdem die Gemeinsamkeit, dass sie nur auf die Löschung illegaler Inhalte gerichtet sind. Sie verpflichten soziale Netzwerke also nicht dazu, Inhalte zu löschen, die „nur“ schädlich, aber nicht rechtswidrig sind.

Allerdings haben sich Facebook und andere soziale Netzwerke eigene Regeln gesetzt, um gegen schädliche Inhalte vorzuge-

hen. Zu finden sind sie in den sog. Gemeinschaftsstandards von Facebook. Diese Regelungen betreffen unter anderem Hassrede: *„Wir definieren Hassrede als direkten Angriff auf Personen aufgrund geschützter Eigenschaften: ethnische Zugehörigkeit, nationale Herkunft, Behinderung, religiöse Zugehörigkeit, Kaste, sexuelle Orientierung, Geschlecht, Geschlechtsidentität und ernsthafte Erkrankung. Wir definieren Angriffe als gewalttätige oder menschenverachtende Sprache, schädliche Stereotypisierung, Aussagen über Minderwertigkeit, Ausdrücke der Verachtung, der Abscheu oder Ablehnung, Beschimpfungen oder Aufrufe, Personen auszugrenzen oder zu isolieren.“*⁴

Die deutsche Rechtsprechung war sich bisher nicht einig, ob Facebook aufgrund dieser Gemeinschaftsstandards Beiträge sperren darf, die nach dem deutschen Recht nicht rechtswidrig sind. Das Oberlandesgericht (OLG) München vertritt die These, Facebook sei strikt an die deutschen Regeln zu binden und dürfe daher Beiträge nicht sperren, wenn sie nach deutschem Recht zulässige Meinungsäußerungen darstellen (OLG München, Urt. v. 7.1.2020 – Az. 18 U 1491/19 Pre). Im Übrigen ist die Rechtsprechung aber überwiegend der Auffassung, Facebook stünde ein „digitales Hausrecht“ zu, welches dazu berechtige, eigene Regeln aufzustellen, die strenger sind als das deutsche Recht (so zum Beispiel das OLG Hamm, Beschluss v. 15.9.2020 – Az. 29 U 6/20). Diesen Differenzen hat der BGH nun ein Ende gesetzt.

¹ Tiessen, Sag mir deinen Namen und ich sag dir, was du bist – LG Berlin zu Auskunftsansprüchen wegen Beleidigung auf Social Media-Plattformen, DFN-Infobrief Recht 5/2020, S. 2.

² Mc Grath, Lass‘ das mal die Forscher machen! – Zur neuesten Änderung des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes, DFN-Infobrief Recht 8/2021, S. 8.

³ Gielen, Digital Services Act: Das Plattformgrundgesetz? – Die Europäische Union gegen die Meinungsmacht der Plattformen, DFN-Infobrief Recht 3/2021, S. 8.

⁴ Siehe die Webseite von Facebook, abrufbar unter [go.www.de/pwqrv](https://www.facebook.com/pwqrv).

II. Verfahren vor dem BGH

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt, der dem Urteil des BGH zugrunde liegt, geht in das Jahr 2018 zurück. Auf Facebook setzten zwei Nutzer – getrennt voneinander – feindselige Kommentare ab, die gegen eingewanderte Personen gerichtet waren. Facebook sperrte daraufhin diese Beiträge und vorübergehend auch die Nutzerkonten. Dabei verwies es auf seine Gemeinschaftsstandards gegen Hassrede. Die Nutzer zogen danach vor Gericht und verlangten, Facebook zu verpflichten, die Beiträge wieder freizuschalten. Die Vorinstanz, das OLG Nürnberg, lehnte beide Klagen ab (Urt. v. 4.8.2020 – Az. 3 U 3641/19; Urt. v. 4.8.2020 – Az. 3 U 4039/19). In beiden Verfahren musste der BGH nun entscheiden, ob die Klageabweisung zu Recht erfolgte (Az. III ZR 179/20, III ZR 192/20).

2. Gemeinschaftsstandards als Allgemeine Geschäftsbedingungen

Zunächst stufte der BGH die Gemeinschaftsstandards von Facebook als Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB ein. Daher dürfen sie, um wirksam zu sein, die Nutzer nicht „entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen“ (§ 307 Abs. 1 S. 1 BGB). Diese Formulierung des Gesetzes ist unbestimmt und bedarf somit einer Auslegung. Diese erfolgt durch die Rechtsprechung, indem eine Abwägung zwischen den Grundrechten der beteiligten Personen vorgenommen wird. Hierdurch gewinnen die Grundrechte, die unmittelbar nur gegen den Staat wirken, auch unter Privaten eine Bedeutung (sog. mittelbare Drittwirkung).

Im vorliegenden Fall musste die Meinungsfreiheit der Nutzer (Art. 5 Abs. 1 GG) gegen die Berufsfreiheit von Facebook (Art. 12 Abs. 1 GG) abgewogen werden. Erstere Freiheit gewährleistet, dass Nutzer ihre Meinungen äußern dürfen. Letztere Freiheit gewährleistet, dass Facebook die Nutzung seiner Plattform eigenen Regeln unterwerfen kann. Diese Grundrechtspositionen sind in einen schonenden Ausgleich zu bringen (sog. praktische Konkordanz).

3. Digitales Hausrecht von Facebook

Im Rahmen dieser Grundrechtsabwägung kam der BGH zu zwei wichtigen Feststellungen: Erstens hält er Facebook dazu berechtigt, eigene Regeln aufzustellen, die der Verrohung der Debattenkultur auf seiner Plattform entgegenwirken. Weiterhin dürfe das Netzwerk Äußerungen sperren, die gegen seine Gemeinschaftsstandards verstoßen, selbst wenn sie nach dem deutschen Recht zulässig, ja sogar, wenn sie von der Meinungsfreiheit geschützt sind. Damit wird das in der überwiegenden Rechtsprechung bisher schon befürwortete „digitale Hausrecht“ nun auch vom BGH bestätigt.

In einem zweiten Schritt schränkte er diese Sperrberechtigung wieder ein. Facebook müsse in seinen Gemeinschaftsstandards ebenfalls vorsehen, dass es, wenn es einen Beitrag sperrt, den betroffenen Nutzer über die Sperre und den Grund dafür zumindest nachträglich informiert. Diese Anforderung erinnert an das Gegenvorstellungsverfahren des NetzDG, welches jedoch nur bei rechtswidrigen Inhalten anwendbar ist. Darüber hinaus fordert der BGH, dass das Netzwerk eine Möglichkeit zur Stellungnahme einräumt und daraufhin seine Sperrentscheidung gegebenenfalls aufhebt. Bei der Sperrung eines Nutzerkontos müsse Facebook sogar vorher informieren und anhören.

4. Fazit

In den zwei vor dem BGH verhandelten Fällen wurde der zweite Aspekt nicht beachtet, denn die Gemeinschaftsstandards von Facebook sehen die geforderten Verfahren nicht vor. Aus diesem Grund fiel die Abwägung zugunsten der Meinungsfreiheit der Nutzer aus. Die Gemeinschaftsstandards stellen insoweit eine unangemessene Benachteiligung der Nutzer dar und sind folglich unwirksam. Die Beiträge mussten daher wiederhergestellt werden.

Die Entscheidung des BGH ist zwar unmittelbar auf Facebook bezogen, jedoch hat sie auch Ausstrahlungswirkung auf andere Plattformen. Diese müssen nun ebenfalls das Verfahren des BGH umsetzen, um auch in Zukunft Hassrede von ihren Plattformen verbannen zu können.

III. Bedeutung für Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Hochschulen und Forschungseinrichtungen sind auch in sozialen Netzwerken anzutreffen. Viele von ihnen unterhalten selbst ein Nutzerkonto und betreiben über eine Fanpage ihre Öffentlichkeitsarbeit. Mitunter beteiligen sie sich auch am Meinungsaustausch. Dasselbe gilt für die zahlreichen Studierenden und Hochschulmitarbeiter, die sich ebenfalls in diesen Netzwerken engagieren. Die Regeln, die für die Kommunikation auf sozialen Plattformen gelten, berühren sie daher in gleicher Weise. Hinsichtlich der Kommunikation, welche der Forschung und Lehre zuzuordnen ist, besteht die Besonderheit, dass diese unter dem besonderen Schutz der Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG steht. Bei einer Grundrechtsabwägung, wie sie der BGH nun vorgenommen hat, müsste diese Freiheit daher ebenfalls Berücksichtigung finden.

Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz.

Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.

DFN-Verein

Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin

E-Mail: DFN-Verein@dfn.de

Redaktion

Forschungsstelle Recht im DFN

Ein Projekt des DFN-Vereins an der WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Zivilrechtliche Abteilung

Unter Leitung von Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

E-Mail: recht@dfn.de

Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.