

Tz. I) beachten. Insbesondere hat er gehässige Kritik zu unterlassen⁸⁸, ebenso ständige Nörgelei oder Besserwisserei.

Damit macht sich ein Beamter nicht immer zu einem bequemen Mitarbeiter. Seine Vorstellungen sind nicht immer deckungsgleich mit denen des Vorgesetzten, so dass es immer Zivilcourage erfordert, Widerspruch gegenüber dem Vorgesetzten zu erheben.⁸⁹ Ihm dürfen deswegen jedoch von Seiten des Vorgesetzten keine Vorwürfe gemacht werden.⁹⁰

IV. Fazit

Aufgrund ihrer Funktionen, insbesondere der Komplementärfunktion, die eine nähere Ausgestaltung und Modifikation der Folgepflicht nach § 62 Abs. 1 S. 2 BBG (§ 35 S. 2 BeamStG) mit sich bringt, besitzen die Beratung und Unterstützung des Vorgesetzten als Dienstpflichten und Handlungsgebote des nachgeordneten Beamten einen zentralen Stellenwert und sind hierin mit der – überwiegend getrennt davon betrachteten – Folgepflicht vergleichbar. Sie geben dem zu leistenden Gehorsam sein besonderes Gepräge und heben ihn über den bloßen Automatismus Befehl – Ausführung hinaus. Die jeweiligen Hand-

lungsgebote der Beratung und Unterstützung sind daher als den Beamtegehorsam konfigurierende Bedeutungselemente und Definitionskriterien der Folgepflicht wahrzunehmen, die nicht als mögliche Schranken der Folgepflicht zu verstehen sind. Diese zentralen Verhaltensgebote im Beziehungsfeld zum Vorgesetzten haben ihre Grundlagen in Art. 33 Abs. 4 GG und § 4 BBG (§ 3 Abs. 1 BeamStG) und stellen eine Konkretisierung der allgemeinen Amtswahrungspflicht nach § 60 Abs. 1 S. 1, 2 (§ 33 Abs. 1 S. 1, 2 BeamStG), der Einsatzpflicht des § 61 Abs. 1 S. 1 BBG (§ 34 S. 1 BeamStG) und der Pflicht zur vertrauensvollen Zusammenarbeit nach § 61 Abs. 1 S. 3 BBG (§ 34 S. 3 BeamStG) dar. Sie wirken vor allem in der Entscheidungsvorbereitung und Planungsphase des dienststelleninternen Entscheidungsprozesses und innerhalb der Linienorganisation der Dienststelle. Die Beratungs- und Unterstützungsklausel bildet eine ausfüllungsbedürftige Generalklausel. Sie macht allerdings keinen hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums nach Art. 33 Abs. 5 GG aus. Im Rahmen des öffentlich-rechtlichen Dienst- und Treueverhältnisses ist das Gebot der Beratung und Unterstützung des Vorgesetzten ein Aspekt der Dienstleistungs- und nicht der Treuepflicht des Beamten. Für die inhaltlich zu differenzierende Beratungs- und Unterstützungsklausel des § 62 Abs. 1 S. 1 BBG (§ 35 S. 1 BeamStG) sind im Zusammenhang mit der Pflichtenkategorie „Beratung“ die Pflichtenarten „Vorgesetzteninformation“ und „Problemhinweis“ festzustellen. Die Pflichtenkategorie „Unterstützung“ weist die Pflichtenarten „Verwaltungsverbesserung“ und „Vorgesetztenkritik“ aus.

88) Vgl. Zängl, in: Fürst (Fn. 1), § 55 BBG (a. F.), Rn. 73; Plog/Wiedow/Beck/Lemhöfer (Fn. 3), § 55 (a. F.), Rn. 2; Schütz/Maiwald (Fn. 33), § 35, Rn. 4.

89) Vgl. Bank (Fn. 40), S. 164.

90) S. Schütz/Maiwald (Fn. 33), § 35, Rn. 4.

Pornografisches Fehlverhalten als Dienstvergehen

Prof. Dr. Hans-Dietrich Weiß

Beherrscht der globale Internetzugang zunehmend unser Leben, sind als Schattenseite Formen der ansteigenden Computerkriminalität bekannt. Ist kriminologisch gerade betrügerisches Handeln im Bereich der IuK-Kriminalität, also beim Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik, geläufig, ist weniger bekannt, dass bei der IT-Nutzung zunehmend auch gegen Pornografiedelikte (§§ 184ff. StGB) verstoßen wird. So auch von Beamten mit Schwerpunkt Kinderpornografie (§ 184b StGB), was dann regelmäßig ein Dienstvergehen bedeutet. Hier steht die Disziplinarpraxis vor besonderen Herausforderungen, derart strafbares Handeln dienstrechtlich einzuordnen. So möchte dieser Beitrag – erwachsen auf der empirischen Grundlage von mehr als 100 einschlägigen Disziplinargerichtsentscheidungen – aufzeigen, welche Fragen sich hierzu stellen und damit auch – offenbar generalpräventiv erforderlich – in das Bewusstsein rücken, dass gerade auch einschlägiges außer-

dienstliches strafbares Handeln bei der Internetnutzung, bei dem sich ein Beamter fern von dienstrechtlicher Verantwortlichkeit glaubt, ein schwerwiegendes, sogar die Höchstmaßnahme rechtfertigendes Dienstvergehen darstellt.

I. Empirischer Befund

Es mutet wegen der Art und Weise der Materialsammlung und -verwertung mit Blick auf die heute gängige PC-Nutzung steinzeitlich an, wenn seinerzeit 1997 ein Lehrer wegen des Dienstvergehens verfolgt wurde, eine Sammlung von über 1.000 kinderpornografischen Bildern, teilweise durch Abfotografieren, selbst hergestellt, besessen und eine Fotofirma beauftragt zu haben, Farbbildabzüge davon zu fertigen¹. Erst mit dem Siegeszug des Internets ab 2000 setzen – einhergehend mit der Zunahme von Straftaten gerade in Richtung Kinderpornografie² – die Disziplinarfälle an, deren Gegenstand pornografisches Fehlverhalten durch Besitz und (auch) Verbreiten gerade kinderpornografischer, aus dem Internet erlangter Bilddateien, war.³ So interessanterweise gerade von Soldaten, wozu der 2. Wehrdienstsenat des BVerwG als Berufungsinstanz zu entscheiden hatte⁴, so dass auf diese Rechtsprechung bezüglich der Schwere des Versagens später bei der Disziplinarverfolgung von Beamten zurückgegriffen werden konnte. Wenn – soweit dokumentierbar – erst ab 2002 die beamtendisziplinarrechtliche Rechtsprechung zu internetbezogenem pornografischem Fehlverhalten einsetzte, ist bei den Dutzenden dieser Fälle in erschreckender Weise zu verzeichnen, dass es als Beamte gerade Lehrer und Polizisten waren, die sich vor allem über das Inter-

1) Fall NDH Urteil vom 21.7.1997 – 1 NDH L 8/96 –, unveröffentlicht.

2) Lt. Polizeilicher Kriminalstatistik 2012 (hrsg. vom BMI als Broschüre der Öffentlichkeitsarbeit der BReg) wies diese Straftat eine Steigerung auf 2.465 Fälle bei einer rückläufigen Aufklärungsquote von 67,7 Prozent aus.

3) Hierzu die chronologische Auflistung von deutlich mehr als 100 repräsentativ einschlägigen Disziplinargerichtsentscheidungen bei Weiß, in: Fürst, Gesamtkommentar Öffentliches Dienstrecht, Bd. 2, Losebl., (folgend kurz: GKÖD II), J 703, Rz 134; bei J 703 auch vertiefend zu den hier angesprochenen Punkten.

4) So, je in juris, BVerwG – 2 WD 9.00 –, 2 WD 29.01 –, 2 WD 35.02 –, 2 WD 39.02 –, 2 WD 15.03 –, später dann auch z. B. – 2 WD 25.04 –, 2 WD 33.09 –, 2 WD 14.11–.

net und fast immer zu Hause kinderpornografisch verstrickten und dies gemessen an der Zahl der Dateien vielfach im an die Tausende gehenden Umfang, was fassungslos macht.⁵

II. Typusbestimmung

Pornografisches Fehlverhalten von Beamten ist ein typisches Dienstvergehen im Bereich sittlichen Fehlverhaltens, bei dem die Pornografiebezogenheit im Mittelpunkt steht. Es kann auch unterhalb der Strafrechtsschwelle angesiedelt sein (als – wie zu zeigen ist – nicht strafbares pflichtwidriges Handeln). So ist kein typisches pornografisches Fehlverhalten, wenn der Beamte im Dienst über Tage bis zu zwei Stunden mit dem eigenen Handy SMS-Verkehr betreibt, um zu sexuellen Handlungen, auch mit Minderjährigen, aufzufordern.⁶ Auch gehören Unrechtshandlungen nicht hierher, die lediglich aus pornografischem Interesse begangen werden, selbst wenn darin schwerwiegendes Unrecht, sogar ein Zugriffsvergehen⁷, liegen kann, etwa wenn ein Postbeamter Briefe in der Erwartung öffnet, darin Pornohefte zu finden.⁸ Nicht hierher gehören auch Fälle, in denen ein Pornografiebezug besteht, doch andere Strafvorschriften, wie sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (§§ 174 ff. StGB), eher einschlägig sind, etwa wenn ein Lehrer eine 17-jährige Schülerin mit der Vorführung pornografischer Filme dazu bringt, sich ihm hinzugeben⁹. Auch fällt z. B. der Fall eines Polizeibeamten aus dem Typus, der im Dienst drogenabhängige Prostituierte zur Gestattung pornografischer Fotoaufnahmen nötigte¹⁰.

III. Pornografiebegriff

Die Pornografiedelikte §§ 184 ff. StGB stellen zwar bestimmtes pornografisch-bezogenes Handeln unter Strafe, setzen aber tatbestandlich voraus, was begrifflich unter Pornografie überhaupt zu verstehen ist. Es liegt auf der Hand, dass eine („saubere“) geschlechtliche Darstellung nicht schon pornografisch ist, sondern erst, wenn sie auffordernd („aggressiv“) und übersteigernd die Sexualität in den Mittelpunkt stellt. Damit ist zunächst für die Strafbarkeitsfrage wenig gewonnen, schon weil vorgreiflich das Spannungsverhältnis von Pornografie und Kunst nicht übersehen werden darf. Schließen Pornografie und Kunst einander nicht aus¹¹, ist verfassungsrechtlich geklärt, dass Pornografie (z. B. ein Roman) Kunst i. S. des Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG sein kann.¹² Es ist auch nicht (mehr) so, dass Pornografie *per se* strafbar wäre. Es hat im Zuge der seinerzeitigen „sexuellen Revolution“, auch unter Wirkung von BGH-Rechtsprechung¹³, zu den Neuerungen der Strafrechtsreform 1973¹⁴ gehört, die „einfache“ („weiche“, Erwachsenen-) Pornografie straffrei gestellt und überhaupt das Wort „pornografisch“ an die Stelle des bis dahin benutzten Ausdrucks „unzüchtig“ gesetzt zu haben. Ist seither strafrechtlich von „Pornografie“ zu sprechen, hatte der Gesetzgeber bewusst verzichtet, „die künftige Auslegung dieses Begriffs durch eine Legaldefinition ein für allemal festzulegen“¹⁵. So wird seither für die Umschreibung von Pornografie immer wieder auf die „klassisch“¹⁶ gewordene objektivierende Formulierung des OLG Düsseldorf des Jahres 1974¹⁷ zurückgegriffen, dass es sich dabei um grobe Darstellungen des Sexuellen handele, „die in einer den Sexualtrieb aufstachelnden Weise den Menschen zum bloßen, auswechselbaren Objekt geschlechtlicher Begierde degradieren“, ohne „Sinnzusammenhang mit anderen Lebensäußerungen“. Kann es – gerade wenn sachgleiche strafverfahrensrechtliche Wertungen nicht vorliegen, auf die ggf. zurückgegriffen werden könnte – erforderlich sein, bei Anwendung des Disziplinarrechts einschätzen zu müssen, ob eine Darstellung pornografischer Art ist, wäre nicht ausgeschlossen, zu einer bereichsspe-

zifischen Begriffsbestimmung zu finden. Das jedoch sollte sich infolge der Tatbestandswirkung der Pornografiedelikte für das Disziplinarrecht verbieten, weshalb es ein kluges *self-restraint* darstellt, wenn der VGH München hierzu sagte, es möchte sich der Senat auf dem Gebiet des Disziplinarrechts bei der Beurteilung der bildlichen Darstellung von Situationen, in denen die betroffenen Personen gezeigt werden, nicht die Grenzen überschreiten, außerhalb derer im Bereich des Strafrechts die Voraussetzungen für eine Qualifizierung als kinderpornografische Schriften i. S. des Gesetzes als nicht erfüllt angesehen werden, so dass der Besitz entsprechender Darstellungen nicht von § 184b Abs. 4 StGB unter Strafe gestellt wird¹⁸.

IV. Strafbares pornografisches Verhalten

Liegt es so (wie zu zeigen sein wird), dass regelmäßig strafbares pornografisches Verhalten eines Beamten auch ein Dienstvergehen darstellt, sich so gesehen das frühere Dogma der

-
- 5) So z. B. – chronol. und je in juris – **Lehrer**: VGH Mannheim – DL 17 S 24.01 –; OVG Münster – 22d A 2107/03.O –, auch – 22d A 1583/04.O –; VGH München – 16a D 04.2289 –, auch – 16a D 05.981 – (1.500 kinderpornografische Dateien auf PC, 2.500 auf Laptop, 4.500 auf CD-ROMs u. 130 Videos); VGH Mannheim – DL 16 S 15/VG 06 –; VG Berlin – 80 A 35.06 –; OVG Koblenz – 3 A 10296/07 –; OVG Lüneburg – 20 LD 14/06 –; VG Berlin – 80 A 5.07 –; OVG Hamburg – 12 Bf 32/08.F –; VGH Mannheim – DL 16 S 71/09 –; VG Trier – 3 K 390/09.TR –; OVG Münster – 3d A 3007/08.O –, auch – 3d A 3298/08.O –; VGH München – 16a D 08.2928 –; OVG Lüneburg – 20 LD 3/08 –; BVerwG – 2 C 5.10 –; VG Hamburg – 32 D 3275/08 –; BVerwG – 2 B 18.10 –; OVG Lüneburg – 20 LD 1/09 – (Tauschbörse); VGH Mannheim – DL 13 S 583/11 –; OVG Lüneburg – 19 LD 10.09 – (Uni-Prof.); VGH Mannheim – DL 13 S 155/12 –; VG Oldenburg – 10 A 878/11 – (ehem. Rektor); **Polizisten**: VG Dresden – 10 D 2307/02 –, D 10 K 2307/02 – (13.600 Dateien); OVG Lüneburg – 3 LD 1/03 – (883 Bilddateien u. 116 Videoclips); VG Berlin – 85 A 13.04 – (9.263 Bilddateien); VG München – M 19 D 06.490 –; VGH München – 16a D 05.2421 –; VGH München – 16a D 06.1183 –; VGH Mannheim – DL 16 S 29/06 –, auch – DL 16 S 3290/08 –; OVG Münster – 3d A 2028/08.O –; OVG Schleswig-Holstein – OVG 14 LB 2/11 –; OVG Münster – 3d A 147/10.O –; VGH München – 16a D 10.2504 –; VG Ansbach – AN 12b D 10.00384 –; VG Trier – 3 K 195/12.TR –; VG Magdeburg – 8 A 11/11 –; OVG Lüneburg – 6 LD 4/11 – (400 kinderpornografische Dateien); VG Meiningen – 6 D 60001/12 –; VG München – M 13 DK 12.3640 –; VGH München – 16a D 12.1440 –.
- 6) Fall VG Meiningen Urteil vom 26.3.2013 – 6 D 60001/12 –, juris.
- 7) Dazu *Weiß* (Fn. 3), J 975.
- 8) Fall BVerwG – 1 D 27.76 – in: BVerwGE 53, 211 = u. a. ZBR 1977, 78; so auch Fall eines Bahnbeamten, s. BVerwG – 1 D 54.87 –, juris; auch fällt aus dem Typus, wenn ein Justizvollzugsbeamter vom Strafgefangenen für das Hineinschmuggeln von Kaffee eine CD mit pornografischem Film erhält, s. Fall BVerwG – 2 B 21.12 –, juris.
- 9) Fall VGH Mannheim, Urteil vom 17.12.1997 – D 17 S 20/97 –, juris.
- 10) Fall VGH Mannheim, Beschluss vom 14.11.1995 – D 17 S 9/95 –, unveröffentlicht.
- 11) Eingehend BGHSt 37, 55 = u. a. NJW 1990, 1195 betr. *Opus Pistorum*.
- 12) BVerfGE 83, 130 = u. a. NJW 1991, 1471 betr. *Josefine Mutzenbacher*; Näheres *Hilgendorf/Valerius*, Computer- und Internetstrafrecht, 2. Aufl. 2012, Rz 275 m. Nachw.
- 13) BGHSt 23, 40 = NJW 1969, 1818 betr. mangelnde „Unzüchtigkeit“ des Buches „*Fanny Hill*“.
- 14) 4. StrRG 1973 (BGBl. I 1725); zum langen Weg dieses Gesetzes *Baumann*, ZRP 1971, S. 129.
- 15) So der (immer wieder zitierte) BT-Sonderausschuss für die Strafrechtsreform 1973 (BT-Drs. 6/3521, S. 60).
- 16) Anerkannt von KG NStZ 2009, 446; BVerwGE 116, 5 (18 ff.) = u. a. NJW 2002, 2966 (2969).
- 17) OLG Düsseldorf, NJW 1974, 1474 (1475) betr. *Josephines Abenteuer*.
- 18) VGH München, Urteil vom 15. Juli 2009 – 16a D 07.2692 –, juris.