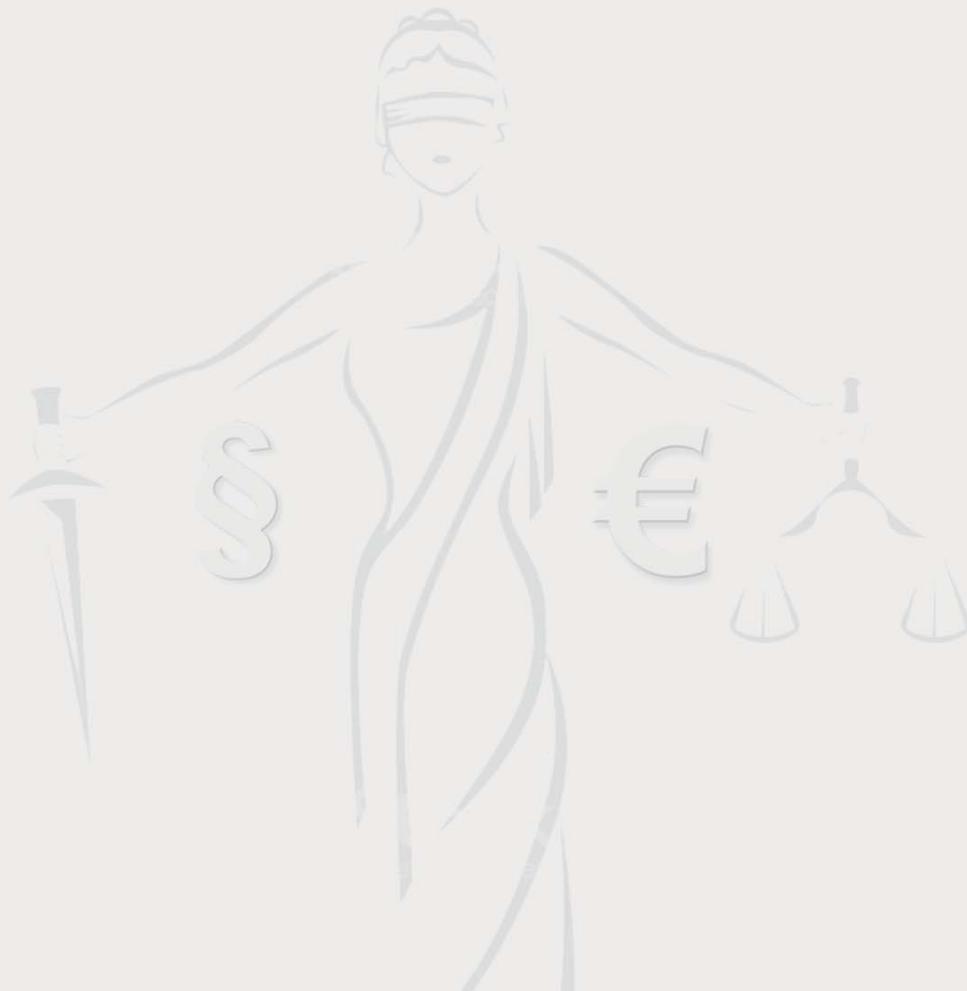


Sven Eisenmenger / Winfried Kluth / Stefan Korte (Hg.)

## **Stand und Perspektiven des Öffentlichen Wirtschaftsrechts**

Wissenschaftliches Kolloquium am 16. Juni 2018  
aus Anlass des 75. Geburtstags von Rolf Stober





Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht

Herausgegeben von Professor Dr. iur. Dr. h.c. mult. Rolf Stober  
und Professor Dr. Stefan Korte, Dipl.-Kfm.

Band 82





# **Studien zum öffentlichen Wirtschaftsrecht**

Herausgegeben von Prof. Dr. jur. R. Stober u. Prof. Dr. jur. S. Korte, Dipl.-Kfm.

Sven Eisenmenger / Winfried Kluth / Stefan Korte (Hg.)

## **Stand und Perspektiven des Öffentlichen Wirtschaftsrechts**

Wissenschaftliches Kolloquium am 16. Juni 2018  
aus Anlass des 75. Geburtstags von Rolf Stober



**Cuvillier Verlag Göttingen**  
Internationaler wissenschaftlicher Fachverlag



## **Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

1. Aufl. - Göttingen: Cuvillier, 2018

© CUVILLIER VERLAG, Göttingen 2018

Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen

Telefon: 0551-54724-0

Telefax: 0551-54724-21

[www.cuvillier.de](http://www.cuvillier.de)

Alle Rechte vorbehalten. Ohne ausdrückliche Genehmigung des Verlages ist es nicht gestattet, das Buch oder Teile daraus auf fotomechanischem Weg (Fotokopie, Mikrokopie) zu vervielfältigen.

1. Auflage, 2018

Gedruckt auf umweltfreundlichem, säurefreiem Papier aus nachhaltiger Forstwirtschaft.

ISBN 978-3-7369-9785-1

eISBN 978-3-7369-8785-2



## Inhaltsverzeichnis

<b>Wirken</b> <i>Winfried Kluth</i>	9
<b>Persönliche Daten als Eigentum</b> <i>Libin Xie</i>	13
<b>Innovation und wirtschaftliche Regulierungen: die rechtliche Struktur ihres Konflikts und die rechtlichen Instrumente für ihre Lösung</b> <i>Won-Woo Lee</i>	27
<b>Stand und Perspektiven von Regulatory Science im Wirtschaftsverwaltungsrecht</b> <i>Kyung-Won Chang</i>	63
<b>Die Gesamtinteressenvertretung der Industrie- und Handelskammern – ein zahloser Tiger?</b> <i>Sven Eisenmenger</i>	85
<b>Der nicht dorthin bestellte Gewerbebetrieb</b> <i>Stefan Korte</i>	95
<b>Staatliches Regulierungsversagen im Glücksspielrecht am Beispiel der Spielhallenregulierung</b> <i>Hendrik Lackner</i>	111





## Vorwort

Am 11. Juni 2018 vollendet Rolf Stober das 75. Lebensjahr. Akademische Schüler und wissenschaftliche Kooperationspartner haben dies zum Anlass genommen, ihn mit einem weiteren wissenschaftlichen Gemeinschaftswerk und einer dazugehörigen Tagung zu ehren. Wegen des enger gezogenen Rahmens wurde die thematische Aufmerksamkeit im Vergleich zur großen Festschrift „Wirtschaft – Verwaltung – Recht“ aus dem Jahr 2008 deutlich enger gefasst und auf zwei Aspekte konzentriert: Entwicklungen im Ausland, die durch drei akademische Schüler aus China und Korea vorgestellt werden sowie neue Entwicklungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, die drei akademische Schüler aus Deutschland präsentieren. Hinzu kommt ein Blick auf die Schwerpunkte des wissenschaftlichen Wirkens von Rolf Stober in den letzten zehn Jahren.

Die Drucklegung dieses Sammelbandes wurde möglich, weil der BDSW (Bundesverband der Sicherheitswirtschaft), ein langjähriger Kooperationspartner im Wirken von Rolf Stober, sich zur Übernahme der Druckkosten bereit erklärt hat. Herausgeber und Autoren möchten mit diesem Band ihren Dank und ihre persönliche und akademische Verbundenheit mit dem Jubilar zum Ausdruck bringen und ihm weiterhin viele Jahre erfüllten und fruchtbaren Lebens und Wirkens wünschen.

*Hamburg/Halle/Chemnitz*

*Sven Eisenmenger, Winfried Kluth, Stefan Korte*



# Rolf Stober – Zehn Jahre Unruhestand

Prof. Dr. Winfried Kluth<sup>1</sup>

I.	Kontinuität .....	9
II.	Vertiefung und Erweiterung.....	10
III.	Nachhaltigkeit .....	11

## I. Kontinuität

Mit der Festschrift „Wirtschaft – Verwaltung – Recht“ haben Schüler, Kollegen und Kooperationspartner von *Rolf Stober* vor zehn Jahren sein facettenreiches wissenschaftliches Wirken umfassend gewürdigt. Im Vordergrund standen dabei das Wirtschaftsrecht und das Sicherheitsrecht, wobei das Wirtschaftsverfassungsrecht in seinen Bezügen zu den verschiedenen Rechtsebenen ebenso prominent vertreten war wie das Wirtschaftsverwaltungsrecht. Letzterem hat *Rolf Stober* in den folgenden Jahren bis in die Gegenwart durch die Fortsetzung der Arbeit an den beiden Bänden seines Lehrbuchs zum Wirtschaftsverwaltungsrecht große Aufmerksamkeit geschenkt. Die Einbeziehung von *Stefan Korte* (Band 1, mit der 19. Auflage) und *Sven Eisenmenger* (Band 2 seit der 15. Auflage) als Koautoren lässt zudem erkennen, dass die langfristige Fortführung der beiden Standardwerke nicht vergessen wurde.

Das gleiche gilt für das Allgemeine Verwaltungsrecht. Bei dem 2017 in 13. Auflage erschienenen ersten Band des *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, der als einziges Werk im deutschen Markt für das Allgemeine Verwaltungsrecht das Format des großen Lehrbuchs ausfüllt, ist in Teilen ebenfalls die Bearbeitung an die jüngeren Kollegen übertragen worden. Zugleich hat *Rolf Stober* wieder dazu beigetragen, neue Entwicklungen aufzugreifen und die Bearbeitung der Neuauflage nicht auf eine reine Fortschreibung und Aktualisierung des Textbestandes zu beschränken.

Erfolgreich fortgeführt wurde schließlich das gemeinsam mit *Marian Paschke* herausgegebene und in seiner Form ebenfalls einmalige Lehrbuch zum Deutschen und Internationalen Wirtschaftsrecht, das 2017 in dritter Auflage erschienen ist und alle wichtigen Materien des Wirtschaftsrechts abdeckt.

---

<sup>1</sup> Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg.



## II. Vertiefung und Erweiterung

Mir der Fortführung der bestehenden Projekte hat sich Rolf Stober aber nicht begnügt. Sein Gespür für neue Themenfelder und Fragestellungen prägt auch die letzten zehn Jahre seine wissenschaftlichen Wirkens. Dabei steht das Themenfeld der Compliance in Bezug auf die öffentliche Verwaltung im Vordergrund.

Erste Beschäftigungen mit diesem Themenfeld lassen Aufsätze aus seiner Feder bereits ab dem Jahr 2005 erkennen.<sup>2</sup> In der Folgezeit hat er das Thema mit weiteren Veröffentlichungen und der Organisation von Fachtagungen weiter erschlossen. Das sichtbare Ergebnis stellt das 2015 erschienene, zusammen mit Rechtsanwältin *Nicola Ohrtmann* herausgegebene Handbuch Compliance dar.<sup>3</sup> Es ist nicht der Compliance insgesamt, insbesondere nicht dem Bereich der Unternehmenswirtschaft und der Verbände, die das Thema schon früher entdeckt und aufgegriffen haben, gewidmet, sondern der öffentlichen Verwaltung. Dieser konzeptionelle Transfer wurde und wird kritisch beurteilt, weil vielfach die Ansicht vertreten wird, die Gesetzesbindung der öffentlichen Verwaltung und ihre Absicherung durch die umfassende verwaltungsgerechtliche Kontrolle seien ausreichende Sicherungsinstrumente der Legalität. Die Einführung zusätzlicher Compliancestrukturen sei deshalb überflüssig.

*Rolf Stober* hat das mit guten Gründen anders gesehen. Wer die von ihm verfassten Abschnitte im Handbuch liest, versteht auch, dass ihn dabei die tiefgründige Kenntnis der Strukturen der Wirtschafts-, Sicherheits- und Umweltverwaltung geleitet haben, wobei für ihn die verwaltungswissenschaftliche Dimension dazugehört. Die Bezugnahme auf den ehrbaren Kaufmann und (allgemeiner verstanden) das Verwaltungsethos sind für ihn deshalb ebenso wichtige Bestandteile einer guten Verwaltung (Good Governance) wie die formale Gesetzesbindung.

Der Blick auf die Gesamtanlage und Durchführung des Handbuchs lassen wichtige Merkmale des wissenschaftlichen Arbeitens von Rolf Stober erkennen. Drei Aspekte seien an dieser Stelle hervorgehoben:

Erstens sein souveräner Umgang mit thematischer Komplexität, vor deren Bewältigung er nie zurückgeschreckt ist und der er auch dadurch Rechnung getragen hat, dass er fachlich „passende“ Autorenteams zusammengestellt hat. Zugleich hat er dabei nicht bei den Grenzen seines eigenen Arbeitsgebiets Halt gemacht, sondern angren-

---

<sup>2</sup> Stober, Customer Relationship Management, Risikomanagement und Wirtschaftsverwaltungsmanagement, DÖV 2005, 333 ff.

<sup>3</sup> Stober/Ohrtmann (Hrsg.), Compliance. Handbuch für die öffentliche Verwaltung, 2015.



zende Disziplinen überall dort einbezogen, wo dies für Verständnis und Anwendung wichtig ist. So weist das Handbuch auch die kriminalwissenschaftliche Sichtweise aus.

Zweitens Durchdringungstiefe und Kohärenz der Darstellung. Die einzelnen Abschnitte sind bis ins Detail aufeinander abgestimmt und es wird vermieden, dass die von den verschiedenen Autoren bearbeiteten Texte unverbunden nebeneinander stehen. Das wird bereits bei einem Blick auf die Gliederung deutlich, die erkennen lässt, dass die Abschnitte zum Teil durchaus mosaikartig durch die Autoren erstellt wurden, um jeweils die größte Fachkompetenz zu den einzelnen Themenfeldern zur Geltung kommen zu lassen.

Dies leitet über zum dritten Aspekt, dem Organisationsvermögen. Wer ein so gut durchkomponiertes Werk mit einer großen Anzahl von Autoren in überschaubarer Zeit zum Abschluss bringen will, muss sich mit Organisation und Motivation gut auskennen.

### **III. Nachhaltigkeit**

Auf einen knappen Nenner gebracht kann das wissenschaftliche Arbeiten von *Rolf Stober* schlicht als nachhaltig bezeichnet werden. Dazu gehört neben den bereits erwähnten Gesichtspunkten auch die soziale Dimension, denn *Rolf Stober* versteht die wissenschaftliche Kooperation immer zugleich als humane Interaktion und schenkt seinen Mitstreitern große Aufmerksamkeit. Diese schließt neben freundschaftlichem Umgang auch konstruktive kritische Hinweise mit ein. Der hohe wissenschaftliche Anspruch und die Freude am Fortschritt werden auch auf diese Weise geteilt.





# Persönliche Daten als Eigentum

*Prof. Dr. Libin Xie<sup>1</sup>*

<b>I.</b>	<b>Einführung</b> .....	<b>13</b>
<b>II.</b>	<b>Persönliche Daten und deren Vermögenswert</b> .....	<b>15</b>
<b>III.</b>	<b>Eigentumsrechtliche Zuordnung von persönlichen Daten unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte</b> .....	<b>16</b>
	1. Sozialer Ausgleich .....	16
	2. Gleichheitsgrundsatz .....	17
	3. Effizienter und vorbeugender Rechtsschutz.....	18
	4. Bedürfnisse der Informationswirtschaft .....	18
	5. Zwischenergebnis: persönliche Daten als Eigentum .....	19
<b>IV.</b>	<b>Einwände</b> .....	<b>19</b>
	1. Persönliche Daten als Immaterialgut.....	20
	2. Persönlichkeitsansatz.....	20
	3. Problematik der Redefreiheit.....	22
	4. Bereits ausreichender Schutz durch das Deliktsrecht? .....	23
<b>V.</b>	<b>Fazit und rechtspolitische Konzeption</b> .....	<b>24</b>

## **I. Einführung**

Die Digitalisierung der Lebenswelt ist nicht mehr aufzuhalten. Wirtschaftsbürger nahezu jeden Alters und in jeder Lebenslage können nicht mehr allein gelassen und unbemerkt leben. Sein alltägliches Verhalten wird mit Internet, Smartphone, Navigationssystemen, Fitnessarmbändern, Google Glass und sonstigen smarten Dingen rund um die Uhr erfasst, was dazu führt, dass jeder automatisch Datenproduzent wird. Dies führt notwendigerweise zum Verlust der Privatheit. Der Mensch wird immer mehr ein intensiv beobachtetes Objekt. Entsprechende Gefährdungspotentiale sind ernst zu nehmen. Weit und breit herrscht der Konsens, dass persönliche Daten vor Missbräuchen zu schützen sind. Der Gesetzgeber hat teilweise schon darauf reagiert. So wurde § 253 des chinesischen Strafgesetzbuches 2015 dahingehend geändert, dass der rechtswidrige Verkauf oder die rechtswidrige Zurverfügungstellung von persönlichen Daten an Dritte, sowie Diebstahl oder sonstiger Erwerb von persönlichen Daten unter Strafe gestellt werden. § 111 des 2017 verabschiedeten chinesischen BGB-AT sieht auch vor, dass persönliche Daten von natürlichen Personen rechtlich geschützt sind.

---

<sup>1</sup> Prof. Dr. XIE Libin, Chinesisch-Deutsches Institut für Rechtswissenschaft, China University of Political Science and Law, Peking, China.



Neben solchen bereits geltenden gesetzlichen Bestimmungen wird dem Gesetzgeber dringend empfohlen, noch ein Gesetz zum Schutz von persönlichen Daten zu verabschieden.<sup>2</sup>

Neben dem Schutz vor Missbrauch sollte man auch einen anderen Aspekt der Problematik im Blick behalten: Die technische Verwertung von persönlichen Daten hat auch Optimierung des Lebens, Arbeitserleichterung, Senkung von Kosten, wirtschaftliche Effizienz usw. in allen möglichen Lebensbereichen zur Folge. Dabei könnten wirtschaftliche Werte geschöpft werden. Somit beinhaltet die Thematik persönlicher Daten eventuell auch eine eigentumsrechtliche Dimension, die bisher eher im Hintergrund steht und in der Wissenschaft nur stiefmütterlich behandelt wird. Obwohl der Gesetzgeber diese Dimension schon erahnt hat, kann er sie wegen fehlender wissenschaftlicher Durchdringung noch nicht umfassend regeln. So hat der Gesetzgeber sich bei der Ausarbeitung des BGB-AT damit abfinden müssen, diese Frage künftigen Gesetzgebungsaktivitäten zu überlassen. § 127 des BGB-AT sieht vor: „Gesetzliche Bestimmungen, die Daten und virtuelle Eigentumspositionen im Internet schützen, bleiben unberührt.“ Diese Vorschrift zeigt, dass die persönlichen Daten rechtlich als Eigentum geschützt werden könnten, aber nicht müssen. Damit ist die wissenschaftliche Klärung, ob persönliche Daten Eigentum darstellen, von großer Bedeutung. Vor diesem Hintergrund befasst sich der vorliegende Aufsatz mit der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Frage, ob persönliche Daten in den Schutzbereich des Eigentums i.S.d. Art. 13 der chinesischen Verfassung (nachfolgend als „CV“) fallen.

Nach der Klärung, was unter persönlichen Daten zu verstehen ist, wird untersucht, ob diese eigentlich Vermögenswert haben. Anschließend wird über die Zuordnung des vermögensrechtlichen Wertes unter unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten diskutiert, bevor ein Zwischenergebnis präsentiert wird. Daraufhin ist auf mögliche Einwände einzugehen. Der Beitrag endet mit einem Fazit und ein paar rechtspolitischen Überlegungen. Dabei werden neben relevantem Schrifttum auch deutschsprachige Werke zu ähnlichen Problemstellungen im deutschen Kontext berücksichtigt. Punktuell werden die Argumente, die zu den chinesischen Verhältnissen passen, übernommen.

---

<sup>2</sup> Siehe z. B. Wang Liming, Lu Geren Xinxi de Falv Baohu, in: Xiandai Faxue 2013 Nr. 4, S. 70; Yu Zhigang, „Gongmin Geren Xinxi“ de Quanli Shuxing zu Xingfa Baohu Silu, in: Zhejiang Shehui Kexue 2017 Nr. 10, S. 9.



## II. Persönliche Daten und deren Vermögenswert

Unter „persönlichen Daten“ als ein wissenschaftlicher Begriff kann man Verschiedenes verstehen. Eine Einigung ist noch nicht ersichtlich.<sup>3</sup> In mehreren Rechtsakten, wie dem Gesetz zur Internetsicherheit oder dem Beschluss des Ständigen Ausschuss des Nationalvolkskongresses zur Verbesserung des Schutzes von Internetinformationen, werden unterschiedliche Definitionen genutzt.<sup>4</sup> Für den Zweck der vorliegenden Studie fallen zuerst Angaben über eine bestimmte oder bestimmbare Person wie diejenigen über Name, Alter, Geschlecht, ethnische Herkunft, religiöse Überzeugungen, Gesundheit, Sexualorientierung darunter. Darüber hinaus sind Daten, die das Verhalten einer Person aufzeichnen, auch persönliche Daten. Persönliche Daten sind von Industriedaten abzugrenzen, und zwar dadurch, dass Industriedaten wie technische Daten eines Autos, eines Motors an einem Flugzeug überhaupt keinen oder keinen nennenswerten Personenbezug aufweisen, während persönliche Daten immer auf konkrete Personen zurückzuführen sind.

In der Informationswirtschaft gewinnt die kommerzielle Verwertung von persönlichen Daten als ein immer wichtiger werdender Wirtschaftsfaktor an Bedeutung. Unternehmen können vielfältige erfolgversprechende Geschäftsmodelle, die sich mit Datenerhebung, Speicherung, Sammlung, Vernetzung, Bearbeitung, Verwertung und sogar Vermarktung befassen, entwickeln. Beispielsweise nutzt ein weit angewendetes Geschäftsmodell persönliche Daten bei der Vermarktung von Waren und Dienstleistungen. Dabei wird zuerst das Konsumverhalten einer Person durch Verknüpfung der gesammelten persönlichen Daten, darunter auch auf den ersten Blick eher belanglose persönlichen Daten, detailliert und vollständig erfasst und dieser Person zugeordnet. Die Vernetzung und die Aggregation der Daten ermöglicht es, die betroffene Person bis zum letzten Detail kennen zu lernen. Am Ende entstehen Profile von Verbrauchern. Suchmaschinen und Onlineverkäufer nutzen solche Profile für gezielte, individuelle und maßgeschneiderte Werbung für Waren und Dienstleistungen. Technisch läuft der Vorgang geräuschlos und reibungslos, etwa dadurch, dass ein auf einer Internetseite eingeführtes Plug-In die Daten eines Nutzers automatisch an den Anbieter des Plugins überträgt.<sup>5</sup> Damit erfährt der Anbieter sofort, wer die Internetseite gerade aufruft und

---

<sup>3</sup> Vgl. Guo Minglong, Lun Ge Ren Xin Xi Zhi Shang Pin Hua, in: Fa Xue Lun Tan 2012 Nr. 6, S. 108 ff; Xie Yuanyang, XInxilu Shijiao xia Geren Xinxi de Jiazhi, in: Tsinghua University Law Journal 2015 Nr. 3, S. 97 ff; Yang Weiqin, Jjiazhi Weidu zhong de Geren Xinxi Quanshu Moshi Kaocha, in: Faxue Pinglun 2016 Nr. 4, S. 66 f.

<sup>4</sup> Siehe Yu Zhigang, „Gongmin Geren Xinxi“ de Quanli Shuxing zu Xingfa Baohu Silu, in: Zhejiang Shehui Kexue 2017 Nr. 10, S. 5 ff.

<sup>5</sup> LG Düsseldorf, MMR 2016, 328, 329 m. Anm. Föhlisch/Pilous.



welche Waren und Dienstleistungen zu welchen Preisen für die Person von Interesse sein könnten. Aufgrund solcher Informationen werden neuartige maßgeschneiderte individuelle Waren und Dienstleistungen zu für ihn akzeptablen Preisen angeboten. Als Folge dessen können die Unternehmen lukrative Gewinne erwirtschaften. In der Praxis kam es daher zu gerichtlichen Auseinandersetzungen in China. 2014 musste ein Gericht untersuchen, ob Baidu, die führende Suchmaschine in China, durch Anwendung von Cookies Internetverhalten von Internetnutzern erfassen und für kommerzielle Zwecke verwerten darf, was mehr Fragen aufgeworfen als beantwortet hat.<sup>6</sup> Persönliche Daten können auch für weitere Geschäftsmodelle angewandt werden. Beispielsweise können Unternehmen persönliche Daten wie Einkommensverhältnisse von zahlreichen Bürgern analysieren, um künftige Konsumbedürfnisse einzuschätzen. Die Entwicklung ist auch ohne große Mengen von persönlichen Daten nicht abschätzbar. Insgesamt sind die Möglichkeiten, wie persönliche Daten kommerziell verwertet werden, unbegrenzt. Es ist mit der Entstehung zahlreicher innovativer Geschäftsmodelle zu rechnen.

Durch Verwertung von persönlichen Daten in unterschiedlichsten Geschäftsmodellen werden Gewinne erwirtschaftet. So betrachtet weisen persönliche Daten einen Vermögenswert auf.<sup>7</sup> Wem der Vermögenswert von persönlichen Daten zugeordnet werden soll, ist im Folgenden zu klären.

### **III. Eigentumsrechtliche Zuordnung von persönlichen Daten unter Berücksichtigung verfassungsrechtlicher Gesichtspunkte**

Die Frage, wem der Vermögenswert von persönlichen Daten zusteht, soll unter Berücksichtigung einer Reihe von verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten beantwortet werden.

#### **1. Sozialer Ausgleich**

China ist ein sozialistisches Land (Art. 1 Abs. 1 CV). Daher darf sozialer Ausgleich bei der Gestaltung der Rechtsordnung nicht außer Acht gelassen werden. Solange kein gleichmäßiges Kräfteverhältnis zwischen zwei Parteien existiert, soll der Staat bei mit der allgemeinen Gerechtigkeitsauffassung schwer zu vereinbarenden gesellschaftlichen Machtverhältnissen unterschiedlicher Formen die Starken beschränken und die

---

<sup>6</sup> Zivilurteil 5028 von Nanjing Intermediate People's Court 2014.

<sup>7</sup> Wandtke, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, MMR 2017, S. 5.



Schwachen unterstützen.<sup>8</sup> Für die hier interessierende Fragestellung muss ein gerechter Ausgleich zwischen dem persönliche Daten verwertenden Unternehmen und dem originären Inhaber hergestellt werden.

In der Wirklichkeit liegt kein gleichmäßiges Verhältnis zwischen Wirtschaftsbürgern als Datenproduzenten und Unternehmen als Datennutzern vor. Aufgrund wirtschaftlicher Stärke, technischer und wirtschaftlicher Überlegenheit sowie klaren Informationsvorsprungs sind Unternehmen in der Lage, persönliche Daten einseitig zu erheben und zu verwerten. Diesem Zustand kann dadurch entgegengewirkt werden, indem persönliche Daten eigentumsrechtlich ihren Inhabern zugeordnet werden. Die Anerkennung von persönlichen Daten als Eigentum wird die Stellung der Verbraucher spürbar stärken. Damit werden die Unternehmen gezwungen, mit den Einzelnen zu verhandeln und ihnen interessante Angebote zu machen, um das Recht zu erwerben, die persönlichen Daten von den Einzelnen zu nutzen. Dem Einzelnen wird ermöglicht, selber mit den Unternehmen über die Preisgabe seiner persönlichen Daten nach seinen Prioritäten zu verhandeln. Dadurch könnte ein sozial ausgeglichenes Verhältnis zwischen dem Wirtschaftsbürger als Dateninhaber und dem Unternehmen entstehen.

## **2. Gleichheitsgrundsatz**

Nach der Gleichheitsklausel des Art. 33 Abs. 2 CV soll wesentlich gleiches gleich und wesentlich ungleiches ungleich behandelt werden.<sup>9</sup> Aus dieser Perspektive sollen persönliche Daten etwa wie Geschäftsgeheimnisse behandelt werden. Zwischen den beiden gibt es keine wesentlichen Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung fordern bzw. rechtfertigen. Da Geschäftsgeheimnisse als Eigentum geschützt werden, soll dieser Schutz persönlichen Daten nicht vorenthalten werden. Natürlich kann dagegen der Einwand erhoben werden, dass Geschäftsgeheimnisse auf die darin investierte Eigenleistung zurückzuführen sind. Da die durch Eigenleistung erworbenen Vorteile eher als Eigentum anerkannt werden sollen, sollen Geschäftsgeheimnisse aus diesem Grund als Eigentum geschützt werden. Hingegen sind persönliche Daten nicht mit Eigenleistung der Betroffenen, sondern eher mit den Investitionen von Unternehmen verbunden. Dieser Einwand kann einer gründlichen Analyse nicht standhalten. Nicht alle Geschäftsgeheimnisse können auf Eigenleistung zurückgeführt werden. Zum Beispiel ist die Liste von Stammkunden nicht das Ergebnis einer erbrachten Eigenlei-

---

<sup>8</sup> Libin Xie, Chinesisches und deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Köln 2007, S. 17; zum ähnlichen Sinngehalt des deutschen Sozialstaatsprinzips siehe etwa Zippelius/Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 32. Aufl., S. 132.

<sup>9</sup> Näher dazu Libin Xie, Chinesisches und deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht, Köln 2007, S. 77 ff.



tung.<sup>10</sup> Daher sollen persönliche Daten wie die Geschäftsgeheimnisse als Eigentum geschützt werden.

Mit dem Gleichbehandlungsgebot wäre es auch eher vereinbar, wenn sowohl ideelle als auch vermögensrechtliche Komponenten von persönlichen Daten rechtlichen Schutz genießen. Da die ideellen Komponenten schon durch Persönlichkeitsrechte geschützt werden, sollen auch die vermögensrechtlichen Komponenten als Eigentum geschützt werden.

### **3. Effizienter und vorbeugender Rechtsschutz**

Um Verletzungen von Persönlichkeitsrechten in der Form von Missbräuchen von persönlichen Daten zu vermeiden bzw. zu reduzieren, sollten persönliche Daten als Eigentum anerkannt werden.

In der Geschäftswelt basieren die Aktivitäten auf Kosten-Nutzen-Kalkulationen. Wenn ein (potentieller) Rechtsverletzer mit den entsprechenden wirtschaftlichen Nachteilen rechnen muss, wird er von sich aus von Geschäftsmodellen, die durch Missbrauch von persönlichen Daten Gewinne erzielen, absehen. In der bisherigen Praxis stellt der Missbrauch von persönlichen Daten lediglich eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts dar. Die Person, deren persönliche Daten missbraucht werden, kann in der Regel keinen Schadensersatz beanspruchen, da grundsätzlich kein materieller Schaden anerkannt wird. Der etablierte Schutzmechanismus für Persönlichkeitsrechte wirkt deshalb aus der wirtschaftlichen Perspektive nicht ausreichend abschreckend, um Missbrauch von persönlichen Daten zu vermeiden. Um Rechtsverletzungen effizient zu bekämpfen, sollen die Kosten von Rechtsverletzungen gesteigert werden. Ein wirksames Mittel, die Kosten von Rechtsverletzungen zu steigern, besteht darin, persönliche Daten als Eigentum anzuerkennen und dem Rechtsverletzer auch eigentumsrechtliche Rechenschaften aufzubürden.

### **4. Bedürfnisse der Informationswirtschaft**

Wenn die Volkswirtschaft wächst, können manche Verfassungsziele besser und schneller verwirklicht werden. Die Gewährleistung von Sozialgrundrechten bietet ein anschauliches Beispiel: Die chinesische Verfassung sieht eine Reihe von Sozialgrundrechten vor, deren Verwirklichung auf Finanzmittel angewiesen ist. Nur im Rahmen des finanziell Möglichen können die Bürger Sozialgrundrechte genießen. In diesem Geiste sieht Art. 14 Abs. 4 CV vor: „Der Staat errichtet ein ausgewogenes soziales Sicherungssystem, das mit dem Niveau der wirtschaftlichen Entwicklung in Überein-

---

<sup>10</sup> Liu Deliang, Ge Ren Xin Xi de Cai Chan Quan Bao Hu, in: Fa Xue Yan Jiu, 2007 Nr. 3, S. 88.



stimmung steht.“ Angesichts der Bedeutung des Wirtschaftswachstums für die Verwirklichung der Verfassungsziele ist es verfassungsrechtlich geboten, günstige Rahmenbedingungen für die Volkswirtschaft zu schaffen.

In dem digitalen Zeitalter gewinnt die Informationswirtschaft als eine Branche, für die u.a. die Verwertung von persönlichen Daten unentbehrlich ist, immer mehr an Bedeutung für die gesamte Volkswirtschaft. Um das Wachstum dieses Wirtschaftszweigs zu fördern, sollen Daten aller Art einschließlich persönlicher Daten möglichst ungehindert und geordnet fließen können, damit Wertschöpfung überhaupt möglich wird.<sup>11</sup> Wenn die persönlichen Daten ausschließlich oder hauptsächlich durch Persönlichkeitsrechte geschützt werden, stehen die Sammlung, die Verarbeitung, die Weitergabe und die Anwendung von persönlichen Daten als potentielle Verletzungen der Persönlichkeitsrechte unter Generalverdacht. Um die Persönlichkeitsrechte zu schützen, sollen die persönliche Daten möglichst selten gesammelt, verarbeitet, weitergegeben und genutzt werden. Dies steht mit den Bedürfnissen der Informationswirtschaft im Konflikt. Wenn die persönlichen Daten als Eigentum der Betroffenen geschützt werden, können Unternehmen durch Vereinbarung mit den Einzelnen die Befugnisse erwerben, ihre persönlichen Daten zu sammeln und davon Gebrauch zu machen. So kann die Informationswirtschaft sich schnell(er) entwickeln, was letztendlich dem Wohlergehen der Allgemeinheit zugutekommt. Das steht auch im Interesse von Wirtschaftsbürgern als Inhaber ihrer persönlichen Daten, da sie von der mit innovativen Geschäftsmodellen hervorgebrachten Lebenserleichterung profitieren werden.

## **5. Zwischenergebnis: persönliche Daten als Eigentum**

Die bisherige Untersuchung ergibt, dass ein immaterialgüterrechtliches Eigentum an persönlichen Daten dem Wirtschaftsbürger zugeordnet werden soll. Dies wird dadurch ausreichend legitimiert, dass der Wirtschaftsbürger mit seinem eigenen Verhalten persönliche Daten, die einen Vermögenswert besitzen, produziert.

## **IV. Einwände**

Das oben genannte Zwischenergebnis ist mehreren Einwänden ausgesetzt. Darauf ist einzugehen.

---

<sup>11</sup> Hu Ling, Shangze Moshi Shijiao Xiade „Xinxi/Shuju“ Chanquan, in: Shanghai Daxue Xuebao (Shehui Kexueban) 2017 Nr. 6, S. 6.



## 1. Persönliche Daten als Immaterialgut

Man könnte argumentieren, dass persönliche Daten als Immaterialgut nicht durch Art. 13 CV geschützt werden können. Die chinesische Verfassung ist von einem gegenständlich gedachten Eigentumsverständnis geprägt. Dies kommt an mehreren Stellen der Verfassung zum Ausdruck. So sieht Art. 9 Abs. 1 CV u.a. vor, dass „Bodenschätze, Gewässer, Wälder, Berge, Grassteppen, Ödland, Strände und andere Naturressourcen dem Staat gehören“. Vor der Verfassungsänderung 2004 schützt der Staat nach Art. 13 Abs. 1 CV ausdrücklich „das Recht der Bürger auf Eigentum an ihrem legal erworbenen Einkommen, Ersparnissen, Häusern und an anderem legalen Vermögen.“ Eine Gesamtbetrachtung der chinesischen Verfassung macht deutlich, dass sich die chinesische Verfassung beim Eigentumsschutz an Materialgütern orientiert.

Dieser Argumentation muss widersprochen werden. Um das verfassungsrechtlich gewährleistete Eigentum richtig zu fassen, muss man sich von einem tradierten bewussten oder unbewussten gegenständlich gedachten Eigentumsverständnis befreien. Es ist nicht zu leugnen, dass das von Materialgütern geprägte Eigentumsverständnis an mehreren Stellen der chinesischen Verfassung zum Niederschlag kommt. Allerdings ist das verfassungsrechtliche Eigentum kein unveränderliches Gebilde, sondern dynamisch zu konstruieren. Als ein Grundrecht dient die Eigentumsgarantie dazu, dem Bürger die materielle Voraussetzung für seine Freiheit zu gewährleisten. Aus diesem Grund ist der Schutzbereich des Eigentums weit zu fassen. Demgemäß sind auch Immaterialgüterrechte als Eigentum anzuerkennen. Dies wird auch bestätigt durch die Änderung des Art. 13 CV im Jahr 2004, die sich von der bisherigen Auflistung von Gegenständen verabschiedete und für eine allgemeine Formulierung „privates Eigentum“ entschied.

Zusammengefasst steht fest, dass der Schutz von persönlichen Daten als Eigentum nicht daran scheitert, dass persönliche Daten ein Immaterialgut darstellen.

## 2. Persönlichkeitsansatz

Ein ernstzunehmendes Argument gegen die Anerkennung von persönlichen Daten als Eigentum lautet, dass persönliche Daten ausschließlich Gegenstand von Persönlichkeitsrechten sind und nicht gleichzeitig Gegenstand von Eigentum sein können. Das Persönlichkeitsrecht sei danach ein nicht vermögenswertes subjektives Recht, das der Rechtsträger im Hinblick auf Elemente der Persönlichkeit wie das Leben, die Gesundheit, das eigene Bild, und die Privatheit genießt und mit dem Rechtsträger untrennbar verbunden sei. Das Besondere bei dem Persönlichkeitsrecht bestehe darin, dass es keinen vom Rechtsträger getrennten Schutzgegenstand habe. Aus diesem Grund sei das Persönlichkeitsrecht dem Einzelnen immanent, unveräußerlich, unverzichtbar und sei



untrennbar mit der Person verbunden. Soweit die Gegenstände des Persönlichkeitsrechts als Eigentum eingestuft werden, werden die Persönlichkeitselemente objektiviert. Letztendlich führt es zu einer Objektivierung des Subjekts. Die Schutzgegenstände des Persönlichkeitsrechts hätten dann einen Preis, was weitverbreiteten Rechtsverletzungen Tür und Tor öffnet. Vor diesem Hintergrund sei es inakzeptabel, dass die Persönlichkeitselemente als Eigentum angesehen werden.<sup>12</sup>

Allerdings ist diese Argumentation nicht ganz schlüssig: Dass alle Gegenstände des Persönlichkeitsrechts absolut dem Individuum immanent und vom Individuum untrennbar sind, überzeugt nicht. Hier ist eine differenziertere Betrachtung angebracht. Richtig ist, dass die Persönlichkeitsrechte nicht nur ideelle Interessen schützen, sondern auch eine vermögensrechtliche Qualität besitzen.<sup>13</sup> Dementsprechend soll man ideelle Bestandteile von vermögensrechtlichen Bestandteilen des Persönlichkeitsrechts klar unterscheiden.<sup>14</sup> Die ideellen Bestandteile des Persönlichkeitsrechts sind anerkanntermaßen unauflöslich mit der Person verbunden und deshalb unverzichtbar, was auch von der persönlichen Würde nach Art. 38 CV geboten ist. Allerdings hindert diese Eigenschaft der ideellen Bestandteile nicht daran, dass die vermögensrechtlichen Komponenten gebührend gewährleistet werden sollen. Die Möglichkeit für Prominente, unter der geltenden Rechtslage Chinas ihre Namen und Bildnisse gegen Entgelt als Werbemittel einsetzen zu lassen, ist ein Beweis dafür, dass Persönlichkeitsrechte schon vermögensrechtlichen Wert schützen. Dies wird auch dadurch bestätigt, dass die unzulässige Verwertung eines Bildnisses oder eines Namens für die Werbung eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt und deliktsrechtlich zu vermögensrechtlichen Schadenersatzansprüchen führt. Diese Sachlogik soll man offen auf alle persönlichen Daten übertragen, um eine Diskriminierung von „kleinen Leuten“ gegenüber Prominenten zu vermeiden. Danach soll persönlichen Daten aller Art eine vermögensrechtliche Komponente zugebilligt werden. Hingegen wird deren Tauschwert nicht aufgehoben, sondern nur verschleiert, wenn die persönlichen Daten nur persönlichkeitsrechtlich geschützt werden. Damit wird deutlich, dass der Persönlichkeitsrechtsschutz an der personalen Schutzbedürftigkeit auszurichten ist, während sich der Eigentumsrechtsschutz der persönlichen Daten an den Vermögensinteressen orientiert. Daraus folgt, dass die persönlichen Daten in unterschiedlichen Zusammenhängen unterschiedlich zu interpretieren sind. Der Normzweck des Persönlichkeitsrechts, die Per-

---

<sup>12</sup> Wang Liming, Ren Ge Quan Fa Yan Jiu, Verlag Renmin University of China 2005, S. 13 ff.

<sup>13</sup> Zur ähnlichen Rechtslage in Deutschland siehe BVerfG NJW 2000, 2195, 2196.

<sup>14</sup> Zhang Junhao (Hrsg.), Min Fa Xue Yuan Li, Verlag China University of Political Science and Law 1997, S. 135 ff.



son in ihrem Persönlichkeitsrecht vor Beeinträchtigungen zu schützen, stellt den Personenbezug der Daten in den Vordergrund. Somit kommt es darauf an, ob die Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse seiner bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person betroffen sind. Solange das technisch erfasste Verhalten des Wirtschaftsbürgers anonymisiert ist, wird eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts vermieden. Anders als der Persönlichkeitsschutz dient der Eigentumsschutz von persönlichen Daten dazu, dem Rechtsinhaber die Privatnützigkeit des Eigentumsobjekts zu sichern. Damit wird der Eigentumsschutz für persönliche Daten von der persönlichkeitsrechtlichen Schutzbedürftigkeit entkoppelt.

Alles in allem schließen sich der persönlichkeitsrechtliche Bezug und der eigentumsrechtliche Bezug der persönlichen Daten gegenseitig nicht aus. Der Wirtschaftsbürger als Akteur betätigt sich in der Informationswirtschaft als Rechtsinhaber von Persönlichkeitsrechten und Eigentumsrechten. Dementsprechend soll die Rechtsordnung sowohl den Persönlichkeitsschutz als auch den Eigentumsschutz von persönlichen Daten gewährleisten.

### 3. Problematik der Redefreiheit

Ein dritter, weit verbreiteter Einwand gegen die Anerkennung von persönlichen Daten als Eigentum behauptet die Unvereinbarkeit mit der Redefreiheit. Die Anhänger dieser Meinung weisen darauf hin, dass Informationen die Grundlage für Äußerungen darstellen. Um diese Freiheit sinnvoll auszuüben, ist es notwendig, dass der Bürger sich umfassend informiert. Nur aufgrund von den dabei erworbenen Informationen kann der Bürger überhaupt anderen Mitbürgern Tatsachen mitteilen, sich eine Meinung bilden und sich sinnvoll am Gedankenaustausch mit den anderen beteiligen. Wenn die persönlichen Daten generell vom öffentlichen Informationsverkehr ausgenommen werden, wäre die sinnvolle Ausübung der Redefreiheit ausgeschlossen. Dies wäre der Fall, wenn persönliche Daten als Eigentum geschützt würden. So könnten Private als Eigentümer von ihren persönlichen Daten den Mitbürgern die Nutzung von solchen Informationen einschränken oder verbieten mit der Folge, dass normale Kommunikation nicht mehr zustande kommen und die Redefreiheit darunter leiden würde.<sup>15</sup>

Bei einem genaueren Hinsehen ist dieser Einwand unbegründet. Die Anerkennung persönlicher Daten als Eigentum führt nicht zu einer unzumutbaren Einschränkung der Redefreiheit.. Eine absolute, unbegrenzte Redefreiheit aber ist der chinesischen Verfassung fremd: Während der Bürger nach Art. 35 CV sowohl Tatsachen behaupten als

---

<sup>15</sup> Jessica Litman, Information Privacy/ Information Property, 52 Stan. L. Rev. 1283.



auch seine Meinung zu einer Tatsache äußern darf, ist diese Redefreiheit nicht unbegrenzt. Art. 51 CV sieht vor, dass die Bürger bei der Ausübung ihrer Freiheiten und Rechte die Interessen des Staates, der Gesellschaft und des Kollektivs oder die rechtmäßigen Freiheiten und Rechte anderer Bürger nicht verletzen dürfen. Somit sind die Rechte anderer Bürger eine verfassungsmäßige Schranke für alle Grundrechte,<sup>16</sup> auch für die Redefreiheit. Beispielsweise darf der Bürger nicht unter dem Deckmantel der Redefreiheit die Ehre der Bürger, die ebenfalls als Grundrecht des Art. 38 CV verbrieft wird, verletzen. Ebenso wenig dürfen vertrauliche, intime persönliche Informationen wie Erkrankungen weitergegeben werden. Dies ist ohne weiteres mit der Redefreiheit des Art. 35 CV vereinbar. Dass die Ausübung der Redefreiheit persönliche Daten als Eigentum anderer Bürger nicht verletzen darf, ist also durchaus mit der Einschränkung der Redefreiheit vereinbar.

Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die Anerkennung der persönlichen Daten als Eigentum nicht zu einer unzumutbaren Behinderung der normalen Kommunikation unter den Bürgern führen würde. Der Schutz der persönlichen Daten als Eigentum hat nur zum Ergebnis, dass die wirtschaftlichen Interessen, die durch die Nutzung der persönlichen Daten entstehen, grundsätzlich dem Inhaber solcher Daten vollständig oder zum Teil zustehen. Wenn die persönlichen Daten nicht zu wirtschaftlichen Zwecken genutzt werden, wird der Eigentumsschutz nicht aktiviert. Die übliche Kommunikation, wobei die persönlichen Daten typischerweise nicht kommerziell genutzt werden, bleibt unberührt.

Aus diesen Gründen wird deutlich, dass der Schutz der persönlichen Daten als Eigentum mit der verfassungsrechtlichen Gewährleistung der Redefreiheit vereinbar ist.

#### **4. Bereits ausreichender Schutz durch das Deliktsrecht?**

Es wird auch gegen den Schutz der persönlichen Daten als Eigentum vorgebracht, dass der wirtschaftliche Wert der persönlichen Daten durch das Deliktsrecht schon ausreichend geschützt werde. Damit sei es entbehrlich, persönlichen Daten noch als Eigentum zu schützen. Nach dieser Meinung müsse nicht alles, das geschützt werden soll, als Eigentum anerkannt werden. Zum Beispiel seien der Körper und die persönliche Ehre nicht als Eigentum anzusehen, aber durch Deliktsrecht zufriedenstellend geschützt. Aus diesem Grund reiche es vollkommen aus, den wirtschaftlichen Wert der persönlichen Daten durch das Deliktsrecht unter Schutz zu stellen. Zudem beinhalte der Schutz der persönlichen Daten als Eigentum einen Systemfehler: der Schutz der

---

<sup>16</sup> Jiao Hongchang (Hrsg.), Xianfaxue, 5. Aufl., Verlag Peking Universität 2013, S. 369.



persönlichen Daten als Eigentum impliziere, dass die persönlichen Daten wie übliche Waren als Gegenstände von Geschäftshandlungen behandelt würden. Dies würde die Sensibilität für den Schutz der persönlichen Daten schwächen und eher zu einem verminderten Schutz führen. In der Praxis scheint der Gesetzgeber diesem Ansatz zu folgen. 2012 verabschiedete der Ständige Ausschuss des Nationalvolkskongresses den Beschluss zur Verstärkung des Schutzes von Internetinformationen. Nach § 1 Abs. 1 dieses Beschlusses schützt der Staat elektronische Informationen der Bürger. § 1 Abs. 2 dieses Beschlusses verbietet den Diebstahl oder sonstigen rechtswidrigen Erwerb sowie Verkauf oder sonstige rechtswidrige Veräußerung von elektronischen Informationen der Bürger an andere.

Allerdings hat der Schutz des Deliktsrechts zwei große Nachteile. Erstens, ein solches institutionelles Arrangement führt zu einer Rechtsschutzlücke. Solange persönliche Daten nicht als Eigentum anerkannt werden, liegt keine Rechtsverletzung vor, wenn die Nutzung der persönlichen Daten wirtschaftlichen Wert produziert, aber noch keine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellt. Den Unternehmen wird faktisch ein Freibrief dafür ausgestellt, persönliche Daten für kommerzielle Zwecke ohne Verletzung der Persönlichkeitsrechtsverletzung kostenfrei zu verwerten. Gerade weil persönliche Daten nicht als Eigentum anerkannt werden, kann der Betroffene nicht den dabei entstandenen Vermögenswert für sich beanspruchen und u.U. diese – nicht existenten – Ansprüche deliktsrechtlich durchsetzen. Zweitens, der deliktsrechtliche Schutz ist rückwärtsgerichtet und fördert keine zukunftsgerichtete Gestaltungsfreiheit. Nur der Schutz der persönlichen Daten als Eigentum versetzt die Einzelnen und die Unternehmen in die Lage, durch eine Vereinbarung ihr Verhalten ex ante zu regeln. So genießen beide Seiten mehr Gestaltungsfreiheit. Diese Gestaltungsmöglichkeit wäre nicht möglich, wenn sich die Rechtsordnung darauf beschränkte, durch Deliktsrecht ex post Rechtsverstöße zu verfolgen.<sup>17</sup>

## V. Fazit und rechtspolitische Konzeption

Insgesamt ist daran festzuhalten, dass die persönlichen Daten mit Blick auf den Vermögenswert als Eigentum dem Wirtschaftsbürger als Datenproduzenten zugeordnet werden sollen. Die erwähnten Einwände sind unbegründet. Die Persönlichkeitsrechtskonzeption bzw. die Deliktskonzeption sollen deshalb um eine eigentumsrechtliche Konzeption erweitert und ergänzt werden. Es ist zwischen den ideellen und den vermögensrechtlichen Bestandteilen persönlicher Daten zu differenzieren. Die ideellen

---

<sup>17</sup> Vgl. Lawrence Lessig, Code, Basic Books, 228–230 (2006).



Bestandteile bleiben unauflöslich mit der Person verbunden und deshalb unveräußerlich, was auch vom Grundrecht auf persönliche Würde des Art. 38 CV geboten ist. Selbst mit der Einwilligung des Betroffenen und gegen Entgelt dürfen Unternehmen persönliche Daten nicht so verwerten, dass es die persönliche Würde verletzt und damit gegen Art. 38 CV verstößt. Hingegen sollen die vermögensrechtlichen Bestandteile persönlicher Daten durch künftige Gesetzgebung angemessen geschützt werden.

Wie dieser Auftrag durchzuführen ist, bleibt dem Gesetzgeber überlassen. Denkbar ist, dass ein künftiges umfassendes Datenschutzgesetz diese Problematik mit regelt,<sup>18</sup> es kommt auch in Frage, die kommerzielle Verwertung von persönlichen Daten durch ein eigenständiges Gesetz zu regeln. Unabhängig von der konkreten gesetzgeberischen Vorgehensweise sind die folgenden zwei Punkte bei der rechtspolitischen Konzeption zu beachten:

Erstens ist das Eigentumsrecht an persönlichen Daten als ausschließliche Vermögensrechte auszugestalten. Somit kann der Rechtsinhaber Dritten die Erhebung, Verarbeitung, Verwertung und Vermarktung seiner persönlichen Daten untersagen. Ihm steht ein Einwilligungsvorbehalt zu. Erst wenn eine entsprechende Einwilligung erteilt worden ist, darf ein Unternehmen die persönlichen Daten des Einwilligenden für die Geschäftsinteressen erheben, speichern, sammeln, bearbeiten, verbinden, verwerten und vermarkten. Dabei müssen die Unternehmen vorher umfassend darüber informieren, welche Aktivitäten zu welchen Zwecken im Zusammenhang mit persönlichen Daten beabsichtigt werden. Anhand solcher Informationen können die Bürger über die Erteilung der Einwilligung entscheiden. Den transparent gemachten Informationen ist zu entnehmen, inwieweit die erteilte Einwilligung reicht. Das Einwilligungserfordernis hängt nicht davon ab, ob besondere Umstände einer spezifischen Persönlichkeitsschutzwürdigkeit vorliegen oder nicht, denn es geht nicht um den Persönlichkeitsschutz. Stattdessen geht es um den individualrechtlichen Schutz des Eigentums an den persönlichen Daten als ein immaterielles Wirtschaftsgut. Konsequenterweise darf ein Unternehmen sich dem Einwilligungserfordernis nicht durch eine Anonymisierung von persönlichen Daten entziehen. Zwar kann eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts anhand einer Anonymisierung vermieden werden. Dies bleibt ohne Wirkung auf den vermögensrechtlichen Bezug des Dateneigentums.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Yang Weiqin, Jiazhi Weidu zhong de Geren Xinxi Quanshu Moshi Kaocha, in: Faxue Pinglun 2016 Nr. 4, S. 74.

<sup>19</sup> Zur deutschen Rechtslage s. Fezer, Dateneigentum der Bürger, ZD 2017, S. 98.



Zweitens ist ein Vermögensausgleich notwendig, wenn ein Unternehmen persönliche Daten von Bürgern nutzen will. Dies folgt daraus, dass das Eigentum an persönlichen Daten seiner Rechtsnatur nach ein Vermögensrecht darstellt. Ein solcher Vermögensvergleich kann individuell oder kollektiv geregelt werden. Grundsätzlich ist ein individueller Vermögensausgleich einem kollektiven vorzuziehen, um den spezifischen Bedürfnissen der Einzelnen möglichst gerecht zu werden. Wenn dies sich als technisch unmöglich oder unverhältnismäßig erweist, ist ein kollektiver Vermögensausgleich auch gerechtfertigt.<sup>20</sup> Als Gegenleistung für die Verwertung der persönlichen Daten durch Unternehmen könnte vereinbart werden, dass der Inhaber der genutzten persönlichen Daten eine angemessene Vergütung, digitale Inhalte oder Dienstleistung kostenlos erhält.

---

<sup>20</sup> Zu ähnlichem rechtspolitischen Vorschlag im deutschen Kontext siehe Fezer, a.a.O.



# **Innovation und wirtschaftliche Regulierungen: die rechtliche Struktur ihres Konflikts und die rechtlichen Instrumente für ihre Lösung**

*Prof. Dr. Won-Woo Lee<sup>1</sup>*

<b>I.</b>	<b>Einführung: Zwei Perspektiven zum Zusammenhang von Innovation und Regulierung</b> .....	<b>27</b>
<b>II.</b>	<b>Historische Analyse des Konflikts zwischen Innovation und Regulierung</b> .....	<b>30</b>
<b>III.</b>	<b>Funktionen von Recht und Regulierung in der Innovation von Wissenschaft und Technologie</b> .....	<b>33</b>
<b>IV.</b>	<b>Typen von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung</b> .....	<b>34</b>
	1. Begründung für die Klassifizierung .....	34
	2. Konfliktlösung nach Risikotypen: Risikobasierte Regulierung.....	35
	3. Konflikttypen nach der Struktur und dem Charakter widerstreitender Interessen .....	37
<b>V.</b>	<b>Rechtliche Fragen zur Bewältigung von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung</b> .....	<b>43</b>
	1. Verhältnismäßigkeitsprinzip: Verhältnismäßigkeit zwischen Sicherheit und Risiken..	44
	2. Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen .....	46
	3. Rechtsstaatsprinzip: Formalität des Rechts / materielle Rechtsstaatlichkeit.....	47
	4. Demokratieprinzip und Governance.....	50
<b>VI.</b>	<b>Aktuelle Gesetzgebung für Konfliktmanagement</b> .....	<b>53</b>
<b>VII.</b>	<b>Zusammenfassung und Fazit</b> .....	<b>58</b>

## **I. Einführung: Zwei Perspektiven zum Zusammenhang von Innovation und Regulierung**

In den letzten Jahren gab es heftige Kontroversen über die Gründung von Unternehmen, die neue Technologien wie IT-basierte Gesundheitsdienste wie Telemedizin, FinTech, autonome Fahrzeuge und Drohnen einsetzen. Diese Kontroversen haben zur Folge, dass trotz der Tatsache, dass Korea über erstklassige Informations- und Kom-

---

<sup>1</sup> Dieser Beitrag ist eine schlicht modifizierte und ins Deutsch übersetzte Fassung, die unter dem Titel „Innovation and Regulation : The Legal Structure of Their Relations and Legal Means to Resolve Their Mutual Conflicts“ in Journal of Law & Economic Regulation Vol. 9 Nr. 2, 7-29 in koreanischer Sprache veröffentlicht worden ist.



munikationstechnologie (im Folgenden „ICT“) verfügt, verschiedene Regulierungen den Markteintritt von ICT-Unternehmen verhindern.<sup>2</sup>

Innovation und Regulierung wurden üblicherweise als Konfliktbeziehung verstanden. Dieses Verständnis basiert auf der traditionellen Ansicht, dass Innovation neue Risiken schafft und eine Regulierung erfordert, um mögliche Gefahren zu vermeiden, die wiederum die Innovation behindern.<sup>3</sup> Nach herkömmlicher Meinung der Rechtswissenschaft seien Regulierungen in Bezug auf neue Technologien durch Innovationen notwendig, da solche Technologien möglicherweise die Menschenwürde verletzen, traditionelle, moralische Normen und Wertesysteme stören, die Umwelt irreversibel schädigen und das Leben und die Gesundheit von Menschen gefährden. Dazu wird behauptet, es gebe eine Tendenz, die von neuen Technologien gebotene Bequemlichkeit zu überschätzen, weil eine ökonomische Denkweise herrsche, die nach wirtschaftlichem Fortschritt oder Effizienz strebt. Andererseits würden Risiken unterschätzt, weil neue Risiken durch neue Technologien nur schwer nachzuweisen seien. Diese Standpunkte legen nahe, dass neue Technologien, die auf neuwertigen technologischen Innovationen beruhen, eine politische Kontrolle erfordern, die nicht nur die Sicherheits-

<sup>2</sup> Zu den Themen, die sich aus den Konflikten zwischen der Einführung innovativer Technologien und dem konventionellen Regulierungssystem ergeben, wurden eine Reihe von Studien aus Sicht der Wissenschaft und Technologie durchgeführt. Statt vieler Kwang-Ho Lee, Verbesserung des Regulierungssystems zur Förderung der Konvergenzindustrie, STEPI, März 2012; Myung-Hwa Lee et al, Einschränkungen und Alternativen in der Biotechnologie. Regulatory Processes, STEPI, Dezember 2014; Kwang-Ho Lee et al., Verbesserung der rechtlichen Rahmenbedingungen in der High-End-Technologie zur Realisierung der Kreativwirtschaft, Februar 2015; Mi-Ae Kim, Grundsatz der Nicht-Regulierung der Konvergenz von Finanzen und ICT, KERI Brief 15-01, März 2015; Jang-Hoon Jeong & Seung-Woo Yang, Systematischer Verbesserungsplan zur Förderung des Markteintritts neuer Technologien, STEPI INSIGHT, Nr. 172, 15. August 2015; Yi-Kyung Kim et al., Eine Studie über rechtliche Rahmenbedingungen zur Förderung von Hightech-Innovationsökosystemen, KISTEP, Dezember 2015; Jae-Hoon Lee, Die Richtung der Test-Bett-System-Gesetzgebung zur Förderung der neuen High-Tech-Industrie, R&D InI, KISTEP, Juli 2016, S. 18-32.

<sup>3</sup> Im Hinblick auf den Begriff der Gefahr gibt es zwei gegensätzliche Ansichten: Gefahr und Risiko als zwei verschiedene Konzepte zu verstehen und sie als ein einziges Konzept zu verstehen. Der Autor stimmt der ersten Sichtweise zu, wobei er die Gefahr als einen Zustand versteht, der in absehbarer Zeit Schaden anrichten kann, und Risiko als einen Zustand, der auf die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Schäden hinweist, ohne jedoch zu einer Gefahr zu führen. Gefahr ist der Boden für **polizeiliche** Maßnahmen, und Risiken bilden den Boden für vorsorgliche Maßnahmen. Für weitere Einzelheiten siehe Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 17. Aufl., 2011, S. 209 f.; Won-Woo Lee, Allgemeine Grundsätze des Lebensmittelsicherheitsrechts und Verbesserung der derzeitigen Gesetzgebung, in: Won-Woo Lee (Hrsg.), Lebensmittelsicherheitsrecht, 2008, S. 3-6, 15 f. (=Won-Woo Lee, Law of Economic Regulation, 2010, S. 935-937, 943-944); Won-Woo Lee, Öffentlich-rechtliche Regulierungen für Datenschutz und Schadenersatzverantwortung, Administrative Law Journal, Nr. 30, August 2011, S. 237-275, 262-266. Da jedoch für die Zwecke der vorliegenden Arbeit keine Unterscheidung zwischen Gefahr und Risiko erforderlich ist, wird das Wort „Gefahr“ synonym mit dem Begriff „Risiko“ in einem weiten Sinne verwendet, der die Begriffe „Gefahr“ im Sinne des traditionellen Polizeirechts und „Risiko“ umfasst.



aspekte, sondern auch ihre sozialen Auswirkungen berücksichtigt und auch eine Ex-ante-Regulierung auf der Grundlage des Vorsorgeprinzips benötigt.<sup>4</sup>

Diese Ansicht wird von denjenigen bestritten, die sich für die Innovation aussprechen. Die Einführungen von neuen Technologien sollten grundsätzlich erlaubt werden, da die Bedenken hinsichtlich der potenziellen Risiken neuer Technologien übertrieben werden würden. Die Gründe für die Risikoprävention würden eher dafür genutzt werden, diejenigen zu unterstützen, die bereits Rechte und Interessen im Rahmen des konventionellen Regulierungssystems erworben haben, also von diesem System abhängig sind. Um der steigenden Bedeutung neuer Technologien gerecht zu werden, empfehlen sie daher einen Paradigmenwechsel auf der Grundlage verschiedener Prinzipien<sup>5</sup>, wie z.B. „Erlaubnis im Regelfall und Verbot im Ausnahmefall“, „alles, was nicht verboten ist, ist erlaubt“<sup>6</sup>, „Ex- post-Regulierung vor Ex-ante-Regulierung“ und „die gleiche Regelung für die gleichen Dienste“<sup>7</sup>.

Eine solche Interpretation des Konflikts zwischen Innovation und Regulierung könnte dieses Problem auf eine einfache Frage der binären Wahl reduzieren. Während die beiden oben beschriebenen gegensätzlichen Positionen ihre eigenen Begründungen haben, sind diese jeweils von weiterer Kritik nicht ausgenommen. Diese beiden gegensätzlichen Ansichten haben sowohl vernünftige als auch unangemessene Aspekte. Dies könnte darauf zurückzuführen sein, dass die im konkreten Fall bestimmten Probleme, die von den beiden Ansichten als Basis für die Diskussion vorgestellt werden, in vielen Fällen voneinander abweichen. Dies deutet eine Berechtigung beider Ansätze an, da-

---

<sup>4</sup> Diese Position wird in den kontinentaleuropäischen Rechtssystemen breit diskutiert. Für weitere Details siehe Laurence Boisson de Chazournes, *New Technologies, the Precautionary Principle, and Public Participation*, in: Thérèse Murphy (Hg.), *New Technologies and Human Rights*, 2009, S. 161-194.

<sup>5</sup> Diese Position wird in den angloamerikanischen Rechtssystemen mit traditionell liberalen Tendenzen breit diskutiert. In Südkorea gewinnt diese Position zunehmend an Bedeutung, insbesondere in Bezug auf ICT-Konvergenztechnologien. Weitere Einzelheiten finden Sie in den Abhandlungen von Christopher S. Yoo & Karen Yeung unter dem Titel „Innovation und Regulierung: Technologische Innovation und Wirtschaftsregulierung“ (Tagungsband der 13. Internationalen Konferenz anlässlich des 10. Jahrestages des Center for Law & Public Utilities), Seoul National University, September 2016; siehe auch Kwang-Ho Lee, *Technological Regulations : Cases and Policy Implications*, *Journal of Law & Economic Regulation*, N. 18, 2016.11, 143-160; Yongdai Kim/Wonchul Jang, *Direction of Improvement of Privacy Protection Regulation for Promoting Artificial Intelligence Industry*, *Journal of Law & Economic Regulation*, N. 18, 2016.11, 161-176. Das derzeit geltende „Sondergesetz über die Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie, Aktivierung der Konvergenz, usw.“ und das „Gesetz zur Förderung der industriellen Konvergenz“ sowie der „Gesetzentwurf über das Sondergesetz über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler strategischer Industrien“ und die „Gesetzesvorlage zur Regulierungsreform zur Stärkung des Glücks, der Schaffung von Arbeitsplätzen und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit“ spiegeln diese Forderungen wider.

<sup>6</sup> Zum Beispiel § 4 Abs. 1 des Gesetzentwurfs über das Sondergesetz über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler strategischer Industrien.

<sup>7</sup> Zum Beispiel § 3 Abs. 6 des Sondergesetzes über die Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie, Aktivierung der Konvergenz, usw.



mit die Konflikte zwischen Innovation und Regulierung gelöst werden können. Das heißt, die Regulierung kann in bestimmten Fällen die mit der Innovation einhergehenden Risiken angemessen kontrollieren, ohne die künftige technologische Entwicklung zu ersticken, und gleichzeitig die effektive Inanspruchnahme von durch Innovation erworbenem sozialen Nutzen gewährleisten. Mit anderen Worten, die zwei scheinbar widersprüchlichen Forderungen können optimal ausbalanciert werden. Dies kann erreicht werden, indem unterschiedliche Prinzipien entsprechend dem jeweils vorgegebenen Typus des in Rede stehenden Falles angewandt werden oder indem verschiedene Prinzipien innerhalb eines Typus passend kombiniert werden. Daher ist eine gründliche Studie sowohl über die Klassifizierung verschiedener Konfliktsituationen erforderlich, als auch darüber, welche Prinzipien für den in Frage stehenden Typus am besten geeignet sind. In dieser Arbeit werden unter Berücksichtigung der oben genannten Themen die rechtlichen Prinzipien und Instrumente untersucht, mit denen der Konflikt zwischen Innovation und Regulierung aus Sicht der Rechtsinstitution gelöst werden soll.

Die vorliegende Arbeit gliedert sich wie folgt: Zunächst werden repräsentative Fälle der Konflikte zwischen Innovation und Regulierung überprüft (II); zweitens werden die Funktionen von Recht und Regulierung in Bezug auf die Interaktion zwischen technologischer Innovation und juristischen Institutionen untersucht (III); und drittens werden die Konflikte zwischen Innovation und Regulierung nach der Struktur von Konflikten zwischen Stakeholdern klassifiziert und die Merkmale jeder Konfliktart werden jeweils analysiert (IV). Ausgehend von dieser Vorbesprechung werden rechtliche Fragen, die sich bei der Lösung der Konflikte zwischen Innovation und Regulierung stellen, in den Rubriken Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen untersucht (V). Ausgehend von der rechtlichen Perspektive, die sich aus der obigen Untersuchung ergibt, werden die im Rahmen der geltenden Gesetze entwickelten Rechtssysteme zur Lösung des Konflikts zwischen technologischer Innovation und Regulierung analysiert und untersucht, und schließlich werden Verbesserungsvorschläge für diese Systeme unterbreitet (VI).

## **II. Historische Analyse des Konflikts zwischen Innovation und Regulierung**

Der Konflikt zwischen technologischer Innovation und ihrer Regulierung war in der Geschichte und in allen Kulturen ein universelles Problem. Während die Geschichte zahllose Beispiele aufzeigt, verschärfte sich der Konflikt zwischen Innovation und Regulierung im Zeitalter der postindustriellen Revolution. Der rasche Fortschritt von



Wissenschaft und Technologie hat die Intensität und Häufigkeit von Konfliktsituationen dramatisch erhöht.

Lehren für die Zukunft können aus der Geschichte abgeleitet werden. Unter welchen institutionellen Umständen haben sich Wissenschaft und Technologie verbessert oder verschlechtert? Unter welchen institutionellen Umständen wurden die negativen Auswirkungen von Wissenschaft und Technologie eskaliert oder angemessen kontrolliert?

In den 1820er und -30er Jahren stieß die Zunahme des Eisenbahnbaus in den Vereinigten Staaten auf starken Widerstand der Kanalindustrie. Mögliche Risiken wurden gegen die Eisenbahntechnologie vorgebracht. Im Jahr 1829 lehnte Martin Van Buren, der damalige Gouverneur von New York, der später als der achte Präsident der USA diente (im Amt von 1837 bis 1841), den Ausbau der Eisenbahnen entschieden ab.<sup>8</sup> Er führte drei Gründe an: Erstens würde der Eisenbahnbau in vielen mit dem Kanaltransport verbundenen Industrien zu einer großen Arbeitslosigkeit führen. Zweitens gefährdeten die Eisenbahnen die nationale Sicherheit, da das Kanalsystem das einzige Mittel war, um im Falle eines nationalen Notstands wesentliche Güter zu transportieren, wenn moderne Kriegsführung betrieben wurde. Drittens wäre Eisenbahntechnologie an sich gefährlich. Van Buren behauptete: „Eisenbahnwaggons werden mit der enormen Geschwindigkeit von fünfzehn Meilen pro Stunde gezogen, [...] gefährden Leib und Leben der Passagiere [...] erschrecken das Vieh und erschrecken Frauen und Kinder.“ Er fuhr fort: „Der Allmächtige hat das sicher nie beabsichtigt, dass Menschen mit so rasender Geschwindigkeit reisen sollten.“ Das öffentliche Interesse, die nationale Sicherheit, der Schutz des menschlichen Lebens und sogar die göttliche Vorsehung wurden als Rechtfertigung für seinen Widerstand angeführt, aber der wahre Grund für seinen Protest war der Schutz der Kanalindustrie.

Das britische Gesetz über Dampfswagen, das in den 1860er Jahren mit dem Aufkommen von Automobilen in Kraft trat, dient als repräsentativer Fall des Konflikts zwischen technologischer Innovation und Regulierung. Dieses Gesetz wurde 1861 auf Vorschlag von Kutschern verabschiedet, die von Autos bedroht wurden und ihre Regulierung aus Sicherheitsgründen forderten.<sup>9</sup> Dieses Gesetz regelte die Geschwindigkeitsbegrenzung und das Wagengewicht von Autos auf der Straße. Später legte die Änderung von 1865<sup>10</sup> eine strengere Geschwindigkeitsbegrenzung fest<sup>11</sup> und bestimmte,

---

<sup>8</sup> Für weitere Einzelheiten siehe Harvey L. Zuckman / Robert L. Corn-Revere / Robert M. Frieden / Charles H. Kennedy, *Modern Communication Law*, Vol. 1, 1999, S. 183-197, 183 f.

<sup>9</sup> The Locomotives on Highways Act 1861.

<sup>10</sup> The Locomotives on Highways Act 1865 ist als Red Flag Act bekannt.

<sup>11</sup> Begrenzt auf 2 Meilen (3,2 km) pro Stunde in städtischen Gebieten und 6,4 km (6,4 km) pro Stunde in nicht-städtischen Gebieten. Im Jahr 1861 waren es 5 bzw. 10 Meilen.



dass für den Betrieb von Fahrzeugen mindestens drei Personen – der Fahrer, ein Schaffner und ein Inhaber einer roten Flagge – beschäftigt werden mussten (der sogenannte Red Flag Act). Diese Regelung wurde als ein Haupthindernis für die Entwicklung der britischen Automobilindustrie kritisiert.

In den frühen 2000er Jahren war Südkorea eines der Länder mit einer hohen Anzahl von IPTV-bezogenen Patenten, aber der IPTV-Dienst konnte nicht rechtzeitig auf den Weg gebracht werden, da die einschlägigen Gesetze aufgrund des starken Widerstands der damaligen Rundfunkkommission nicht reformiert wurden, die Sprachrohr der Rundfunkindustrie war. Erst nachdem 2008 die Rundfunkkommission und das Ministerium für Information und Kommunikation in die koreanische Kommunikationskommission integriert wurden, die das IPTV-Gesetz in Kraft setzte, wurden die IPTV-Dienste schließlich in Korea bereitgestellt.

Als das Radio auftauchte, versuchten Zeitungen, die Sendung von Nachrichten auf dem neuen Medium zu verbieten. Mit dem Aufkommen des Fernsehens fühlten sich viele Branchen ebenfalls bedroht und versuchten, ihre Entwicklung zu stoppen. Printmedien und Radio hatten ähnliche Befürchtungen, und die Kinos befürchteten verdrängt zu werden.

Die Zukunft kann nicht vorhergesagt werden. Obwohl die Kanalindustrie ihr früheres Prestige verlor, überstand sie die Dominanz der Eisenbahnen. Radio hat Zeitungen nicht ersetzt. Radio existiert trotz der Popularität des Fernsehens noch, und die Filmindustrie floriert. Im Gegensatz dazu sind Schreibmaschinen mit der Entwicklung der PC-Industrie vollständig verschwunden. Wenn jedoch die Textverarbeitungsfunktion des Computers zum Schutz der Schreibmaschinenindustrie verboten worden wäre, hätten wir die Vorteile der Entwicklung der Computertechnologie nicht nutzen können. Es gab in Korea Versuche, die Weiterverbreitung terrestrischer Rundfunkprogrammen in IPTV zu verhindern. Dies ist vergleichbar mit einem Versuch, der Computerindustrie zu verbieten Computer mit Textverarbeitungsfunktion zu verkaufen, um die Schreibmaschinenindustrie zu schützen.

Die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie verändert die Struktur der Industrien. Neue Produkte und Branchen entstehen, während einige Produkte und Branchen vom Markt verschwinden. Dies entspricht dem natürlichen Verlauf der Dinge. Wenn das Gesetz nicht angemessen auf Fortschritte in Wissenschaft und Technologie und neue Industriestruktur reagiert, kann die Entwicklung der Zivilisation behindert werden. Daher sollte das Gesetz grundsätzlich den Wettbewerb und nicht die Wettbewerber schützen.



Andererseits kann die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie das Leben und die Gesundheit von Menschen gefährden und eine ernste Gefahr für die gesamte Menschheit darstellen, wie die Zerstörung von Ökosystemen und die Desertifikation zeigen, ganz zu schweigen von den militärischen Technologien, einschließlich der Gefahren durch nukleare Waffen. Während die Vorteile und Risiken der Kernenergie immer noch diskutiert werden, haben nukleare Tragödien wie Tschernobyl und Fukushima Daiichi anschaulich gezeigt, wie das mit der Nukleartechnologie verbundene Katastrophenrisiko Realität werden kann.

### **III. Funktionen von Recht und Regulierung in der Innovation von Wissenschaft und Technologie**

Ausgangspunkt für die Lösung des Konflikts zwischen technologischer Innovation und Regulierung ist die Wiederherstellung der Konzepte in Bezug auf die Funktionen von Recht und Regulierung.

Die Funktionen des Rechts und der Regulierung sind einem Fahrzeug vergleichbar: Auch das Recht bzw. die Regulierung sollte nicht nur eine Kontrollfunktion (Bremse), sondern auch eine Steuerungsfunktion (Lenkrad) und eine Bewegungsfunktion (Motor) haben. Traditionell wurden Recht bzw. Regulierung als Mittel zur Kontrolle sozialer Gefahren verstanden. Es besteht eine starke Tendenz, den grundlegenden Zweck des Rechts und der Regulierung als passive Gefahrenabwehr bzw. -prävention zu interpretieren, indem negative menschliche Aktivitäten kontrolliert und nicht als aktive Förderung von wünschenswerter Aktivität unterstützt werden. In der modernen Gesellschaft sollte das Recht jedoch nicht nur die Funktion einer Bremse zur Verhinderung von Gefahren erfüllen, sondern auch die eines Lenk- und eines Motorantriebs, um dem sozialen Fortschritt eine Richtung zu geben und die gesellschaftliche Entwicklung voranzubringen.

Von diesem Standpunkt aus sollten das Recht und die Regulierung nicht nur die mit Innovationen einhergehenden Risiken kontrollieren, sondern auch die Funktionen der Steuerung und des Umsetzens technologischer Innovationen erfüllen, indem sie Orientierung zeigen und Anreize für Innovationen schaffen. Daher sollte die Gesetzgebung berücksichtigen, wie Innovationen in Wissenschaft und Technologie geführt und erleichtert werden können.

Ein Verständnis der oben erörterten Funktionen des Rechts deutet auf eine andere Haltung gegenüber der herkömmlichen Auffassung hin, wenn es um die Regulierung neuer Unternehmen geht, die neue risikoassoziierte Technologien einsetzen. Demnach



sollte das neue Unternehmen nicht grundsätzlich verboten werden, sondern zunächst Zugang zum Markt erhalten und damit seinen sozialen Nutzen fördern, während gleichzeitig Mittel und Wege gesucht werden, um Gefahren zu vermeiden. Dabei sollte eine Wahl getroffen werden, wie das neue Unternehmen mit Risiken reguliert werden soll: Ex-ante-Regulierung oder Ex-post-Regulierung. Die Ex-ante-Regelung verbietet grundsätzlich neue Unternehmen, erteilt jedoch eine Genehmigung, sobald die vorher festgelegten Anforderungen erfüllt sind. Die nachträgliche Regulierung verbietet das neue Unternehmen als solches nicht. Vielmehr regelt es etwaige nachteilige Auswirkungen, die das Unternehmen verursacht. Diese Wahl der Art der Regulierung als Prinzip hängt von der Berücksichtigung verschiedener rechtlicher Faktoren ab, die mit den folgenden Typen von Risikosituationen und -konflikten zusammenhängen.

#### **IV. Typen von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung**

##### **1. Begründung für die Klassifizierung**

Der einfachste Weg zur Lösung des Konflikts zwischen der Innovation und der Regulierung bestünde darin, eins über das andere zu wählen. Aus der Perspektive des technologischen Determinismus (Technokratismus), der behauptet, dass die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie letztlich den Fortschritt der Menschheit ermöglicht hat, würde man argumentieren, dass rechtliche und regulatorische Systeme in die Richtung geändert werden sollten, die technologische Innovation auf lange Sicht zu fördern, obwohl dies für andere Interessengruppen über einen gewissen Zeitraum Schaden mit sich bringen würde. Im Gegensatz dazu argumentieren die Befürworter des sozialen Determinismus, dass die Risiken unkontrollierter Wissenschaft und Technologie durch den demokratischen Prozess reguliert und begrenzt werden sollten. Darüber hinaus fordern sie, die Gesellschaft solle bestimmen, welche Technologie sie benötigt; die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie solle dann allein in diesem Bereich stattfinden.<sup>12</sup>

Keine dieser beiden Behauptungen kann jedoch als ein verallgemeinertes Prinzip institutionalisiert werden, da der Konflikt zwischen technologische Innovation und Regulierung je nach Struktur und Ursachen des Konflikts verschiedene Muster darstellen kann. Das Argument für einen Fall-zu-Fall-Ansatz bietet jedoch auch keine politischen

<sup>12</sup> Für weitere Details des technologischen Determinismus und sozialen Determinismus aus der Perspektive der Wissenschaftsgeschichte siehe Sung-Wook Hong, *Technologischer Determinismus und seine Gegner: Veränderungen in der Erzählmethodik der Technologiegeschichte des 20. Jahrhunderts*, abgeleitet aus der *Beziehung zwischen Technologie und Soziales Veränderung*, *Journal of Western History*, Vol. 49, 2013, S. 7-39.



Implikationen in Bezug auf die Gestaltung einer Rechtsinstitution. Dies liegt daran, dass eine bestimmte Richtlinie zur Verfügung gestellt werden sollte, die die Voraussetzungen der Zulassung einer neuen Technologie bestimmt. Dies geschieht, indem Chancen und Risiken sorgsam miteinander abgewogen werden. Zu diesem Zweck sind Konfliktfälle nach ihren Ursachen zu klassifizieren, die die Struktur und den Inhalt der widerstreitenden Interessen darstellen. Um diese Konflikte zu lösen, müssen die o. g. Faktoren und Wege zur Berücksichtigung dieser Faktoren untersucht werden.

## 2. Konfliktlösung nach Risikotypen: Risikobasierte Regulierung

Ein Risiko kann nicht nur mit einer probabilistischen Methode basierend auf der Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Schäden und der Schwere der erwarteten Verletzung rechtlicher Interessen berechnet werden, da die Existenz eines Risikos eng mit qualitativen Faktoren, wie psychologischen Faktoren (Vertrauen der Interessengruppen), Fairness und sozialem Überlegungen, zusammenhängt.<sup>13</sup> Bei der Untersuchung, wie die Konflikte zwischen Innovation in Wissenschaft und Technik und Regulierung angegangen werden können, kann die Klassifizierung der Risikosituationen nach der probabilistischen Methode dennoch eine Rolle spielen. Also können Risikosituationen, die wahrscheinlich durch neue Wissenschaft und Technologie ausgelöst werden, gemäß den Kriterien (i) der Schwere des Risikos und (ii) der Eintrittswahrscheinlichkeit des Risikos in vier Typen klassifiziert werden:<sup>14</sup> ① eine hohe Schwere und eine hohe Wahrscheinlichkeit des Auftretens (Typ 1), ② eine hohe Schwere, aber eine geringe Wahrscheinlichkeit des Auftretens (Typ 2), eine geringe Schwere, aber eine hohe Wahrscheinlichkeit des Auftretens (Typ 3), und ④ eine geringe Schwere und eine geringe Wahrscheinlichkeit des Auftretens (Typ 4). Sollten die Risikosituationen in diese vier Typen klassifiziert sein, sind das Maß und der Grad der Notwendigkeit für die Regulierung je nach den Typen unterschiedlich, sodass die Prinzipien zur Lösung des Konflikts zwischen technologischer Innovation und Regulierung entsprechend den einzigartigen Qualitäten jedes Typs unterschiedlich festgelegt werden sollten. Dies ist die sog. risikobasierte Regulierung.

Typ 1, der sich durch eine hohe Schwere und eine hohe Wahrscheinlichkeit des Auftretens auszeichnet, fordert dringend eine Regulierung. Im Falle der Anwendung neuer Wissenschaft und Technologie auf die kommerzielle Nutzung, die zur Risikosituation

<sup>13</sup> Für weitere Details der Definition von risikobezogenen Konzepten durch probabilistische und nicht-probabilistische Ansätze, siehe Hye-Sun Yoon, Eine Studie zur Risikoregulierung aus Sicht des öffentlichen Rechts: am Beispiel des Lebensmittelsicherheitsrechts, Dissertation, Seoul National Universität, August 2009, S. 30-49.

<sup>14</sup> Einzelheiten zur Typenklassifizierung finden Sie unter Hye-Sun Yoon, ebd., S. 68.



Typ 1 führt, würden daher vergleichsweise strenge Regulierungen ohne weiteres akzeptiert werden. Bei diesem Typ sollte eine Förderpolitik umgesetzt werden, um die technologische Entwicklung in Richtung Risikoprävention zu fördern. Für eine effizientere Förderung der Technologie zur Risikoprävention sollte die Industrialisierung der Technologie zur Risikoprävention in Erwägung gezogen werden, um Investitionen aus dem öffentlichen und dem privaten Sektor zu erleichtern.

Regulierungen für Typ 4, die sich gegenüber dem Typ 1 am entgegengesetzten Ende des Risikospektrums befinden, sind nicht leicht zu rechtfertigen. Jede Regelung, die die Anwendung von Technologie begrenzt, die zur Risikosituation vom Typ 4 führt, wird wahrscheinlich als unnötige Behinderung der technologischen Innovation und als Hindernis für die soziale Entwicklung angesehen. Daher sollten unnötige Regelungen abgeschafft oder gelockert werden, und es sollte eine aktive Förderpolitik eingeführt werden, um die Anwendung der neuen Technologie und Innovationen zu fördern.

Was Typ 2 betrifft, kann es trotz geringer Eintrittswahrscheinlichkeit zu ernsthaften Schäden kommen. In diesem Fall können die Regulierungen zur Förderung der technologischen Innovation gelockert werden, sofern sie durch die Ausarbeitung eines Rechtsbehelfs ergänzt werden. Rechtliche Schäden umfassen die Auferlegung von Auflagen für die Risikoprävention, die Einführung einer gesetzlichen Verpflichtung zur Leistung von Schadenersatz oder die Anforderung einer Versicherungspflicht als Sicherheitsmaßnahme für den Schadenersatz. Wie bei Typ 1 sollte darüber hinaus eine Förderpolitik umgesetzt werden, um die technologische Entwicklung zur Risikoprävention zu fördern.

Im Falle von Typ 3 könnte zwar die Notwendigkeit einer Regulierung grundsätzlich anerkannt werden, die Ex-post-Regulierung würde jedoch ausreichen, um den Zweck der Regulierung zu erreichen. Daher sollten Ex-ante-Regulierungen für Typ 3 abgeschafft werden.

Es sollte jedoch nicht übersehen werden, dass die oben beschriebenen Vorschläge für Regulierungspolitik nach den jeweiligen Risikotypen nur abstrakt beschrieben worden sind. Die Schwere eines Risikos kann und sollte anhand multifaktorieller Kriterien in einer Vielzahl von Situationen beurteilt werden, da die Schwere in der Realität viele verschiedene Bedeutungen haben kann. Zum Beispiel ist die Bedeutung des Schweregrades unterschiedlich für etwas, das als schwerwiegend erachtet wird, weil es auf die Wettbewerbsfreiheit zwischen Wettbewerbern und auf die Marktstruktur übergreift, und etwas, das wegen seiner Gefährlichkeit für das Ökosystem und das menschliche Leben als ernst zu betrachten ist, wie die Explosion eines Kernkraftwerks. Um dieses



Problem der Abstraktheit zu lösen, müssen weitere substanzielle Analysen der Ursachen der Konflikte zwischen technologischer Innovation und Regulierung durchgeführt werden, um eine detailliertere Klassifikation zu entwickeln.

### **3. Konflikttypen nach der Struktur und dem Charakter widerstreitender Interessen**

Die Konflikte zwischen technologischer Innovation und Regulierung lassen sich je nach Struktur und Charakter der Interessenkonflikte weitgehend in vier Kategorien einteilen. Zuerst lassen sie sich in zwei Gruppen aufteilen, und zwar je nachdem, ob es sich dabei um den Wettbewerb zwischen bestehenden und aufstrebenden Unternehmen handelt oder der Wettbewerb keine Rolle spielt. Die erste Gruppe kann weiter in zwei Untergruppen unterteilt werden, und zwar in Fälle, in denen Wettbewerber die gleichen Waren oder Dienstleistungen anbieten (Typ I), und in Fälle, in denen Wettbewerber unterschiedliche Güter oder Dienstleistungen anbieten, die eine aber letztendlich die andere funktionell umfasst und ersetzen könnte (Typ II). Die zweite Gruppe lässt sich weiter auch in zwei Untergruppen aufteilen, und zwar in Fälle, in denen die Anwendung neuer Wissenschaft und Technologie mit den Grundrechten oder Rechten von Betroffenen kollidiert (Typ III) und Fälle, in denen es viel mehr um Konflikte auf der Ebene der sozialen Werte, Weltanschauung oder Ideologie geht (Typ IV).

(1) Typ I und Typ II: Die meisten technologischen Innovationsfälle, die Konflikte mit bestehenden Regulierungen auslösen, entstehen in Wettbewerbsbeziehungen zwischen bestehenden und aufstrebenden Unternehmen. Solche Konflikte zwischen Wettbewerbern können weiter unterteilt werden in Fälle, in denen die Waren oder Dienstleistungen, die unter Verwendung der neuen Technologie des neuen Unternehmens hergestellt wurden, als identisch mit den vom etablierten Unternehmen hergestellten Waren und Dienstleistungen (Typ I) anerkannt werden und Fälle, in denen die Waren und Leistungen nicht identisch aber funktionell ersetzbar sind (Typ II). Sowohl Typ I als auch Typ II stellen Konflikte zwischen etablierten Unternehmen und neuen Unternehmen dar, die neue Technologien verwenden. Wie aus den oben genannten Beispielen zu ersehen ist – die Kanaltransportfirma gegen die Eisenbahntransportindustrie, Wagenfahrer gegen Automobile und Kabelfernsehen gegen IPTV – gehören eine beträchtliche Anzahl der Spannungen und Konflikte zwischen technologischer Innovation und Regulierung zu diesen Typen. Die jüngeren Fälle von Uber und Airbnb gehören ebenfalls zu diesen Typen.

Bei den Typen I und II liegt der Kern des Interessenkonflikts in dem wirtschaftlichen Konflikt zwischen etablierten und neuen Unternehmern. Bei Interessenkonflikten zwi-



schen zwei Betreibern darf nicht übersehen werden, dass es nicht darum geht, die Interessenkonflikte zwischen diesen Wettbewerbern auszugleichen, sondern den Wettbewerb allein zugunsten des Verbrauchers zu fördern. Mit anderen Worten, das Gesetz sollte den Wettbewerb und nicht die Wettbewerber schützen. Bei den Typen I und II ist die Einführung neuer Technologien daher möglichst positiv zu bewerten, da der Wirtschaftsbeteiligte, der durch die Inanspruchnahme einer bestimmten Regulierung Gewinne erzielen will, spezifische Risiken tendenziell überzeichnet und die durch eine Regulierungsreform zu erreichenden Vorteile unterschätzt, um diese Regulierung zu erhalten. Dieser Grundsatz sollte sowohl für die Fälle des Typs I als auch für die Fälle des Typs II gelten, die im Folgenden erörtert werden.

### 1) Typ I

Uber und Airbnb, die neulich kontroverse Themen mit sich gebracht haben, können als typische Fälle von Typ I angesehen werden. Die Dienstleistungen dieser beiden Paare von in Konflikt stehenden Unternehmen (Taxis vs. Uber und traditionelle Beherbergungsdienstleistungen vs. Airbnb) sind identisch, weil die beiden traditionellen und innovativen Unternehmen Autotransport- und Beherbergungsdienstleistungen anbieten. Im Mittelpunkt der hier ausgelösten Konflikte steht die Diskrepanz der Wettbewerbsbedingungen, die durch unterschiedliche Regelungen für traditionelle und neuartige Unternehmen verursacht wird. Die Betreiber der neuen Unternehmen weisen darauf hin, dass das neue Geschäft erlaubt werden soll, damit den Verbrauchern mit neuen Technologien mehr Komfort geboten wird, und die Betreiber der etablierten Unternehmen bestehen auf der Kritik, dass die neuen Unternehmen wichtige geltende Regulierungsvorschriften für Risikoprävention umgehen, obwohl sie die gleichen Dienstleistungen erbringen.

Beim Versuch, den Konflikt des Typs I zu lösen, sollten zwei Aspekte berücksichtigt werden.

Erstens sollte gründlich geprüft wurde, ob die bestehende Regulierung für die etablierten Betreiber noch gültig und notwendig ist. Wenn es nach der Überprüfung als erforderlich gelten sollte die Regulierung abzuschaffen oder zu lockern, so muss eine Überarbeitung der Regulierung vorgenommen werden, um dem etablierten Betreiber die gleichen Wettbewerbsbedingungen zu bieten.

Zweitens sollte die geltende Regulierung noch gültig und notwendig sein, sollte sie auch auf neue Marktteilnehmer angewandt werden. Oder es sollte ein neues Regulierungssystem eingeführt werden, um das bisherige Ausnutzen der Regelungslücke zu vermeiden. Wenn es z. B. noch gültig und notwendig ist, ein vom Fahrer eingeleitetes



Risiko (z. B. eine Regelung für einen ehemaligen Straftäter bestimmter Verbrechen) oder ein gerätebezogenes Risiko (z.B. eine Regelung für die technische Sicherheit von den einzusetzenden Autos) zu kontrollieren, sollte die gleiche Regelung auf die neuen Marktteilnehmer angewandt werden oder zumindest eine Sicherheitsmaßnahme eingeführt werden, um die gleichen Risiken zu vermeiden.

Wenn jedoch die Anwendung der bestehenden Regelung, auf Kosten des erzielten Nutzens für die Verbraucher durch die Einführung der neuen Technologie stattfindet, bedeutet dies, dass die Vorteile der Innovation auch verloren gingen. Die neue Regelung muss also das Ziel der alten Regelung erreichen und gleichzeitig die Innovation zugunsten der Verbraucher ermöglichen. Zum Beispiel könnten der Uber-Betreiber verpflichtet sein, die Verantwortung für die Sicherheit von den Fahrern und die Sicherheit der Autos zu übernehmen und sich mittels Versicherung gegen einen Forderungsausfall absichern.

## 2) Typ II

Im Gegensatz zu Typ I erzeugen etablierte und neue Unternehmen des Typs II unterschiedliche Waren oder Dienstleistungen. Interessenkonflikte entstehen jedoch, weil Waren und Dienstleistungen, die das neue Unternehmen anbietet die von den etablierten Unternehmen produzierten Waren ersetzen. Typ-II-Fälle sind beispielsweise der Kanaltransport- gegenüber der Eisenbahntransportindustrie, Kutschen- gegenüber der Automobilindustrie oder Schreibmaschinen- gegenüber der PC-Industrie.. Neu eingeführte Innovationen im Typ II haben im Allgemeinen höhere Neuartigkeits- und sozioökonomische Auswirkungen als diejenigen, die für Typ I gelten. Die neuen Unternehmen des Typs II sind besonders bedeutsam, da sie nicht nur neue Märkte schaffen, sondern auch große Welleneffekte haben. So besteht hier ein großes Potenzial, Innovationen in neuen verwandten Branchen und Technologien einzuführen. In Fällen des Typs II ersetzen die neuen Unternehmen existierende Unternehmen, indem sie nicht nur dieselben Produkte oder Dienstleistungen, sondern andere und qualitativ bessere Produkte und Dienstleistungen anbieten, die die Funktionen der Produkte und Dienstleistungen der etablierten Unternehmen umfassen. Daher kann ein neues Unternehmen in Typ II einen entscheidenden Einfluss darauf haben, ob etablierte Unternehmen überleben oder scheitern.<sup>15</sup> Aus diesem Grund neigen etablierte Unternehmen dazu, sich dem Einstieg neuer Unternehmen auf eine organisierte und intensive Art und Weise zu

---

<sup>15</sup> Vgl. den Niedergang des Transportwesens mit der Kutsche nach dem Aufkommen von Automobilen und ebenso das Aussterben der Schreibmaschinenindustrie vom Markt nach dem Aufkommen von Computern mit der Textverarbeitungsfunktion.



widersetzen. Dies impliziert jedoch, dass je größer die Intensität des Widerstands ist, desto größer der Nutzen sein könnte, den das neue Geschäft mit neuartigen Technologien bringt. Insbesondere kann das neue Geschäft zu einer neuwertigen technologischen Entwicklung führen, die letztlich auch auf die Entwicklung anderer verwandter Industrien großen Einfluss hat. Angesichts solcher Auswirkungen von Typ-II-Innovationen besteht eine größere Notwendigkeit, die jungen Unternehmen mit neuen Technologien in Typ-II-Fällen zuzulassen. Darüber hinaus kann es Fälle geben, in denen besondere legislative Unterstützung erforderlich ist, beispielsweise neue Produkte und Dienstleistungen, die durch die ICT-Konvergenztechnologie entstehen. Denn wenn diese neuen Produkte und Dienstleistungen nicht rechtzeitig auf den Markt kommen, besteht die Gefahr, dass sie auf dem heutigen globalisierten Markt zurückbleiben. Für Unternehmen des Typs II wird ein spezielles System empfohlen, das ihnen ermöglichen soll, schnell in den Markt einzutreten, sofern sie nicht zu der Risikogruppe gehören, die sowohl eine hohe Schwere als auch eine hohe Eintrittswahrscheinlichkeit umfasst.

## (2) Typ III: Grundrechtskonflikte

Der dritte Typ von Konflikten sind Fälle, in denen die Anwendung neuer Technologien mit den in der Verfassung verankerten Grundrechten der betroffenen Bürger kollidiert. In diesen Konflikttyp fallen beispielsweise Fragen zum Schutz personenbezogener Daten in der Industrie, wie Gesundheitswesen, Big-Data-Analyse und IoT-bezogenen Bereichen. Der Charakter und der Inhalt der streitigen Grundrechte und die Abwägung verschiedener öffentlicher und privater Interessen sind kritische Faktoren, die bei diesem Konflikttyp zu berücksichtigen sind.

Die durch die technologische Innovation bedingten Konflikte um Grundrechte oder Interessenausgleich erfordern jedoch einen anderen Ansatz als bei konventionellen Konflikten. Dies liegt daran, dass die moderne Gesellschaft, deren sozioökonomische Grundlage durch die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie verändert wurde, eine Neuinterpretation der traditionellen Grundrechte im heutigen Sinn erfordert: Das traditionelle Konzept der Grundrechte wie Eigentumsrechte, die Freiheit der Berufswahl und die persönliche Entfaltungsfreiheit, könnte gegebenenfalls nicht mehr aufrechterhalten werden.

Zum Beispiel wurde das Problem des Schutzes personenbezogener Daten traditionell als ein Problem der Privatsphäre angesehen, das auf dem Recht auf Persönlichkeit beruht. Diese Frage des Schutzes personenbezogener Daten kann jedoch nicht nur unter diesem Gesichtspunkt behandelt werden, sondern sollte auch den neu erworbenen



Charakter der persönlichen Information als Gut, insbesondere als öffentliches Gut, berücksichtigen. Daher muss das Schutzsystem für persönliche Informationen neu gestaltet werden, um diese neue Perspektive zusätzlich zur traditionellen Perspektive zu berücksichtigen.

Das derzeitige Datenschutzgesetz, das die Behandlung personenbezogener Daten als Persönlichkeitsrecht vorsieht, hat die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten grundsätzlich von der Zustimmung der betroffenen Person abhängig gemacht. Ein solcher gesetzgeberischer Ansatz führt jedoch einerseits zu einer übermäßigen Einschränkung der Verwendung personenbezogener Daten, macht andererseits aber auch die Schutzmaßnahmen für personenbezogene Daten unwirksam, wodurch eine unangemessene Realität entsteht, in der persönliche Informationen praktisch nicht geschützt sind. Das heißt, ohne Zustimmung der betroffenen Person können personenbezogene Daten nicht verwendet werden, selbst wenn objektive, systematische und technische Schutzmaßnahmen bestehen. Dies behindert dann die Entwicklung neuer Technologien bei der Verwendung von Big Data oder bei der IoT-Umgebung. Auf der anderen Seite dürfen persönliche Informationen frei verwendet werden, solange die Zustimmung der betroffenen Person vorliegt. Eine Zustimmung zu verweigern, ist jedoch praktisch unmöglich, da der Zugang zu wichtigen Diensten immer einer Zustimmung bedarf und somit die Einwilligung de facto zwingend erforderlich ist.

Information ist ein Rohstoff der Produktion, ein Rohstoff von Macht und Treibstoff der Veränderung<sup>16</sup>, weil Informationen in vielfältiger Weise unter ständiger Veränderung in zahlreichen wechselseitigen Interaktionen zwischen Staat und Gesellschaft genutzt werden. Diejenigen, die nicht in der Lage sind, auf notwendige Informationen zuzugreifen, können ihre Rechte nicht ordnungsgemäß wahrnehmen.<sup>17</sup> Die Regierung, ohne Zugang zu notwendigen Informationen, verliert die Grundlage für die Ausübung ihrer rechtlichen Funktionen.<sup>18</sup> Zusammenfassend ist festzuhalten, dass „Information“ in der heutigen Gesellschaft sowohl für die Bürger als auch für den Staat Voraussetzung ihres Funktionierens ist. Daher sollte unter bestimmten Umständen der Zugang zu Informationen anderer gewährleistet sein (Offenheit von Informationen).

---

<sup>16</sup> Helmut F. Spinner, Die Wissensordnung – Ein Leitkonzept für die dritte Grundordnung des Informationszeitalters, 1994, S. 19.

<sup>17</sup> Zum Beispiel kann eine Person, deren Antrag auf eine Geschäftserlaubnis abgelehnt wurde, nicht gegen die Verfügung streiten, indem sie die Ungerechtigkeit dieser Ablehnung geltend macht, wenn die Information über die Bewertungsergebnisse des Geschäftsplans ihres Konkurrenten nicht erhältlich ist.

<sup>18</sup> Wenn zum Beispiel die Steuerbehörde von einem Finanzinstitut keine Informationen über die Kapitaleinkünfte erhalten kann, ist es für diese Agentur unmöglich, eine angemessene Steuerverwaltung durchzuführen.



Aus dieser Perspektive betrachtet die traditionelle Ansicht, die erörtert, welche Informationen von Staat und Gesellschaft benötigt werden, nur einen Aspekt der Information. Das liegt daran, dass diese Sichtweise von der Prämisse ausgeht, es gebe einen bereits bestehenden „heiligen“ Bereich persönlicher Informationen, der auf dem Recht auf Privatsphäre und dem in der Verfassung verankerten Recht auf Persönlichkeit beruhe. Der neue Ansatz dagegen eruiert, welche Informationen nicht von Staat und Gesellschaft geteilt werden sollten und welche Arten von Rechten die betroffene Person im Rahmen der Verbreitung personenbezogener Daten zur Kontrolle ihrer eigenen Daten haben kann. Dieser Ansatz ist eher vereinbar mit den Merkmalen von Informationen in der heutigen Informationsgesellschaft, weil sie von der Prämisse ausgeht Informationen seien eine gemeinsame Ressource, die von Staat und Gesellschaft geteilt werden sollte. Mit anderen Worten, anstatt das Recht auf persönliche Informationen aus dem Blickwinkel der Gewährleistung der Privatsphäre, d. h. des Grundrechts des Individuums, zu interpretieren, ist es notwendig, das Recht auf persönliche Information aus der Perspektive der objektiven Rechtsordnung zu verstehen. Daher kann es Bereiche geben, in denen die Verwendung personenbezogener Daten ohne Zustimmung zulässig ist, sofern angemessene systematische und technische Schutzmaßnahmen getroffen werden. Auf der anderen Seite kann es Bereiche geben, in denen die Verwendung personenbezogener Daten auch mit Zustimmung der betroffenen Person eingeschränkt werden sollte.

Angesichts der zunehmenden Möglichkeit von Grundrechtsverletzungen durch neue Technologien aufgrund der allgegenwärtigen Präsenzen von Wissenschaft und Technologie wird erwartet,<sup>19</sup> dass diese Art von Konflikten im Laufe der Zeit zunimmt.

### (3) Typ IV: Wertkonflikte

Der vierte Konflikttyp stellt Fälle dar, in denen die Anwendung neuer Wissenschaft und Technologie Konflikte sozialer Werte oder Ideologien auslöst. Dieser Konflikttyp kann abgeleitet werden durch Zusammenstöße von neuen Technologien wie der Biotechnologie (z. B. embryonale Stammzellenforschung, genetische Veränderung) mit traditioneller Ethik oder durch voneinander verschiedene soziale Bewertungen oder Wertesysteme in Bezug auf neue Technologien, wie zum Beispiel ein Kernkraftwerk, das Risiken für das Ökosystem und das Überleben der Menschheit in sich birgt. In jedem Fall unterscheidet sich Typ IV von den anderen drei oben diskutierten Typen da-

---

<sup>19</sup> Es gibt viele Studien, die sich mit den Möglichkeiten großflächiger und vielfältiger Menschenrechtsverletzungen durch neue Technologien befassen, die durch technische Innovationen eingeführt werden. Als repräsentative Studie siehe Thérèse Murphy (Hrsg.), *New Technologies and Human Rights*, 2009.



rin, dass hier nicht im Vordergrund steht, ob Aktivitäten, die neue Wissenschaft und Technologie verwenden, gegen die Interessen einzelner Personen verstoßen. Hier sind die Konflikte zwischen diesen Personen und den Unternehmen nicht das Hauptproblem. Die Biotechnologie, die die traditionelle Ethik infrage stellt, und andere Technologien, die Risiken für Ökosysteme oder das Überleben der Menschheit bergen, beinhalten auch Fragen der Grundrechte, die in der Verfassung verankert sind. Im Typ IV spielen vielmehr Makro-Diskurse, wie die Gemeinschaftsordnung oder Gemeinschaftswerte, die nicht durch die Grundrechte eines Individuums erklärt werden können, eine zentrale Rolle. Da bei den Typen I, II und III die bereits bestehenden Rechtsansprüche miteinander in Konflikt stehen, geht es im Kern darum, die Beziehungen der materiellen Rechte zu koordinieren. Bei Typ IV treten Konflikte bei der Bildung neuer Wertesysteme auf. Das Kernproblem besteht nicht darin, die Beziehungen zwischen den materiellen Rechten anzupassen, sondern vielmehr darin, wie Verfahren und Prozesse entworfen werden, die zu einem neuen sozialen Konsens führen. Daher müssen für die Fälle des Typs IV transparente Verfahren und Kommunikationsprozesse festgelegt werden, die zu einem sozialen Konsens führen, und eine rechtliche Verpflichtung einführen, die eine öffentliche Konsultation erfordert. Diese soll den interessierten Parteien die Möglichkeit bieten, gehört zu werden und Argumente bereitzustellen, die die interessierten Parteien überzeugen sollen.<sup>20</sup>

## **V. Rechtliche Fragen zur Bewältigung von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung**

Nach den oben erörterten Funktionen des Rechts bei den technologischen Innovationen gibt es zwei widersprüchliche Anforderungen bei der Entscheidung, ob eine neue Technologie, die aus technologischen Innovationen resultiert, auf dem Markt eingeführt werden soll. Die erste Forderung zielt auf die Vorbeugung der mit neuer Technologie verbundenen Risiken ab, während die zweite Forderung auf die Einführung neuer Technologien abzielt, um den Verbrauchern die Vorteile zu sichern, die sich daraus ergeben, und um gleichzeitig technologische Innovationen zu fördern. In den folgenden Abschnitten wird untersucht, welche rechtlichen Aspekte berücksichtigt werden sollten, um diese scheinbar widersprüchlichen rechtlichen Anforderungen optimal zu harmonisieren.

---

<sup>20</sup> Die Bedeutung eines solchen Kommunikationsprozesses wurde durch den gescheiterten Fall des UK Care-Data-Projekts und den Erfolgsfall der Prävention von mitochondrialer DNA-Krankheit gezeigt. Für weitere Einzelheiten siehe Karen Yeung, Tensions in Law, Regulation and Technical Innovation: Recent Cases from the UK Experience, *Journal of Law & Economic Regulation*, Nr. 18, 2016.11, S. 64-88.



## 1. Verhältnismäßigkeitsprinzip: Verhältnismäßigkeit zwischen Sicherheit und Risiken

Das Hauptziel der Regulierung von Produkten und Dienstleistungen, die neue Technologien nutzen, besteht darin, die Sicherheit zu gewährleisten, indem die damit verbundenen Risiken vermieden werden. Bereits 1942 schlug Isaac Asimov in seiner Science-Fiction-Kurzgeschichte „Runaround“ die drei Gesetze der Robotik vor. Das erste Gesetz besagt: Ein Roboter darf keinen Menschen verletzen oder durch Untätigkeit einem Menschen Schaden zufügen. Der Geltungsbereich dieses Gesetzes wurde später auf alle Geräte ausgeweitet und besagt: Geräte sollten sicher sein.

Sicherheit und Risiko können jedoch nicht auf ein Binärsystem von 0 und 1 reduziert werden. Es ist nicht nur praktisch unmöglich, eine Null-Gefahr zu haben, und ein extremer Null-Risiko-Standard führt oft zu sehr unangemessenen Ergebnissen.<sup>21</sup> Die Gewährleistung der Sicherheit ist ein Problem des Sicherheitsgrades; Daher sollte die Frage beantwortet werden, inwieweit die Sicherheit gewährleistet werden sollte, d. h. in welchem Umfang Risiken in Kauf genommen, also zugelassen werden können. Hier kommt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zum Tragen.

Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sind widerstreitende Interessen und Werte gegeneinander abzuwägen. Bei der Entscheidung über die Zulassung einer neuen Technologie müssen verschiedene Faktoren wie Risiken in den Bereichen Gesundheit, Sicherheit, Umwelt, Ethik und Gesellschaft sowie die sozioökonomischen Auswirkungen (Auswirkungen auf die bestehende Industrie, den Wettbewerb und den Arbeitsmarkt) berücksichtigt werden.<sup>22</sup> Insbesondere muss, wie oben in den „Risikotypen“ untersucht, auch der Zusammenhang zwischen der Schwere des Schadens und der Eintrittswahrscheinlichkeit berücksichtigt werden. Dieser Aspekt ist besonders relevant, da, wenn sowohl die erwartete Schwere des Schadens als auch die Wahrscheinlichkeit seines Auftretens gering sind, das Risiko als nicht signifikant bewertet werden kann.

Vor diesem Hintergrund besteht ein häufiger Fehler, der normalerweise bei der Entscheidung über die Einführung einer neuen Technologie gefunden wird, darin, dass die Entscheidungsfindung auf die Frage, ob die neue Technologie zugelassen oder verbo-

---

<sup>21</sup> Für weitere Details bezüglich des Problems des Null-Risikos und seiner Lösung von diesem Standpunkt aus, siehe Won-Woo Lee, Allgemeine Prinzipien des Lebensmittelsicherheitsregulierungsrechts und Verbesserungsherausforderungen der gegenwärtigen Gesetzgebung, in: Won-Woo Lee (Hrsg.), Lebensmittelsicherheitsrecht, 2008, S. 35-39 (= Won-Woo Lee, Law of Economic Regulation, 2010, S. 959-962).

<sup>22</sup> Hierzu siehe Karinne Ludlow / Diana M. Bowman / Jake Gatof / Michael G. Bennett, Regulating Emerging und Future Technologies in the Present, Nanoethics (2015) 9, S. 151-163.



ten wird, reduziert wird. Dieser Ansatz scheint eine sehr einfache und klare Schlussfolgerung zu bieten, ist jedoch sowohl in der Theorie als auch in der Praxis unvernünftig. So ein Alles-oder-Nichts-Binäransatz ist nur in Extremfällen hilfreich. Die meisten rationalen Antworten befinden sich irgendwo zwischen den beiden Extremen. Dies steht auch im Einklang mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit..

Nach diesem Grundsatz darf also nicht nur zwischen Ablehnung und Annahme der neuen Technologie entschieden werden.

Die Untersagung einer Tätigkeit, die unter bestimmten Voraussetzungen hätte genehmigt werden können, ohne diese Bedingungen zu berücksichtigen, würde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zuwiderlaufen. Bevor entschieden wird, die Aktivität zu verbieten, sollten Fragen gestellt werden, die dazu führen können, dass diese Aktivität erlaubt wird. Diese Fragen lauten: „Unter welchen Bedingungen können die zu erwartenden Risiken minimiert werden?“ und „Unter welchen Bedingungen kann die betreffende Aktivität am effektivsten ihren Nutzen demonstrieren?“ Darüber hinaus sollten die Bedingungen für die Zulassung nicht so streng sein, dass sie zu einem De facto-Verbot führen. Vielmehr sollten die Bedingungen in dem erforderlichen Mindestmaß und in einer Weise festgelegt werden, dass die in Rede stehende Tätigkeit zur Erreichung der erforderlichen Zwecke durchgeführt werden kann.<sup>23</sup>

Zum Beispiel sollte jede Phase des Lebenszyklus von Wissenschaft und Technologie, wie die Phase der Forschung und Entwicklung und der Anwendung (Kommerzialisierung), unterschiedlichen Regelungen unterliegen. Auf der Stufe der Forschung und Entwicklung sollten alle neuen Versuche im Lichte der akademischen Freiheit grundsätzlich erlaubt sein, und die Regulierung sollte auf das erforderliche Mindestmaß begrenzt sein. Darüber hinaus müssen im Hinblick auf die Marktzulassungsverfahren neben dem herkömmlichen Genehmigungsverfahren auch andere flexible Verfahren eingeführt werden,<sup>24</sup> einschließlich einer vorläufigen Genehmigung,<sup>25</sup> eines vorläufig-

---

<sup>23</sup> Solch ein Zustand sollte natürlich geeignet und ausreichend sein, um den Zweck (z. B. die Verhinderung von Risiken) zu erreichen, diesen Zustand durchzusetzen.

<sup>24</sup> Diese flexiblen Markteintrittsregelungen werden unten im Rahmen der „aktuellen Gesetzgebung zur Konfliktlösung“ ausführlich erläutert.

<sup>25</sup> Siehe zum Beispiel § 37 des „Sondergesetzes über die Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie, Aktivierung der Konvergenz, usw. (Special Act on the Promotion of Information and Communications Technology, Activation of Convergence thereof, etc.)“



gen Überprüfungsantrags,<sup>26</sup> einer neuen Technologie-Compliance-Zertifizierung<sup>27</sup> und einer regulatory sandbox<sup>28</sup>.

## 2. Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen

Die Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen für antizipierte Risiken ist ein wichtiger Entscheidungsgrund, ob eine neue mit Risiken behaftete Technologie genehmigt werden soll und wie eine solche Technologie zu regulieren ist. Wenn für einen erwarteten Schaden keine Abhilfe besteht, kann ein solches Risiko nicht einfach erlaubt werden. Besteht dagegen ein angemessener Ausgleich für Schäden, die durch ein bestimmtes Risiko verursacht werden, kann dieses Risiko mit einer geeigneten Maßnahme toleriert werden, die auf der Grundlage der Ergebnisse der Abwägung zwischen Schäden und Nutzen ausgewählt wird.

Bei der Entscheidung, ob oder wie die Anwendung neuer Technologien genehmigt werden soll, werden die folgenden beiden Faktoren als die wichtigsten angesehen: ① ob Risiken für das Leben und die Gesundheit von Menschen bestehen und ② ob der durch die Risiken verursachte Schaden irreversibel ist. Dies ist grundsätzlich unstrittig. Obwohl die Risiken, die das Leben und die Gesundheit von Menschen bedrohen, ein wichtiger Bestimmungsfaktor sind, ist dies jedoch kein absolutes Kriterium: Trotz ständiger Autounfälle sind Fahrzeuge verboten. Irreversibilität ist auch nur einer der vielen bestimmenden Faktoren. Ein irreversibler Schadensfall bedeutet nicht, dass eine Abhilfe unmöglich ist, da eine Abhilfe nicht nur durch eine Wiederherstellung, sondern auch durch einen finanziellen Ausgleich geschaffen werden kann.<sup>29</sup>

Arten und Irreversibilität der Schäden, die durch die neue Technologie hervorgerufen werden, müssen mit der Schwere und Eintrittswahrscheinlichkeit des Schadens und

<sup>26</sup> Das Vorabüberprüfungsverfahren sollte die Vorlage einer vorläufigen Überprüfung der rechtlichen Zulässigkeit eines Rechtsakts bei der zuständigen Verwaltungsbehörde ermöglichen. Dieses vorläufige Überprüfungsantragsschema wurde eingeführt und in den „Richtlinien für den Antrag auf vorläufige Überprüfung von Verletzungen des Gesetzes über Monopolregulierung und fairen Handel, den „Richtlinien für die vorläufige Überprüfung von der Koreanischen Kommunikationskommission“ und den „Leitlinien für die Vorabüberprüfung wegen Verstoßes gegen die Verordnung über die Finanzaufsicht“ angewendet. Diese Dokumente sind konkrete Anwendungen des Vorabüberprüfungsantrags gemäß § 30 des „Gesetzes über die Behandlung von Zivilbeschwerden“. Er wird verwendet, um eine offizielle Entscheidung zu verlangen, wenn die einschlägigen Gesetze scheinen unklar oder unangemessen zu sein. Auf diese Weise kann das Fast-Track-Verfahren auch Rechtsunsicherheit beseitigen und einen schnellen und transparenten Verwaltungsvorgang fördern.

<sup>27</sup> Siehe § 11 f. Gesetz zur Förderung der industriellen Konvergenz (Promotion of Industrial Convergence Act).

<sup>28</sup> Ein repräsentatives Beispiel ist § 15 (auf neuer Technologie basierte Unternehmen) des Gesetzesentwurfs über das Sondergesetz über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler strategischer Industrien.

<sup>29</sup> Das koreanische Zivilgesetzbuch sieht als Ersatz für den Schaden den finanziellen Ausgleich und nicht die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes vor, siehe § 394 und § 763 des Zivilgesetzbuches.



den Vorteilen dieser Technologie abgewogen werden. Ist die Verletzung rechtlicher Interessen gering und der Schaden wiedergutzumachen, sollte diese Technologie unter bestimmten Sicherheitsbedingungen genehmigt werden. Der Schaden kann auch durch Geldzahlung ausgeglichen werden. Darüber hinaus könnte auch eine Versicherungspflicht auferlegt werden um eine Schadensabsicherung zu gewährleisten.

Zusammenfassend sollten bei der Entscheidung, wie neue risikobehaftete Technologien zu regulieren sind, Art und Charakter des Schadens, Ausmaß und Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Schaden (d.h. den Typ der Risikosituation) sowie Art und Ausmaß der Nutzen, der durch die Duldung der Risiken erreicht werden kann, berücksichtigt werden.

### **3. Rechtsstaatsprinzip: Formalität des Rechts / materielle Rechtsstaatlichkeit**

Eine Norm ist ein Gefäß, das die Zukunft enthält. Aufgrund der begrenzten kognitiven Fähigkeiten des Menschen ist es jedoch unmöglich, alle zukünftigen Ereignisse vorherzusagen und vorher gesetzlich zu regeln. Daher werden vom Gesetzgeber unvorhergesehene Ereignisse unweigerlich auftreten. Es widerspricht dem Willen des Gesetzgebers und der Einzelfallgerechtigkeit, das Gesetz wörtlich auf neue Situationen anzuwenden, die im Voraus nicht vorgesehen waren. Wie sollte das Gesetz auf ein solches unvorhergesehenes Ereignis reagieren?<sup>30</sup> Mit anderen Worten, wie können neue Technologien, die zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Gesetzgebung nicht erwartet wurden, vom Gesetz behandelt werden? Um dieses Problem zu lösen, ist die Flexibilität der Gesetzgebung unerlässlich, damit die neue technologische Entwicklung akzeptiert wird.

Das „Regulatory Equity Scheme“ ermöglicht eine flexible Durchführung der Regulierung. Das Regulatory Equity Scheme ist ein System, das im Einzelfall die konkrete und individuelle Gerechtigkeit gewährleistet, indem es die Anwendung eines Regulierungsstandards ausdrücklich ausschließt, der normalerweise keine Probleme verursacht, für eine bestimmte Person in einem bestimmten von den Gesetzgebern unvorhergesehenen Fall jedoch angesichts der Absicht des Gesetzgebers und dem Grundsatz der Billigkeit ungerechtfertigt ist. Der Begriff „Gerechtigkeit“ bedeutet die Gerechtigkeit im Einzelfall (Einzelfallgerechtigkeit); diese Einzelfallgerechtigkeit wird erreicht, indem Gesetze eben nicht formalistisch und strikt angewandt werden., .

---

<sup>30</sup> Für die theoretische Diskussion über das Bewusstsein für dieses Thema, siehe Won-Woo Lee, Einführung von Billigkeitsmaßnahmen und Härtekláuseln als Vorschlag zur besseren Regulierung, *Administrative Law Journal*, Nr. 27, August 2010, S. 1-47.



Die Rechtsform ist ein zentraler Faktor für die Gewährleistung der Rechtssicherheit. Daher sind Gesetze ohne Form unvorstellbar. Ihering sagt: „Die Form ist die geschworene Feindin der Willkür, die Zwillingschwester der Freiheit“<sup>31</sup>, ein beredter Einblick in die Bedeutung der Form im Gesetz. Unter diesem Gesichtspunkt ist das Gesetz eine Form und das Gesetz ohne Form ist unvorstellbar.<sup>32</sup> Die Rechtsstaatlichkeit in einem zeitgenössischen demokratischen Rechtsstaat sollte jedoch nicht als die Rechtsstaatlichkeit verstanden werden, die auf dem im liberalen Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts etablierten Rechtspositivismus beruht. Insbesondere im Bereich des öffentlichen Rechts der modernen Gesellschaft scheint Di Fabios folgende Aussage überzeugender zu sein: „Die Form erscheint vielen nicht wie für den großen Ihering als Feind der Willkür, sondern eher als Antipode der Freiheit.“<sup>33</sup> Das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit in der heutigen Gesellschaft geht über den einfachen Begriff der wörtlichen Einhaltung von Rechtsvorschriften hinaus. Die Rechtsstaatlichkeit sollte nicht mit dem übertriebenen Normativismus gleichgesetzt werden, der argumentiert, dass die gesamte Zukunft in Normen vorgegeben ist. Der Normativismus kann aufgrund seiner Nivellierungswirkung im Einzelfall keine Gerechtigkeit erlangen. Es ist nicht nur unmöglich, solche Probleme zu ignorieren und alles für jeden Fall mit verbindlichen Rechtsnormen vorab zu regeln, sondern widerspricht der Normativismus auch dem Prinzip der Gerechtigkeit.<sup>34</sup>

Die Würde und der Wert des Menschen, das Recht auf Glück und die Gleichheit beruhen auf konkreten individuellen Menschen, nicht auf abstrakten Menschen. Dies impliziert, dass entgegen der einheitlichen und formellen Anwendung der Gesetze in der Vergangenheit die Rechtsstaatlichkeit in dem heutigen materiellen Rechtsstaat und die Gesetze so programmiert und durchgesetzt werden sollten, dass die Verwirklichung der Gerechtigkeit im konkreten Einzelfall ermöglicht wird. Das Regulatory Equity Scheme ist ein System, das materielle Rechtsstaatlichkeit verwirklicht. Ungerechtigkeit, die sich aus einem einheitlichen Formalismus ergibt, widerspricht tatsächlich der Absicht des Gesetzgebers und kann die Verwirklichung des materiellen Rechtsstaates ersticken.

---

<sup>31</sup> Rudolf v. Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl., 1894, 2. Teil, 1. Abs., S. 471.

<sup>32</sup> Rudolf v. Ihering, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 4. Aufl., 1894, 2. Teil, 1. Abs., S. 473.

<sup>33</sup> Di Fabio, Form und Freiheit, DNotZ 2006, 342, 344.

<sup>34</sup> Für die Spannung zwischen der Allgemeingültigkeit und Spezifität des Gesetzes, siehe Won-Woo Lee, Einführung von Billigkeitsmaßnahmen und Härteklauseln als Vorschlag zur besseren Regulierung, Administrative Law Journal, Nr. 27, August 2010, S. 8-14.



Eine gerechte Regulierung kann durch die Auslegung des geltenden Rechts bis zu einem gewissen Grad auch in gewissem Maße umgesetzt werden, da dies durch die angemessene Ausübung der Ermessensbefugnisse erreicht werden kann, die bereits durch das geltende Recht den Regulierungsbehörden eingeräumt worden sind. Die Ermessensausübung der Regulierungsbehörden in der derzeitigen Verwaltungskultur in Korea wirft jedoch Bedenken hinsichtlich der Möglichkeit von Machtmissbrauch auf. Um eine reflexive Regulierung zu erreichen, die die materielle Rechtsstaatlichkeit erreichen und zugleich den Machtmissbrauch verhindern und die Formalisierung des Gesetzes vermeiden kann, sind letztlich legislative Lösungen erforderlich. Zu diesem Zweck wurde während der 18. Periode der Nationalversammlung der „Gesetzesentwurf zur Sicherstellung von Billigkeit der Verwaltungsregulierungen und Rechtsschutzmittel“ (19. November 2010) eingereicht, der jedoch mit Ablauf der Sitzung der Nationalversammlung automatisch verworfen wurde<sup>35</sup>. Während der 19. Periode der Nationalversammlung wurde der Inhalt des besagten Gesetzes weitgehend reduziert und nur ein Teil des Inhalts der reflexiven Anwendung der Regulierung und der differenzierten Anwendung der Regulierung wurde in den „Änderungsentwurf zum Grundgesetz über die Verwaltungsregulierungen“ (27. August 2014) aufgenommen. Dieser Änderungsentwurf wurde ebenfalls aufgrund des Ablaufs der Sitzung der Nationalversammlung verworfen. In der 20. Periode der Nationalversammlung wurden die Bestimmungen zur flexiblen Anwendung der Regulierung und zur differenzierten Anwendung der Regulierung in dem genannten „Änderungsgesetz zum Grundgesetz über die Verwaltungsregulierungen“ erneut in den „Sondergesetzentwurf zur Regulierungsreform“ aufgenommen. Dieser Sondergesetzentwurf wurde von den Mitgliedern der Nationalversammlung verfasst und eingereicht und wird derzeit überprüft. Darüber hinaus sieht das „Sondergesetz für die Regulierungsfreie Zone“ (Gesetzesentwurf über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler Wirtschaftszweige) auch eine besondere behördliche Ausnahme für Unternehmen vor. Diese Ausnahme ist zulässig, wenn die Anwendung der Gesetze, die eine Genehmigung für den Markteintritt erfordern, angesichts der gesetzgeberischen Absicht der Gesetze unangemessen ist.

Bei der Einführung einer flexiblen Anwendung der Regulierung oder des Regulatory Equity Schemes kann jedoch Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Genehmigung von

---

<sup>35</sup> Zu den gesetzgeberischen Absichten und den Hauptpunkten dieses Gesetzesentwurfs sowie den damit verbundenen rechtlichen Fragen siehe Won-Woo Lee, Einführung von Billigkeitsmaßnahmen und Härtekláuseln als Vorschlag zur besseren Regulierung, *Administrative Law Journal*, Nr. 27, August 2010, S. 1-47.



Aktivitäten entstehen, die in den geltenden Rechtsvorschriften nicht ausdrücklich vorgesehen sind. Da die Regulierung im Wesentlichen Verhaltensregeln enthält, ist die Gewährleistung von Klarheit und Sicherheit von entscheidender Bedeutung. Um diese Rechtsunsicherheit zu beseitigen, sollte die betroffene Partei daher die Möglichkeit haben, die zuständige Regulierungsbehörde im Voraus über die Genehmigung der fraglichen Tätigkeiten zu befragen und eine Antwort zu erhalten. Unter diesem Gesichtspunkt muss eine vorläufige Überprüfung beantragt werden, um Rechtssicherheit und Klarheit zu gewährleisten.

#### 4. Demokratieprinzip und Governance

Die vorherige Diskussion befasst sich hauptsächlich mit den Konsequenzen bestimmter Handlungen. Es ist jedoch auch notwendig, die Verfahren zu betrachten, in denen das Gesetz durchgeführt wird. Dies ist im Grunde eine Frage der demokratischen Governance in einer Gesellschaft, die mit neuen Technologien konfrontiert ist, und auch eine Frage der Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Generationen und zwischen den Klassen hinsichtlich der Risikoverteilung.<sup>36</sup>

Im vorherigen Abschnitt wurde das Problem der Sicherheitsgewährleistung, also die Frage der Regulierung von Risiken, als eine Frage des Maßes und des Grades herausgestellt. Im Mittelpunkt dieser Frage steht das Ausmaß, in dem das Risiko toleriert werden sollte. Wer wird darüber entscheiden, in welchem Prozess und in welchem Umfang das gegebene Risiko zulässig ist? Es gibt keine vorher festgelegte Antwort bezüglich des sozialen Konsenses über den Grad des Risikos. Um den Konsens der Gesellschaft zu erreichen, ist daher ein Verfahren wichtig, das eine transparente, faire und ausreichende Möglichkeit bietet.

Die Beziehung zwischen Demokratie und technologischer Innovation ist sehr vielschichtig. Damit Wissenschaft und Technologie frei voranschreiten können, sollte die Freiheit der Forschung gewährleistet sein, Allerdings können Wissenschaft und Technologie aufgrund der Komplexität und des Fachwissens in Wissenschaft und Technologie und aufgrund des Fehlens eines externen Kontrollsystems für die Wissenschafts- und Technologiegemeinschaft von dem Kontrollsystem der traditionellen demokratischen Governance abweichen<sup>37</sup>. Auf der anderen Seite wurden Bedenken geäußert,

---

<sup>36</sup> Für eine Abhandlung, die das Risiko und die Verteilungsgerechtigkeit in Bezug auf die Regulierung neuer Technologien aus dieser Sicht betrachtet, siehe Maria Paola Ferretti, Risk and Distributive Justice: the Case of Regulating New Technologies, *Sci Eng Ethics* (2010) 16, S. 501-515.

<sup>37</sup> Vgl. Laurence Boisson de Chazournes, New Technologies, the Precautionary Principle, and Public Participation, in: Thérèse Murphy (ed.), *New Technologies and Human Rights*, 2009, S. 190 f.



dass eine demokratische Kontrolle ohne Expertenwissen den Fortschritt von Wissenschaft und Technologie behindern würde.

Es ist unvermeidlich, dass die Rolle der Experten aufgrund der Komplexität der modernen Wissenschaft und Technologie bei der Bestimmung der Risiken neuer Technologien dominierend wird. Nichtsdestoweniger sollten Experten weder die Entscheidungsbefugnis noch ein Monopol über die Spielregeln erhalten, weil nur der soziale Konsens das entstandene Risiko akzeptieren kann. Unter diesem Gesichtspunkt sollte einer Methode Aufmerksamkeit geschenkt werden, mit der die Bürger (repräsentativ) demokratisch am Regulierungsprozess und an der Risikobewertung neuer Technologien teilnehmen können, die mit Risiken verbunden sind.

In diesem Zusammenhang sollte die Frage beantwortet werden wer entscheidet und durch welchen Prozess entschieden wird. Erstens sollten die Teilnehmer diversifiziert werden, um die Beteiligung der Interessengruppen der relevanten Branchen und Bürgergesellschaften und nicht nur der Experten sicherzustellen. Die entsprechenden Regulierungsbehörden sollten zweifellos teilnehmen, aber im Falle der Beteiligung mehrerer Agenturen sollte eine verantwortliche Lenkungsagentur eindeutig bestimmt werden.<sup>38</sup>

Die Beteiligung verschiedener Akteure, einschließlich der Bürgergesellschaften, über demokratische Prozesse bedeutet jedoch, dass die Teilnehmer für die Ergebnisse ihrer Entscheidungen verantwortlich sind. In solchen Fällen würden die Teilnehmer wahrscheinlich Entscheidungen treffen, um Verantwortlichkeiten zu vermeiden.<sup>39</sup> Dies könnte dazu führen, dass eine vorsorgliche Ex-ante-Regulierung gegenüber einer Ex-post-Regulierungsalternative in Bezug auf neue Technologien bevorzugt wird, wodurch die Tendenz zur Eindämmung der Einführung neuer Technologien verstärkt wird. Daher ist die Rolle von Expertengruppen, die in dem betreffenden Bereich über einschlägige Fachkenntnisse verfügen und in diesem Bereich tätig sein werden, für die Kommunikation von Bedeutung, weshalb ein Rechtssystem erforderlich ist, das die Rolle solcher Expertengruppen gewährleistet.<sup>40</sup> Dies kann durch die Sicherstellung von Ressourcen, wie z.B. Experten mit Fachkenntnissen und einem Budget, die für die

---

<sup>38</sup> Dies wird vom Regierungsorganisationsgesetz verlangt. Für weitere Details, siehe Won-Woo Lee, Gesetzliche Prinzipien zur Struktur und Arbeitsweise von Verwaltungsorganisationen, *Journal of Law & Economic Regulation*, Vol. 2, No. 2 Nr. 2, November 2009, S. 96-119, insb. S. 99-102 (= Won-Woo Lee, *Law of Economic Regulation*, 2010, S. 263f, S. 267f).

<sup>39</sup> Für Argumente aus dem gleichen Blickwinkel siehe Maria Paola Ferretti, *Risk and Distributive Justice: the Case of Regulating New Technologies*, *Sci Eng Ethics* (2010) 16, S. 501-515, insb. S. 508 f.

<sup>40</sup> Für die Position, die die Rolle von Experten für Governance von diesem Standpunkt aus beleuchtet, siehe Gregory N Mandel, „Regulating Emerging Technologies“, *Law, Innovation and Technology* (2009) 1, S. 75-92.



zuständigen Regulierungsbehörden geeignet sind, zusammen mit angemessenen gesetzlichen Befugnissen erfolgen. Die Unternehmen, die die neuen Technologien einführen, werden sich hieran jedenfalls beteiligen: Diese haben schließlich ein Interesse die Risiken möglichst gering zu halten. Da die Wirtschaftsbranchen, die neue Technologien einführen wollen, sowohl für neue Risiken verantwortlich sind als auch die größten Anreize haben, Risiken durch die neue Technologie zu vermeiden, werden ihre aktiven Rollen und Engagement erwartet. Sie sollten mit gesellschaftlichen Stakeholdern kommunizieren im Entscheidungsprozess und die sozialen Anforderungen adressieren, die in diesem Prozess gestellt werden.<sup>41</sup>

Die Verfahren können vielgestaltig sein, beispielsweise auch offiziell oder inoffiziell. Doch ist Transparenz das oberste Gebot. Darüber hinaus sollte die Entscheidungsfindung nicht nach einem einzigen Verfahren abgeschlossen werden. Bis das Verständnis sowohl der Wissenschaft über die neue Technologie als auch der industriellen Werte einer solchen Technologie angemessen ausgereift ist, sollte ein Rahmen geschaffen werden, um Zyklen der Sammlung der relevanten Daten, der Bewertung der relevanten Ergebnisse und der Modifikation der relevanten Systeme zu wiederholen.

Ein Faktor, der bei der Einführung einer neuen Technologie nicht übersehen werden sollte, ist das Timing. Angesichts der Geschwindigkeit des technologischen Fortschritts und der Marktveränderung dürfte eine verspätete Genehmigung das gleiche Ergebnis wie die Ablehnung der neuen Technologie bringen. Daher sollte das Regulierungssystem eine angemessene Struktur aufweisen, die eine rechtzeitige Reaktion auf technologische Veränderungen ermöglichen kann. Die Forderung nach einer umsichtigen Entscheidungsfindung durch ein demokratisches und partizipatives Verfahren und die Forderung nach zeitnahen Entscheidungen sind scheinbar widersprüchlich und können tatsächlich widersprüchlich sein. Die vorangegangene Diskussion hat jedoch gezeigt, dass die Bedeutung von der Schnelligkeit und der Umsicht auf der Grundlage der Öffentlichkeitsbeteiligung je nach Risiko- bzw. Konflikttypen unterschiedlich ist. Vor diesem Hintergrund lassen sich diese gegensätzlichen Prinzipien von Schnelligkeit und Umsicht optimal abstimmen.

---

<sup>41</sup> Für die Position, die die Rolle der Industrie in der Governance von diesem Standpunkt aus hervorhebt, siehe Gregory N. Mandel, „Regulating Emerging Technologies“, *Law, Innovation and Technology* (2009) 1, S. 85-87.



## VI. Aktuelle Gesetzgebung für Konfliktmanagement

Um zu verhindern, dass neue Aktivitäten auf der Grundlage technologischer Innovationen durch die herkömmliche Regulierung ersticken, die zur Schaffung von Märkten beitragen und den Nutzen der Verbraucher vergrößern, wurden zahlreiche Anstrengungen unternommen. Repräsentative Beispiele für solche Bemühungen sind das „Gesetz zur Förderung der industriellen Konvergenz“ und das „Sondergesetz zur Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie, Erleichterung der Konvergenz davon“ usw (Anm: Gehört das „usw. tatsächlich zum Gesetzestitel?“ (im Folgenden „ICT-Sondergesetz“). Ersterer ist ein besonderer Rechtsakt zur Förderung von Aktivitäten, die durch kreative gemeinsame Anstrengungen der Industrie zur Schaffung von Industrien mit hohem sozialem und Marktwert beitragen. Letzterer ist ein besonderer Rechtsakt zur Förderung von ICT-basierten innovativen Aktivitäten zur Schaffung von Sozial- und Marktwerten.

Das Gesetz zur Förderung der industriellen Konvergenz führte die Zertifizierung der Konformität neuer Produkte (im Folgenden das „Compliance-Zertifizierungssystem“) ein. Im Rahmen dieser Regelung können die Hersteller bei der zuständigen Verwaltungsbehörde eine Konformitätsbescheinigung in einem der folgenden beiden Fälle beantragen: wenn ① es keine Norm, Spezifikation oder Anforderung gibt, die für das neue Produkt in den geltenden Gesetzen gilt, oder ② es ungeeignet ist, den Standard, die Spezifikation oder die Anforderung in den geltenden Gesetzen anzuwenden.<sup>42</sup> Wenn das neue Produkt keine spezifischen Sicherheitsprobleme hat und geeignete Standards dafür festgelegt werden können, wird die Konformitätszertifizierung erteilt und es wird als nach den einschlägigen Gesetzen genehmigt angesehen.<sup>43</sup> Die zuständige Verwaltungsbehörde kann dem Zertifikat notwendige Bedingungen beifügen, um die Sicherheit zu gewährleisten.<sup>44</sup> Darüber hinaus kann der Antragsteller, der die Konformitätsbescheinigung erhalten hat, in einigen Fällen verpflichtet sein, einen Versicherungsvertrag abzuschließen, um den Schadensersatz zu garantieren.<sup>45</sup>

Das Compliance-Zertifizierungssystem berücksichtigt die folgenden fünf Elemente zur Bewältigung von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung: ① Sicherheitsgewährleistung: Konformitätszertifizierungen können ausgestellt werden, solange keine besonderen Sicherheitsprobleme bestehen. Wenn die Konformitätszertifizierung aus-

---

<sup>42</sup> § 11 Abs. I S.1 und 2 Gesetz zur Förderung der Industriellen Konvergenz.

<sup>43</sup> § 13 Abs. I und III Gesetz zur Förderung der Industriellen Konvergenz.

<sup>44</sup> § 13 Abs. II Gesetz zur Förderung der Industriellen Konvergenz.

<sup>45</sup> § 16 Gesetz zur Förderung der Industriellen Konvergenz.



gestellt wird, können zusätzliche Bedingungen zur Gewährleistung der Sicherheit hinzugefügt werden, um die mit der Einführung der neuen Technologie verbundenen Risiken zu kontrollieren. ② Abhilfemaßnahmen für Schäden, die Verbrauchern durch die neuen Produkte entstehen, sind zur Verfügung zu stellen und durch die Verpflichtung zum Abschluss eines Versicherungsvertrages zu garantieren. ③ Der Grundsatz der „Erlaubnis im Regelfall und Verbot im Ausnahmefall“ ist eingeführt. Die Konformitätsbescheinigung wird grundsätzlich erteilt, es sei denn, es liegt ein spezifisches Problem vor und die Konformitätsbescheinigung erhält die Rechtswirkung, als nach den einschlägigen Gesetzen genehmigt zu gelten. ④ Der Grundsatz der Schnelligkeit ist eingeführt: Die bescheinigende Verwaltungsbehörde sollte dem Antragsteller den erwarteten Überprüfungszeitraum mitteilen, die Konsultationsfrist mit verbundenen Behörden ist auf 10 Tage begrenzt, und die Zertifizierung ist innerhalb sechs Monaten nach der Antragstellung zu erteilen. ⑤ Es wird ein Konsultationsausschuss für die Konformitätsbescheinigung organisiert, um eine ordnungsgemäße und professionelle Überprüfung der Konformitätsbescheinigung zu gewährleisten. Der Konsultationsausschuss sollte aus Beamten der zuständigen Verwaltungsbehörden und Experten auf diesem Gebiet bestehen.

Auf der Grundlage der oben genannten fünf Elemente können im Hinblick auf das Konfliktmanagement folgende Schlussfolgerungen gezogen werden. Durch diese Maßnahmen wurde ein Rechtsgrund für die zügige Einführung neuer Technologien geschaffen, gleichzeitig wurden rechtliche Maßnahmen zur Verhütung von Risiken und zur Behebung von Verbraucherschäden durch die Einführung der neuen Technologie eingeführt. Diese Maßnahmen weisen jedoch auch einige Mängel auf: Die Sicherheitsbewertung wird während des Prozesses der Konformitätsbewertung durchgeführt, der die Konsultation des Konsultationsausschusses für die Konformitätszertifizierung umfasst. Dies bedeutet, dass der Konsultationsausschuss eine wichtige Rolle als Konsultationsorgan für die Sicherheitsbewertung spielt. Dennoch garantieren diese Maßnahmen nicht die Unabhängigkeit oder Pluralität, die für die faire Verfassung des Konsultationsausschusses notwendig sind.<sup>46</sup>

Das ICT-Sondergesetz sieht ein „Fast Track Procedure Scheme“ und ein „Temporary Permit Scheme“ vor.<sup>47</sup> Das Fast Track Procedure Scheme ist ähnlich dem des Comp-

<sup>46</sup> Es ist unklar, wie die Beteiligung des Herstellers (Bewerbers) am Verhandlungsprozess anerkannt wird.

<sup>47</sup> Stellungnahmen zur Einführung von Experimentalklauseln, vorläufigen Genehmigungen, vorübergehenden Genehmigungen usw. im Rahmen der Agenda für die Reform der Regulierung für die Schaffung neuer Märkte finden Sie unter Won-Woo Lee, Regulierungsreform und Deregulierung – ein Versuch zur



liance Zertifizierung Scheme i.S.d. Gesetzes zur Förderung der industriellen Konvergenz. Im Rahmen dieser Regelung können Entwickler, die neue ICT-Konvergenztechnologien oder -dienste entwickelt haben, den Minister für Wissenschaft und ICT in einem der folgenden zwei Fälle für das Schnellverfahren beantragen: ① wo kein Standard, keine Spezifikation oder Anforderung vorhanden ist, oder ② wo es unangebracht ist, den Standard, die Spezifikation oder die Anforderung in den geltenden Gesetzen anzuwenden.<sup>48</sup> Außer in Fällen, in denen der Leiter der zuständigen Verwaltungsbehörde oder der Minister für Wissenschaft und ICT der Auffassung ist, dass die neue Technologie entweder eine Genehmigung oder eine befristete Genehmigung erfordert, kann der betreffende Antragsteller die neue Technologie oder Dienste frei auf den Markt bringen.<sup>49</sup> Wenn eine Genehmigung erforderlich ist, um eine neue ICT-Technologie oder -Dienstleistung auf den Markt zu bringen, sollte der entsprechende Antragsteller über die für die Genehmigung erforderlichen Bedingungen und Verfahren informiert werden. Beantragt der Antragsteller die Genehmigung gemäß den notifizierten Bedingungen und Verfahren, sollte die zuständige Verwaltungsbehörde den Antrag umgehend bearbeiten<sup>50</sup>.

Das Temporary Permit Scheme ist ein System, das als die Erweiterung des Fast Track Procedure Scheme entstand.<sup>51</sup> Dies bedeutet, dass der Minister für Wissenschaft und ICT bei Einhaltung der folgenden beiden Bedingungen eine vorübergehende Genehmigung für die neue ICT-Konvergenztechnologie oder -dienstleistung erteilen kann: ① wenn neue Technologien und Dienstleistungen, für die ein Antrag auf Fast Track Procedure gestellt wird, nicht in die Zuständigkeit der Leiter anderer damit verbundener Zentralverwaltungsbehörden fallen und ② wenn es angesichts des Charakters der in Betracht kommende neuen ICT-Technologien oder -Dienste erforderlich ist, geeignete Normen, Spezifikationen, Anforderungen usw. festzulegen<sup>52</sup>. Bei Erteilung einer

---

Umsetzung einer angemessenen Regulierungspolitik, Justice, Ser. Nr. 106, September 2008, S. 382 (= Won-Woo Lee, Law of Economic Regulation, 2010, S. 173).

<sup>48</sup> § 36 Abs. I ICT-Sondergesetz.

<sup>49</sup> § 36 Abs. V ICT-Sondergesetz.

<sup>50</sup> § 36 Abs. VI ICT-Sondergesetz.

<sup>51</sup> Weitere Einzelheiten zur vorübergehenden Genehmigung finden Sie in Tae-Oh Kim, Einleitender Bericht über technologische Entwicklung, Regulierung und Reaktion auf das Verwaltungsrecht – mit Schwerpunkt auf dem Sondergesetz zur Förderung der Informations- und Kommunikationstechnologie, Aktivierung der Konvergenz, usw. (das sogenannte ICT Special Act), Administrative Law Journal, Nr. 38, Februar 2014, S. 83-111; Tae-Ho Kim, Technologisches Innovations- und Genehmigungssystem – mit Schwerpunkt auf der Akzeptanz des IKT-Konvergenzphänomens, in: Innovation und Wirtschaftsregulierung (Proceedings von der 13. internationalen Konferenz anlässlich des 10. Jahrestages des Center for Law & Public Utilities, Seoul National University, September 2016, S. 187-199).

<sup>52</sup> § 37 Abs. I ICT-Sondergesetz.



vorübergehenden Erlaubnis können Bedingungen für die Stabilität neuer Technologien beigefügt werden.<sup>53</sup> Darüber hinaus muss eine Person, die eine vorübergehende Erlaubnis erhalten hat, eine Versicherung abschließen, um den Schaden zu ersetzen, der den Verbrauchern durch die neue Technologie oder Dienstleistung entsteht.<sup>54</sup>

Das Fast Track Procedure Scheme und das Temporary Permit Scheme sind getrennte Systeme und unterscheiden sich in dem rechtlichen Charakter, aber strukturell sind sie miteinander verbunden. Wenn ein Antrag auf ein Fast-Track-Verfahren hinsichtlich einer neuen ICT-Konvergenztechnologie oder -dienstleistung gestellt wird, gibt es drei alternative Szenarien: ① Wenn keine Genehmigung für notwendig erachtet wird, kann die neue Technologie oder Dienstleistung ohne weitere Maßnahmen unverzüglich in Betrieb genommen werden; ② Wenn eine Genehmigung nach dem geltenden Recht erforderlich ist, sollten die relevanten Bedingungen und Verfahren unverzüglich dem Antragsteller mitgeteilt werden und das Genehmigungsverfahren sollte rechtzeitig durchgeführt werden; oder ③ Wenn eine Genehmigung erforderlich ist, es aber ungeeignet ist, die Normen, Spezifikationen oder Anforderungen in den geltenden Gesetzen anzuwenden, sodass die Festlegung neuer Normen, Spezifikationen oder Anforderungen erforderlich sein sollte, sollte das Verfahren für eine vorübergehende Genehmigung fortgesetzt werden. ① und ② sind die Fast Track Procedure, während ③ das Verfahren für die Temporary Permit ist, und erklärt wie ③ über ① und ② erreicht wird.

Das Fast Track Procedure Scheme und das Temporary Permit Scheme haben keinen deregulierenden Effekt, insbesondere wenn neue ICT-Konvergenztechnologien oder -Dienste dem bestehenden Genehmigungsverfahren unterliegen, da die Gesetze, die das Genehmigungsverfahren regeln, für die neuen Technologien oder Dienstleistungen gelten. Sie kann jedoch insoweit als Rationalisierung der Regulierung gelten, als sie dadurch für Transparenz, Klarheit und Regulierungssicherheit sorgen, dass sie eine rasche Antwort darauf erfordern, ob der Fall eine Genehmigung benötigt oder nicht. Darüber hinaus ermöglichen diese beiden Rechtsinstitute die Einführung neuer Technologien, wenn die entsprechende Verwaltungsbehörde keine Antwort gibt, da die fehlende Antwort als Fall betrachtet wird, in dem keine Genehmigung erforderlich ist. Darüber hinaus haben diese beiden Systeme auch grundlegende Risikomanagement-Mechanismen: Es können weitere Sicherheitsleistungen gefordert werden. Jedenfalls besteht eine Versicherungspflicht, die die Schadensersatzzahlungen garantiert.

---

<sup>53</sup> § 37 Abs. II ICT-Sondergesetz.

<sup>54</sup> § 37 Abs. IV ICT-Sondergesetz.



Außerdem stehen das Sondergesetz für regulierungsfreie Zonen und das Sondergesetz für die Regulierungsreform im Gesetzgebungsverfahren. Der erstgenannte Gesetzentwurf sieht das sogenannte „Negative Regulatory System“<sup>55</sup> und das „Regulatory Equity Scheme“<sup>56</sup> vor, während der letztere Gesetzesentwurf das „Regulatory Equity Scheme“<sup>57</sup> einführt.

Die oben genannten Bemühungen zur Reform oder Verbesserung der bestehenden Regulierungen spiegeln die folgenden Grundsätze wider: ① **Anm: Dies ist Grundsatz 3 (und nicht Grundsatz 1)** den Grundsatz der „Erlaubnis im Regelfall und Verbot im Ausnahmefall“, ② die Genehmigung neuer Technologien unter den Bedingungen der Sicherheitsgewährleistung und der Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen, ④ schnelle Bearbeitung und ⑤ Teilnahme von Experten an den Verfahren. All diese Anstrengungen können als gesetzgeberische Bemühungen zur Förderung technische Innovationen durch die rechtzeitige und aktive Einbeziehung neuer Technologien bei gleichzeitiger Sicherung der grundlegenden Sicherheit und Verhinderung von Verbraucherschäden anerkannt werden.

Trotz dieser Bemühungen stagniert die Einführung neuer Technologien immer noch, und viele Studien weisen auf eine übermäßige Regulierung als Haupt Stolperstein hin. Einige finden die Hauptursache darin, dass die wichtigsten Gesetzesentwürfe zur Lösung dieser Probleme, nämlich das Sondergesetz für die regulierungsfreie Zone und das Sondergesetz für die Regulierungsreform, von der Nationalversammlung noch nicht verabschiedet worden sind. Ein grundsätzlicheres Problem besteht jedoch darin,

---

<sup>55</sup> § 4 Abs. I des Gesetzentwurfs über das Besondere Gesetz über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler strategischer Wirtschaftszweige schreibt unter der Überschrift „Erlaubnis im Regelfall und Verbot im Ausnahmefall“ vor, grundsätzlich sei alles erlaubt, was nicht verboten ist.

<sup>56</sup> § 13 des Gesetzesentwurfs über das Sondergesetz über die Bestimmung und den Betrieb von regulierungsfreien Zonen zur Förderung regionaler strategischer Wirtschaftszweige sieht die so genannte Sonderregulierungsbefreiung vor. Gemäß diesem Paragraph können diejenigen, die beabsichtigen, regionale strategische Projekte in einer regulierungsfreien Zone durchzuführen, eine Sonderregulierungsbefreiung erreichen, wenn die Anwendung von relevanten Statuten für die Erlaubnis angesichts der gesetzgeberischen Absicht der anwendbaren Gesetze oder Anwendung von Normen, Spezifikationen, Anforderungen usw. nach anwendbaren Gesetzen nicht angemessen ist. Der Minister für Strategie und Finanzen kann nach Anhörung der zuständigen Stellen nach Konsultation und Beratung mit dem Sonderausschuss eine Genehmigung gemäß den einschlägigen Gesetzen und Verordnungen erteilen, sofern kein spezifisches Sicherheitsproblem vorliegt.

<sup>57</sup> Gemäß § 29 des Gesetzentwurfs für das Sondergesetz zur Reform der Regulierungen zur Stärkung des Glücks, der Schaffung von Arbeitsplätzen und der internationalen Wettbewerbsfähigkeit, kann der Ausschuss für Regulierungsreform dem Leiter der zuständigen Verwaltungsbehörde empfehlen, die Regulierung zu streichen oder zu lockern, wenn die Anwendung der Regulierung aufgrund der technologischen Entwicklung und Konvergenz und Veränderungen der wirtschaftlichen und sozialen Bedingungen schwierig oder unangemessen ist. Der Leiter der Verwaltungsbehörde, die die Empfehlung erhalten hat, sollte gemäß der Empfehlung tätig werden, sofern nicht ein besonderer Grund vorliegt.



dass aus einheitlich aufgebrauchten Systemen keine richtigen Lösungen entstehen können. Dies liegt daran, dass, wie oben analysiert, bei der Betrachtung des Konflikts zwischen technologischer Innovation und Regulierung die zugrundeliegenden Interessenkonflikte sehr unterschiedlich sind und die betreffenden Risikotypen und die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Fall zu Fall ebenfalls stark variieren. Da die betroffenen Interessen und die zu erwägenden Elemente sich je nach Typen unterscheiden können, sind die Begründungen für die Risikoregulierung und Systeme für Risikoregulierungen (Ex-ante-Regulierung, Ex-post-Regulierung, Verfügbarkeit von Abhilfemaßnahmen, Umfang und Grad der Beteiligung der Interessengruppen, Funktionen der Aufsichtsbehörden und Expertengruppen usw.) nach verschiedenen Prinzipien zu gestalten.

## VII. Zusammenfassung und Fazit

Die Ergebnisse der vorliegenden Arbeit können wie folgt zusammengefasst werden. Die Beziehung zwischen der technologischen und wissenschaftlichen Innovation und Regulierung war immer ein Konflikt. In der heutigen Gesellschaft sollte das Recht jedoch nicht nur Risiken regulieren, sondern auch neue Technologien erst ermöglichen.

Der Rechtsrahmen sollte so strukturiert sein, dass er angemessen auf die technologische Entwicklung reagiert, um die allgemeinen Werte der Entwicklung neuer Wissenschaft und Technologie für die Gesellschaft angemessen zu berücksichtigen und die mit einer solchen Entwicklung verbundenen Risiken angemessen zu regulieren.<sup>58</sup>

Die Frage, ob und wie die Einführung neuer Technologien reguliert werden soll, lässt sich nicht durch ein einheitliches Prinzip bestimmen. Dies liegt daran, dass sowohl der Schweregrad und die Eintrittswahrscheinlichkeit als auch die Struktur der Interessenkonflikte, die den Konflikten zugrunde liegen, von Fall zu Fall variieren. Risikosituationen können in vier verschiedene Typen eingeteilt werden: ① hoher Schweregrad und hohe Eintrittswahrscheinlichkeit, ② hoher Schweregrad, aber geringe Eintrittswahrscheinlichkeit, ③ geringer Schweregrad, aber hohe Eintrittswahrscheinlichkeit und ④ geringer Schweregrad und geringe Eintrittswahrscheinlichkeit. Der Grundsatz, der die Einführung neuer Technologien unterstützt, und der Grundsatz, der die Risiken der neuen Technologien reguliert, sollten entsprechend dem Risikotyp abgestimmt werden.

---

<sup>58</sup> Für eine Abhandlung, die das Thema Governance von diesem Standpunkt aus betrachtet, siehe Gregory N. Mandel, „Regulating Emerging Technologies“, *Law, Innovation and Technology* (2009) 1, S. 75-92.



Darüber hinaus lassen sich Konflikttypen anhand der Struktur der zugrundeliegenden Interessenkonflikte grob in zwei Gruppen einteilen: Konflikte, die zwischen Wettbewerbern auftreten, und solche, die dies nicht tun. Die erste Gruppe kann weiter unterteilt werden in Fälle, in denen Wettbewerber die gleichen Waren oder Dienstleistungen anbieten (Typ I), und in Fälle, in denen Wettbewerber unterschiedliche Güter oder Dienstleistungen anbieten, die eine aber letztendlich die andere funktionell umfasst und ersetzen kann (Typ II). Die zweite Gruppe kann weiter unterteilt werden in Fälle, in denen die Anwendung der neuen Wissenschaft und Technologie mit den Grundrechten oder Rechten von Betroffenen kollidiert (Typ III) und Fälle, in denen die Anwendung der neuen Wissenschaft und Technologie Konflikte der sozialen Werte, Weltanschauung oder Ideologie, abgesehen von den Interessen bestimmter Interessengruppen verursacht (Typ IV). Da sich die Interessenlage nach den Konfliktarten unterscheidet, werden auch die anwendbaren Grundsätze oder Erwägungselemente hinsichtlich der Einführung neuer Technologien variieren.

Es hat sich auf der Grundlage dieser typspezifischen Analysen gezeigt, dass bei der Bewältigung der Konfliktsituationen zwischen Innovation und Regulierung die nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit neu interpretierten Begriffe der „Sicherheit“ und des „Risikos“, die Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen, die flexible Anwendung des Rechts für die materielle Rechtsstaatlichkeit und die Gewährleistung der demokratischen Beteiligung berücksichtigt werden sollten. Auf dieser Grundlage sollte die Genehmigung der Einführung einer neuen Technologie eine Sicherheitsgarantie und die Gewährleistung eines Rechtsbehelfs voraussetzen. In diesem Fall sollte der Sicherheitsgrad zur Feststellung der Sicherheitserfüllung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beurteilt werden, während zur Bestimmung der Rechtsschutzgarantie Faktoren wie Art und Charakter des Schadens, Ausmaß und Eintrittswahrscheinlichkeit (Risikotyp), und Art und Umfang der Vorteile, die durch die Inkaufnahme von Risiken erzielt werden können, berücksichtigt werden sollten. Während Normen auf der Grundlage von Erfahrungen in der Vergangenheit entwickelt, korrigiert und ergänzt werden, entstehen neue Wissenschaften und Technologien aus Situationen, die sich grundlegend von den vergangenen Situationen unterscheiden, und enthalten daher andere Probleme als die bisherigen Technologien. Daher ist ein flexibler und offener Rechtsrahmen erforderlich, um solche neuen Probleme anzugehen. Wenn die Anwendung der Normen oder Anforderungen der geltenden Gesetze auf eine neue Technologie angesichts der Absicht des Gesetzgebers unangemessen ist, muss diese neue Technologie durch andere Systeme eingeführt werden, wie z. B. das vorübergehende Genehmigungsverfahren unter Voraussetzung der Sicherheitsgewährleistung. Probleme



einschließlich der Frage, inwieweit die Einführung neuer Technologien genehmigt werden sollte und inwieweit das Risiko reguliert werden sollte, sollten je nach Risiko- oder Konflikttypen unterschiedlich festgelegt werden. Da diese Fragen naturgemäß einen sozialen Konsens erfordern, sollte ein pluralistischer Entscheidungsprozess von allen Beteiligten gewährleistet werden. Inwieweit das Risiko toleriert wird, ist letztlich eine politische Entscheidung. Daher sollte die tatsächliche Beteiligung der Interessengruppen am Entscheidungsprozess sichergestellt werden, um eine politische Entscheidung zu rechtfertigen und die Akzeptanz der Ergebnisse der Entscheidungsfindung durch die Bürger zu erhöhen.<sup>59</sup> Auf der anderen Seite erfordert eine Sicherheits- und Nutzenbewertung einer neuen Technologie ein hohes Maß an Fachwissen, und daher sollte die Rolle der Expertengruppe gewährleistet werden und die fachliche Eignung der Regulierungsstelle sollte ebenfalls angemessen bereitgestellt werden.

In den letzten Jahren hat Südkorea Anstrengungen unternommen, um seine relevanten Systeme von den oben genannten Standpunkten aus zu verbessern, aber wurden keine bemerkenswerten Erfolge erzielt. Auf der Grundlage der in dieser Arbeit vorgestellten Analysen lassen sich die Ursachen und Lösungen für dieses Problem wie folgt zusammenfassen: Innovationen in Wissenschaft und Technologie und Regulierung stehen in ständiger Spannung. Die Forderung, die Einführung neuer Technologien zu fördern, und die Forderung, neue Technologien zu regulieren, um die mit der neuen Technologie einhergehenden Risiken zu kontrollieren, führen zwangsläufig zu Konflikten. Indem jedoch verschiedene Konfliktsituationen nach genau definierten Kriterien in verschiedene Typen eingeteilt und dann die für jeden Typ spezifischen anwendbaren Rechtsgrundsätze harmonisiert oder kombiniert werden, können die beiden einander widersprechenden Forderungen optimal ausgeglichen werden. Bei einem Typ kann die neue Technologie im Prinzip durch ein Fast-Track-Verfahren genehmigt werden, während bei einem anderen Typ die neue Technologie einer strengeren Regulierung unterliegt, die sich auf die Wahrung von Sicherheit konzentriert. Durch die Anwendung eines solchen typspezifischen Ansatzes kann die Einführung neuer Technologien erleichtert und können gleichzeitig die damit verbundenen Risiken minimiert werden. Um diesen typspezifischen Ansatz zur Lösung von Konflikten zwischen Innovation und Regulierung tatsächlich zu institutionalisieren, sollten möglichst viele Fälle analysiert und klassifiziert werden. Dann sollten die Merkmale jedes Typs defi-

---

<sup>59</sup> Die Bedeutung der substanziellen Beteiligung kann man im gescheiterten Fall des Care.data-Projekts und im Erfolgsfall der Prävention von mitochondrialer DNA-Erkrankung im Vereinigten Königreich deutlich sehen. Für weitere Einzelheiten siehe Karen Yeung, Tensions in Law, Regulation and Technological Innovation: Recent Cases from the UK Experience, *Journal of Law & Economic Regulation*, N. 18, 2016.11, p. 64-88.



niert und die für den jeweiligen Typ am besten geeigneten Regulierungsgrundsätze festgelegt werden. Zukünftige Studien sollten sich daher auf die Klassifizierung und die typspezifische Charakterisierung konzentrieren, indem mehr Fälle gesammelt, verglichen und analysiert werden.





# Stand und Perspektiven von Regulatory Science im Wirtschafts- verwaltungsrecht

*Prof. Dr. Kyung-Won Chang<sup>1</sup>*

<b>I.</b>	<b>Einleitung.....</b>	<b>63</b>
<b>II.</b>	<b>Regulierungswissenschaft .....</b>	<b>65</b>
	1. Bedeutung der Regulierungswissenschaft.....	65
	2. Merkmale der Regulierungswissenschaft.....	66
<b>III.</b>	<b>Regulierungswissenschaft im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts .....</b>	<b>67</b>
	1. Wissenschaft schafft die Regulierungen .....	68
	2. Regulierung schafft die Wissenschaft .....	72
<b>IV.</b>	<b>Regulierungswissenschaft und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Reaktion.....</b>	<b>77</b>
	1. Regulatorische Sandbox .....	80
	2. Regulierungswissenschaft und Good Regulatory Practices (GRP).....	82
<b>V.</b>	<b>Ausblick .....</b>	<b>83</b>

## **I. Einleitung**

Warum gelten genetisch veränderte Lebensmittel als wissenschaftlich sicher und zirkulierend? Wie werden Sicherheitsstandards für niedrig dosierte Strahlung und Rinderhormone festgelegt? Wissenschaftliche Aktivitäten, die Regelungen wie die Risikobewertung<sup>2</sup> und die Festlegung von Risikostandards sowie die Erstellung von regulatorischem Wissen untersuchen, werden als Regulatory Science (Regulierungswissenschaft) bezeichnet.

Traditionell werden die Regulierungspolitik und die Bereiche der Wissenschaft, die Wissen produzieren, als völlig getrennte Bereiche betrachtet. Unter diesem Gesichtspunkt scheinen Wissenschaftler in einem politisch unabhängigen Bereich eine Rolle bei der Bereitstellung relevanter wissenschaftlicher Fakten und Informationen zu spielen, wenn eine Politik zur Regulierung toxischer Substanzen erforderlich ist.

Ein repräsentatives Beispiel in Korea ist die Debatte nach den Verhandlungen über die Hygienebedingungen für Rindfleisch aus den USA im Jahr 2008. Die Opposition der Verhandlungen stieß damals auf die Kritik, dass die koreanische Regierung wissenschaftliche Schlussfolgerungen für eigene politische Zwecke verzerrt habe. Auf der

---

<sup>1</sup> University of Seoul Law School.

<sup>2</sup> Siehe näher Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl., 2006, S. 200 ff.



anderen Seite bestand die koreanische Regierung darauf, dass sie sich nur an die internationalen wissenschaftlichen Standards der Weltorganisation für Tiergesundheit (OIE, Office International des épizooties) halten müsse.

Seitdem die südkoreanische Regierung im Juni 2008 die erneuten Verhandlungen über Rindfleisch beendete, ist die Kontroverse immer wieder aufgekommen. Dieser Fall ließ Raum für eine gründliche Betrachtung des Verhältnisses zwischen Wissenschaft und Regulierungspolitik in der koreanischen Gesellschaft.

In dem traditionellen Modell der Beziehung zwischen Wissenschaft und Regulierungspolitik werden die Teilnehmer in der Debatte wahrscheinlich in eine Situation geraten, in der Wissenschaft und Politik gespalten sind und den jeweils anderen als unwissenschaftlich diffamieren, während sie die Wissenschaftlichkeit für die eigenen Argumente beanspruchen. Dies lässt beide Seiten vergessen, dass es sich um einen Diskurs handelt, der auf „wissenschaftlichen Beweisen“ beruht. Das Modell der Regulierungswissenschaft (Regulatory Science) ermöglicht uns, besser zu verstehen, wie regulierungswissenschaftliche Erkenntnis geschaffen wird und welche Merkmale sie hat, um die Probleme zu lösen, die durch diese traditionelle Dichotomie zwischen Wissenschaft und Regulierung entstehen.

Heutzutage ist Regulierungswissenschaft eng mit der vierten industriellen Revolution verzahnt, welche durch die Konvergenz von Technologien wie Smartphones, Robotik und Biotechnologie ausgelöst wurde. Zu den Schlüsseltechnologien der vierten industriellen Revolution gehören virtuelle Währungen, künstliche Intelligenz (AI), die Blockchains und das Internet der Dinge.<sup>3</sup> In der Finanzindustrie kommen zudem Daten und Analysen (D&A) sowie biometrische Authentifizierungstechnologien zum Tragen. Technologien, die erhebliche Auswirkungen auf die Entwicklung des zentralen Systems des Finanzsystems haben, sind „Small Payment Settlement“, „Pin-Tech-Kredit“, „Robo-Advisor“, „Distributed Ledger Technology (DLT)“, „Wholesale-Zahlungssysteme“, „künstliche Intelligenz und maschinelles Lernen“ sowie „Digitale Währung“. Diese Innovationen in Wissenschaft und Technologie schaffen unsichere Risiken in der modernen Wirtschaftsverwaltung.<sup>4</sup> Wie die Aufsichtsbehörden auf diese unsicheren Risiken reagieren sollen, ist eine Aufgabe des heutigen Wirtschaftsverwaltungsrechts.<sup>5</sup> In diesem Zusammenhang kann die Regulierungswissenschaft regelmäßig mit

---

<sup>3</sup> Vgl. Klaus Schwab, *The Fourth Industrial Revolution: what it means, how to respond*, 2017, S. 1 f.

<sup>4</sup> Vgl. J. E. Prieger, *Regulation, innovation, and the introduction of new telecommunications services*, *Review of Economics and Statistics* (2002), 84 (4), S. 704 f.

<sup>5</sup> Siehe näher Rolf Stober, *Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 15. Aufl., 2006, S. 196 ff.



Regulierungsbehörden zusammenarbeiten. Diese Arbeit untersucht den Stand und Perspektiven von wirtschaftlichen und administrativen Reaktionen, die durch die vierte industrielle Revolution in Bezug auf die Regulierungswissenschaft ausgelöst wurden.

## II. Regulierungswissenschaft

### 1. Bedeutung der Regulierungswissenschaft

Regulierungswissenschaft ist ein hybrider Bereich, in dem Recht, Politik und Wissenschaft nebeneinander bestehen und der als Reaktion auf die sogenannte „akademische Wissenschaft“ genutzt wird, um das Verständnis und das Wissen über die natürliche Welt zu erweitern. Es bezieht sich auf wissenschaftliche Aktivitäten, die Wissen erzeugen und Forschung für regulatorische Zwecke durchführen, wie z. B. die Risikoabschätzung und die Festlegung von regulatorischen Standards.<sup>6</sup>

Die Regulierungswissenschaft ist beispielsweise ein Wissenschafts- und Technologieforschungskonzept, das den kombinierten Stand von Technologie und Demokratie bei der Regulierung von Umweltrisiken betont. Regulierungswissenschaft „verbindet Elemente wissenschaftlicher Beweise und Argumentation mit einem Großteil des sozialen und politischen Urteilsvermögens“.<sup>7</sup>

Die Regulierungswissenschaft ist ein einzigartiges wissenschaftliches Modell, das Politik und Wissenschaft verbindet. Nach diesem Modell existieren politische Entscheidungsträger und Wissenschaftler der Regierung, die wissenschaftliche Kenntnisse über Regulierung benötigen, nicht unabhängig voneinander. Mit anderen Worten, die Regulierungswissenschaft existiert in einem hybriden Bereich, der Regulierungswissen hervorbringt. Die Folgen dieser Regulierungswissenschaft sind ständig umstrittene wissenschaftliche Fakten, da sie soziale, wirtschaftliche und politische Implikationen für viele Interessengruppen haben, einschließlich Regierungen, Unternehmen und Massen.

In der Tat unterscheiden sich der Prozess und das Verifikationsverfahren der Regulierungswissenschaft von den Kontroversen innerhalb der allgemeinen wissenschaftlichen Gemeinschaft. Um diese Regulierungswissenschaft zu charakterisieren, müssen die Unterschiede zwischen der allgemeinen Wissenschaft und der Regulierungswissenschaft im traditionellen Verständnis untersucht werden.

---

<sup>6</sup> Vgl. Emily S. Boja/Henry Rodriguez, *The Path to Clinical Proteomics Research: Integration of Proteomics, Genomics, Clinical Laboratory and Regulatory Science*, KJLM (2011), S. 65.

<sup>7</sup> Vgl. Sheila Jasanoff, *Designs on Nature: Science and Democracy in Europe and the United States* (2007), S. 274-80.



## 2. Merkmale der Regulierungswissenschaft

Die Regulierungswissenschaft verfolgt völlig andere Forschungsziele, Evaluierungsverfahren und Forschungsergebnisse als die akademische Wissenschaft. Zweck der Forschung der Regulierungswissenschaften ist politische Entscheidungsträger zu informieren.<sup>8</sup> Wissenschaftliche Forschung für Regulierung wird in der Regel von Regierungen oder Forschungsinstituten statt von Universitäten durchgeführt. Diese regulierungswissenschaftliche Forschung wird durchgeführt, weil politische Entscheidungsträger und Unternehmen die regulatorischen Anforderungen erfüllen müssen. Ein Beispiel dafür sind Unternehmen, deren chemikalienhaltige Produkte toxikologischen Tests unterzogen werden.

Die Forschung im Bereich der Regulierungswissenschaft ist in der Regel durch Forschungszeiten beschränkt, die vor dem Zeitpunkt der Ausarbeitung der Rechtsvorschriften durchgeführt werden müssen. Darüber hinaus wird die Forschung, die von Regulierungswissenschaftlern durchgeführt wird, oft in Form von Regierungsberichten oder in regulierungswissenschaftlichen Zeitschriften veröffentlicht. Diese veröffentlichten Berichte werden nicht von gleichrangigen Wissenschaftlern erstellt, sondern in Form von Bewertungen von Politikberichten, z. B. Prüfungen von Aufsichtsbehörden, Besuche vor Ort, gerichtliche Überprüfung und Aufsicht über gesetzgebende Körperschaften.

Die Zuverlässigkeit der Forschung in der akademischen Wissenschaft wird durch ordnungsgemäße Verwendung der Forschungsmethodik, die von der wissenschaftlichen Gemeinschaft genehmigt wird, sichergestellt. Auf der anderen Seite werden Entscheidungen, obwohl die Ergebnisse der regulierungswissenschaftlichen Forschung vertrauenswürdig sind, von Nicht-Wissenschaftlern wie dem Gesetzgeber und den Gerichten getroffen, um sicherzustellen, dass die Ergebnisse nicht verzerrt sind und sie den Richtlinien und Protokollen der Regulierungsbehörden ordnungsgemäß entsprechen.

Keine wissenschaftliche Forschungstätigkeit kann vom politischen und kulturellen Kontext der betreffenden Gesellschaft getrennt werden. Darüber hinaus wird die regulierungswissenschaftliche Forschung durch die Nachkontrolle der Gerichte, die Budgetierung durch das Parlament und die Tatsache, dass Forschungsinstitute von der Regierung geleitet werden, stärker beeinflusst.

Regulierungswissenschaft ist eine andere Art von Wissenschaft. Vom Standpunkt der akademischen Wissenschaft scheint die Regulierungswissenschaft über wissenschaftli-

---

<sup>8</sup> Vgl. Sheila Jasanoff, *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers* (1994), S. 229.



che Standards und Normen hinauszugehen. Die Regulierungswissenschaft ist jedoch kein nichtwissenschaftliches Fach mit politischen Elementen, sondern eine andere Art von Wissenschaft in unserer Zeit, die sich von der akademischen Wissenschaft unterscheidet. Was wir brauchen, ist nicht die Regulierungswissenschaft als politisch kontaminierte Nicht-Wissenschaft zu kritisieren, sondern die Natur dieser einzigartigen Wissenschaft zu betrachten, die ein Ergebnis der modernen Gesellschaft ist.

Alan Irwin, ein Technologiewissenschaftler an der Business School in Kopenhagen, erklärt die Eigenschaften der Regulierungswissenschaft auf Grundlage seiner Forschung. Regulierungswissenschaft ist eine wissenschaftliche Tätigkeit nicht nur in der Wissenschaft, sondern auch in Industrie und Regierung, sie umfasst die Zusammenarbeit von Forschern mit unterschiedlichem Hintergrund und unterschiedlichem Fachwissen und beinhaltet verschiedene Ebenen wissenschaftlicher Ungewissheit und Unsicherheit. Die wissenschaftliche Tätigkeit dieser Regulierungswissenschaft hängt nicht nur mit der Technologie, sondern auch mit der Politik zusammen. Angesichts der Lobbyarbeit und Kontroversen um die Deregulierung oder Stärkung der Regulierung dieser wissenschaftlichen Aktivitäten finden die Forschungsaktivitäten der Regulierungswissenschaft nicht nur zu wissenschaftlichen, sondern auch zu wirtschaftlichen und politischen Zwecken statt.<sup>9</sup>

### **III. Regulierungswissenschaft im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts**

Selbst wenn die Wissenschaft das Ziel verfolgt, die gleichen wirtschaftlichen Aktivitäten zu regulieren, wird in Anbetracht der oben genannten Punkte das Regulierungssystem je nach den politischen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen jeder Gesellschaft und jedes Landes variieren. Daher hat jedes Land eine andere „Regulierungskultur“. Jedes Land hat seine eigene politische Kultur, die durch verschiedene historische, politische und wirtschaftliche Erfahrungen entwickelt wurde.<sup>10</sup> Dies kann am Beispiel der Debatte über die Sicherheit von gentechnisch veränderten Lebensmitteln (GMO) beobachtet werden, die weltweit von den 1990er Jahren bis heute geführt wird.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Alan Irwin, *The Politics of Talk: Coming to Terms with the „New“ Scientific Governance*. *Social Studies of Science* (2006), 36(2), S. 299–320.

<sup>10</sup> Vgl. Wolff/Bachof/Stober, *Verwaltungsrecht* Bd.1, § 3 II 2 Rn. 6.

<sup>11</sup> Siehe näher Kyung-Won Chang, *Die öffentlich-rechtliche Regulierung gegenüber GMO : Hinsichtlich des Europäischen Rechtssystems*, *Administrative Law Journal* (Korea Administrative Law and Practice Association) Vol.14(2005), S. 380 f.



Im Jahr 1990 schlug der Internationale Ausschuss für Lebensmittel und Biotechnologie (IFBC) ein wesentlich gleichwertiges Konzept für die Sicherheitsbewertung von gentechnisch veränderten Lebensmitteln vor. Dieses Konzept wurde 1993 von der OECD als Leitlinie für die Bewertung der GMO-Lebensmittelsicherheit festgelegt. „Erhebliche Äquivalenz“ bezieht sich auf die Sicherheit eines genetisch veränderten Lebensmittels, wenn man wissenschaftlich davon überzeugt ist, dass die Art des Gens allgemein bekannt ist und der des ursprünglichen Lebensmittels nahezu entspricht.

In den USA hat die quantitative Analyse, die auf diesem Konzept der wesentlichen Gleichwertigkeit beruht, die Sicherheitsdebatte über die gentechnisch veränderten Lebensmittel gestört. Auf der anderen Seite scheint es in England und Deutschland so zu sein, dass die Sicherheit seither nicht ausreichend etabliert ist und die Kontroverse fortbesteht. Denn in den USA wurde die zahlenmäßige Objektivität betont, während in England und Deutschland die verhandelte Objektivität betont wurde, um Schlussfolgerungen zu ziehen, die durch Verhandlungen zwischen den verschiedenen Mitgliedern der Gesellschaft denkbar waren. Dementsprechend waren verschiedene Verfahren zur Risikoüberprüfung erforderlich. Zum Beispiel wurde in England davon ausgegangen, dass es sich um objektives Wissen handelte, das durch die Konsultation von Experten mit Erfahrung in diesem Bereich gewonnen wurde. Neben der Risikobewertung mussten Experten dieses Thema diskutieren.

Cass Sunstein, Professor an der Universität von Chicago, analysierte die Gentechnik-Debatte zwischen Europa und USA. Er argumentierte, dass die Einstellung Europas zur Sicherheit genetisch veränderter Lebensmittel eine politische und nicht-wissenschaftliche Haltung sei, die auf dem Vorsorgeprinzip beruhte, nach welchem im Falle wissenschaftlicher Ungewissheit Vorkehrungen getroffen werden sollten.

Die Regulierungswissenschaft bietet die Möglichkeit, die Kontroverse über die Produktsicherheit in verschiedenen Ländern mit unterschiedlichen Regulierungskulturen zu untersuchen, indem sie weit über die Kontroverse zwischen Wissenschaft und Nicht-Wissenschaft oder Wissenschaft und Politik hinausgeht.

Im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts lassen sich die Regulierungswissenschaften wie folgt in zwei Arten einteilen. Zum einen kann die Wissenschaft Regulierungen schaffen, zum anderen die Regulierung die Wissenschaft.

## **1. Wissenschaft schafft die Regulierungen**

Die Wissenschaft rechtfertigt die Regulierung. So bestimmen wissenschaftliche Experimente, ob mit Rinderwahnsinn kontaminiertes Rindfleisch schädlich für den menschlichen Körper ist, ob gentechnisch veränderte Lebensmittel gesundheitsschädlich sind



und welcher Grad der Belastung mit Strahlung für den menschlichen Körper schädlich ist. Wenn das professionelle Urteilsvermögen der Wissenschaftler eine bestimmte Anzahl von Zahlen liefert, kann die Regulierungsbehörde mit diesen Zahlen regulieren. Die Regeln, die die Wissenschaft macht, können anhand der folgenden Beispiele gezeigt werden.

#### (1) Verordnung über die Einfuhr von BSE und Rindfleisch

Kleine spongiforme Enzephalopathie (Bovine Spongiforme Enzephalopathie: BSE) ist eine chronische neurologische Erkrankung von Rindern, die zum ersten Mal in England im Jahr 1986 aufgetreten ist. Sie verursacht bei breiteren Nerven Symptome wie Ataxie und Anaphylaxie. Der Name „Rinderwahnsinn“ ist einfach ein Epithel, das die klinischen Symptome von BSE betont und nicht für den objektiven oder wissenschaftlichen Gebrauch geeignet ist. In Ländern wie Europa und Japan, in denen BSE bereits auftrat, wird häufig der Name BSE verwendet.

Wenn Menschen mit BSE kontaminiertes Rindfleisch einnahmen, hatten sie die Befürchtung, dass sie sich mit BSE infizieren könnten. Trotz der Bemühungen der Weltwissenschaftler wird die Unsicherheit von BSE nicht beseitigt, sondern immer größer. Es ist weiterhin unklar, ob BSE eine schädliche Wirkung auf den Menschen haben kann.

Wegen BSE gab es 2008 in Korea große soziale Proteste. Die Politik der Regierung Koreas in Bezug auf Tierprodukte und Lebensmittelsicherheit im Verhandlungsprozess über Rindfleischimporte aus den USA hat Misstrauen unter den Koreanern hervorgerufen. BSE ist eine Ursache der Krankheit vCJD (Jakob-Krankheit, Variante der Creutzfeldt-Jakob-Krankheit) und ein Technologiebereich mit hoher Unsicherheit in Bezug auf das spezifische Risikomaterial (SRM). Die meisten Menschen sterben, wenn sie an BSE oder vCJD erkranken. Entsprechend der subjektiven Wahrnehmung der Menschen und der sozialen und kulturellen Bewertung von BSE kann dies als Risiko angesehen werden. In diesem Risikobereich bildet die Regulierungswissenschaft eine Grundlage für die nationale Regulierungspolitik. Wissenschaft und Technologie spielen eine entscheidende Rolle bei der Festlegung der Regulierungspolitik. Die Regulierungswissenschaft setzt Standards und bestimmt das System, in das die Risikoregulierung für BSE gehen soll.

Verwaltungsbehörden sollten nicht einseitig Regelungsverfahren für BSE-Risikofragen einführen. Alle Mitglieder der Gesellschaft sollten sich an der Regelung beteiligen. Vor diesem Hintergrund sollte der unsichere Wissenschafts- und Technologiebe-



reich wie BSE oder vCJD, der noch untersucht wird, auf der derzeitigen technologischen Ebene so weit wie möglich auf der Ebene der Regulierung festgelegt werden.

In Korea ist die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung an BSE oder vCJD sehr gering, weshalb es wünschenswert ist, die Regulierungspolitik im Rahmen der Kontrolle von Hausrindern realistisch zu regeln und durchzuführen. Das HACCP- und Rindfleisch-Rückverfolgbarkeitsregime in Korea kann ein geeignetes System für die BSE-Risikokontrolle sein. Die Frage der Festlegung des Geltungsbereichs des spezifizierten Risikomaterials (SRM) in Bezug auf US-Rindfleischimporte ist in Korea nach wie vor umstritten. Für Exportländer ist es praktisch unmöglich, höhere Standards Koreas für Tierarzneimittel zu erfüllen, da das Risiko für BSE-Risiken in Korea nicht hoch ist und die USA den Status als BSE-Kontrollland nach dem OIE-Standard (Office International des Epizooties) halten. Daher ist das Problem der SRM-Standardsetzung ein Bereich der Regulierungswissenschaft, der zusätzlich zu Wissenschaft und Technologie einen sozialen Konsens erfordert.<sup>12</sup>

## (2) Regulierung von GMO

Seit 1995 wurden landwirtschaftliche Produkte wie Sojabohnen, Mais usw., die durch genetische Modifikationstechnologie modifiziert wurden, als Rohmaterialien für Nahrungsmittel hergestellt. Heute werden gentechnisch veränderte Organismen (GMO) als eine Lösungsalternative für die zukünftigen Ernährungsprobleme betrachtet. Sie ermöglichen nicht nur zum Beispiel die Entwicklung von landwirtschaftlichen Produkten, sondern auch von aquatischen Produkten, tierischen Produkten und daraus hergestellten Lebensmitteln. GMO können die Erträge bei niedrigen Arbeits- und Produktionskosten steigern. Wachstum und Exporte wachsen, insbesondere in den exportfähigen Agrarproduktländern, die zur Massenproduktion in der Lage sind.<sup>13</sup>

Es besteht jedoch große Besorgnis darüber, dass die Sicherheit von GMO auf dem derzeitigen wissenschaftlichen Niveau nicht gewährleistet werden kann und die Risiken für Mensch und Umwelt nicht ignoriert werden können. GMO-Produkte unterliegen internationalen Verhandlungen für einen fairen Handel zwischen Export- und Importländern im internationalen Handel. In Bezug auf die Binnenwirtschaft sind Regulierungen in Bezug auf die sichere Ernährung und den Gesundheitsschutz der Bevölke-

<sup>12</sup> Siehe Yoo-Whan Kim, Reshaping Science & Technology Regulatory Governance in the Republic of Korea, *Administrative Law Journal* (Korea Administrative Law and Practice Association) Vol.47(2016), S. 246.

<sup>13</sup> Siehe näher Kyung-Won Chang, Die öffentlich-rechtliche Regulierung gegenüber GMO hinsichtlich des Europäischen Rechtssystems, *Administrative Law Journal* (Korea Administrative Law and Practice Association) Vol.14 (2005), S. 382 f.



nung notwendig.<sup>14</sup> Im Bereich der Wissenschaft und Technologie ist es im Bereich der Gentechnologie auch eine wesentliche Aufgabe des Wirtschaftsverwaltungsrechts,<sup>15</sup> mit anderen Ländern in Wettbewerb zu treten, um wichtige Technologien zu entwickeln und durch sie nationale Wettbewerbsfähigkeit zu sichern.<sup>16</sup>

Der Vorwurf mangelnder Sicherheit von GMO, der erstmals in der EU gegen die USA als größten Exporteur von GMO erhoben wurde, muss noch abgeschlossen werden. Nichtsdestoweniger sind die GMO-Importe aus der ganzen Welt auf dem Vormarsch und die GMO-Lebensmittelkennzeichnung für den Verbraucherschutz ist unklar, da internationale Abkommen behaupten, dass sie für Exportländer Handelshemmnisse darstellt.<sup>17</sup>

GMO haben nicht nur einen Bezug zu Umweltschutzaspekten, sondern auch zu verschiedenen Werten wie die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie, die wirtschaftliche Entwicklung, den nationalen Gesundheitsschutz und die Verbraucherrechte. Vor kurzem gab es eine wissenschaftliche Studie über die Risiken für die Umwelt und die menschliche Gesundheit von GMO, aber es ist schwierig, das Risiko von GMO zu beurteilen. Die Debatte über die Sicherheit von GMO wird wahrscheinlich erst bei Vorliegen langfristiger wissenschaftlicher ergebnisse enden. Wirtschaftliche Interessen entscheiden, wie sich das Land zu GMO positioniert. Mit anderen Worten, das Ausfuhrland von GMO argumentiert, dass GMO als Ergebnis der Risikoanalyse durch die moderne Wissenschaft nicht gefährlich ist. Auf der anderen Seite betonen die Importländer die unvollständige Überprüfung durch die moderne Wissenschaft, die daher potenzielle Risiken nicht ausschließen kann.<sup>18</sup>

Dabei spielt Regulierungswissenschaft eine wichtige Rolle, da die GMO-Problematik sehr komplex ist. Der Staat sollte versuchen, GMO-Technologien zu entwickeln, aber es ist auch dringend notwendig, begleitend ein Risikomanagementsystem zu etablieren. Die Regulierungswissenschaft sollte in diesem Prozess eine unabhängige Rolle spielen, insbesondere bei der Analyse von Risiken für die menschliche Gesundheit, Umweltrisiken und sozioökonomischen, ethischen und moralischen Auswirkungen von GMO. Sie sollte es der Regulierungsbehörde ermöglichen, ein System zur Durchführung ei-

<sup>14</sup> Siehe näher Rolf Stober, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2004, S. 232 f.

<sup>15</sup> Vgl. Rolf Stober, *Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 13. Aufl., 2004, S. 52 ff.

<sup>16</sup> Siehe Paul Conway/Donato de Rosa/Giuseppe Nicoletti/Faye Steiner *Regulation, Competition and Productivity Convergence*, ECONOMICS DEPARTMENT WORKING PAPERS, No. 509, OECD (2006.9.4.).

<sup>17</sup> Kyung-Won Chang, a. a. O., S. 378.

<sup>18</sup> Siehe näher Kyung-Won Chang, *Die Vergemeinschaftung des deutschen Wirtschaftsverwaltungsrechts*, 2005, S. 81 ff.



ner umfassenden Risikobewertung einzurichten. Um die Wirksamkeit der Regulierung zu erhöhen, sollte gleichzeitig die Beteiligung von Bürgern und sozialen Organisationen am Prozess der Regulierung gewährleistet sein.

### (3) Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (nkVV)

Normkonkretisierende Verwaltungsvorschriften (nkVV) ist eine Art der Verwaltungsvorschrift, die einen unbestimmten Rechtsbegriff konkretisiert. Sie beschreibt und definiert den unbestimmten Rechtsbegriff, zum Beispiel definiert sie „schädliche Umwelteinwirkungen“ i.S.d. § 3 I BImSchG in der Luft, durch Lärm usw. Auch die Frage, ab wann störende Geräusche zu Lärm werden, kann nicht leicht beantwortet werden. Um solche Probleme zu klären, wurden die TA-Luft und die TA-Lärm erlassen. Sie basieren auf §§ 48, 51 BImSchG. Diese Technischen Anleitungen gehören zu nkVV.

Sie legen fest, ab welchem Wert eine Verschmutzung der Luft vorliegt und ab wieviel DezibelLärm vorliegt. Hieran sind Verwaltung und Gerichte in ihren Entscheidungen gebunden. Deshalb kommt diesen Vorschriften im Gegensatz zu übrigen Verwaltungsvorschriften ausnahmsweise Außenwirkung zu. Regulatorische Standards werden anhand von Gutachten von Wissenschaftlern und Technologieexperten festgelegt und nicht von den Regulierungsbehörden selbst.

Das Wyhl-Urteil hat die Lehre der unmittelbaren Außenwirkung erheblich aufgewertet. Das BVerwG erklärte Verwaltungsvorschriften inhaltlich für verbindlich und für die Gerichte bindend. Es ging dabei um eine nkVV des Bundesinnenministers zur Strahlenschutzverordnung. Das BVerwG hat damit eine begrenzte rechtliche Außenwirkung anerkannt.<sup>19</sup>

Ungeachtet der regulatorischen Kontroverse der Verordnung über bestimmte Verwaltungsvorschriften zeigt dies, dass bestimmte Normen, die von den Regulierungswissenschaften auf dem Gebiet des unsicheren Risikos festgelegt werden, gesetzlich genutzt werden. Wenn im Bereich der hochspezialisierten Wissenschaft und Technik eine Regulierung erforderlich ist, bestimmen die Expertengutachten das Regulierungsniveau. In dieser Hinsicht spielt die Regulierungswissenschaft eine Rolle bei der Verabschiedung von Rechtsvorschriften.

## 2. Regulierung schafft die Wissenschaft

Auf der anderen Seite gibt es Fälle, in denen Regulierung die Wissenschaft schafft. Das sind die Fälle, in denen Wissenschaft und Technologie entwickelt werden, um

<sup>19</sup> BVerwGE 72, 300, 320 f.



Standards für solche Regelungen zu setzen, die einen bestimmten Industriesektor durch politische Maßnahmen regulieren sollen. Es ist auch der Fall, dass mithilfe neuer Entwicklungen aus Wissenschaft und Technologie in bestimmten Industrien versucht wird, traditionelle Regulierungen zu vermeiden.

#### (1) Ursprungskennzeichnungssystem für rotes Pfefferpulver in Korea

In jüngster Zeit gab es beim Import von landwirtschaftlichen Produkten ein Problem bei der Angabe des Ursprungs von rotem Pfefferpulver.<sup>20</sup> Seit der Einführung des WTO-Systems<sup>21</sup> im Jahr 1995 wurde eine neue Regelungspolitik, die sog. Herkunftsangabe, im Namen des Schutzes des koreanischen Marktes für Agrarerzeugnisse als Reaktion auf die Öffnung des Marktes für Importe eingeführt. Im roten Pfefferpulver-Markt in Korea werden die chinesischen Produkte oft als koreanische Produkte verkauft, sodass viele eine Regulierung forderten.

Die Angabe der Herkunft der landwirtschaftlichen Erzeugnisse Koreas führte zur Entwicklung wissenschaftlicher Methoden, um den Unterschied zwischen einheimischen und importierten landwirtschaftlichen Erzeugnissen nachzuweisen. Dabei wurde die spektroskopische Analyse (NIRS) verwendet. Seitdem haben die Regulierungsbehörden versucht, verschiedene Proben aus China und Korea zu sammeln. In diesem Prozess wurde ein Unterscheidungsprogramm zwischen chinesischen Paprikapulvern und koreanischen Paprikapulvern erstellt, um den Unterschied im Spektralintervall zu zeigen.

Im Jahr 2007 gab es einen Fall, in dem ein Verkaufsagent für rote Paprika chinesisches und koreanisches Paprikapulver mischte und als Koreanisch kennzeichnete. Er wurde daher angeklagt. Das Ergebnis der spektroskopischen Analyse (NIRS) war eine Mischung aus koreanischem und chinesischem Pfefferpulver.

Das Gericht nahm dies jedoch nicht als Beweis an und sprach den Verkäufer frei. In der NIRS-Studie, die während der Studie durchgeführt wurde, wurden fünf von elf Proben rückgängig gemacht. Aus diesem Grund waren die Möglichkeit von Fehlern in NIRS und die Zufälligkeit statistischer Analysen problematisch. Die Genauigkeit der spektroskopischen Analyse-Methode war als Methode zur Bestimmung des Ursprungs zweifelhaft. Es zeigt sich, dass die Spektralwerte, die als Kriterium für das Herkunftsland herangezogen werden, nur ungenau sind. Im Jahr 2014 entschied der Oberste Ge-

---

<sup>20</sup> Rotes Pfefferpulver ist eine wesentliche Zutat bei der Herstellung von Kimchi in Korea.

<sup>21</sup> Siehe näher Rolf Stober, *Ordnungsrahmen und Akteure einer sozialen und ökologischen Markt- und Weltwirtschaft*, 2003, S. 143 ff.



richtshof Koreas die Methode der Spektralanalyse zur Bestimmung des Ursprungs von rotem Pfefferpulver sei nicht als wissenschaftlicher Beweis zu akzeptieren.

Das koreanische Ursprungszeichen wurde in einer Politik zur Verteidigung des koreanischen Marktes für Agrarerzeugnisse gegen die Öffnung für importierte landwirtschaftliche Erzeugnisse geschaffen. Strategien zur Standardisierung der Qualität von heimischen landwirtschaftlichen Produkten und zur Gewährleistung der Lebensmittelsicherheit nehmen viel Zeit in Anspruch. Auf der anderen Seite dauert es jedoch nicht lange, um importierte landwirtschaftliche Erzeugnisse durch Herkunftsclassifizierung vom heimischen Markt auszuschließen.

Durch diesen Prozess wurde ein „Klassifikationsstandard der Herkunft“ geschaffen. Dies ist Auswuchs des koreanischen Glaubens es gebe „unser eigenes“. Aufgrund dieses soziokulturellen Kontextes Koreas haben Wissenschaftler eine Wissenschaft nur für die Regulierung geschaffen, das heißt, das spektroskopische Analyseverfahren wurde als eine Technologie zur Bestimmung der Herkunft eingeführt, nicht als eine Technologie zur Verbesserung der Qualität von rotem Pfefferpulver. Das ist die Wissenschaft, die von der Regulierung geschaffen wurde.

Die Bestätigung der Herkunft von rotem Pfefferpulver durch Spektrometrie basiert auf der Annahme, dass es zwischen den Ländern tatsächlich einen Unterschied bei den Pfefferpulvern gibt. Dies steht im Zusammenhang mit der politischen Bewegung, die in der koreanischen Gesellschaft als „Shin-To-Buri“<sup>22</sup> bezeichnet wird. Eine breite Schicht der koreanischen Bevölkerung ist der Überzeugung, chinesische Produkte seien unhygienisch und unsicher. Die Bedeutung der chinesischen Herkunft des roten Pfefferpulvers ist jedoch kein biologischer Faktor. Dennoch sind viele Koreaner überzeugt, es gebe einen biologischen Unterschied zwischen chinesischem und koreanischem Pfefferpulver. Daher wurden wissenschaftliche Methoden eingeführt, um chinesisches Paprikapulver zu erkennen. Dies ist ein Beispiel für wissenschaftliche Erkenntnisse, die die Legitimität von Regulierung stärken.

In der Realität ist es immer schwieriger geworden, den geographischen Unterschied von rotem Pfefferpulver wissenschaftlich zu beweisen, da koreanische rote Pfeffersorten in China angebaut werden und die Qualität stark verbessert ist. Mit anderen Worten, es ist zunehmend unklar, ob das Pfefferpulver tatsächlich aus Korea stammt. Trotz dieser Situation haben Wissenschaftler begonnen, nanobacteriophagenbasierte agrarspezifische Indikatoren mit einer neuen Methode der Herkunftsbestimmung zu

---

<sup>22</sup> „Shin-To-Buri“ bedeutet: „Der Mensch und das Land, in dem er geboren wurde, sind eins.“



entwickeln, um die kontroverse spektroskopische Methode zu ersetzen. Trotz des Urteils des Gerichtshofs Koreas arbeitet die Regulierungsbehörde immer noch daran, das Ursprungsland zu bestimmen. Grund ist die Pflicht der Regulierungsbehörden landwirtschaftliche Produkte nach ihrem Ursprungsland zu kennzeichnen.

Dieser Fall zeigt, dass regulierungswissenschaftliches Wissen produziert oder abgebaut werden kann. Gleichzeitig zeigt es, dass das wissenschaftliche Wissen die „Herkunftsgrenze“ schafft. Der Versuch, das Herkunftsland durch spektroskopische Analysen zu bestimmen, führte nicht nur zu wissenschaftlichen Erkenntnissen, sondern auch zu der Annahme, es gebe biologische Unterschiede zwischen den verschiedenen Herkunftsländern.. Obwohl die wissenschaftlichen Kriterien für die Aufteilung der Grenze zwischen koreanischem und chinesischem Paprikapulver unklar waren, wurde es aufgrund der Kombination von Regierungspressemitteilungen, Presseberichten und der „Shin-To-Buri“-Bewegung ein fester Standard. Dieses wissenschaftliche Wissen wurde verwendet, um eine einzigartige Identität namens „Koreanische Agrarprodukte“ zu schaffen.

## (2) Virtuelle Währung und Blockchain

Die Vierte Industrielle Revolution verändert das Verbraucherverhalten und seine Präferenzen und damit das Paradigma der Regulierung. High-Tech-Unternehmer stehen vor neuen Chancen und Risiken.

In den letzten Jahren ist Bitcoin-Begeisterung in Korea ausgebrochen. Die Regulierungsbehörden in Korea versuchten, die Verteilung von Bitcoin so zu regulieren, dass Spekulationen und Glücksspiele nicht mit Bitcoin durchgeführt würden. Es ist sehr schwierig, die Eigenschaften von Bitcoin zu verstehen, einer verschlüsselten Währung, die auf einer Blockchain basiert. Daher wusste die Regulierungsbehörde nicht, wie sie regulieren konnte.

Bis heute kommen die Regulierungsbehörden der technologische Entwicklung der Vierten Industriellen Revolution nicht hinterher. Unternehmen können auch neue Technologien entwickeln, um bestehende Regulierungen zu umgehen. Zum Beispiel könnten virtuelle Währungen und Blockchain eine Wissenschaft sein, die die Regulierung geschaffen haben. Da die Technologieentwicklung so schnell voranschreitet, wissen die Regulierungsbehörden nicht, welchem Mechanismus die Branche unterliegt. Daher kann die Regulierung nicht mit der technologischen Entwicklung Schritt halten.

Wie, wenn man ohne Banken Geld weltweit transferieren könnte? Dies ersparte die Provision für Umtausch und Überweisung. Wie, wenn Cloud-Speicher keinen Server mehr benötigen? Die Daten werden sicherer gespeichert, weil kein Server angegriffen



werden kann. Wie, wenn ein Internet-Adresssystem keinen Administrator mehr erfordert? Der Kampf um Internetadressen wäre passé.

Tatsächlich sind diese drei Fälle bereits realisiert worden. „Blockchain“ ermöglicht dies.

Bitcoin ist eine virtuelle Währung, die von der Blockchain erzeugt wird. Bitcoin ist so stark gewachsen, dass es seit fünf Jahren in die 100 führenden Währungen der Welt aufgestiegen ist. Die Blockchain wird auch als „Public Transaction Book“ bezeichnet. Es bedeutet Handelsbücher zu öffnen und zu verwalten. Transaktionsbücher sind der Kern von Finanztransaktionen. Die Blockchain wird von allen Netzwerkmitgliedern geteilt. Transaktionsinformationen können von allen Netzwerkmitgliedern gesehen werden. Daher müssen Hacker die Computer aller Netzwerkmitglieder hacken, um solche Transaktionsinformationen zu manipulieren. Das ist praktisch unmöglich. Da die Blockchain im P2P-Modus ausgeführt wird, ohne den mittleren Agenten zu durchlaufen, ist die Transaktionsgeschwindigkeit hoch und die Transaktionskosten werden reduziert.<sup>23</sup>

Es gibt jedoch nach wie vor Probleme bei der Verwendung von Blockchain im Finanzsektor. Da alle Informationen offengelegt werden, besteht die Gefahr des Verlustes persönlicher Informationen. Außerdem besteht die Gefahr, dass Finanzinstitute Informationen offenlegen, obwohl sie nicht offengelegt werden sollten. Auch für die schnell wachsende Blockchain-Technologie und die aus ihnen hervortretenden Gefahren sind Regulierungsvorschriften erforderlich; unklar ist aber wie die Regulierungsbehörden tatsächlich darauf reagieren können.

Blockchain ist eine nützliche Technik in vielen Bereichen. Immobilienmakler, Gesundheitsdienste und Regierungsbehörden können diese Technologie nutzen. Zum Beispiel kann in einem Krankenhaus die Blockchain verwendet werden, um eine große Anzahl von Patienteninformationen zwischen Krankenhäusern zu teilen. Diese Informationen können nicht nur in einem Land, sondern auch in anderen Ländern angesehen und geteilt werden. Mit der Entwicklung dieser Technologien kann man die Dienstleistungen sehr praktisch erhalten. Es ist jedoch notwendig, das Risiko des Offenlegens von Patienteninformationen zu regulieren.

Immerhin für die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie müssen schnell Regeln erlassen werden. Gleichzeitig sollte eine solche Regulierung kein Hindernis für

---

<sup>23</sup> Vgl. Hahn R. W./J. A. Hird, „The costs and benefits of regulation: Review and syntheses“, Yale Journal on regulation (1991), Vol. 8(No. 1), S. 233 ff.



die Entwicklung von Wissenschaft und Technologie darstellen.<sup>24</sup> Das Regulierungssystem sollte umstrukturiert werden, um Verbraucher vor den entsprechenden Regulierungen zu schützen. Die sog. „Good Regulatory Practice“ (GRP) könnte hier eine wirtschaftsverwaltungsrechtliche Antwort auf die Regulierungswissenschaft sein, wie unten beschrieben.

#### **IV. Regulierungswissenschaft und wirtschaftsverwaltungsrechtliche Reaktion**

Die Kontroverse über die Wissenschaft in der modernen Gesellschaft beschränkt sich nicht nur auf die Streitigkeiten innerhalb der Gruppe der Wissenschaftler. Politiker, Beamte, Geschäftsleute, Glaubensangehörige und andere sind ebenfalls in die wissenschaftliche Debatte involviert. Zum Beispiel gibt es Debatten über Wissenschaft und Technologie, die große Auswirkungen auf die Gesundheit und das Leben von Menschen haben, wie Kernkraftwerke, genetisch veränderte Lebensmittel, Impfungen und Organtransplantationen.

Die Regulierungswissenschaft ist eine neue Form der Wissenschaft, die jetzt in Europa und USA Beachtung findet. Eine ihrer Eigenschaften ist ihre enge Beziehung zur Politik. Regierungen und Parlamente auf der ganzen Welt betrachten heute die Regulierungswissenschaft als wichtig, weil die Regulierungswissenschaft der Regulierungspolitik für Gesundheit und Umwelt die wissenschaftliche Grundlage gibt.

Die Regulierungswissenschaft ist eine auf die klaren politischen Ziele ausgerichtete Wissenschaft. In dieser Hinsicht unterscheidet sie sich von der herkömmlichen Wissenschaft, die keinen spezifischen Zweck verfolgt. Die Regulierungswissenschaft in Bezug auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht ist in den folgenden Fragen wichtig. Erstens ist es eine Konfrontation zwischen ökologischen Werten und den politischen und wirtschaftlichen Werten. In diesem Zusammenhang ist die Rolle von Experten und Bürgern in der Regulierungswissenschaft ebenso wichtig, um Risiken zu verteilen und Umweltpolitiken zu etablieren.<sup>25</sup> Zweitens ist es der Gesundheitsschaden, den die industrielle Aktivität auf den Einzelnen ausübt. Da es an wissenschaftlichen Erkenntnissen zur Risikobewertung mangelt, ist es möglich, verschiedene Interpretationen des

---

<sup>24</sup> Vgl. Wulf A. Kaal, *Dynamic Regulation For Innovation*, in Mark Fenwick, Wulf A. Kaal, Toshiyuki Kono & Erik P.M. Vermeulen (eds.), *PERSPECTIVES IN LAW, BUSINESS & INNOVATION*, (New York: Springer), 2016, S. 12 ff.

<sup>25</sup> Vgl. R. Rothwell, „Industrial Innovation and Government Environmental Regulation: Some Lessons from the Past,“ *Technovation* (1992), 12(7): S. 447 ff.



Risikos vorzunehmen. Doch ist problematisch, dass das Toleranzniveau für Gesundheitsschäden je nach Branche variiert.

Die folgenden Ansätze sind für diese Probleme möglich. Zuerst der wissenschaftliche Ansatz: Nach diesem Ansatz basiert Wissenschaft lediglich wertneutrale und objektive Fakten und ist eine von Politik oder Gesellschaft unabhängige intellektuelle Aktivität. Mit anderen Worten, wissenschaftliche Forschung ist unabhängig von politischen und sozialen Anforderungen.. Bei der Analyse der Regulierungswissenschaft aus dieser Perspektive besteht daher der erste Interessenpunkt darin, zwischen wissenschaftlichen und sozialen und politischen Bereichen zu unterscheiden. Dann würde nicht der wissenschaftliche, sondern lediglich der gesellschaftspolitische Bereich berührt werden. Die ist charakteristisch für den wissenschaftlichen Ansatz.

Nach dem relativistischen Ansatz dagegen ist wissenschaftliches Wissen letztlich kontextabhängig, d. h. das wissenschaftliche Urteil ist nur in einigen Fällen subjektiv. Diese Perspektive versteht, dass wissenschaftliche, politische und ökonomische Probleme nicht getrennt werden können.<sup>26</sup> Wenn man die Regulierungswissenschaft aus dieser Perspektive analysiert, gibt es keine klare Grenze zwischen wissenschaftlichen, politischen und sozialen Problemen. Daher versucht diese Position, politische und soziale Faktoren zu erklären, die auf den ersten Blick als wissenschaftliche Probleme angesehen werden.

Sheila Jasanoff hat auf die folgenden Merkmale der Regulierungswissenschaft hingewiesen.<sup>27</sup> Zunächst beschließt die Regulierungsbehörde oft die Politik, die auf unklaren wissenschaftlichen Erkenntnissen beruht. Entscheidend ist, wer die unklaren wissenschaftlichen Erkenntnisse interpretiert. Ihr zufolge gibt es im Rahmen der regulierungswissenschaftlichen Debatte unklare wissenschaftliche Beweise. Regulierungsbehörden, Unternehmen, Bürgergruppen und andere an der Debatte beteiligte Akteure interpretieren die Unsicherheit unterschiedlich, je nachdem, in welche Richtung sie ihre eigenen Interessen verfolgen. Es ist nicht klar, inwiefern dies eine wissenschaftliche Debatte oder eine politische Debatte ist, d. h. die Grenze zwischen Politik und Wissenschaft in der Regulierungswissenschaft ist unklar.

Zum Beispiel unterscheidet sich die Beurteilung der Toxizität von Pestiziden in jedem Land signifikant. Die Bewertung der Toxizität von Formaldehyd wird sogar bei den Regulierungsbehörden desselben Landes unterschiedlich ausgelegt. Ursache ist, dass

---

<sup>26</sup> Vgl. Rolf Stober, *Ordnungsrahmen und Akteure einer sozialen und ökologischen Markt- und Weltwirtschaft*, 2003, S. 57 ff.

<sup>27</sup> Siehe Sheila Jasanoff, *The Fifth Branch: Science Advisers as Policymakers* (1994), S. 76-83.



jede Regulierungsbehörde die wissenschaftlichen Erkenntnisse anders interpretiert. (Anm: Unter Umständen neuer Sinn!) Eine solche Analyse basiert auf dem Grad der Offenlegung von Informationen, Meinungsverschiedenheiten zwischen Experten innerhalb und außerhalb der Aufsichtsbehörde und der Position von Interessengruppen. So kann das endgültige Urteil im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts durch Regulierungswissenschaft politisch konstruiert werden.

Als nächstes stellt sich die Frage, in welche Richtung Wissenschaft und Regulierung in Zukunft gehen sollen. Heute braucht es viel Zeit Daten zu sammeln, zu analysieren, Meinungen von Interessengruppen einzuholen und realistische Alternativen zu finden. Darüber hinaus sollte die Effizienz des Risikomanagements berücksichtigt werden, die von der modernen Gesellschaft gefordert wird.

Im Wirtschaftsverwaltungsrecht hat die Regulierungswissenschaft beide Seiten der „Verwaltungswissenschaft“ und der „Bewertungswissenschaft“. Wirtschaftsverwaltungsrecht sollte die Wissenschaft in der gewünschten Richtung in Harmonie mit der Bevölkerung steuern. Die Regulierungswissenschaft im Wirtschaftsverwaltungsrecht sollte nicht nur in Bezug auf die Regulierung, sondern auch in Bezug auf die Steuerung beachtet werden,<sup>28</sup>, d. h. das Wirtschaftsverwaltungsrecht verlangt den Einsatz von Regulierungswissenschaft, um beide Ziele der Regulierung und Steuerung zu erfüllen.

Die Regulierungswissenschaft ist eine Wissenschaft, die die Schädigung der menschlichen Gesundheit oder der Umwelt untersucht, die durch Wirtschaftsunternehmen verursacht werden. Die Methodik folgt also der bestehenden Wissenschaft. Zweck der Regulierungswissenschaft ist jedoch, das Risiko zu bewerten und vorherzusagen und nicht die Gefahren zu beweisen. Bisher wurde die Regulierungswissenschaft als „Wissenschaft, die die regulatorische Verwaltung unterstützt“ verstanden. Es sollte jedoch angemerkt werden, dass die Regulierungswissenschaft einen anderen Aspekt der Evaluierungswissenschaft hat. Regulierungswissenschaft sollte heute nicht als „Unterstützung der regulatorischen Verwaltung in Form der bestehenden Wissenschaft“ verstanden werden. Jetzt ist es notwendig, das Konzept der Regulierungswissenschaft im Wirtschaftsverwaltungsrecht zu erweitern als „Wissenschaft, um die von der Wissenschaft geschaffenen Dinge in die begehrteste Form im Einklang mit menschlichen wirtschaftlichen und sozialen Aktivitäten zu steuern“. Als heutige Mittel im Wirtschaftsverwaltungsrecht können durch die Regulierungswissenschaft die folgenden in Betracht gezogen werden.

---

<sup>28</sup> Vgl. Rolf Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 15. Aufl., 2006, S. 214 f.



## 1. Regulatorische Sandbox

### (1) Bedeutung und Zweck

Da bestehende Regulierungen unter Berücksichtigung vergangener Geschäftsaktivitäten festgelegt werden, gibt es viele Fälle, in denen Unternehmen, die mit der vierten industriellen Revolution in Verbindung stehen, nicht geeignet sind, um sofortige behördliche Genehmigungen zu erhalten.<sup>29</sup>

Auch wenn der Regelungsrahmen offen und transparent ist, sind offene Systeme und Systemstabilität für die Regulierung neuer Industrien schwierig. Optimal ist eine Störung des *Status Quo* durch den Innovator, während die Regulierungsbehörde einen fairen Wettbewerb gewährleistet. Viele Regulierungsbehörden haben eine sog. „Regulatorische Sandbox“ eingeführt, um die Probleme zu lösen, die während dieses Prozesses auftreten können. Regulatorische Sandbox ist ein Verfahren, das ermöglicht, neue Güter und Dienstleistungen provisorisch in einem „sicheren Raum“ in Umlauf zu bringen, ohne den bestehenden Vorschriften zu unterliegen. Dies gibt Lieferanten die Möglichkeit, Innovationen zu testen, während die Aufsichtsbehörden Zeit haben, die Innovationen auf ihre Gefährlichkeit hin zu überprüfen. Auf diese Weise können neue Waren und Dienstleistungen den Verbrauchern schnell zur Verfügung gestellt werden.<sup>30</sup>

Ein der regulatorischen Sandbox ähnliches System wurde 2012 zum ersten Mal im Rahmen des Projektes Catalyst (CFPB 2016) vom Consumer Financial Protection Bureau (CFPB) eingerichtet. Im Jahr 2015 hat die britische Financial Services Authority (FCA) den Begriff „Regulatory Sandbox“ eingeführt. Seitdem hat sich dieses Konzept in mehr als 20 Ländern der Welt verbreitet.<sup>31</sup>

### (2) Notwendigkeit der Einführung der Regulatorischen Sandbox

Wenn ein Unternehmen neue Technologien zur Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen entwickelt hat und keine neuen Produkte oder Dienstleistungen anbietet, weil es sich vor bestehender Regulierung fürchtet, wird die Entwicklung von Innovationen verhindert.<sup>32</sup> Um dieses Problem anzugehen, muss eine regulatorische Sandbox eingeführt werden, um die Entwicklung neuer Technologien zu erleichtern und den Verbrauchern die Nutzung dieser Technologien zu ermöglichen. Die Merkmale der

<sup>29</sup> Vgl. Simone di Castri/Ariandne Plaitakis, „Going beyond regulatory sandboxes to enable FinTech innovation in emerging markets“, BFA, October 26, 2017, S. 6 f.

<sup>30</sup> Ebd.

<sup>31</sup> Ebd.

<sup>32</sup> K. Blind, The influence of regulations on innovation: A quantitative assessment for OECD Countries, Research Policy 41(2012), S. 391 ff.



regulatorischen Sandbox sind: (i) Die Prüfung eines neuen Geschäftsmodells oder einer neuen Technologie, (ii) bestimmter Zweck und Umfang der Prüfung und die (iii) Ungewissheit, ob das Produkt oder die Dienstleistung überhaupt den bestehenden Regulierungen unterliegen.

### (3) Beispiel der Regulatorischen Sandbox

Die koreanische Regierung ist bestrebt, ein regulatorisches Umfeld für die Entwicklung neuer Industrien auf der Grundlage innovativer Technologien zu schaffen. Südkorea verfolgte eine Politik, Geschäftsaktivitäten grundsätzlich zuzulassen und nur ausnahmsweise zu verbieten. Darüber hinaus will sie heute eine Politik verfolgen, die die Geschäftstätigkeit im Voraus erlaubt und später regelt.<sup>33</sup> Die Einführung der „regulatorischen Sandbox“ wird als eine der Maßnahmen dieser Innovationsverordnung gefördert. Durch sie können innovative Produkte oder Dienstleistungen ohne vorherige Regulierung als Pilotprojekte ausgewählt oder temporär genehmigt werden. Falls erforderlich, werden auch Methoden wie Freistellung, Suspendierung und Lockerung der Regulierung angewendet.

Es gibt auch sog. „No-Action-Letters-Politik“. Sie kommt aus den USA. „No-Action Letter“ bedeutet, dass die Regulierungsbehörde gegen die Tätigkeit des Unternehmens keine regulatorischen Maßnahmen ergreifen wird. Wenn also ein Unternehmen eine neue wirtschaftliche Tätigkeit ausüben möchte, sollte es sich im Voraus mit der zuständigen Regulierungsbehörde in Verbindung setzen, um zu bestätigen, dass seine Aktivitäten legitim sind. Zwar ist die Antwort der Regulierungsbehörde nicht endgültig verbindlich, aber sie beseitigt rechtliche Instabilität bei Geschäftsaktivitäten und erhöht die Vorhersehbarkeit.<sup>34</sup>

Zum Beispiel gibt es ein Vorladungs-Screening-System für Verletzungen des koreanischen Financial Supervisory Act. Danach prüfen und beantworten die Finanzbehörden einen Antrag auf eine vorläufige Prüfung, ob eine Finanzfirma gegen das Finanzaufsichtsgesetz verstößt, bevor eine spezifische Maßnahme von den Aufsichtsbehörden ergriffen wird.

Regulierungsbehörden schaffen Sandboxes, um den Wettbewerb und die Effizienz von Produkten und Dienstleistungen durch Innovation zu fördern. Ob eine regulatorische

---

<sup>33</sup> Vgl. Won-Woo Lee, Innovation and Regulation: The Legal Structure of Their Relations and Legal Means to Resolve Their Mutual Conflicts, *Journal of Law & Economic Regulation* (Vol. 9. No. 2), 2016, S. 23 f.

<sup>34</sup> Siehe J. W. Verret, „A Dual Non-Banking System? Or a Non-Dual Non-Banking System?: Considering The OCC’s Proposal For a Non-Bank Limited Charter For Fintech Firms, Against An Alternative Competitive Federalism System, For an Era of Fintech Banking?“, January 2017, George Mason Law & Economic Research Paper No. 17-05, S. 56 f.



Sandbox erfolgreich sein wird oder nicht, hängt von den Marktbedingungen ab, einschließlich des Unternehmertums, Wettbewerbs, der Qualität der Innovation und des Engagements der Verbraucher. Darüber hinaus gibt es in der regulatorischen Sandbox Einschränkungen wie (i) Schwierigkeiten bei Ausnahmen und Änderungen bestehender Gesetze, (ii) Schwierigkeiten bei der internationalen Zusammenarbeit und (iii) vorläufige Maßnahmen bis zur endgültigen Genehmigung.<sup>35</sup>

Regulierungsbehörden sollten eine Umgebung schaffen, die Produkt- und Unternehmensinnovationen nützt. Gleichzeitig müssen sie auch das öffentliche Interesse schützen. In diesem Zusammenhang bietet die regulatorische Sandbox den Unternehmen die Möglichkeit ihre Innovationen zu testen, während sie gleichzeitig den Regulierungsbehörden Zeit gibt, die Risiken dieser Produkte und Dienstleistungen zu erkennen.

## 2. Regulierungswissenschaft und Good Regulatory Practices (GRP)

### (1) Good Regulatory Practices (GRP)

Das OECD-Sekretariat hat im Juli 2013 Berichte und Empfehlungen zur Folgenabschätzung veröffentlicht. Das daraus strukturierte „Good Regulatory Practices Network (GRPN)“ ist ein Netzwerk zwischen Regulierungsbehörden von OECD- und ASEAN-Ländern. Dies ermöglicht sowohl den ASEAN- als auch den OECD-Mitgliedstaaten, Informationen zu Fragen der Regulierungsreform auszutauschen und voneinander zu lernen.<sup>36</sup>

„Good Regulatory Practices (GRP)“ sind ein notwendiger Bestandteil der Regulierungsreform für freien internationalen Handel, Marktöffnung und Investitionsförderung. Dazu gehören (i) Transparenz und Offenheit der Entscheidungsfindung, (ii) Nichtdiskriminierung, (iii) Vermeidung unnötiger Handelsbeschränkungen, (iv) Anwendung international harmonisierter Maßnahmen, (v) Anerkennung der Gleichwertigkeit, (vi) Anwendung der Wettbewerbspolitik.<sup>37</sup> Die Aufgabe des GRPN besteht darin, die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung dieser guten Regulierungspraktiken zu unterstützen. Diese Regulierungspraktiken geben Richtungen vor, in denen die Regulierungswissenschaft auf die vierte industrielle Revolution reagieren kann.

### (2) Nützlichkeit von GRP

<sup>35</sup> Vgl. Ivo Jenik/Kate Lauer, „Regulatory Sandboxes and Financial Inclusion“, CGAP Working Paper, World Bank, October 2017, S. 8 f.

<sup>36</sup> R. Basedow/C. Kauffmann, „International Trade and Good Regulatory Practices: Assessing The Trade Impacts of Regulation“, OECD Regulatory Policy Working Papers, No. 4, OECD Publishing, Paris (2016), S. 7 ff.

<sup>37</sup> R. Basedow/C. Kauffmann, a. a. O., S. 15 f.



Regulierungsbehörden werden von der Regulierungswissenschaft unterstützt, um neue Industrien zu regulieren. Regulierungswissenschaft als ein Instrument für Regulierung bestimmt die Qualität der Regulierung, d. h. inwieweit die Regulierung ihre Ziele erreichen kann. GRP sind international anerkannte Prozesse, Systeme, Werkzeuge und Methoden zur Verbesserung der Regulierungsqualität<sup>38</sup> Mithilfe GRP wird der Konsens von Interessengruppen erreicht und die Richtung für Regulierungswissenschaft gezeigt, indem bestätigt wird, dass die Regulierung zweckförderlich ist.

## V. Ausblick

Regulierungswissenschaft hat sowohl die Aufgabe, die Vorteile und Risiken von neuen wissenschaftlichen Erkenntnissen und Technologien vorherzusagen und zu bewerten, als auch Risiko- und Sicherheitsstandards bereitzustellen. Zwar nutzt sie die Errungenschaften der Grundlagen- oder angewandten Wissenschaften, hat aber einen anderen Zweck und andere Werte als diese.

Die sich weiterentwickelnde Wissenschaft und Technologie, bringen neue Erkenntnisse und fördern technologische Innovationen. Der Wirkung dieser Entwicklungen auf Regulierung wurde jedoch kaum Beachtung geschenkt. Diese Tendenz wird insbesondere bei detaillierter Forschung auffälliger. Zum Beispiel kann die Erforschung von Genen nicht getrennt von medizinischen Wissenschaften und Ethik betrachtet werden. Ebenso kann es schädlich sein, bei der Betrachtung neuer Technologien soziale Zusammenhänge zu missachten.

Aus diesem Grund muss die wissenschaftliche Forschung auch unter Berücksichtigung der Sozialwissenschaften durchgeführt werden. Um die Sicherheit von Wissenschaft und Technik zu beurteilen, ist nicht nur ein rein wissenschaftlicher Standpunkt erforderlich, sondern auch ein sozialer oder politischer Standpunkt. Zum Beispiel gibt es eine Risiko- und Nutzenbewertung für bestimmte Chemikalien. Die Analyse beinhaltet eine nichtwissenschaftliche Einschätzung, wie viel Risiko sozial akzeptabel ist.

Da die Regulierungswissenschaft Vorhersagen und Bewertungen vornimmt, entsteht Unsicherheit in der wissenschaftlichen Validität der Schlussfolgerungen. Insbesondere die Wissenschaft, die die Entscheidungsfindung in der Sicherheitsregulierung unterstützt, erhöht die Unsicherheit, da sie einer Budget- und Zeitrestriktion unterliegt. Daher ist die soziale Zustimmung in dem Prozess wichtig, der zu wissenschaftlichen Schlussfolgerungen in Bezug auf die Regulierung führt. Die Regulierungswissenschaft

---

<sup>38</sup> R. Basedow/C. Kauffmann, a. a. O., S. 17 f.



ist eine Wissenschaft, die soziale Verantwortung in hochentwickelter Wissenschaft und Technologie berücksichtigt. Sie ist vor allem im Wirtschaftsverwaltungsrecht unter dem Aspekt der Regulierungswissenschaft im Bereich der Wirtschaftstätigkeit von Bedeutung. Die Regulierungswissenschaft im weitesten Sinne sollte das Ergebnis von Wissenschaft und Technologie in der wünschenswertesten Form in Bezug auf die Harmonie mit den Menschen steuern und die Richtung der Regulierung zeigen.

Bislang gab es wenige vertiefte Forschung zu den Regulierungswissenschaften als Gegenstand des Wirtschaftsverwaltungsrechts. Im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts ist jedoch die Aufmerksamkeit auf die Regulierungswissenschaft und weitere Forschung erforderlich, da die Entwicklung neuer Technologien in Anbetracht der vierten industriellen Revolution gefördert und gleichzeitig die Verbraucher geschützt werden müssen.



# Die Gesamtinteressenvertretung der Industrie- und Handelskammern – ein zahnlöser Tiger?

*Prof. Dr. Sven Eisenmenger<sup>1</sup>*

<b>A.</b>	<b>Die Gesamtinteressenvertretung der IHK in der Rechtsprechung – der Befund .....</b>	<b>86</b>
I.	Erster Hauptkritikpunkt der Gerichte: Das „Wie“ bzw. die Art und Weise der IHK-Gesamtinteressenvertretung .....	87
II.	Zweiter Hauptkritikpunkt der Gerichte: Das „Ob“ bzw. die thematische Reichweite der IHK-Gesamtinteressenvertretung .....	90
<b>B.</b>	<b>Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Gesamtinteressenvertretung der IHK – die Analyse .....</b>	<b>92</b>
I.	Zum „Wie“ der Gesamtinteressenvertretung .....	92
II.	Zum „Ob“ der Gesamtinteressenvertretung .....	93
<b>C.</b>	<b>Die Lage ist schwierig, aber nicht hoffnungslos – die Therapie .....</b>	<b>93</b>

Rolf Stober hat sich in seinem wissenschaftlichen Wirken intensiv mit den Industrie- und Handelskammern (IHK) befasst und wichtige wissenschaftliche Impulse gegeben. Viele Begriffe im IHK-Recht wären ohne ihn nicht existent. Man denke hier z.B. an sein Werk „Die IHK als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft“ von 1992 oder an die von ihm eingeführte Begrifflichkeit des „speziellen gewerbepolitischen Mandates“, das man in seinem Lehrbuch zum Allgemeinen Wirtschaftsverwaltungsrecht nachlesen kann. Gemeinsam mit dem Jubilar hat der Verfasser dieses Beitrages im Jahr 2005 den Beitrag „Interessenvertretung und Beratung“ für das von Kluth herausgegebene Handbuch des Kammerrechts verfasst und dabei die Gesamtinteressenvertretung der IHK rechtstatsächlich und rechtswissenschaftlich aufgearbeitet. Insoweit leuchtet es ein, sich der „Gesamtinteressenvertretung“ rund 15 Jahre später erneut aus Anlass des Geburtstages des Jubilars wissenschaftlich zu widmen und zu analysieren, wie sich der Bereich fortentwickelt hat. In diesem Zusammenhang wird deutlich, dass die Gesamtinteressenvertretung der IHK durch die Rechtsprechung aufgrund verschiedener Klagen in den letzten Jahren stark „befeuert“ wurde, beginnend mit dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts zur sog. „Limburger Erklärung“ in 2010, gefolgt von weiteren Entscheidungen verschiedener Gerichte in den Folgejahren bis hin zu dem

---

<sup>1</sup> Der Verfasser ist Professor für Öffentliches Recht an der Hochschule in der Akademie der Polizei Hamburg und an der Forschungsstelle Europäisches und Deutsches Sicherheitsrecht (FEDS); vgl. auch den erscheinenden Beitrag des Verfassers im GewArch 2018.



Grundsatzbeschluss des Bundesverfassungsgerichts 2017 zur Pflichtmitgliedschaft und zum Pflichtbeitrag in den IHK. Im Mittelpunkt aller dieser gerichtlichen Entscheidungen steht die Frage, wie schlagkräftig eine IHK das Gesamtinteresse ihrer Mitglieder wahrnehmen darf und muss.

## **A. Die Gesamtinteressenvertretung der IHK in der Rechtsprechung – der Befund**

Beleuchtet man die aktuelle Rechtsprechung zum Thema „Gesamtinteressenvertretung“, so kommt man nicht umhin, die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Juli 2017 schon aus Aktualitätsgründen anzusprechen. Allerdings wird bei der Lektüre deutlich, dass sich die Entscheidung sehr schwerpunktmäßig auf die Pflichtmitgliedschaft und den Pflichtbeitrag bezieht, da Beitragsbescheide Anlass der Verfassungsbeschwerden waren. Das Thema „Gesamtinteressenvertretung“ wird in dem Beschluss daher eher in den Grundzügen behandelt. Das Gericht hebt aber die Unabhängigkeit der Kammern bei der Interessenvertretung hervor, ebenso wie die Vollständigkeit der Information bei den Kammern aufgrund der Pflichtmitgliedschaft aller Unternehmen.<sup>2</sup> Außerdem räumt das Gericht mit dem teilweise bestehenden Missverständnis auf, es gebe aufgrund der unterschiedlichen Unternehmergruppen in der IHK kein Gesamtinteresse. Das Gericht kommt vielmehr zur Ansicht, dass das Gesamtinteresse nicht die Gesamtauffassung einer homogenen Gruppe sei, sondern das Ergebnis einer Abwägung und eines Ausgleichs der widerstreitenden Interessen aller Kammermitglieder sei.<sup>3</sup>

Hinsichtlich der Einzelheiten verweist das Bundesverfassungsgericht auf die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts<sup>4</sup> und auf den weiteren fachgerichtlichen Rechtsschutz<sup>5</sup>. Letztlich liegen auch in der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte, Obergerichtsverwaltungsgerichte und des Bundesverwaltungsgerichts die eigentlichen Herausforderungen für die IHK, weil diese Entscheidungen die einzelnen Kriterien der Gesamtinteressenvertretung beinhalten. Neben der Frage, wie weit thematisch das gewerbepolitische Mandat<sup>6</sup> der IHK reicht (das „Ob“, s. dazu noch unter II.), waren es in den letzten Jahren aber vor allem Kritikpunkte der Rechtsprechung an den Instrumenten bzw. an der Art und Weise und dem „Wie“ der Gesamtinteressenvertretung, sodass dieser Themenkreis auch voranzustellen ist:

<sup>2</sup> BVerfG, NVwZ 2017, 1282, 1285 (Rn. 92).

<sup>3</sup> BVerfG, NVwZ 2017, 1282, 1285 (Rn. 94).

<sup>4</sup> BVerfG, NVwZ 2017, 1282, 1288 (Rn. 110) mwN.

<sup>5</sup> BVerfG, NVwZ 2017, 1282, 1287 (Rn. 109) mwN.

<sup>6</sup> *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 18. Aufl. 2014, § 43 III 1.



## I. Erster Hauptkritikpunkt der Gerichte: Das „Wie“ bzw. die Art und Weise der IHK-Gesamtinteressenvertretung

§ 1 Abs. 1 IHKG ist auf den ersten Blick eingängig formuliert:

Die Industrie- und Handelskammern haben (...) die Aufgabe, das *Gesamtinteresse* der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes *wahrzunehmen*, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbebezüge oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen; dabei obliegt es ihnen insbesondere, durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten sowie für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken. (Hervorhebungen nur hier)

Wie schlagkräftig darf eine Gesamtinteressenvertretung einer IHK gegenüber Staat und Gesellschaft sein? Wie pointiert? Wie zugespitzt?

Das Verwaltungsgericht Stuttgart beurteilte 2011 etwa ein IHK-Plakat mit der Aufschrift „S 21, mehr Jobs, mehr Tempo, mehr Stadt“ zum Projekt Stuttgart 21 als rechtswidrig und hielt insbesondere die Plakatform als Äußerungsform für problematisch:

Gerade da ein Plakat – gleichsam wesensimmanent – quasi nur schlagwortartig Positionen darzustellen vermag und Hinweise auf abweichende – möglicherweise – Minderheitenpositionen nicht eröffnet, ist die „Werbung“ für das Projekt Stuttgart 21 durch das Plakat in dem gesellschaftspolitischen Umfeld der Stadt Stuttgart eine der Bekl. verwehrte Form der Interessenvertretung in der Öffentlichkeit.<sup>7</sup>

Ein weiteres Urteil schränkte 2015/16 die Handelskammer Hamburg im Zusammenhang mit dem sog. „Netzurückkauf“ ein: Vor dem Hintergrund eines Volksentscheides in Hamburg zum Rückkauf der privaten Energieversorgungsnetze durch die Freie und Hansestadt Hamburg war die Handelskammer Hamburg dem Bündnis „Nein zum Netzkauf“ beigetreten, in dem auch die Handwerkskammer, der Bund der Steuerzahler Hamburg e.V., eine Gewerkschaft und zahlreiche private Verbände Mitglieder waren. Das Hamburgische Obergericht erklärte – wie schon zuvor das Verwaltungsgericht Hamburg – diesen Beitritt für rechtswidrig, weil das Bündnis seine Positionen gegen den Netzurückkauf „in verkürzter, plakativer, überspitzter und emotionalisierter Form (...) in die Öffentlichkeit transportiert“<sup>8</sup> habe. Eine solche „kämpferische

<sup>7</sup> VG Stuttgart, NVwZ 2011, 895, 896.

<sup>8</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 16.11.2016 – 5 Bf 40/16.Z, Rn. 94 (abrufbar unter [www.rechtsprechung-hamburg.de](http://www.rechtsprechung-hamburg.de), s. auch NordÖR 2017, 145 ff.).



Interessenvertretung“ – so das Oberverwaltungsgericht – sei einer IHK nicht gestattet.<sup>9</sup> Im Übrigen gehe auch das Ziel des Bündnisses, den Verbleib der Versorgungsnetze in privater Hand durchzusetzen und ihren vollständigen Rückkauf durch die Freie und Hansestadt Hamburg zu verhindern, über den in § 1 Abs. 1 IHKG definierten Aufgabenbereich einer IHK hinaus.<sup>10</sup> Auch Bewertungen des Netzzurückkaufs als „Schildbürgerstreich“ oder „Geld verplempern“ im Rahmen eines Pressegesprächs seien IHK-rechtlich nicht zulässig.<sup>11</sup>

Das Bundesverwaltungsgericht beurteilte in seiner Entscheidung aus 2016 Äußerungen des DIHK, wonach der Republik Südafrika eine „Bildungsmisere“ attestiert und deren Verwaltung als „Investitionshemmnis“ bezeichnet wurde, als nicht objektiv und unsachlich.<sup>12</sup>

Hinter allen diesen Einschränkungen der Rechtsprechung zum „Wie“ stehen die Leitlinien des Bundesverwaltungsgerichts zur Art und Weise der Gesamtinteressenvertretung, wie sie bereits in der damaligen „Limburg-Entscheidung“ von 2010 entwickelt und von dem Gericht 2016 fortentwickelt wurden.

So führte das Bundesverwaltungsgericht bereits 2010 aus:

Ist thematisch der Kompetenzbereich der Industrie- und Handelskammer eröffnet, und damit die Frage, ob sie sich zu einem bestimmten Sachverhalt äußern darf, bejaht, ist bei der Form, die sie dabei zu wahren hat, sozusagen dem „*Wie*“ der Äußerung, zu beachten, dass die Industrie- und Handelskammern als öffentlich-rechtliche Körperschaften öffentliche Aufgaben wahrnehmen. Daraus ergibt sich eine generelle Beschränkung ihrer Tätigkeit im Vergleich zu Interessenverbänden und politischen Parteien (vgl. BVerwGE 64, 298 [305] = NJW 1982, 1300 = Buchholz 430.1 Kammerrecht Nr. 8 S. 16 f. = NVwZ 1982, 506 L). Nach der Rechtsprechung des BVerfG stellt auch die den Industrie- und Handelskammern übertragene Aufgabe der Vertretung der gewerblichen Wirtschaft gegenüber dem Staat keine reine Interessenvertretung dar (vgl. BVerfGE 15, 235 [241] = NJW 1963, 195). Sie müssen stets auf das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft ausgerichtet sein und dürfen die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe lediglich abwägend und ausgleichend berücksichtigen. Es ist ihnen die gesetzliche Verantwortung dafür auferlegt, dass sie im Rahmen ihrer Aufgabe, die gewerbliche Wirtschaft im Ganzen zu fördern, als öffentlich-rechtliche Selbstverwaltungskörperschaft *das höchstmögliche Maß an Objektivität*

<sup>9</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 16.11.2016 – 5 Bf 40/16.Z, Rn. 94.

<sup>10</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 16.11.2016 – 5 Bf 40/16.Z, Rn. 91.

<sup>11</sup> Hamburgisches OVG, Beschluss vom 16.11.2016 – 5 Bf 40/16.Z, Rn. 64.

<sup>12</sup> BVerwG, NVwZ 2017, 70, 75 (Rn. 37).



walten lassen (BVerfGE 15, 235 [241] = NJW 1963, 195). Das setzt voraus, dass die *Äußerungen der Industrie- und Handelskammern sachlich sind und die notwendige Zurückhaltung wahren. Damit sind nicht nur Anforderungen an die Formulierung gestellt, was polemisch überspitzte oder auf emotionalisierte Konfliktaustragung angelegte Aussagen ausschließt; die notwendige Objektivität verlangt auch eine Argumentation mit sachbezogenen Kriterien und gegebenenfalls die Darstellung von Minderheitenpositionen.* Da das Gesamtinteresse der gewerblichen Wirtschaft Bezugspunkt der Aufgabenwahrnehmung ist und dies eine Abwägung der wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Gewerbebranche erfordert, muss eine Äußerung, die zu besonders umstrittenen Themen erfolgt, auch diese Abwägung erkennen lassen.<sup>13</sup> (Hervorhebungen nur hier)

2016 führte das Bundesverwaltungsgericht wiederholend und auch weiter aus:

Aus § 1 Abs. 1 IHKG ergeben sich auch Vorgaben für die *Art und Weise der Gesamtinteressenwahrnehmung*. Aus der Verpflichtung, die Interessen der Kammermitglieder und der verschiedenen Branchen und Betriebe abzuwägen und auszugleichen, folgt die Pflicht, das Gesamtinteresse innerhalb der jeweiligen Kammer grundsätzlich im Prozess repräsentativer Willensbildung durch die Vollversammlung zu ermitteln und dabei die satzungsrechtlichen Verfahrensregeln zu beachten (vgl. § 4 Abs. 1 Satz 1 IHKG; BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 8 C 20.09 - BVerwGE 137, 171 Rn. 34 f.). Die Aufgabe, die Behörden durch die Darstellung des Gesamtinteresses in Vorschlägen, Gutachten oder Berichten zu unterstützen und zu beraten, verlangt von den Kammern, *bei allen Äußerungen Objektivität und die notwendige Sachlichkeit und Zurückhaltung zu wahren. Polemisch überspitzte Äußerungen oder Stellungnahmen, die auf eine emotionalisierte Konfliktaustragung zielen, sind unzulässig.* Äußerungen zu besonders umstrittenen Themen müssen die nach § 1 Abs. 1 IHKG erforderliche Abwägung erkennen lassen. *Bei Mehrheitsentscheidungen sind gegebenenfalls beachtliche Minderheitenpositionen darzustellen* (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 8 C 20.09 - BVerwGE 137, 171 Rn. 32 f.). *Dazu zählen nicht nur Minderheitsauffassungen, die von einem beachtlichen Teil der Stimmen vertreten werden, sondern auch Positionen partikulärer Wirtschaftsstrukturen, etwa einer Gruppe von Branchen, von regionalen Wirtschaftszweigen oder von Betrieben einer bestimmten Größenordnung.*<sup>14</sup> (Hervorhebungen nur hier).

<sup>13</sup> BVerwG NVwZ-RR 2010, 882, 884 (Rn. 32 f.), s. zu diesem Urteil auch *Eisenmenger*, GewArch 2010, 403 ff. und *ders.*, Interessenvertretung und Beratung, in: Kluth (Hg.), Handbuch des Kammerrechts, 2. Aufl. 2011, S. 246, 263 ff.

<sup>14</sup> BVerwG, NVwZ 2017, 70, 74 (Rn. 30).



## II. Zweiter Hauptkritikpunkt der Gerichte: Das „Ob“ bzw. die thematische Reichweite der IHK-Gesamtinteressenvertretung

Neben dem „Wie“ kritisiert die Rechtsprechung auch bei einzelnen IHK-Äußerungen, dass der Aufgabenkreis der IHK thematisch nicht (mehr) eröffnet sei. Es geht also um das „Ob“ der Gesamtinteressenvertretung.

Das Bundesverwaltungsgericht forderte 2010 in der sog. „Limburg-Entscheidung“:

Vielmehr werden nur dann Belange der gewerblichen Wirtschaft wahrgenommen, wenn die Äußerung der Industrie- und Handelskammer sich auf einen Sachverhalt bezieht, der *nachvollziehbare Auswirkungen auf die Wirtschaft im Bezirk der Industrie- und Handelskammer hat. Ergeben sich diese nachvollziehbaren Auswirkungen nicht unmittelbar aus der Äußerung selbst, können sie sich auch aus ihrer Begründung oder ihrem textlichen Zusammenhang ergeben.*<sup>15</sup> (Hervorhebungen nur hier)

2016 führte das Bundesverwaltungsgericht dazu noch einmal aus:

§ 1 Abs. 1 IHKG erlaubt den Kammern allerdings nur Äußerungen zu Sachverhalten, die *spezifische Auswirkungen auf die Wirtschaft im jeweiligen Kammerbezirk* haben (vgl. BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 8 C 20.09 - BVerwGE 137, 171 Rn. 23 ff., 30 f.). Dagegen genügt nicht, dass die Folgen einer politischen Entscheidung in irgendeiner weiteren Weise auch die Wirtschaft berühren oder dass die Gewerbetreibenden im Kammerbezirk davon ebenso betroffen sind wie Andere (BVerwG, Urteile vom 19. September 2000 - 1 C 29.99 - BVerwGE 112, 69 < 74 f. > und vom 23. Juni 2010 - 8 C 20.09 - BVerwGE 137, 171 Rn. 24, 30 ff.). *Der erforderliche spezifische Wirtschaftsbezug muss sich aus der Äußerung selbst, ihrer Begründung oder ihrem textlichen Zusammenhang ergeben* (BVerwG, Urteil vom 23. Juni 2010 - 8 C 20.09 - BVerwGE 137, 171 Rn. 31). Er muss umso genauer dargelegt werden, je weniger offenkundig er ist.<sup>16</sup> (Hervorhebungen nur hier)

An das Vorhandensein dieses Wirtschaftsbezuges bei IHK-Äußerungen werden also hohe Anforderungen gestellt. Wie haben die Gerichte nun in der Praxis entschieden?

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichts Hamburg war zwar bei der Silvesterrede des Präses der Handelskammer Hamburg vom 31. Dezember 2015 der Aufgabenkreis der Kammer eröffnet, soweit er sich zu der gescheiterten Olympia-Bewerbung Hamburgs äußerte. Die Nichtbewerbung Hamburgs – so das Gericht – lasse unmittelbare Auswir-

<sup>15</sup> BVerwG, NVwZ-RR 2010, 882, 883 f. (Rn. 31).

<sup>16</sup> BVerwG, NVwZ 2017, 70, 73 f. (Rn. 29).



kungen auf die gewerbliche Wirtschaft erkennen.<sup>17</sup> Allerdings verneint das Gericht den Wirtschaftsbezug, soweit der Präses dann die Gründe des Scheiterns der Olympiabewerbung analysiert, d.h. das gescheiterte Volksreferendum in den Blick nimmt und dabei die Hamburger Mischform von repräsentativer und direkter Demokratie als „schwerwiegenden Irrweg“ bezeichnet und im Ergebnis das Helmut-Schmidt-Zitat bringt: „Je mehr direkte Demokratie, desto unregierbarer das Land“.<sup>18</sup> Das Gericht meint, diese Ausführungen hätten keinen Bezug mehr zur Wirtschaft, der Präses löse sich hier von dem Scheitern der Olympiabewerbung.<sup>19</sup>

Eine weitere, themenbezogene Hürde stellt sich bei allen Wirtschaftsthemen mit arbeitsrechtlichem oder sozialpolitischem Bezug. So urteilte das Bundesverwaltungsgericht zu einer DIHK-Veröffentlichung wie folgt:

Die Wahrnehmung sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Interessen fällt nach dem eindeutigen Wortlaut des § 1 Abs. 5 IHKG nicht in die Zuständigkeit der Kammern. Diese Interessenvertretung ist Gegenstand der Selbstverwaltung der Sozialversicherungsträger sowie der grundrechtlich geschützten Tätigkeit freiwilliger Vereinigungen wie etwa der freien Wohlfahrtsverbände und der Tarifpartner.<sup>20</sup>

Die Stellungnahmen gegen die Einführung des Mindestlohns in Deutschland, gegen die sogenannte Mütterrente, die Sozialagenda und die Herabsetzung des regulären Renteneintrittsalters auf die Vollendung des 63. Lebensjahres (Interview-Veröffentlichung vom 11. Juni 2013) waren ungeachtet ihres Bezugs zur Wirtschaft in den Kammerbezirken nicht mehr von der Kammerkompetenz gedeckt, weil sie sich als unzulässige Wahrnehmung arbeitsrechtlicher und sozialpolitischer Interessen im Sinne des § 1 Abs. 5 IHKG darstellen. Entgegen der Auffassung der Beklagten ist auch eine – von ihr so bezeichnete – mittelbare Vertretung dieser Interessen durch die Kammern gesetzlich ausgeschlossen.<sup>21</sup>

Auch von daher ergeben sich also bei allen Wirtschaftsthemen mit arbeits- und sozialpolitischem Bezug erhebliche Restriktionen.

<sup>17</sup> VG Hamburg, Urteil vom 20.9.2016 – 17 K 718/16, S. 28 (nicht veröffentlicht).

<sup>18</sup> VG Hamburg, Urteil vom 20.9.2016 – 17 K 718/16, S. 23 m. w. N.

<sup>19</sup> VG Hamburg, Urteil vom 20.9.2016 – 17 K 718/16, S. 23.

<sup>20</sup> BVerwG, NVwZ 2017, 70, 74 (Rn. 29).

<sup>21</sup> BVerwG, NVwZ 2017, 70, 74 (Rn. 36).



## **B. Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Gesamtinteressenvertretung der IHK – die Analyse**

Auf Basis des obigen Befundes bzw. der Darstellung der aktuellen Anforderungen der Rechtsprechung an die Gesamtinteressenvertretung der IHK lässt sich folgendes festhalten:

### **I. Zum „Wie“ der Gesamtinteressenvertretung**

Hinsichtlich der Art und Weise bzw. des „Wie“ stellt die Rechtsprechung hohe Anforderungen, die sie mit den Vokabeln „Objektivität, Sachlichkeit, Zurückhaltung“ auf den Punkt bringt. Unzulässig sind polemisch überspitzte Äußerungen oder Stellungnahmen, die auf eine emotionalisierte Konfliktaustragung zielen.

Gleichwohl stellt sich die Frage, ob eine Gesamtinteressenvertretung, die auf Zurückhaltung gerichtet sein soll, schon begrifflich den Namen „Gesamtinteressenvertretung“ verdient. Vielmehr liegt es doch in der Natur der Sache, dass eine im positiven Sinne verstandene wirkungsvolle Interessenvertretung nicht zurückhaltend sein darf und kann, will sie die Interessen im Kanon aller Interessenvertreter adäquat zur Geltung bringen. Oder anders ausgedrückt: Hat nicht eine zurückhaltende Interessenvertretung in Zeiten vielgestaltiger Kanäle, lauter Kanäle und auch teilweise populistischer Protagonisten von vornerein keine Chance? Müssen nicht in besonderen Situationen wie in Reden, Adressierung an die Bevölkerung bei Volksabstimmungen usw. Lockerungen für die IHK möglich sein?

Auch rechtlich lässt sich durchaus anführen, dass die Pflichtmitglieder einer IHK als Kehrseite ihrer Pflichtmitgliedschaft und ihres Pflichtbeitrages eine Art Anspruch darauf haben, dass ihr Interesse wirksam zur Geltung gebracht wird.

Aus den Grundrechten wird ferner eine effektive Verfahrensgestaltung abgeleitet.<sup>22</sup> Bedeutet dies nicht letztlich auch eine „effektive“ bzw. schlagkräftige Gesamtinteressenvertretung? Auch die Europäische Grundrechte-Charta spricht in Art. 41 von einem „Recht auf eine gute Verwaltung“.

Vor diesem Hintergrund setzt die aktuelle Rechtsprechung mit ihrer Interpretation des § 1 Abs. 1 IHK zur Art und Weise der Gesamtinteressenvertretung einer IHK Schranken, die eine im besten Sinne verstandene „schlagkräftige“ bzw. „effektive“ Interessenvertretung behindern und wohl auch mit dem Effektivitätsgedanken der Grundrech-

---

<sup>22</sup> Stober, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, § 17 III 1.



te der IHK-Mitglieder und mit dem Recht auf eine gute Verwaltung nicht korrespondieren.

## **II. Zum „Ob“ der Gesamtinteressenvertretung**

Auch hinsichtlich der thematischen Reichweite, dem „Ob“, sind die Anforderungen der Rechtsprechung an den Wirtschaftsbezug einer IHK-Äußerung hoch und für eine IHK oftmals schwer kalkulierbar: Warum fehlt es bei gegebenem Wirtschaftsbezug der gescheiterten Olympiabewerbung plötzlich an dem Wirtschaftsbezug, wenn in einem weiteren Schritt die Ursache des Scheiterns analysiert und die spezifische Hamburger Konstellation aus repräsentativer und direkter Demokratie benannt wird? Warum reist also bei der Beleuchtung der Hintergründe der Wirtschaftsbezug ab? Die Rechtsprechung verkennt in diesem Zusammenhang den Verzahnungsansatz einer logischen Gedankenkette.

Kritisch ist auch die Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem systematisch nicht geglückten § 1 Abs. 5 IHKG zu sehen, nach dem die Wahrnehmung sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Interessen nicht zum Aufgabenkreis einer IHK gehört. Bei Mischthemen wie etwa beim Mindestlohn, der neben dem arbeitsrechtlichen Bezug durchaus einen Wirtschaftsbezug hat und als Lohnfaktor auch eine Investitionsfrage ist, müsste doch dann zumindest in der Rechtsprechung eine Auslegung dahin erfolgen, dass sich eine IHK auch bei solchen Mischthemen äußern darf. Stattdessen heißt es, solche Äußerungen seien ungeachtet ihres Bezuges zur Wirtschaft nicht mehr von der Kammerkompetenz gedeckt (s. o.). Diese spezifische Kombination aus missglücktem IHKG-Wortlaut in Verbindung mit einer restriktiven Auslegung legt auch hier die IHK-Gesamtinteressenvertretung in wichtigen Bereichen lahm.

## **C. Die Lage ist schwierig, aber nicht hoffnungslos – die Therapie**

Ein von dem Jubilar (nach Erinnerung des Verfassers) gern gebrachter Gedanke ist, dass eine Lage zwar schwierig sein kann, aber nicht hoffnungslos sein muss. So liegt es auch hier.

Die Rechtsprechung hält sich im Rahmen ihrer durchaus restriktiven Interpretation an den geltenden gesetzlichen Rahmen im IHKG (auch wenn andere Interpretationsvarianten denkbar wären!). Will man eine schlagkräftigere bzw. mehr wahrnehmbare (also effektivere) Gesamtinteressenvertretung der IHK ermöglichen, ist § 1 Abs. 1 IHKG zu ändern. Letztlich handelt es sich also um eine rechtspolitische Entscheidung.

Durch die Einfügung des Wortes einer „effektiven“ Wahrnehmung des Gesamtinteresses in § 1 Abs. 1 IHKG wäre eine verhältnismäßige Lockerung der Anforderungen –



angepasst an den jeweiligen Kontext der Situation – möglich. Dies bezöge sich sowohl auf die Art und Weise der Gesamtinteressenvertretung, sodass auch Vokabeln wie „Bildungsmisere“ zukünftig möglich wären, als auch auf die thematische Reichweite, weil Ausführungen zu allgemeinpolitischen Hintergründen und Ursachen eines gewerbepolitischen Problems durchaus nützlich bzw. „effektiv“ sein können. Demnach ergibt sich für § 1 Abs. 1 IHKG:

Die Industrie- und Handelskammern haben, soweit nicht die Zuständigkeit der Organisationen des Handwerks nach Maßgabe des Gesetzes zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) vom 17. September 1953 (Bundesgesetzbl. I S. 1411) gegeben ist, die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden ihres Bezirkes *effektiv* wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbebranchen oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen; dabei obliegt es ihnen insbesondere, durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden, zu unterstützen und zu beraten sowie für Wahrung von Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns zu wirken.

#### § 1 Abs. 5 IHKG

Nicht zu den Aufgaben der Industrie- und Handelskammern gehört die Wahrnehmung sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Interessen.

sollte gestrichen werden. Sicherlich werden auch hierdurch neue Fragen entstehen. Hier könnte man aber zunächst einmal abwarten, wie die Praxis mit diesem etwas lockeren gesetzlichen Rahmen umgeht.

Mit diesen Änderungen wird den IHK die Möglichkeit eingeräumt, ihre Gesamtinteressenvertretung von einem zahnlosen wieder zu einem bissfesten Tiger erstarren zu lassen.

# Der nicht dorthin bestellte Gewerbebetrieb

Prof. Dr. Stefan Korte, Dipl.-Kfm.<sup>1</sup>

<b>A.</b>	<b>Sinn und Zweck der Titeltrennung in der Gewerbeordnung .....</b>	<b>96</b>
<b>B.</b>	<b>Das Weichen stellende Merkmal „ohne vorhergehende Bestellung“ .....</b>	<b>97</b>
I.	Herkömmliches Verständnis .....	97
II.	Neuerungen durch die Verbraucherrechte-Richtlinie.....	98
III.	Auswirkungen auf § 55 Abs. 1 GewO.....	99
1.	Allgemeine Grundlagen .....	100
2.	Folgen für die Kontaktaufnahme.....	101
a)	Voraussetzungen .....	102
b)	Der nicht dorthin bestellte Gewerbetreibende.....	102
c)	Sonderfall Gelegenheitsgeschäft .....	107
<b>C.</b>	<b>Fazit.....</b>	<b>110</b>

Im Zuge der Europäisierung des Wirtschaftsrechts steht die seit jeher<sup>2</sup> bestehende Trennung der Vorschriften über das stehend und das reisend betriebene Gewerbe auf dem unionsrechtlichen Prüfstand. Neben der Dienstleistungs-Richtlinie<sup>3</sup>, die den Begriff der Niederlassung in § 4 Abs. 3 GewO modifiziert hat,<sup>4</sup> ist auch die Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>5</sup> von erheblicher Bedeutung für den Anwendungsbereich des Reisegewerberechts und dort insbesondere für das Merkmal „ohne vorhergehende Bestellung“ aus § 55 Abs. 1 GewO. Es verlangt grob gesagt, dass nicht der Kunde zum Unternehmer kommt, sondern umgekehrt der Unternehmer zum Kunden, und ist in diesem Sekundärrechtsakt – anders als noch in der Haustürwiderrufs-Richtlinie<sup>6</sup> – nur in sehr engen Grenzen für etwaige Lösungsmöglichkeiten des Verbrauchers von unvorbereitet abgeschlossenen Verträgen relevant. Diese rückläufige Bedeutung der Bestellung des Unternehmers könnte auch auf die Abgrenzung von stehend und reisend be-

<sup>1</sup> Der Autor hat den Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Öffentliches Wirtschaftsrecht an der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der TU Chemnitz inne. Der Beitrag basiert auf Erläuterungen im Loseblattwerk von Korte/Repkewitz/Schulze-Werner (Hg.), Kommentar zur Gewerbeordnung zu § 55 sowie auf einem Aufsatz, den der Verfasser im VerwArch. publiziert hat.

<sup>2</sup> Gewerbeordnung nebst den dieselbe ergänzenden Vorschriften, Berlin 1875, S. 8, 25; siehe dazu auch *KG* v. 05.05.1930, *GewArch.* 1931, 101, 102.

<sup>3</sup> RL 2006/123/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.10.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. L 376 v. 27.12.2006, S. 36 ff.

<sup>4</sup> Ausf. Korte, *VerwArch.* (im Erscheinen).

<sup>5</sup> RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, ABl. L 304 v. 22.11.2011, S. 34 ff.; im Folgenden: *VRRL*.

<sup>6</sup> RL 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. L 372 v. 31.12.1985, S. 31 ff.



triebenem Gewerbe ausstrahlen und würde dann den Anwendungsbereich der §§ 55 ff. GewO ggf. verkleinern. Dem widerspricht jedoch die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung, die unlängst Titel III stärkte, namentlich indem sie den zeitlich begrenzten, oftmals intensiv beworbenen Ankauf von Wertgegenständen z.B. in Hotels als reisegewerbliche Tätigkeit einordnete und deshalb aufgrund von § 56 GewO für verboten erklärte. Hingegen wäre diese Aktivität, fasste man sie als stehendes Gewerbe auf, nach § 38 GewO nur anzeigepflichtig und müsste lediglich begleitend überwacht werden. Aufgrund dieser erheblichen Unterschiede in der Rechtsfolge lohnt sich eine nähere Untersuchung der Frage, wie weit das Merkmal der fehlenden Bestellung in § 55 Abs. 1 GewO reicht. Dazu soll zunächst der Zweck der in der Gewerbeordnung angelegten Titeltrennung dargestellt werden (A.), um danach zu untersuchen, wann ein Handeln „ohne vorhergehende Bestellung“ vorliegt (B). Dazu werden zunächst die Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie auf die herkömmliche Auslegung dieser Anforderung projiziert, um dann die bestehenden Streitfälle zu lösen. Der Beitrag schließt mit einem Fazit (C.). Insgesamt wird sich erweisen, dass die Reichweite des Merkmals „ohne vorhergehende Bestellung“ stark einzelfallabhängig ist, wobei der eingangs geschilderte und vergleichbare Sachverhalte danach zu bewerten sind, ob der Gewerbebetrieb an den Ort seiner Tätigkeit, d.h. also „dorthin“ bestellt worden ist.

## **A. Sinn und Zweck der Titeltrennung in der Gewerbeordnung**

Die der Gewerbeordnung zugrunde liegende Trennung zwischen dem stehend und dem reisend betriebenen sowie dem Marktgewerbe basiert auf dem Bestreben, für jede dieser drei Tätigkeitsformen einen Rechtsrahmen zu schaffen, der den Schutzbedürfnissen der Beteiligten und der Funktion der jeweiligen gewerblichen Aktivität am ehesten entspricht. Während Titel IV (§§ 64 ff. GewO) die wirtschaftsbelebende Wirkung von Messen, Ausstellungen und Märkten betont, indem er zu bestimmten Privilegien führt, soweit eine solche Veranstaltung festgesetzt ist, liegt Titel III (§§ 55 ff. GewO) der Gedanke zugrunde, dass vom Reisegewerbe besondere Gefahren für den Wirtschaftsverkehr und für den Verbraucher ausgehen, so dass die dortigen Regelungsstrukturen vergleichsweise streng sind. Die in Titel II (§§ 14 ff. GewO) niedergelegten Vorschriften über das stehende Gewerbe erfüllen schließlich eine Art Auffangfunktion, weil sie dem übrigen gewerblichen Geschehen einen Rechtsrahmen bieten. Dass jede dieser Gewerbeformen seine eigene Regelungsstruktur kennt, kommt namentlich in den sog. TransfERNormen der §§ 61a, 71b GewO zum Ausdruck. Denn danach sollen bestimmte Vorschriften über das stehende Gewerbe im Anwendungsbereich des Titels III bzw. IV entsprechend gelten, was den Schluss nahe legt, dass auf die dort nicht genannten Re-



geln nicht zurückgegriffen werden darf, wenn es um Konstellationen geht, die unter das Reise- bzw. Marktgewerbe fallen.<sup>7</sup>

Die Trennlinien zwischen stehend und reisend betriebenen Gewerbe ergeben sich aus § 55 Abs. 1 GewO, wonach ein Reisegewerbe dann betrieben wird, wenn jemand außerhalb seiner Niederlassung oder ohne eine solche zu haben und ohne vorhergehende Bestellung den dort genannten wirtschaftlichen Tätigkeiten nachgeht. Damit werden der fehlende Niederlassungsbezug der gewerblichen Aktivität sowie die fehlende Bestellung des Unternehmers durch seinen Kunden zu den maßgeblichen Parametern, die über die Anwendung des Titels III entscheiden.<sup>8</sup> Fehlt eines dieser Kriterien, liegt folglich ein stehendes Gewerbe vor und es greifen die Regelungen des Titels II. Im Einzelnen kommt in diesen beiden kumulativ notwendigen Voraussetzungen reisegewerblicher Tätigkeit die besondere abstrakte, d. h. nach der Lebenserfahrung und nicht nur im konkreten Einzelfall bestehende<sup>9</sup> Gefahrenlage zum Ausdruck, der die §§ 55 ff. GewO begegnen wollen. Denn wenn jemand ohne oder außerhalb einer Niederlassung tätig wird, besteht die Gefahr, dass er für seinen Vertragspartner nach Geschäftsabschluss nicht mehr auffindbar ist und sich etwaigen Regressansprüchen entzieht (sog. Anbieterverflüchtigungsgefahr). Wird ein Unternehmer demgegenüber ohne vorhergehende Bestellung des Kunden tätig, trifft er diesen in der Regel unvorbereitet und überrascht an, so dass der Verbraucher ggf. übereilt etwas vereinbart, jedenfalls aber keine Vergleichsangebote einholen kann (sog. Überrumpelungsgefahr). Nochmals: Nur wenn beide Gefahren bestehen, ist Titel III eröffnet; anderenfalls liegt ein stehendes Gewerbe vor.

## **B. Das Weichen stellende Merkmal „ohne vorhergehende Bestellung“**

Betrachtet man daran anknüpfend das Erfordernis einer fehlenden vorhergehenden Bestellung des Unternehmers durch den Kunden, so ergibt sich folgendes Bild.

### **I. Herkömmliches Verständnis**

Im Ausgangspunkt eindeutig ist, dass dieses Merkmal genauso wie das des fehlenden Niederlassungsbezugs der Abgrenzung des stehenden vom reisend betriebenen Gewerbe dient. Auf eine Faustformel gebracht gelten die §§ 14 ff. GewO, wenn der Ver-

---

<sup>7</sup> Ausf. dazu *Korte*, in: Schmidt/Wollenschläger (Hrsg.), *Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 4. Aufl. Berlin 2015, § 9 Rn. 4.

<sup>8</sup> Vgl. auch *Ennuschat*, in: Tettinger/Wank/Ennuschat, *Kommentar zur Gewerbeordnung*, 8. Aufl. München 2011, § 55 Rn. 7.

<sup>9</sup> *Korte*, in: Korte/Repkewitz/Schulze-Werner (Hrsg.), *Kommentar zur Gewerbeordnung*, Bd. 3, 237. Ergänzungslieferung, Neuwied 2009, Vorbem. Rn. 36 f.



braucher zum Unternehmer kommt und die §§ 55 ff. GewO, wenn umgekehrt der Unternehmer unangemeldet beim Verbraucher erscheint. In diesem Falle trifft der Gewerbetreibende sein Gegenüber unvorbereitet, sodass er überrascht wird und keinen Preisvergleich durchführen kann. Dadurch entstehen genau die Überrumpelungsgefahren, vor denen die §§ 55 ff. GewO schützen wollen, soweit die gewerbliche Tätigkeit keinen hinreichenden Niederlassungsbezug aufweist.<sup>10</sup>

Im Einzelnen sind die Anforderungen an das Vorliegen einer fehlenden Bestellung umstritten. Bisher ging man davon aus, dass der Verbraucher dem Unternehmer keinen in örtlicher, zeitlicher und produktbezogener Hinsicht hinreichend konkretisierten Geschäftsabschluss in Aussicht stellen darf. Anleihen nahmen Literatur und Rechtsprechung insoweit an der Auslegung des § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB durch die Zivilgerichtsbarkeit. Denn danach stand dem Verbraucher mangels Überrumpelungsgefahr kein Widerrufs- oder Rückgaberecht zu, wenn die Vertragsverhandlungen auf dessen vorhergehende Bestellung geführt wurden.<sup>11</sup> Die Interpretation dieser Anforderung war freilich für die §§ 55 ff. GewO umzukehren.

Seine dogmatische Grundlage fand § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB in der sog. Haustürwiderrufs-Richtlinie, deren Umsetzung diese Vorschrift dienen sollte. Nach Art. 1 Abs. 1 lit. ii) dieses Sekundärrechtsakts sollten etwaige Widerrufs- und Rückgaberechte nicht bestehen, wenn der Besuch des Unternehmers auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers erfolgt ist, da dann das das Haustürwiderrufsrecht determinierende Überraschungsmoment fehlt. Entscheidend ist damit auch für die Anwendbarkeit dieser Norm, dass die Initiative zum Geschäftsabschluss vom Gewerbetreibenden ausgeht. Fehlt es daran, greifen die §§ 55 ff. GewO nicht.

## II. Neuerungen durch die Verbraucherrechte-Richtlinie

Mit der Verabschiedung der Verbraucherrechte-Richtlinie wurde die Haustürwiderrufs-Richtlinie aufgehoben und durch einen Ansatz ersetzt, der Verbraucherinformationen und -widerrufsrechte vollharmonisiert. Dadurch sollen der grenzüberschreitende Handel vereinfacht, aber auch die Rechtsposition des Konsumenten gestärkt werden, indem er nicht mehr nur situativ (d. h. also haustür- bzw. arbeitsplatzbezogen) geschützt wird, sondern immer schon dann, wenn die Möglichkeit einer unsachlichen Beeinflussung, eines Überraschungseffekts oder einer Ausnutzung psychischen Drucks besteht. Dieses Ziel wird mit Hilfe einer Erweiterung des Anwendungsbereichs auf alle außerhalb von (ggf. auch beweglichen) Geschäftsräumen geschlossenen Verträge

<sup>10</sup> Korte, Fn. 9, § 55 Rn. 70 ff.

<sup>11</sup> Ennuschat, Fn. 8, § 55 Rn. 16; OLG Dresden v. 14.12.1994, NJW 1995, 1164.



bzw. dort abgegebenen Willenserklärungen erreicht. Hinzu kommen Vereinbarungen in den Geschäftsräumen im unmittelbaren Anschluss an eine Ansprache außerhalb derselben sowie Verträge während einer vom Unternehmer organisierten Ausflugsfahrt, in deren Rahmen dessen Waren oder Leistungen beworben werden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 21 zur Richtlinie). In all diesen Fällen treffen den Unternehmer insbesondere die in der Richtlinie niedergelegten Informationspflichten, während sich der Verbraucher insbesondere auf die dort verankerten Widerrufsrechte berufen kann, soweit keine in der Richtlinie niedergelegte Ausnahme greift. Sie bestehen etwa für Finanzgeschäfte oder im Falle der Mitwirkung von Notaren.<sup>12</sup>

Diese unionsrechtlichen Grundsätze finden sich nun im Hinblick auf die Informationspflichten in Art. 246a EGBGB und im Übrigen in den §§ 312 b ff. BGB umgesetzt. Aufgrund des vollharmonisierenden Ansatzes der Verbraucherrechte-Richtlinie blieben dem Gesetzgeber insoweit nur wenige Spielräume, so dass sich der Normtext weitgehend auf eine Wiedergabe dieses Sekundärrechtsakts beschränkt. Eigene Gestaltungsmöglichkeiten wurden namentlich im Bereich der Ausnahmen vom Anwendungsbereich genutzt. Allerdings konnte der ehemals in § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F. enthaltene Ausschluss des Widerrufsrechts in Fällen, in denen zwar mündliche Verhandlungen im Bereich einer Privatwohnung, aber auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden sind, im Lichte des vollharmonisierenden Ansatzes der Verbraucherrechte-Richtlinie nicht aufrecht erhalten werden. Damit besteht grundsätzlich auch dann ein Widerrufsrecht, wenn die Initiative vom Verbraucher ausgeht, solange der Vertragsschluss außerhalb der Geschäftsräume erfolgt. Eine Ausnahme machen nur die §§ 312 Abs. 2 Nr. 4 lit. b), 312g Abs. 2 Nr. 11 BGB für Vereinbarungen über Reiseleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen im Anschluss an mündliche Verhandlungen auf vorherige Bestellung des Kunden getroffen worden sind, sowie für Verträge, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um dringende Reparaturen oder Instandhaltungen vorzunehmen.<sup>13</sup>

### III. Auswirkungen auf § 55 Abs. 1 GewO

Die in Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie ergangenen Vorschriften der §§ 312 b ff. BGB weisen somit erhebliche inhaltliche Unterschiede zum Reisegewerberecht auf, was die Frage aufwirft, welche Konsequenzen damit für das in § 55 Abs. 1 GewO enthaltene Merkmal der gewerblichen Tätigkeit „... ohne vorhergehende Bestellung ...“ verbunden sind.

<sup>12</sup> Vgl. zum Ganzen *Grundmann* JZ 2013, 53, 56 ff.; *Unger* ZEuP 2012, 270, 276 ff.

<sup>13</sup> Siehe dazu *Schärtl* JuS 2014, 577, 578 ff.; *Wendelstein/Zander* JURA 2014, 1191, 1194 ff.



## 1. *Allgemeine Grundlagen*

Da das Kriterium des ausdrücklichen Verbraucherwunsches bzw. der vorhergehenden Bestellung als Korrektiv für die Anwendung des Haustürwiderrufsrechts weitgehend entfallen und nur noch in den §§ 312 Abs. 2 Nr. 4 lit. b), 312 g Abs. 2 Nr. 11 BGB enthalten ist, deutet im Lichte des eng umgrenzten Anwendungsbereichs dieser Normen zunächst einmal vieles darauf hin, dass jedenfalls die zivilgerichtliche Spruchpraxis zu dieser Anforderung schon mangels hinreichender Streitfälle künftig kaum noch zur dogmatischen Fortentwicklung der Interpretation des § 55 Abs. 1 GewO beitragen können wird. Ein Verzicht auf das Erfordernis der fehlenden vorhergehenden Bestellung als Abgrenzungskriterium des stehenden vom reisend betriebenen Gewerbe kommt allerdings schon wegen des insoweit eindeutigen Wortlauts des § 55 Abs. 1 GewO ebenfalls nicht in Betracht.

Er ist im Übrigen auch unionsrechtlich nicht geboten, weil sich die Verbraucherrechte-Richtlinie in ihrer Zielrichtung allein auf die zivilrechtliche Behandlung von außerhalb der Geschäftsräume geschlossenen Verträgen bezieht. Diese Beschränkung ihres Anwendungsbereichs folgt einerseits daraus, dass sie an die Stelle der Haustürwiderrufs-Richtlinie tritt. Denn aus deren Erwägungsgründen und deren Art. 8 ergab sich, dass die Mitgliedstaaten in der ordnungsrechtlichen Behandlung von Haustürgeschäften frei bleiben sollen und sie sogar verbieten dürfen. Andererseits zeigen aber auch Name und Struktur der Verbraucherrechte-Richtlinie selbst, dass es diesem Sekundärrechtsakt allein um den zivilrechtlichen Schutz des Verbrauchers geht. Für die Auslegung des Merkmals „ohne vorhergehende Bestellung“ folgt daraus, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit zwar die Literatur und Rechtsprechung zur früheren Rechtslage nach wie vor heranziehen darf, im Übrigen aber weitgehend auf sich gestellt ist und in diesem Kontext ggf. auch auf die Wertungen der Verbraucherrechte-Richtlinie zurückgreift.

Zu würdigen ist dann insbesondere der Zweck der §§ 312b ff. BGB, den Verbraucher schon vor der Möglichkeit einer unsachlichen Beeinflussung zu schützen<sup>14</sup> und daher grundsätzlich jeden außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrag zu erfassen. Denn deshalb greift dieser Sekundärrechtsakt anders als die §§ 55 ff. GewO nicht erst bei einer nach der Lebenserfahrung bestehenden Gefahr für den Verbraucher, sondern bereits im Gefahrenvorfeld – nämlich wenn das Handeln des Unternehmers zumindest potenziell Einfluss auf den Verbraucher haben kann, weil er seinen Kauf nicht ohne Druck und unbeeinflusst überdenken konnte.<sup>15</sup> Setzen aber die der Selbsthilfe

<sup>14</sup> Vgl. *Wendelstein/Zander* JURA 2014, 1191, 1194.

<sup>15</sup> Vgl. *Schärfl* JuS 2014, 577, 579.



verpflichteten §§ 312b ff. BGB bereits derart früh an, dürften jenseits ihres Anwendungsbereichs auch die behördliche Fremdhilfe gewährenden §§ 55 ff. GewO zu eingriffsintensiv sein, so dass dann die Regeln über das stehende Gewerbe genügen, um die Wirtschaftsabläufe zu ordnen; in diesen Fällen indiziert der Schutzzweck der §§ 312b ff. BGB also das Vorliegen einer vorhergehenden Bestellung.

Diese äußere Grenze der §§ 55 ff. GewO in Form einer unternehmerischen Tätigkeit außerhalb von Geschäftsräumen lässt sich weiter eingrenzen, wenn man berücksichtigt, dass dieses Kriterium gegenüber dem der mobilen Aktivität außerhalb der Niederlassung oder ohne eine solche zu haben zwar etwas weiter, jedenfalls aber strukturverwandt ist. Denn dann wird deutlich, dass noch ein weiteres Moment hinzukommen muss, damit Titel III greift. Ansonsten würde man die im Gefahrenvorfeld angesiedelte Schutzrichtung der §§ 312b ff. BGB auf die §§ 55 ff. GewO projizieren und sie unzulässigerweise einer abstrakten Gefahr für die Rechtsgüter des Verbrauchers gleichstellen. Es bedarf also eines qualifizierenden Moments, das über die Möglichkeit unsachlicher Beeinflussung hinausgeht, indem es zusätzliche Überraschungs- bzw. Überrumpelungseffekte und so Bedarf für die Anwendung des Reisegewerberechts entstehen lässt. Genau dieses qualifizierende Moment muss sich somit also in der Auslegung des Merkmals „ohne vorhergehende Bestellung“ aus § 55 Abs. 1 GewO spiegeln.

## 2. *Folgen für die Kontaktaufnahme*

Diese Erkenntnis dürfte insbesondere für die Rahmenbedingungen der Kontaktaufnahme des Kunden mit dem Gewerbetreibenden, die möglicherweise zur Annahme einer Bestellung und damit zum Ausschluss der §§ 55 ff. GewO führen kann, relevant werden. Denn die Anwendung des Titels III der Gewerbeordnung kommt nur in Betracht, wenn die Vorgaben für eine solche Kontaktaufnahme nicht gewahrt sind, weil ein qualifizierendes Moment vorliegt, das über die Möglichkeit unsachlicher Beeinflussung hinausgeht. Ob diese Voraussetzung vorliegt, dürfte insbesondere<sup>16</sup> im Falle einer konkludenten Kontaktaufnahme des Kunden mit dem Unternehmer problematisch sein, weil dann mangels ausdrücklichen Verbraucherwunsches Interpretationsprobleme entstehen können, auf die ggf. die Wertungen der Verbraucherrechte-Richtlinie ausstrahlen.

---

<sup>16</sup> Vgl. zur ausdrücklichen Kontaktaufnahme *Korte*, Fn. 9, § 55 Rn. 103a ff.



#### a) Voraussetzungen

Fraglich ist daran anknüpfend zunächst, ob eine konkludente Bestellung des Unternehmers durch den Kunden de iure überhaupt möglich ist. Der Wortlaut der Haustürwiderruf-Richtlinie schien insoweit eine deutliche Sprache zu sprechen, weil es danach wie dargelegt an sich eines ausdrücklichen Verbraucherwunsches bedurfte, um eine wirksame Bestellung bejahen zu können. Jedoch zielte der Zweck dieses Sekundärrechtsakts nach dessen Erwägungsgründen darauf ab, Nachteile für den Kunden durch ungenügende Vorbereitungen auf die Vertragsverhandlungen zu vermeiden.<sup>17</sup> Solche Schlechterstellungen sind jedoch nicht zu befürchten, wenn der Verbraucher durch Gesten klarstellt, dass er Verkaufsgespräche will.

Deshalb sind zumindest solche Verhaltensweisen konkludente Bestellungen, die aus Sicht objektiver Dritter in schlüssiger Weise signalisieren, dass der Verbraucher in Verhandlungen eintreten will. Ob diese Voraussetzung vorliegt, hängt naturgemäß von den Umständen des Einzelfalls ab. Neben der Kontinuität der geschäftlichen Beziehungen, den persönlichen Verhältnissen der Geschäftspartner untereinander oder anderen Parametern des Waren- bzw. Leistungsangebots können auch die rechtlichen Rahmenbedingungen eine Rolle spielen und eine Bestellung indizieren, soweit sie dem Gewerbetreibenden bestimmte Tätigkeiten erlauben und damit klarstellen, dass gewissermaßen qua legem keine Überrumpelung vorliegt.<sup>18</sup>

#### b) Der nicht dorthin bestellte Gewerbetreibende

Daran anknüpfend stellt sich namentlich die Frage, ob sich ein Anwendungsfeld für konkludente Bestellungen daraus ergeben könnte, dass man auch den Ort, an dem sich Verbraucher und Unternehmer befinden, in die Überlegungen einbezieht.

#### aa) Voraussetzungen

Ginge man derart vor, wären die §§ 55 ff. GewO unter Umständen nicht anwendbar, wenn sich der Konsument in eine Gegend begibt, in der er mit bestimmten Angeboten rechnen muss. Denn dieses Verhalten könnte konkludent darauf hinweisen, dass er Verkaufsverhandlungen an diesem Ort zumindest offen gegenüber steht, weil schon der Gang in ein bestimmtes Gebiet bzw. der dortige Aufenthalt die Bereitschaft des Verbrauchers anzeigt, mit bestimmten Angeboten konfrontiert zu werden, so dass sie ihn nicht mehr überrumpeln und Titel III der Gewerbeordnung nicht mehr angesprochen wäre. Hingegen wäre umgekehrt keine vorhergehende Bestellung mit der Folge

<sup>17</sup> Micklitz/Tonner, Vertriebsrecht, Baden-Baden 2002, S. 317.

<sup>18</sup> Schönleiter, Fn. 17, § 55 Rn. 37.



eines nicht dorthin bestellten Gewerbebetriebs gegeben, wenn die lokalen Rahmenbedingungen dafür sprechen, dass dort nicht mit Unternehmern zu rechnen ist, die dem Verbraucher Produkte oder Leistungen anbieten. In diesem Falle würde also Titel III der Gewerbeordnung greifen, soweit zugleich kein Niederlassungsbezug vorliegt.

Für diesen Ansatz spricht, dass die Anwesenheit eines Unternehmers an einem derartigen Ort die nach der Lebenserfahrung nicht von der Hand zu weisende Gefahr birgt, dass ein von ihm überraschter Verbraucher unüberlegt Geschäfte abschließt; darauf ist das unerwartete Erscheinen des Unternehmers und dessen beliebige Möglichkeit zum Ortswechsel letztlich gerade angelegt.<sup>19</sup> Hinzu kommt, dass die Abgrenzung von Titel II und III der Gewerbeordnung über das Merkmal der fehlenden vorhergehenden Bestellung nicht mehr von der Art der Kontaktaufnahme im Sinne eines „Wer spricht wen an“ abhinge, was den Einfluss von Zufälligkeiten und Beweisschwierigkeiten verringern würde. Denn die Frage, ob diese Vorgabe reisegewerblicher Tätigkeit vorläge, würde nun nach objektiven Umständen wie den angebotenen Produkten und den konkreten örtlichen Gegebenheiten erfolgen. Zudem passt diese Verlegung des Anknüpfungspunktes zur Streichung des Merkmals „in eigener Person“ im Wortlaut des § 55 Abs. 1 GewO mit dem zweiten Mittelstandsentlastungsgesetz.<sup>20</sup> weil sie die Bedeutung der persönlichen Interaktion der Beteiligten im Anwendungsbereich der §§ 55 ff. GewO in den Hintergrund treten lässt.

Mit der Figur des „nicht dorthin bestellten Gewerbebetriebs“ als Fallgruppe reisegewerblicher Tätigkeit geht zumindest dem Grunde nach eine Weitung des Titels III der Gewerbeordnung einher, weil es in deren Anwendungsbereich nicht mehr darauf ankommt, wie die potenziellen Geschäftspartner konkret miteinander interagieren, sondern vielmehr darauf, wo der Unternehmer welche Produkte außerhalb seiner Niederlassung anbietet. Folglich bedarf es der Einhegung dieser Rechtsfigur – einerseits um nicht den hinter dem Merkmal der fehlenden vorhergehenden Bestellung stehenden Schutzzweck der §§ 55 ff. GewO aus den Augen zu verlieren und den Verbraucher im Falle seiner Überrumpelung schutzlos zu stellen, andererseits um nicht die Grenzen des Reisegewerberechts zur Verbraucherrechte-Richtlinie zu verwischen und schon die Möglichkeit einer unsachlichen Beeinflussung für ein ordnungsbehördliches Einschreiten genügen zu lassen.<sup>21</sup> Diese Einhegung lässt sich über das im Lichte der Vorgaben der Verbraucherrechte-Richtlinie ohnehin nötige qualifizierende Moment, das der fehlenden vorhergehenden Bestellung innewohnen muss, gewährleisten.

<sup>19</sup> So schon *Korte/Jacob* VR 2005, 61, 67.

<sup>20</sup> BGBl. I v. 13.09.2007, 2246, 2255.

<sup>21</sup> Vgl. *Klocke* EuZW 2016, 411, 411.



Dieses Erfordernis dürfte bei außerhalb der Niederlassung avisierten Geschäften gegeben sein, wenn die Möglichkeit der unsachlichen Beeinflussung zu einer nach der Lebenserfahrung bestehenden Gefahr für die Rechtsstellung des Verbrauchers erstarkt. Dafür genügt es nicht allein, dass der Unternehmer in geschäftlichen Dingen ggf. besser bewandert ist und größeres Verhandlungsgeschick aufweist als der Verbraucher, weil es sich insoweit um ein allgemeines Charakteristikum von Unternehmer-Verbraucher-Beziehungen handelt. Unzureichend ist zudem jedenfalls für sich genommen der beim Verbraucher entstehende Eindruck, er würde sich eine einmalige Gelegenheit entgehen lassen, wenn er untätig bleibt, weil dieser Eindruck gerade daraus entsteht, dass ihn das Angebot außerhalb einer festen Anlaufstation erreicht. Stattdessen kommt es darauf an, ob aus der Sicht eines objektiven Dritten in der Rolle eines verständigen Verbrauchers am jeweiligen Ort mit den angebotenen Waren und Leistungen zu rechnen ist. In diesem Zusammenhang werden insbesondere die Widmung des aufgesuchten Ortes, die dortigen Rahmenbedingungen oder schlicht die sozialen bzw. gesellschaftlichen Umstände relevant.

Wählt man eine solche objektive Perspektive, lässt sich das erforderliche qualifizierende Moment begründen, ohne den Wirtschaftsverkehr im Allgemeinen und insbesondere den Verbraucher im Besonderen als maßgebliche Schutzobjekte der §§ 55 ff. GewO<sup>22</sup> aus den Augen zu verlieren. Zudem begegnet diese Sichtweise dem nahe liegenden Einwand gegen die Figur des nicht dorthin bestellten Gewerbebetriebs, dass sich nicht jeder Verbraucher in geschäftsaffinen Gegenden einfindet und dort Geschäftsanbahnungen ausgesetzt sein, sondern stattdessen dort vielleicht nur flanieren will. Denn dann kommt es nicht auf den konkreten, sondern vielmehr auf einen durchschnittlichen Konsumenten an – eine Perspektive, die auch gut dazu passt, dass die §§ 55 ff. GewO auf eine abstrakte, nach der Lebenserfahrung im Falle unbestellter Unternehmer außerhalb der Niederlassung bestehende Gefahr für den Verbraucher reagieren und folglich keine konkrete, in jedem Einzelfall bestehende verlangen.<sup>23</sup>

#### bb) Beispiele

Daran anknüpfend ist beispielsweise ein nicht dorthin bestellter Gewerbebetrieb gegeben, wenn ein Verkaufswagen zum Vertrieb benutzt wird, der ständig seinen Standort wechselt und Plätze aufsucht, an denen die vom Wagen offerierten Produkte typischerweise nicht angeboten werden.<sup>24</sup> Denn dieses Verhalten, d.h. also jeder einzelne

<sup>22</sup> Korte, Fn. 9, Vorbem. Rn. 36 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *VG Düsseldorf* v. 15.02.2011, Az. 3 K 6790/09, Rn. 25 (zitiert nach juris).

<sup>24</sup> *VG Magdeburg* v. 14.03.2013, Az. 3 A 215/11, Rn. 20 (zitiert nach juris).



Ortswechsel dient aus Sicht eines objektiven Dritten der Generierung und Ausschöpfung neuer Kundschaft. Aber auch wenn ein Unternehmer einen Verkaufswagen über einen längeren Zeitraum an einem nach der Verkehrsanschauung unüblichen Ort betreibt, ist eine konkludente Bestellung zu verneinen. Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die dauerhafte Anwesenheit des Wagens dazu führt, dass sich die gesellschaftlichen bzw. sozialen Umstände ändern, weil der Verbraucher nunmehr damit rechnet, dass der Verkaufswagen an dieser Stelle steht und nicht mehr durch dessen Anwesenheit überrascht wird, sondern sich auf dessen Angebot einstellen kann. In solchen Fällen greifen die §§ 55 ff. GewO aufgrund vorhergehender Bestellung also nicht.

Ähnlich dürften Angebote auf Märkten, Messen oder Ausstellungen einzuordnen sein, wenn sie auf einem typischerweise für solche Veranstaltungen vorgesehenen Messegelände durchgeführt werden, weil der Verbraucher dort davon ausgehen muss, mit bestimmten Offerten konfrontiert zu werden und davon deshalb nicht überrumpelt wird. Der Kreis der danach nicht reisegewerblichen Angebote ist dann freilich vom Einzelfall und insbesondere vom fachlichen Zuschnitt der Veranstaltung abhängig.<sup>25</sup> Er ergibt sich auch, aber nicht nur aus der Festsetzung, was z. B. die Reisegewerbekartenzpflicht für Tätigkeiten im Sinne des § 68 Abs. 3 GewO erklärt, und zudem dazu führt, dass entgegen dem bisherigen Verständnis<sup>26</sup> die auf nicht festgesetzten Veranstaltungen durchgeführten Tätigkeiten stehender Natur sind, wenn sie auf einem dafür typischerweise vorgesehenen Gelände angeboten werden und zum Event passen. Diese Vorgaben liegen z. B. nicht vor, wenn der Veranstaltungsort multifunktional eingesetzt wird, so dass die §§ 55 ff. GewO auf Stadtfesten in Innenstädten anwendbar sind.

Geht jemand der Straßenprostitution – einer gewerblichen Dienstleistung<sup>27</sup> – an einem Ort nach, der aus Sicht eines objektiven Dritten dafür ungeeignet ist, beispielsweise vor einer Schule oder in einer Wohngegend, ist – soweit dort solche Aktivitäten im Übrigen rechtlich zulässig sind – ebenfalls ein nicht dorthin bestellter Gewerbebetrieb gegeben und es greift Titel III der Gewerbeordnung. An einem Ort, an dem mit solchen Angeboten üblicherweise zu rechnen ist, liegen die Dinge jedoch wiederum anders, weil dann das dortige Erscheinen des Verbrauchers darauf hindeutet, dass er in Verhandlungen eintreten will. Aus diesem Grunde greift Titel III der Gewerbeordnung insbesondere nicht im Falle der Prostitution in Gebieten, die als Straßenstrich bekannt sind. Dadurch werden letztlich auch die typischerweise im Rahmen der Anbahnung

<sup>25</sup> Vgl. dazu *Klocke* EuZW 2016, 411, 412 f. sowie BT-Drucks. 17/12637, S. 50 „fachfremde ... Waren“.

<sup>26</sup> Vgl. dazu *Ennuschat*, Fn. 8, vor §§ 64 ff. Rn. 7.

<sup>27</sup> *Korte*, Fn. 9, § 55 Rn. 50.

käuflicher Liebesdienste auftretenden Schwierigkeiten<sup>28</sup> vermieden, im konkreten Einzelfall zu beurteilen, wer wen angesprochen hat. Ob die Prostitution Titel III oder Titel II der Gewerbeordnung zuzuordnen ist, hängt damit nach diesem Ansatz weniger vom Verhalten der Beteiligten<sup>29</sup>, sondern vielmehr vom Ort des Leistungsangebots ab.

Über die Figur des nicht dorthin bestellten Gewerbebetriebs lassen sich auch die in jüngerer Zeit diskutierten Ankäufe von Wertgegenständen in dazu angemieteten Räumen bzw. Raumteilen, die nicht den Anforderungen an eine Niederlassung genügen,<sup>30</sup> zumindest teilweise lösen. Denn soweit die für die geschäftliche Aktivität gewählten Orte keine Bezüge zur Ankaufsaktivität aufweisen, wird man davon ausgehen müssen, dass der Verbraucher nicht signalisiert hat, in Vertragsverhandlungen eintreten zu wollen, indem er den Raum – so z.B. ein Sonnenstudio oder eine Bäckerei<sup>31</sup> – betritt. Etwas anderes gilt freilich entgegen teilweise vertretener Ansicht<sup>32</sup> dann, wenn im temporär genutzten Raum gleichzeitig ein stehendes Gewerbe mit vergleichbarem Tätigkeitsprofil ausgeübt wird, oder am aufgesuchten Ort viele verschiedene Geschäfte mit unterschiedlichstem Produktportfolio bestehen – so ggf. wegen des dort sehr vielfältigen Angebots, wenn der gemietete Raum(-teil) in einer Fußgängerzone liegt.

#### cc) Gesetzliche Vorprägungen

Fährt ein Taxifahrer mit einem beleuchteten Dachschild umher und weist dadurch darauf hin, verfügbar zu sein, wird man darin ebenfalls kein reisegewerbliches Verhalten erblicken dürfen und ein stehend betriebenes Gewerbe bejahen müssen. Dafür spricht schon § 39 BOKraft, der den Taxifahrer zum Beleuchten des Dachschilds verpflichtet, damit potenzielle Fahrgäste das freie Taxi erkennen<sup>33</sup> und es ggf. heranwinken können.<sup>34</sup> Denn die in § 39 BOKraft niedergelegte Pflicht besteht nach dem Wortlaut dieser Norm gerade für fahrende und nicht für an einem Standplatz abgestellte Taxen, so dass der Taxifahrer aus Perspektive eines Dritten das Dachlicht nicht nur anschalten kann, sondern auch muss.<sup>35</sup> Diese rechtliche Bindung führt aber wiederum dazu, dass das fahrende Taxi in den Straßenraum bestellt worden ist und potenzielle Kunden nicht von dessen Erscheinen überrascht werden, so dass für die §§ 55 ff. GewO insoweit aufgrund einer bestehenden Bestellung kein Raum ist.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Schöbener/Rafii* KSzW 2012, 172, 178.

<sup>29</sup> So aber *Hinrichs* VR 2003, 257, 263f.; ähnl. *Zimmermann*, Fn. 48, S. 172; vgl. auch *Gurlit*, VerwArch. 97 (2006), 409, 425 f.

<sup>30</sup> Vgl. *OVG Hamb.* v. 17.10.2006, GewArch. 2007, 84, 84; *OVG Nds.* v. 31.07.2009, GewArch. 2009, 415.

<sup>31</sup> Vgl. *OLG Schleswig* v. 24.04.2012, SchlHA 2013, 39, 39 ff.

<sup>32</sup> Vgl. *Enmuschat* a.a.O., § 55 Rn. 8; *OVG Nds.* v. 13.08.2010, GewArch. 2010, 408, 409.

<sup>33</sup> *Fromm/Sellmann/Zuck* Kommentar zum Personenbeförderungsrecht, 4. Aufl. 2013, § 39 BOKraft Rn. 1.

<sup>34</sup> Vgl. *Heinze* in *Heinze/Fehling/Fiedler*, Kommentar zum PBefG, 2. Aufl. 2014, § 47 Rn. 15.

<sup>35</sup> *Fromm/Sellmann/Zuck*, Fn. 96, § 39 BOKraft Rn. 1.



Eine partielle gesetzliche Vorprägung erfährt das Merkmal der fehlenden vorhergehenden Bestellung ebenfalls im Falle von Schornsteinfegerarbeiten, weil insoweit die Hauseigentümer nach § 1 Abs. 1 SchfHWG verpflichtet sind, die nötigen Kehr- und Überprüfungsarbeiten zu veranlassen. Denn infolgedessen dürfen sie sich aussuchen, welcher Schornsteinfeger für sie aktiv werden soll<sup>36</sup>. Diese Befugnis besteht jedoch nicht für die wenigen beim bevollmächtigten Bezirksschornsteinfeger monopolisierten Tätigkeiten<sup>37</sup>, so dass sie mit deren Erledigung warten dürfen, bis er auf sie zukommt<sup>38</sup>. Daher ist z. B. die unaufgeforderte Ankündigung einer Feuerstättenschau im Sinne des § 14 Abs. 1 SchfHWG nicht reisegewerblicher Natur, sondern Ausdruck der gesetzlichen Pflichten des bevollmächtigten Bezirksschornsteinfegers<sup>39</sup>. Soweit er jedoch darüber hinausgehende Tätigkeiten anbietet, wird er reisegewerblich tätig – so wenn er die anlässlich einer Feuerstättenschau festgestellten Mängel beheben will.

### c) Sonderfall Gelegenheitsgeschäft

Fraglich ist in diesem Kontext schließlich, ob eine die Anwendbarkeit der §§ 55 ff. GewO ausschließende vorhergehende Bestellung vorliegt, wenn sich ein Unternehmer zwar im sozialen Umfeld seiner Kunden aufhalten darf, ohne als nicht dorthin bestellt zu gelten, durch seinen Auftritt aber suggeriert, sein Angebot sei nur für kurze Zeit verfügbar. So ist es beispielsweise denkbar, dass ein Gewerbetreibender eine nur kurzfristig dem Publikumsverkehr offen stehende Einrichtung, die nicht die Voraussetzungen einer Niederlassung im Sinne des § 4 Abs. 3 GewO erfüllt, nutzt. Wegen der Passivität des Unternehmers, der sich lediglich im Umfeld des Verbrauchers aufhält ohne mit ihm in Kontakt zu treten, geht in solchen Situationen die Initiative zum Geschäftsabschluss regelmäßig vom Kunden aus, weil er auf ihn zugeht, mit ihm in Kontakt tritt und so (zumindest konkludent) seine Verhandlungsbereitschaft signalisiert. Ob er diesen Schritt geht, steht zudem in seinem Belieben, so dass er genug Überlegungszeit hat. Teile der Literatur<sup>40</sup> und Rechtsprechung<sup>41</sup> gehen deshalb in solchen Konstellationen auch davon aus, dass die den Verbraucher vor Überrumpelungen schützenden Ziele des Merkmals „ohne vorhergehende Bestellung“ nicht angesprochen seien, wenn der Konsument in Ruhe überlegen könne, ob er sich beim mobilen Unternehmer zu geschäftlichen Verhandlungen einfinde. Infolgedessen greife Titel III der Gewerbeord-

<sup>36</sup> Vgl. *Sydow* GewArch. 2009, 14, 15 f.

<sup>37</sup> Vgl. *Muncke/Wedekind* NVwZ 2016, 1688, 1689.

<sup>38</sup> *Schira* Kommentar zum Schornsteinfegerhandwerksgesetz, 2. Aufl. 2015, § 1 Rn. 2 f.

<sup>39</sup> BR-Drucks. 172/08 v. 14.03.2008, S. 72.

<sup>40</sup> *Gurlit* VerwArch. 97 (2006), 409, 424; *dies.* GewArch. 2008, 426, 428; *Rossi* a.a.O., § 55 Rn. 8c.

<sup>41</sup> *OVG Thür.* V. 01.07.2010, GewArch. 2011, 127, 127 f.; *LG Kassel* v. 03.04.2009, Az. 12 O 4197/08 Rn. 15 ff. (zitiert nach *juris*).



nung nicht, wenn ein Unternehmer das Interesse der Kunden z. B. durch Werbung oder plötzliche Anwesenheit wecke, es aber dem Verbraucher unbenommen bleibe, auf diese Art „Weckruf“ zu reagieren. Denn der Verbraucher habe dann genügend Überlegungszeit, könne sich ein Lagebild machen und insbesondere Vergleichsangebote einholen. Hinzu komme, dass es der Konsument allein in der Hand habe, sich zum Unternehmer zu begeben, so dass er dann, wenn er sich dort einfindet und den persönlichen Kontakt sucht, nicht schutzwürdig sei, sondern vielmehr sogar mehr getan habe, als den Gewerbetreibenden nur zu bestellen.

Gegen diesen Ansatz, nach dem es letztlich allein darauf ankommt, ob es der Verbraucher in der Hand habe, darüber zu entscheiden, ob er den Gewerbetreibenden aufsuche oder eben nicht, sprechen sich Teile der Literatur<sup>42</sup> und die wohl überwiegende Rechtsprechung<sup>43</sup> aus. Zur Begründung wird angeführt, dass die gewerbliche Tätigkeit nicht auf der Kontaktaufnahme des Verbrauchers, sondern auf der Einrichtung der nur zeitweise als Anlaufstelle zur Verfügung stehenden Vertriebs- bzw. Ankaufstelle und auf deren damit ggf. verbundene Positionierung im sozialen Umfeld bzw. Blickfeld des Verbrauchers beruhe. Gerade die Kurzfristigkeit des Angebots bringe aber neue Überumpelungsgefahren mit sich, weil sie dem interessierten Kunden die Einmaligkeit einer Gelegenheit suggeriere. Hinzu kämen Vollzugsprobleme wegen des permanenten Zuständigkeitswechsels, wenn man in solchen Fällen wegen dessen Auffangcharakter von einem stehenden Gewerbe ausgehen müsse, so dass die besseren Gründe dafür sprächen, dann das Reisegewerberecht anzuwenden.

Beide Ansichten vernachlässigen indes, dass sich jenseits der Konstellation eines nicht dorthin bestellten Gewerbebetriebs die Anwendbarkeit der §§ 55 ff. GewO nur mit Hilfe der Rechtsfigur der provozierten Bestellung begründen lässt. Sie ist im Allgemeinen auf die Fälle bezogen, in denen zwar eine Bestellung des Verbrauchers vorliegt, sie aber vom Gewerbetreibenden initiiert und dem Konsumenten gewissermaßen in den Mund gelegt wurde.<sup>44</sup> Dieser Konstellation wird man solche Fälle gleichstellen können, in denen der Händler sich zwar an einem geschäftsaffinen Ort befindet und folglich dorthin bestellt wurde, aber zugleich aktiv zu verstehen gibt, dass sein Angebot nur für kurze Zeit zur Verfügung steht und dem Verbraucher so eine einmalige, sofort zu nutzende Gelegenheit suggeriert. Wenn nämlich der Unternehmer z. B. durch Werbemaßnahmen Zeitdruck aufbaut, der den Verbraucher in Zugzwang setzt, entsteht

<sup>42</sup> Schönleiter, Fn. 17, § 55 Rn. 30.

<sup>43</sup> *OVG Hamb.* v. 17.10.2006, *GewArch.* 2007, 84, 84; *OVG Nds.* v. 31.07.2009, *GewArch.* 2009, 415; *OVG BB* v. 17.03.2010, *GewArch.* 2010, 248, 248 f.

<sup>44</sup> *Ennuschat*, Fn. 8, § 55 Rn. 25 ff.



nach der Lebenserfahrung eine Überraschungssituation, die der eines unangemeldeten Hausbesuchs ähnelt, so dass Raum für die §§ 55 ff. GewO bleibt.

Geht man wie hier vertreten von einer provozierten Bestellung aus, wenn der Unternehmer beim Verbraucher Zeitdruck entstehen lässt, weist die Schutzrichtung der §§ 55 ff. GewO Ähnlichkeiten zu den §§ 312b ff. BGB auf, weil sie den Konsumenten ebenfalls davor bewahren sollen, dass er übereilte Entscheidungen in der Annahme trifft, rasch zugreifen zu müssen, um eine Gelegenheit nicht zu verpassen.<sup>45</sup> Im Unterschied zu diesen zivilrechtlichen Schutzmechanismen verlangt das Reisegewerberecht allerdings nicht nur die Möglichkeit, sondern die abstrakte, nach der Lebenserfahrung bestehende Wahrscheinlichkeit einer Schädigung des Verbrauchers. Weil sie sich nicht auf das Gefahrenvorfeld bezieht, ist sie also insoweit enger.<sup>46</sup> Daher wird man die rein passive Anwesenheit des Unternehmers nicht genügen lassen können, sondern strengere Anforderungen zu stellen haben, um eine Provokation annehmen und die §§ 55 ff. GewO anwenden zu können. Entsprechende Hinweise können sich aus der Dauer, der Frequenz und der Häufigkeit der Tätigkeit und insbesondere ihrer Bewerbung ergeben, in deren Rahmen regelmäßig auf die nur kurze Verfügbarkeit des Angebots hingewiesen wird. Rechtsunsicherheiten sind mit der Anwendung dieser Kriterien nicht verbunden; vielmehr ist die Rechtsprechung zur Fallgruppenbildung aufgerufen.

Spiegelt man diese Ausführungen an aktuellen Problemlagen, so zeigt sich, dass der intensiv beworbene, nur kurzzeitig als Gelegenheit verfügbare Ankauf von Luxusgegenständen in einem exquisiten Hotel, soweit es sich nicht um einen nicht dorthin bestellten Gewerbebetrieb handelt (siehe oben, B III 2 b), selbst dann unter die §§ 55 ff. GewO fällt, wenn die Interessierten tatsächlich in überwiegender Zahl aufgrund der Werbemaßnahmen im Hotel erschienen sind und infolgedessen Zeit hatten, um über den Verkauf ihrer Luxusgegenstände nachzudenken<sup>47</sup>. Denn auch unter diesen Voraussetzungen bestehen nach der Lebenserfahrung Schutzbedürfnisse – einerseits für diejenigen Kunden, die von der intensiven Werbung und der Kurzfristigkeit des Angebots auf die Einmaligkeit bzw. Seltenheit der Verkaufsgelegenheit schließen und andererseits für diejenigen Kunden, die nur schlecht, zu spät oder gar nicht über die Veranstaltung informiert worden sind und sich deshalb zu unüberlegten geschäftlichen Aktivitäten verleiten lassen.

<sup>45</sup> Vgl. *Klocke* EuZW 2016, 411, 413.

<sup>46</sup> Vgl. *Korte/Dittrich* JA 2017, 332, 336 f.

<sup>47</sup> *OVG Hamb.* v. 17.010.2006, *GewArch.* 2007, 84, 84; vgl. auch *Schönleiter*, Fn. 17, § 56 Rn. 54.



## C. Fazit

Im Ergebnis zeigt sich, dass es zwar keiner vollständigen Rundumerneuerung der Auslegung des Merkmals der fehlenden vorhergehenden Bestellung als Abgrenzungskriterium von stehendem und reisend betriebenem Gewerbe bedarf, um auf die aktuellen unionsrechtlichen Herausforderungen zu reagieren. Jedenfalls müssen aber deren ausstrahlende Wertungen (hier der Verbraucherrechte-Richtlinie) beherzigt werden. Geht man derart vor, lassen sich auch aktuelle Problemstellungen bei der Klassifikation von Geschäftsaktivitäten zu Titel II oder Titel III der Gewerbeordnung sachangemessen lösen, ohne dass es einer pauschalen Zuordnung in die eine oder andere Kategorie bedarf. Vielmehr kommt es stattdessen wie so oft im juristischen Leben auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an.

# Staatliches Regulierungsversagen im Glücksspielrecht am Beispiel der Spielhallenregulierung

Prof. Dr. Hendrik Lackner<sup>1</sup>

<b>I.</b>	<b>Zur rechtstatsächlichen Relevanz des Spielhallenmarktes in Deutschland.....</b>	<b>113</b>
<b>II.</b>	<b>Zum besonderen Gefährdungs- und Suchtpotenzial des gewerblichen Automaten- spiels.....</b>	<b>114</b>
<b>III.</b>	<b>Rechtsrahmen der Spielhallenregulierung im Überblick .....</b>	<b>116</b>
	1. Gewerberechtlicher Regulierungsansatz .....	116
	2. Förderalismusreform I, GlüStV 2008 und GlüStV 2012 .....	116
	3. Verhältnis von gewerberechtlicher und staatsvertraglicher Erlaubnis.....	118
	a. Bundesrecht ersetzendes Landesrecht (Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG) .....	119
	b. Parallelität von gewerberechtigtem und glücksspielstaatsvertraglichem Spielhallenrecht.....	119
<b>IV.</b>	<b>Staatliches Regulierungsversagen im Spielhallenrecht .....</b>	<b>120</b>
	1. Auflösung der Konkurrenzsituation bestandsgeschützter Spielhallen .....	120
	a. Neuermessung des Spielhallenmarktes und Gesetzesvorbehalt .....	121
	b. Das Losverfahren als sachgerechter und verwaltungsökonomisch sinnvoller Verteilungsmodus .....	125
	2. Landesgesetzliche Ausgestaltung des in § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV verankerten Härtefalltatbestandes .....	130
	a. Der Härtefall aus Ausnahmefall .....	130
	b. Landesgesetzliche Aufweichungstendenz – der Härtefall als Regelfall .....	133
<b>V.</b>	<b>Ausblick und Handlungsempfehlungen.....</b>	<b>135</b>

In einer Festschrift, die sich mit Stand und Perspektiven des öffentlichen Wirtschaftsrechts befasst, darf ein Beitrag mit glücksspielrechtlichem Einschlag nicht fehlen. *Rolf Stober* hat das öffentliche Wirtschaftsrecht in einem meisterhaften Festschriftbeitrag zutreffend als „chaotischen Zweig des Rechtssystems“ bezeichnet.<sup>2</sup> Diese Zustandsbeschreibung trifft in besonderer Weise für das Glücksspielrecht zu. Wie kaum ein Bereich des öffentlichen Wirtschaftsrechts gleicht das Glücksspielrecht einer ungesicherten Dauerbaustelle, auf der den staatsvertraglich kooperierenden Bundesländern Mut,

<sup>1</sup> Dr. Hendrik Lackner ist Professor für Öffentliches Recht, insbesondere Verwaltungsrecht, an der Hochschule Osnabrück und Gastprofessor an der Law School der China University of Political Science and Law (CUPL) in Peking. Kontakt: [www.hs-osnabrueck.de/de/Prof\\_Dr\\_Hendrik\\_Lackner](http://www.hs-osnabrueck.de/de/Prof_Dr_Hendrik_Lackner) sowie per Email unter [h.lackner@hs-osnabrueck.de](mailto:h.lackner@hs-osnabrueck.de).

<sup>2</sup> *Rolf Stober*, Wirtschaftsverwaltungsrecht. Ein Rechtsgebiet zwischen staatlicher Steuerung und unternehmerischer Verantwortung, in: *Geis/Lorenz* (Hrsg.), Festschrift für Maurer 2001, S. 827 (828).



Tatkraft und Sachverstand zur Errichtung eines tragfähigen Fundaments abhandengekommen zu sein scheinen. Die Anforderungen an ein solches Fundament sind zugegebenermaßen hoch: Nicht nur ist den europa- und verfassungsrechtlichen Anforderungen adäquat Rechnung zu tragen; auch das Instrument des Länderstaatsvertrages selbst scheint nur bedingt geeignet, aus den ganz unterschiedlichen Glücksspielrechtspolitischen Vorstellungen von 16 Bundesländern ein hinreichendes Maß an bundesstaatlicher Homogenität zu destillieren.<sup>3</sup> Das Gesamtsystem Glücksspielrecht zeichnet sich durch fehlende Kohärenz,<sup>4</sup> gravierende Vollzugs- und Regulierungsdefizite<sup>5</sup> sowie die ordnungspolitisch höchst fragwürdige Besonderheit aus, dass die Bundesländer nicht nur als Normsetzer und Regulierer tätig werden, sondern als Akteure auf monopolisierten Teilmärkten genuin eigene wirtschaftliche und besitzstandswahrende Interessen verfolgen,<sup>6</sup> die nicht selten parteipolitisch überlagert sind.<sup>7</sup>

Damit scheint das dringend reparaturbedürftige Glücksspielrecht ein geradezu prädestiniertes Anwendungsfeld, um die von *Rolf Stober* in seinen überaus zahlreichen Debattenbeiträgen maßgeblich mitgeprägten wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Gestaltungsprinzipien, Theorien und Instrumente zu erproben, auf deren Grundlage ein modernes und intelligentes Regulierungsmodell für den Glücksspielsektor entstehen kann. Dieses müsste der gerade im Glücksspielsektor rasant voranschreitenden Internationalisierung und Digitalisierung<sup>8</sup> ebenso gerecht werden wie dem Umstand, dass eine mit Fragen des Glücksspielrechts häufig überforderte (Kommunal-)Verwaltung nicht selten global agierenden Wirtschaftsunternehmen gegenübersteht, die von hochspezialisierten Anwaltskanzleien begleitet werden.<sup>9</sup>

Die glücksspielrechtlichen Bezugspunkte der von *Rolf Stober* bearbeiteten Themenfelder reichen von Fragen der Privatisierung und Deregulierung über eine intelligente Arbeits- und Verantwortungsteilung zwischen Staat und Markt – etwa durch Öffentlich-Private-Partnerschaften –, die Reduzierung staatlicher Leistungstiefe durch inno-

<sup>3</sup> Zum Status der Länderstaatsverträge im deutschen Bundesstaat zuletzt *Gundel* DÖV 2017, S. 15 ff.

<sup>4</sup> *Wormit* NVwZ 2017, 281 (286); *Gebhard/Postel* Die Neureglung des Glücksspielwesens in Deutschland seit 2004, in: ders./Korte (Hrsg.) Glücksspiel – Ökonomie, Recht, Sucht, 2. Aufl. 2017, S. 393 (436). Sehr deutlich hebt auch die *Europäische Kommission* die fehlende Gesamtschlüssigkeit der deutschen Glücksspielregulierung hervor in EU Pilot 7625/15/GROW v. 30.6.2015.

<sup>5</sup> Von „Regulierungsvakuum“ und „Vollzugschaos“ spricht *Koenig* ZfWG 2017, 333 f.; *Peren* ZfWG Sonderbeilage 1/2017, S. 4 ff.

<sup>6</sup> *Schneider* WiVerw 3/2014, S. 165 ff.; *Gebhardt*, in: Gebhard/Korte (Hrsg.), Glücksspiel – Ökonomie, Recht, Sucht, 2. Aufl. 2017, S. 6.

<sup>7</sup> Zu der ausführlichen Auflistung von Politikern, die nach Ausscheiden aus politischen Ämtern eine zweite Karriere in gutbezahlten Verwendungen bei Lottomonopolisten antraten, s. *Richardt* ZfWG Sonderbeilage 3/2017, S. 31 (32).

<sup>8</sup> Siehe hierzu näher *Korte* GewArch 2017, S. 1 ff. und S. 129 ff.

<sup>9</sup> *Lackner/Pautsch* NordÖR 2017, 473 (480).



vative Instrumente der Gewährleistungsverwaltung bis hin zur zukunftsfähigen Ausgestaltung des Rechts der öffentlichen Unternehmen.

Trotz größter Verlockung kann mit diesem Beitrag keine Blaupause für ein innovatives Regulierungsmodell des Glücksspielsektors insgesamt vorgelegt werden<sup>10</sup> – dies würde den Rahmen eines Festschriftbeitrages sprengen. Aus diesem Grund beschränkt sich die weitere Untersuchung auf das Spielhallenrecht. Anhand dieses Referenzgebietes sollen Beispiele für staatliches Regulierungsversagen herausgearbeitet werden. In einem ersten Schritt wird anhand wirtschaftlicher Eckdaten zunächst die rechtstatsächliche Relevanz des Spielhallenmarktes skizziert (I.). In einem zweiten Schritt sollen in der Suchtforschung diskutierte, aktuelle Erkenntnisse zum besonderen Gefährdungspotenzial des gewerblichen Glücksspiels zusammengetragen werden, auf welche Gesetzgeber, Vollzugsbehörden und Verwaltungsgerichte rekurrieren (II.). Nach einer kurzen Darstellung des maßgeblichen Rechtsrahmens für Spielhallen (III.) liegt das Hauptaugenmerk der Untersuchung sodann darauf, Widersprüche, Inkohärenzen und Regelungslücken der derzeitigen Spielhallenregulierung zu benennen (IV.), die den Schluss auf ein staatliches Regulierungsversagen nahelegen. Der Beitrag schließt mit einem Ausblick und Handlungsempfehlungen (V.).

## **I. Zur rechtstatsächlichen Relevanz des Spielhallenmarktes in Deutschland**

Um die Größe des deutschen Spielhallenmarktes zu quantifizieren, kann auf unterschiedliche Kennzahlen zurückgegriffen werden. Während die Spieleinsätze die Bruttoausgaben von Spielern vor den Gewinnauszahlungen beschreiben, handelt es sich bei den Bruttospielerträgen um die Spieleinsätze abzüglich der an die Spieler ausgezahlten Gewinne. Damit können mit dieser Kennzahl sowohl die Umsätze der Anbieter also auch die Nettoverluste der Spieler beschrieben werden.<sup>11</sup>

Die auf dem deutschen Glücksspielmarkt im Jahr 2015 erzielten Bruttospielerträge beliefen sich auf gut 12,7 Milliarden Euro, wovon knapp 10,5 Milliarden Euro auf den regulierten Markt und knapp 2,3 Milliarden Euro auf den nicht-regulierten Markt entfielen.<sup>12</sup> Im Unterschied zum regulierten Markt, auf dem die Glücksspielanbieter auf-

<sup>10</sup> Erste Ansätze hierzu finden sich – je nach Standpunkt des Betrachters mit ganz unterschiedlicher ordnungspolitischer Ausrichtung – etwa bei *Schröder ZfWG 2017*, 452 ff.; *Caspers-Merk ZfWG Sonderbeilage 3/2017*, S. 6 ff.; *Becker ZfWG 2017*, S. 2 ff.; *Peren ZfWG Sonderbeilage 1/2017*, S. 1 ff.; *Bühringer/Ennuschat ZfWG 2016*, S. 400 ff.; *Kirchhof NVwZ 2016*, S. 124 ff.

<sup>11</sup> Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages v. 10.4.2017, S. 6.

<sup>12</sup> Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages v. 10.4.2017, S. 7.



grund einer in Deutschland erteilten Konzession zum Glücksspiel zugelassen sind, verfügen die Glücksspielanbieter auf dem nicht-regulierten Markt über eine Lizenz aus einem anderen EU-Mitgliedstaat – besonders beliebt ist Malta –, nicht aber über eine deutsche Konzession. Die in Deutschland auf dem Schwarzmarkt erzielten Bruttospielerträge betragen im Jahr 2015 nach Schätzungen 1,5 Milliarden Euro.<sup>13</sup>

Im Jahr 2015 wurden in Deutschland mit insgesamt ca. 267.000 Geldspielgeräten, die in rund 9.000 Spielhallen bzw. 60.000 bis 70.000 Gaststätten aufgestellt waren, Bruttospielerträge in Höhe 5,3 Milliarden Euro generiert.<sup>14</sup> Für das Jahr 2016 werden die Bruttospielerträge im Bereich des gewerblichen Geldspiels mit 6,85 Milliarden Euro beziffert.<sup>15</sup> Geldspielgeräte stellen damit die Glücksspielform dar, mit der die mit Abstand höchsten Bruttospielerträge erwirtschaftet werden. Die Steuereinnahmen, die im Jahr 2015 in Deutschland mit Geldspielgeräten erzielt wurden, beliefen sich auf 1,3 Milliarden Euro.<sup>16</sup>

Im Unterschied zum Lotteriesektor, der in Deutschland – abgesehen von Lotterien mit geringerem Gefährdungspotential – dem Staatsvorbehalt unterfällt (§ 10 Abs. 2 GlüStV<sup>17</sup>), und zum Spielbankensektor, der je nach landesgesetzlicher Ausgestaltung staatlich oder privat betrieben wird, werden Geldspielgeräte in Spielhallen von privaten Automatenaufstellern betrieben.

## II. Zum besonderen Gefährdungs- und Suchtpotenzial des gewerblichen Automatenspiels

Bereits in der Sportwetten-Entscheidung aus dem Jahr 2006, mit welcher das BVerfG das im bayerischen Staatslotteriesgesetz verankerte Monopol auf Sportwetten mangels konsequenter Ausrichtung am Ziel der Bekämpfung der Suchtgefahren und eines ungelösten Konfliktes mit fiskalischen Interessen für unvereinbar mit der durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufsfreiheit erklärt hatte, finden sich interessante Ausführungen zur Glücksspielsucht:<sup>18</sup> Bei der Bekämpfung der Spiel- und Wettsucht handele es sich um ein überragend wichtiges Gemeinwohlziel. Unter Verweis auf Erkenntnisse

<sup>13</sup> Wirtschaftswoche v. 10.11.2017, Spezial Glücksspiel, S. 7; für das Jahr 2014 wird der auf dem Schwarzmarkt erzielte Bruttospielertrag auf 1,475 Milliarden Euro veranschlagt, s. hierzu *Peren ZfWG Sonderbeilage 1/2017*, S. 4.

<sup>14</sup> Endbericht des Landes Hessen zur Evaluierung des Glücksspielstaatsvertrages v. 10.4.2017, S. 13.

<sup>15</sup> *Peren ZfWG Sonderbeilage 4/2017*, S. 6.

<sup>16</sup> *Kleibrink/Köster*, Der Glücksspielmarkt in Deutschland, 2017, S. 22.

<sup>17</sup> Staatsvertrag zum Glücksspielwesen in Deutschland (Glücksspielstaatsvertrag – GlüStV) v. 15.12.2011, verkündet als Artikel 1 des Ersten Staatsvertrages zur Änderung des Staatsvertrages zum Glücksspielwesen in Deutschland v. 15.12.2011, Nds. GVBl. S. 196.

<sup>18</sup> BVerfG NJW 2006, 1261 (1263).



der Suchtforschung führte das BVerfG weiter aus, dass Glücksspiele und Wetten zu krankhaftem Suchtverhalten führen könnten. Die Spielsucht könne nicht nur schwerwiegende Folgen wie Verschuldung bzw. Folge- und Begleitkriminalität für den davon unmittelbar Betroffenen nach sich ziehen, sondern wirke sich auch nachteilig auf die betroffenen Familien und die Sozialgemeinschaft insgesamt aus. Das Ausmaß der Suchtgefahren sei für jede Glücksspielform unterschiedlich hoch. Das Automatenpiel ziehe mit Abstand die meisten Spieler mit pathologischem Spielverhalten auf sich, während alle anderen Glücksspielformen deutlich weniger zu problematischem und pathologischem Spielverhalten beitragen. Insgesamt zeichne sich das gewerbliche Automatenpiel durch ein erhebliches Gefahrenpotenzial aus und gehöre zu den risikoreichsten Spielen für suchtgefährdete Spieler.<sup>19</sup>

Bei der Beurteilung der von einer Glücksspielform ausgehenden Suchtgefahr kommt dem Gesetzgeber ein verfassungsgerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.<sup>20</sup> Solange der Gesetzgeber seine Gefährdungseinschätzung auf eine hinreichend plausible und belastbare Grundlage stützen kann, seine Erwägungen also nicht offensichtlich fehlsam sind, bewegt er sich in den Grenzen seines Beurteilungsspielraums.<sup>21</sup> In der Entscheidung zum Internet-Vermittlungsverbot (§ 4 Abs. 4 GlüStV) genügte dem BVerfG für die gesetzgeberische Annahme eine im Auftrag des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales durchgeführte Studie der Universität Bremen.<sup>22</sup> Das Gutachten kam zum Ergebnis, auch Lotterien könnten in Abhängigkeit von den jeweiligen Veranstaltungsmerkmalen suchttypische Entwicklungsverläufe verursachen – wenn auch in deutlich geringerem Maß als Automaten- und Casinospiele.<sup>23</sup>

In der Suchtforschung gilt die Reduzierung der Verfügbarkeit von Spielmöglichkeiten, d.h. eine Angebotsreduzierung als eine besonders wirksame Maßnahme der Suchtprävention. Dies gelte aufgrund ihrer generellen Zugänglichkeit und hohen Verfügbarkeit in besonderer Weise für Spielhallen.<sup>24</sup>

In Ihren Erläuterungen zum GlüStV nehmen die Bundesländer Bezug auf eine Studie der Universität Hamburg, wonach 56 Prozent der Einnahmen des gewerblichen Auto-

---

<sup>19</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111.

<sup>20</sup> Hierzu kritisch *Bickenbach ZfWG Sonderbeilage 2/2017*, S. 11 (17), der die Einschätzungsprärogativen des Gesetzgebers als „Weichspüler des Übermaßverbots“ betrachtet.

<sup>21</sup> BVerfG NVwZ 2008, 1338 (1340).

<sup>22</sup> BVerfG NVwZ 2008, 1338 (1340).

<sup>23</sup> Für die Unionsrechtswidrigkeit des Lotteriemonopols plädiert *Koenig ZfWG 2017*, 335 (344).

<sup>24</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1119) mwN.



matenspiels über Spielverluste Süchtiger generiert würden.<sup>25</sup> Nach Aussage der Drogenbeauftragten der Bundesregierung *Mortler* würden sogar 60 Prozent des Umsatzes an Geldspielautomaten durch Süchtige erzielt.<sup>26</sup> Diese Zahlen sind nicht unumstritten; sie wurden zuletzt von *Peren* grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>27</sup>

### III. Rechtsrahmen der Spielhallenregulierung im Überblick

#### 1. Gewerberechtlicher Regulierungsansatz

Traditionell oblag die Regulierung von Spielhallen und Geldspielgeräten dem Bund, der hierfür einen gewerberechtlichen Regulierungsrahmen in den §§ 33c ff. GewO bereitstellte und gestützt auf die Ermächtigungsgrundlage in §§ 33f. GewO die Verordnung über Spielgeräte und andere Spiele mit Gewinnmöglichkeit (Spielverordnung – SpielV<sup>28</sup>) erließ. Das gewerbsmäßige Betreiben einer Spielhalle oder eines ähnlichen Unternehmens, das ausschließlich oder überwiegend der Aufstellung von Spielgeräten oder der Veranstaltung anderer Spiele im Sinne des § 33c Abs. 1 Satz 1 oder des § 33d Abs. 1 Satz 1 dient, setzte nach § 33i Abs. 1 S. 1 GewO eine Erlaubnis voraus. § 33i Abs. 2 GewO definierte drei Erlaubnisversagungsstatbestände: Die fehlende gewerberechtliche Zuverlässigkeit als persönlichen Versagungsgrund (Nr. 1), ungeeignete Räumlichkeiten als betriebsgezogenen Versagungsgrund (Nr. 2) sowie einen um verschiedene Regelbeispiele ergänzten Auffangtatbestand, der eine zu befürchtende unzumutbare Belästigung der Allgemeinheit, der Nachbarn oder einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung verhindern soll (Nr. 3).<sup>29</sup>

#### 2. Föderalismusreform I, GlüStV 2008 und GlüStV 2012

Die Gesetzgebungskompetenz für das Spielhallenrecht wurde durch die Föderalismusreform I im Jahr 2006 vom Bund auf die Bundesländer übertragen. Regelungstechnisch wurde dies durch eine Herausnahme des Rechts der Spielhallen aus der konkurrierenden Bundeskompetenz für das Recht der Wirtschaft (Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG) umgesetzt. Die Frage nach der Reichweite des Kompetenztitels „Recht der Spielhallen“ ist zwischenzeitlich höchstrichterlich geklärt. Das BVerfG subsumiert hierunter alle gewerberechtlichen Anforderungen an den Betrieb und die Zulassung von Spielhallen und hat damit einer auf den Regelungsbereich von § 33i GewO beschränkten,

<sup>25</sup> Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Nds. LT-Drs. 16/4795 v. 22.5.2012, S. 91.

<sup>26</sup> Ärzteblatt v. 30.3.2017, im Internet abrufbar unter [www.aerzteblatt.de/nachrichten/73889/Kommunen-muessen-Aufsichtspflicht-bei-Gluecksspielen-wahrnehmen](http://www.aerzteblatt.de/nachrichten/73889/Kommunen-muessen-Aufsichtspflicht-bei-Gluecksspielen-wahrnehmen) (zuletzt aufgerufen am 14.2.2018).

<sup>27</sup> *Peren* ZfWG Sonderbeilage 4/2017, S. 1 ff.

<sup>28</sup> In der Fassung der Bekanntmachung v. 27.1.2006, BGBl I 280, zuletzt geändert durch Art. 4 Abs. 61 des G. v. 18.7.2016, BGBl. I 1666.

<sup>29</sup> Hierzu näher *Reeckmann* in: Pielow (Hrsg.), GewO, 2. Aufl. 2016, § 33i Rn. 32 ff.



normativ-rezeptiven Lesart eine klare und überzeugende Absage erteilt.<sup>30</sup> Das in der SpielV normierte „Recht der Spielgeräte“, das sich produktbezogen mit der Gestaltung, Zulassung, Aufstellung und Überprüfung von Spielgeräten befasst, ist danach als Regelungsmaterie ohne regionalen Bezug auch weiterhin der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zuzuordnen.<sup>31</sup>

Während sich der GlüStV 2008<sup>32</sup> noch jeglicher Regelung über Spielhallen enthielt, sahen sich die Bundesländer aufgrund der EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen *Carmen Media*<sup>33</sup> sowie *Markus Stoß u.a.*<sup>34</sup> veranlasst, auf die vom EuGH festgestellten Kohärenzdefizite mit einem Änderungsstaatsvertrag zu reagieren. Ein weiterer Erwägungsgrund für eine Aufnahme der Spielhallen in die glücksspielstaatvertragliche Regulierung war die Tatsache, dass die Zahl der Spielhallen in den Jahren zuvor rasant zugenommen hatte. Allein in Bayern nahm die Zahl der Geldspielgeräte zwischen 2008 und 2011 fast um das Doppelte zu und stieg von 10.605 auf 20.686 Geräte. Bundesweit konnte zudem eine starke Zunahme der Mehrfachspielhallen beobachtet werden.<sup>35</sup>

Am 1.7.2012 trat der Erste Glücksspieländerungsstaatsvertrag in Kraft (GlüStV 2012)<sup>36</sup>, der einen eigenen Abschnitt über Spielhallen enthält (§§ 24 bis 26 GlüStV). Nach § 24 Abs. 1 GlüStV bedürfen die Errichtung und der Betrieb einer Spielhalle einer Erlaubnis nach dem Glücksspielstaatsvertrag. Laufen Errichtung und Betrieb einer Spielhalle den in § 1 GlüStV verankerten Zielen entgegen, ist die Erlaubnis zu versagen. § 1 GlüStV ist zutreffend als „zentrale Leitnorm im System des GlüStV“ bezeichnet worden.<sup>37</sup> Die Vorschrift beinhaltet einen abschließenden numerus clausus von fünf gleichrangigen Vertragszielen, deren Nr. 1 bis 4 in identischer oder ähnlicher Form schon in § 1 GlüStV 2008 zu finden waren und deren Nr. 5 aus der Sportwetten-Entscheidung des BVerfG<sup>38</sup> übernommen werden konnte: Suchtprävention (Nr. 1), Kanalisierungsauftrag (Nr. 2), Jugend- und Spielerschutz (Nr. 3), Kriminalitätsprävention (Nr. 4) sowie Schutz der Integrität des sportlichen Wettbewerbs (Nr. 5).<sup>39</sup>

<sup>30</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1114).

<sup>31</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791 (794); s. hierzu auch *Krainbring ZfWG* 2017, 457 (458).

<sup>32</sup> Nds. GVBl. 2007, 768.

<sup>33</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2010, C-46/08, ECLI:EU:C:2010:505 = NVwZ 2010, 1422 – *Carmen Media*.

<sup>34</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2010, C-316/07, ECLI:EU:C:2010:504 = NVwZ 2010, 1409 – *Markus Stoß*.

<sup>35</sup> BVerfG NVwZ 2011, 1111, zitiert nach juris Rn. 21.

<sup>36</sup> Nds. GVBl. 2012, 190.

<sup>37</sup> *Dietlein/Hüsken*, in: ders./Hecker/Ruttig, Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 1 Rn. 1.

<sup>38</sup> BVerfG NJW 2006, 1261 (1263).

<sup>39</sup> Hierzu näher *Nolte* in: Becker/Hilf/ders./Uwer (Hrsg.), Glücksspielregulierung, 2017, § 1 Rn. 20 ff.



Das Regulierungsziel einer deutlichen Angebotsverknappung wurde durch § 25 GlüStV („Beschränkungen von Spielhallen“) umgesetzt.<sup>40</sup> Danach ist zwischen Spielhallen ein Mindestabstand einzuhalten (Mindestabstandsgebot, § 25 Abs. 1 GlüStV), dessen Konkretisierung den Ausführungsbestimmungen der Länder überlassen bleibt. Zudem ist die Erteilung einer Erlaubnis für eine Spielhalle, die in einem baulichen Verbund mit weiteren Spielhallen steht, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex untergebracht ist, ausgeschlossen (Verbot von Mehrfachkonzessionen, auch Verbundverbot oder Multikomplex-Verbot genannt). Nach § 25 Abs. 3 GlüStV haben die Bundesländer die Möglichkeit, die Anzahl der in einer Gemeinde zu erteilenden Erlaubnisse zu begrenzen.

§ 26 GlüStV regelt die Anforderungen an die Ausgestaltung und den Betrieb von Spielhallen. Danach darf von der äußeren Gestaltung einer Spielhalle keine Werbung für den Spielbetrieb ausgehen. Auch dürfen durch eine besonders auffällige Gestaltung keine zusätzlichen Anreize für den Spielbetrieb geschaffen werden. Hinsichtlich der für Spielhallen festzusetzenden Sperrzeiten haben die Länder in ihren Ausführungsbestimmungen eine Mindestsperrzeit von drei Stunden zu beachten.

In § 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV findet sich eine wichtige Übergangsregelung, die am 30. Juni 2017 abgelaufen ist. Danach galten genehmigte Bestandsspielhallen für eine Übergangszeit von fünf Jahren ab Inkrafttreten des GlüStV als mit den §§ 24 und 25 GlüStV vereinbar. Von herausragender Praxisrelevanz ist ferner die in § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV verankerte Härtefallregelung. Sie ermöglicht es den zuständigen Behörden im Ermessenswege, eine Befreiung von der Erfüllung einzelner Anforderungen des § 24 Abs. 2 GlüStV sowie von § 25 GlüStV zuzulassen, wenn dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist.<sup>41</sup>

### **3. Verhältnis von gewerberechtlicher und staatsvertraglicher Erlaubnis**

Die Bundesländer haben von ihrer Gesetzgebungskompetenz im Bereich des Spielhallenrechts (Art. 70 GG) rechtstechnisch auf unterschiedliche Weise und in unterschiedlichem Umfang Gebrauch gemacht.

---

<sup>40</sup> Hierzu ausführlich *Lackner/Pautsch WiVerw* 2016, 203 (204); Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Nds. LT-Drs. 16/4795 v. 22.5.2012, S. 20.

<sup>41</sup> Grundlegend zur Einordnung und restriktiven Lesart der Härtefallregelung *Lackner/Pautsch WiVerw* 2016, 203 ff.



a) *Bundesrecht ersetzendes Landesrecht (Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG)*

Das Bundesland Baden-Württemberg hat beispielsweise die Erlaubnisvoraussetzungen in den §§ 40 ff. Landesglücksspielgesetz (LGlüG)<sup>42</sup> abschließend und unter Ersetzung von § 33i GewO normiert. Danach bedarf der Betrieb einer Spielhalle einer Erlaubnis nach § 41 Abs. 1 LGlüG, welche die Erlaubnis nach § 33i GewO ersetzt und die Erlaubnis nach § 24 Abs. 1 GlüStV mit umfasst. Allerdings nimmt auch diese „Vollregelung“ teilweise Bezug auf die GewO, indem sie beispielsweise auf die negativen Erlaubnisvoraussetzungen von § 33c Abs. 2 und § 33d Abs. 3 GewO verweist. Für ein Ersetzen fortbestehenden Bundesrechts durch Landesrecht verlangt die Rechtsprechung mit Blick auf Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG, dass der Landesgesetzgeber die Materie in eigener Verantwortung regelt. Ausreichend ist bereits die Regelung abgrenzbarer Teilbereiche. Unschädlich ist zudem, wenn der Landesgesetzgeber ein mit dem bisherigen Bundesrecht weitgehend identisches Landesrecht erlässt.<sup>43</sup>

b) *Parallelität von gewerberechtlichem und glücksspielstaatsvertraglichem Spielhallenrecht*

Für ein äußerst schlankes, aber gleichermaßen zulässiges Regelungsmodell hat sich der niedersächsische Landesglücksspielgesetzgeber entschieden<sup>44</sup>. Das Niedersächsische Glücksspielgesetz (NGLüSpG)<sup>45</sup> enthält nur eine einzige Vorschrift, die sich mit Spielhallen befasst. § 10 Abs. 2 S. 1 NGLüSpG legt die Mindestabstände zwischen Spielhallen auf 100 Meter fest. § 10 Abs. 1 NGLüSpG beschränkt sich darauf, Zuständigkeitsfragen zu klären. So ist für Erlaubnisse nach § 24 Abs. 1 GlüStV die für Erlaubnisse nach § 33i GewO zuständige Behörde zuständig. Im Übrigen gelten der glücksspielrechtliche Erlaubnisvorbehalt (§ 24 GlüStV) sowie die weiteren spielhallenbezogenen Vorschriften des GlüStV, der als Länderstaatsvertrag im Rang eines formellen Landesgesetzes steht,<sup>46</sup> aufgrund des niedersächsischen Zustimmungsgesetzes zum GlüStV unmittelbar.<sup>47</sup> Das NGLüSpG sieht demnach keinen einheitlichen Erlaubnistatbestand für Spielhallen vor, sondern beruht auf einem Nebeneinander des als Bundesrecht fortgeltenden gewerberechtlichen Erlaubnistatbestandes des § 33i GewO einerseits und der glücksspielstaatsvertraglichen Erlaubnisregelung in § 24 Abs. 1 GlüStV andererseits. Auch dieser Regelungsansatz ist mit Art. 125a Abs. 1 S. 2 GG vereinbar, weil eine unklare und deswegen unzulässige Mischlage vermieden wird.

<sup>42</sup> GBl. 2012, 604, zuletzt geändert durch G. v. 17.3.2015, GBl. S. 163.

<sup>43</sup> VGH Mannheim ZfWG 2017, 189 (190).

<sup>44</sup> Lackner/Pautsch NordÖR 2017, 473 (479).

<sup>45</sup> Nds. GVBl. 2007, 756, zuletzt geändert durch G. v. 15.12.2016, Nds. GVBl. S. 301.

<sup>46</sup> Lackner/Pautsch NordÖR 2017, 473 (474).

<sup>47</sup> BVerwG ZfWG 2017, 394 (396).



Der GlüStV beschränkt sich gerade nicht auf kleinteilige Änderungen einzelner Wörter oder Sätze des § 33i GewO. Vielmehr wird dem gewerberechtlichen Erlaubnistatbestand ein davon vollkommen losgelöster glücksspielrechtlicher Erlaubnistatbestand an die Seite gestellt, der die Erlaubniserteilung von Abstandsgeboten, Verbundverboten und Werbebeschränkungen, d. h. gänzlich neuen Voraussetzungen abhängig macht.<sup>48</sup>

#### IV. Staatliches Regulierungsversagen im Spielhallenrecht

Die hier vertretene These, im geltenden Spielhallenrecht manifestiere sich ein – in rechtsstaatlicher Hinsicht beklagenswertes – staatliches Regulierungsversagen, soll anhand von zwei aktuellen Beispielen diskutiert werden, die erhebliche Auswirkungen auf den Zuschnitt des deutschen Spielhallenmarktes und die Existenz zahlreicher Spielhallenbetreiber haben. Das erste Beispiel betrifft die ungelöste Frage, nach welchen Kriterien die Konkurrenzsituation zwischen bestandsgeschützten Spielhallen aufzulösen ist. Das zweite Beispiel betrifft das zu intraföderaler Inkohärenz führende Auseinanderfallen von glücksspielstaatsvertraglicher Regelung und landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen zum Härtefall (§ 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV).

##### 1. Auflösung der Konkurrenzsituation bestandsgeschützter Spielhallen

Den Parteien des Glücksspielstaatsvertrages war vollkommen klar, dass die beiden neuen Regulierungsinstrumente „Mindestabstandsgebot“ und „Mehrfachkonzessionsverbot“ massive Auswirkungen auf den deutschen Spielhallenmarkt haben würden. Die Reduzierung der Spielhallendichte – *Schneider*<sup>49</sup> spricht überspitzt von der Zerschlagung eines legalen Gewerbezweigs – war erklärtes Regulierungsziel.<sup>50</sup> Im Bundesland Berlin wurden zum 31.12.2014 circa 540 Bestandsspielhallen an 385 Standorten betrieben. Damit ist bereits knapp jede dritte Spielhalle mit Blick auf das Mehrfachkonzessionsverbot nicht mehr erlaubnisfähig. Zudem verstoßen zahlreiche Bestandsspielhallen gegen das Mindestabstandsgebot. In einigen Stadtteilen bzw. Straßenzügen gebe es derart gravierende Ballungen von Spielhallenstandorten, dass bis zu 25 Spielhallen den Mindestabstand zueinander unterschritten.<sup>51</sup> Die niedersächsische Landesregierung geht beispielsweise davon aus, dass von den 1.913 Bestandsspielhallen in Niedersachsen (Stand: 2014) 654 Spielhallen wegen des Verbundverbotes und 302 Spielhallen wegen der neuen Mindestabstände nicht mehr erlaubnisfähig sind.<sup>52</sup>

<sup>48</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515 (516); BVerwG ZfWG 2017, 394 (396).

<sup>49</sup> *Schneider* NVwZ 2017, 1073 (1076).

<sup>50</sup> Erläuterungen zum Glücksspieländerungsstaatsvertrag, Nds. LT-Drs. 16/4795 v. 22.5.2012, S. 20.

<sup>51</sup> LT-Drs. 17/2714 v. 10.2.2016, S. 13.

<sup>52</sup> Nds. LT-Drs. 17/6645 v. 4.10.2016, S. 2.



Dies entspricht einer Angebotsverknappung von exakt 50 Prozent. Während der parlamentarischen Beratungen im Niedersächsischen Landtag zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung von Vorschriften über das Glücksspiel, dessen Art. 1 die Zustimmung zum Ersten Glücksspieländerungsstaatsvertrag vorsieht, stellte der Landtagsabgeordnete *Toepffer* die entscheidende Frage: „Wenn eine [Bestandsspielhalle] weichen muss, wird es eine spannende Frage, welche weichen muss“.<sup>53</sup> Welche Spielhalle muss also weichen? Der GlüStV 2012 beantwortet diese Frage nicht. Ob die Bundesländer seinerzeit den politischen Sprengstoff, das Verwaltungschaos und die Klagewelle erkannt bzw. vorhergesehen haben, die eine Nichtregelung dieser zentralen Frage mit sich bringen würde, mag dahinstehen. Jedenfalls liegt in dieser evidenten Regelungslücke ein Regulierungsversagen erster Ordnung. Aufgrund der grundrechtlichen Vorbelastung wäre für die Auflösung von Konkurrenzsituationen bestandsgeschützter Spielhallen eine gesetzliche Rechtsgrundlage verfassungsrechtlich zwingend erforderlich gewesen (a). Entgegen weitverbreiteter Ansicht stellt ein normativ verankertes Losverfahren einen zulässigen, in verwaltungsökonomischer Hinsicht sogar besonders sinnvollen Verteilungsmodus dar, um eine Auswahl zwischen Spielhallenbetreibern vorzunehmen, die rechtlich auf einer Stufe stehen (b).

*a) Neuvermessung des Spielhallenmarktes und Gesetzesvorbehalt*

In der Rechtsprechung des BVerfG ist seit langem anerkannt, dass sich der Vorbehalt des Gesetzes nicht allein auf klassische Grundrechtseingriffe beschränkt, sondern dass darüber hinaus alle für die Grundrechtsverwirklichung wesentlichen Fragen einer gesetzlichen Grundlage bedürfen.<sup>54</sup> Die Reichweite des Gesetzesvorbehaltes kann je nach Eigenart des Regelungsgegenstandes unterschiedliche Ausprägungen erfahren.<sup>55</sup> Besondere Anforderungen sind in diesem Zusammenhang an Auswahlentscheidungen zu stellen: Hier bedürfen neben den Voraussetzungen, unter denen der Zugang zu eröffnen oder zu versagen ist, auch die wesentlichen Verfahrensgrundsätze einer normativen Verankerung.<sup>56</sup> Im Übrigen erfährt der Vorbehalt des Gesetzes in Fällen besonderer Grundrechtsrelevanz eine Verstärkung durch den Bestimmtheitsgrundsatz: Je stärker also ein Regelungsadressat in seiner Grundrechtsausübung betroffen ist, desto höhere Anforderungen werden an die Bestimmtheit und den Detaillierungsgrad der Ermächtigung zu stellen sein.<sup>57</sup>

<sup>53</sup> Nds. Landtag, Stenografischer Bericht der 138. Sitzung v. 20.6.2012, S. 17908.

<sup>54</sup> BVerfGE 89, 209 (224).

<sup>55</sup> BVerfGE 98, 218 (251).

<sup>56</sup> BVerfGE 86, 28 (41).

<sup>57</sup> BVerfGE 56, 1 (13).



Das BVerfG hat in seinem Spielbankenbeschluss bereits wichtige gedankliche Vorarbeiten zu der Frage geleistet, welche Auswahlgrundsätze zu gelten hätten, wenn sich mehrere Privatunternehmen, die gleichermaßen zuverlässig und auch ansonsten als auf gleicher Stufe stehend zu betrachten sind, gleichzeitig um eine Spielbankenerlaubnis bewerben. In unmissverständlicher Klarheit stellte das BVerfG fest, dass es zur Auflösung dieser Konkurrenzsituation mit Blick auf den Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG einer gesetzlichen Grundlage bedürfe. Für den Fall, dass die abschließende Festlegung der konkreten Auswahlmaßstäbe dem Ordnungsgeber vorbehalten sein sollte, müsse die gesetzliche Ermächtigung jedenfalls deren Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend deutlich erkennen lassen.<sup>58</sup>

Diese vom BVerfG seinerzeit vertretene These, die Auflösung von Konkurrenzsituationen bedürfe – insbesondere hinsichtlich der maßgeblichen Auswahlkriterien – einer normativen Verankerung, lässt sich uneingeschränkt auf die Neuvermessung des Spielhallenmarktes durch den Glücksspieländerungsstaatsvertrag übertragen.<sup>59</sup> Im Übrigen dürfte das Ausmaß an Grundrechtsbetroffenheit bei der Auflösung der Konkurrenzsituation bestandsgeschützter Spielhallen ungleich höher sein, weil es hier der Sache nach um den Fall der Bestandsverdrängung geht, während es in der vom BVerfG im Spielbankenbeschluss skizzierten Konstellation um den Fall einer Rechtskreiserweiterung durch Zulassung zu einem staatlich kontingentierten Markt ging.<sup>60</sup>

Vor diesem Hintergrund ist die vom BVerfG im Spielhallenbeschluss vom 7. März 2017 vertretene Auffassung, das Fehlen normativer Kriterien zur Auflösung der Konkurrenzsituation verstoße nicht gegen den Grundsatz des Vorbehaltes des Gesetzes,<sup>61</sup> in der Literatur bislang überwiegend auf Kritik,<sup>62</sup> teilweise sogar auf Unverständnis gestoßen.<sup>63</sup> Aus guten Gründen ist das OVG Lüneburg dieser Rechtsauffassung mit Blick auf das niedersächsische Landesrecht ausdrücklich nicht gefolgt.<sup>64</sup> Auch die an der richtungsweisenden Spielhallenentscheidung des BVerwG<sup>65</sup> vom 16. Dezember 2016 beteiligte Richterin am Bundesverwaltungsgericht *Rublack* bezeichnete die Ausführungen des BVerfG zum Gesetzesvorbehalt mit Blick auf die hohe Grundrechtsre-

<sup>58</sup> BVerfG NVwZ 2001, 790 (795).

<sup>59</sup> *Lackner/Pautsch* WiVerw 2016, 203 (217 f.).

<sup>60</sup> Zur Notwendigkeit, zwischen Rechtskreiserweiterung und Bestandsverdrängung zu differenzieren *Jahndorf* Beiträge zum Glücksspielwesen 4/2016, 18 (19).

<sup>61</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1123).

<sup>62</sup> *Sauer* ZfWG Sonderbeilage 2/2017, 18 ff.; *Krüper* GewArch 2017, 257 ff.; *ders.* GewArch 2017, 349 ff.; *Hartmann* Beiträge zum Glücksspielwesen 4/2017, 8 (9);

<sup>63</sup> *Schneider* NVwZ 2017, 1073 ff., der von einer missglückten Fehlentscheidung spricht; s. hierzu die Replik von *Dietlein* NVwZ 2017, 1667 ff.

<sup>64</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 512 (514).

<sup>65</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791.



levanz diplomatisch zurückhaltend als „bemerkenswert“.<sup>66</sup> Das BVerfG setzt sich damit in einen eklatanten Widerspruch zu seiner eigenen Rechtsprechungspraxis und den Maßstäben, die es zum Gesetzesvorbehalt entwickelt hat. Das BVerfG stützt seine Sichtweise im Wesentlichen auf vier Argumente, die bei näherer Betrachtung nicht zu überzeugen vermögen.

Mit seinem ersten Argument versucht das BVerfG, die Eingriffsintensität durch Verweis auf die fünfjährige Übergangsfrist (§ 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV) und die Härtefallklausel (§ 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV), welche die Belastung des Eingriffs in die Berufsfreiheit in doppelter Weise abmildern würden, zu relativieren. Dies muss schon deshalb misslingen, weil das Gericht selbst unmittelbar zuvor dem Entzug der bestandskräftigen Gewerbeerlaubnis wegen des drohenden völligen oder teilweisen Verlusts der beruflichen Betätigungsmöglichkeit ein erhebliches Gewicht attestiert hatte.<sup>67</sup> Die Anforderungen für die Annahme eines Härtefalls können zudem – je nach landesgesetzlicher Ausgestaltung – extrem hoch sein. So sind die niedersächsischen Verwaltungsgerichte einer in der Literatur vertretenen Sichtweise gefolgt, wonach § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV, der in Niedersachsen mangels landesgesetzlicher Ausführungsbestimmungen unmittelbar und „nackt“ gilt, restriktiv auszulegen ist,<sup>68</sup> wie unter IV.2. noch näher auszuführen sein wird. Das OVG Lüneburg lässt hierfür eine schlichte wirtschaftliche Betroffenheit ebenso wenig ausreichen wie den Vortrag, die Ablehnung einer Befreiung führe zu einer Vernichtung der gewerblichen Existenz.<sup>69</sup>

Auch mit seinem zweiten Argument unternimmt das BVerfG den Versuch einer Relativierung: So gehe es lediglich um eine Überleitungsregelung für eine bestimmbare Anzahl von Bestandsspielhallen, nicht um die grundsätzliche und allgemeine Zuordnung unterschiedlicher Grundrechtspositionen für eine unbestimmte Vielzahl von zukünftigen Auswahlentscheidungen. Hinter dieser Sichtweise kommt eine – man muss es leider so deutlich sagen – erschreckende ökonomische Naivität zum Ausdruck, welche die Augen vor der wirtschaftlichen Realität verschließt. Mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag wird nicht weniger als eine grundlegende Neuordnung des deutschen Spielhallenmarktes vorgenommen, was die für das Bundesland Niedersachsen prognostizierte Angebotsreduzierung um 50 Prozent exemplarisch veranschaulicht. Zutreffend spricht deshalb *Krüper* von einer „Marktbereinigung“, die schon wegen der

---

<sup>66</sup> *Rublack* jM 2017, 336 (338).

<sup>67</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1123).

<sup>68</sup> *Lackner/Pautsch* WiVerw 2016, 203 ff.

<sup>69</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515 (521).



Tiefe und Breite des Grundrechtseingriffs und seiner wirtschaftlich-systemischen Wirkung dem Wesentlichkeitsvorbehalt unterfällt.<sup>70</sup>

Auch das dritte Argument des BVerfG, die wesentlichen Parameter der Auswahlentscheidung in Konkurrenzsituationen zwischen Bestandspielhallen ließen sich dem streitgegenständlichen saarländischen Spielhallengesetz in hinreichendem Maße entnehmen, erweist sich als ersichtlich unzutreffend. Es gibt im saarländischen Spielhallengesetz keine Rechtsgrundlage, die eine Definition von Auswahlkriterien zur Auflösung von Konkurrenzverhältnissen bestandsgeschützter Spielhallen vornehmen würde. Weil diese Erkenntnis natürlich auch dem BVerfG nicht verborgen bleiben konnte, behilft sich das Gericht mit einem gravierenden dogmatischen Fehlgriff: Zur Konturierung der Auswahlkriterien könnte zunächst auf die Härtefallbefreiung zurückgegriffen werden, sodass im Rahmen der Auswahlentscheidung etwa auch die Amortisation von Investitionen berücksichtigt werden könnte. In dieser unzulässigen Verknüpfung von zwei nicht zwingend miteinander in Beziehung stehenden Regelungsmaterien – Auflösung der Konkurrenzsituation und Härtefallklausel – liegt ein unzulässiger Übergriff des BVerfG in die Gesetzgebungskompetenz der Länder. Es ist allein Aufgabe des demokratisch legitimierten Landesgesetzgebers, nicht des BVerfG, Kriterien zu definieren, nach denen eine Konkurrenzsituation bestandsgeschützter Spielhallen aufzulösen ist. Ob der Gesetzgeber hierbei auf das Kriterium der Amortisation von Investitionen zurückgreifen würde, ist unklar und zudem keineswegs selbstverständlich. Nicht amortisierte Investitionen reichen für sich genommen nämlich gerade nicht aus, um einen Härtefall nach § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV zu begründen.<sup>71</sup>

Geradezu sprachlos macht das vierte vom BVerfG vorgebrachte Argument, wonach der Gesetzgeber die Bewältigung der vielgestaltigen Auswahlkonstellationen den zuständigen Behörden auch deshalb überlassen könne, da eine ausdrückliche gesetzliche Regelung nur ein geringes Mehr an Bestimmtheit und Rechtsklarheit schaffen könnte. Dem ist in zweifacher Hinsicht zu widersprechen: Erstens würde eine staatsvertragliche oder landesgesetzliche Fixierung der Auswahlkriterien sehr wohl und in erheblichem Maße für mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sorgen, weil auf ihrer Grundlage ein einheitlicher und gleichmäßiger Gesetzesvollzug sichergestellt werden könnte. Zweitens geht es bei der Lehre vom Gesetzesvorbehalt in erster Linie darum, dass der Gesetzgeber seiner verfassungsrechtlichen Zuständigkeit gerecht wird, der

<sup>70</sup> Krüper GewArch 2017, 257 (262).

<sup>71</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515 (523); VG Lüneburg, Urt. v. 10.5.2017 – Az. 5 A 104/16, BeckRS 2017, 113741, Rn. 39.



Verwaltung eine demokratisch legitimierte Rechtsgrundlage für den Verwaltungsvollzug zur Verfügung zu stellen.<sup>72</sup>

Dem BVerfG ist allein darin beizupflichten, dass aufgrund der grundrechtlichen Vorbelastung auch ohne ausdrückliche gesetzgeberische Vorgabe ein Verteilungsmechanismus erforderlich ist, der die bestmögliche Ausschöpfung der bei Beachtung der Mindestabstände verbleibenden Standortkapazität in dem relevanten Gebiet ermöglicht.<sup>73</sup>

Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Bundesländer ihrer Regulierungsverantwortung im gewaltenteiligen Rechtsstaat nur dann adäquat gerecht werden, wenn sie die maßgeblichen Auswahlkriterien und den Verteilungsmechanismus normativ vorstrukturieren.<sup>74</sup> Intelligente Regulierung zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass sie einen möglichst unbürokratischen, schnellen und zweckmäßigen Verwaltungsvollzug ermöglicht. Die Auswahlkriterien sollten deshalb möglichst so gewählt werden, dass komplexe Abwägungsentscheidungen auf der Vollzugsebene, die eine zeitintensive Sachverhaltsaufklärung erfordern und nicht selten verwaltungsgerichtliche Streitigkeiten nach sich ziehen, nach Möglichkeit vermieden werden.

b) *Das Losverfahren als sachgerechter und verwaltungsökonomisch sinnvoller Verteilungsmodus*

aa) Das Hessische Wägungsschema

Auf der Grundlage verbindlicher Ausführungsbestimmungen zu § 2 Abs. 2 Hessisches Spielhallengesetz (SpielhG HE)<sup>75</sup> hat das Bundesland Hessen mit dem „Wägungsschema“ ein kriteriengestütztes Regulierungsmodell entwickelt.<sup>76</sup> Dieses sieht vor, die Auswahlentscheidung anhand festgelegter Auswahlkriterien zu treffen, die vom Gemeindevorstand für das Gemeindegebiet beschlossen werden. Nach diesem Wägungsschema müssen alle Bestandsspielhallen bewertet werden. Werden Spielhallen nach Durchführung des Auswahlverfahrens mit gleicher Punktzahl bewertet, entscheidet das Los. Das Wägungsschema beinhaltet neben den Auswahlkriterien auch deren relative Gewichtung, die durch Festlegung eines Prozentsatzes erfolgt. Die Höchstpunktzahl für jedes Kriterium liegt bei 10 Punkten. Für bestimmte Kriterien ist eine zu erreichende Mindestpunktzahl festzulegen. Folgende drei Auswahlkriterien müssen im Wä-

<sup>72</sup> So auch *Sauter ZfWG Sonderbeilage 2/2017*, 18 (20).

<sup>73</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1124).

<sup>74</sup> *Lackner/Pautsch NordÖR 2017*, 473 (477).

<sup>75</sup> GVBl. 2012, 213, zuletzt geändert durch G. v. 18.12.2017, GVBl. S. 481.

<sup>76</sup> Die Ausführungsbestimmungen sind im Internet abrufbar unter [www.hsgb.de/ordnungsrecht/spielhallenrecht-1472027757/2016/08/24](http://www.hsgb.de/ordnungsrecht/spielhallenrecht-1472027757/2016/08/24) (zuletzt aufgerufen am 14.2.2018).



gungsschema enthalten sein: die Qualität der Betriebsführung (vorgeschlagene Gewichtung: 70 Prozent), die anhand der Anzahl der Ordnungswidrigkeiten- und Jugendschutzverfahren sowie der ordnungsgemäßen Entrichtung von Steuern beurteilt werden kann, der Abstand zu Jugendeinrichtungen (vorgeschlagene Gewichtung: 20 Prozent) sowie das Umfeld des Spielhallenstandortes (vorgeschlagene Gewichtung: 10 Prozent). Darüber hinaus können die Gemeinden als ergänzende Kriterien das Alter des Spielhallenstandortes, die planungsrechtlichen Zielsetzungen sowie die Berücksichtigung nur eines Standortes eines Betreibers in der Kommune im Wägungsschema berücksichtigen.

Unabhängig von der Tatsache, dass auch in Hessen eine den Vorgaben des Gesetzesvorbehalts nicht Rechnung tragende Steuerung über Verwaltungsvorschriften erfolgt, ist der hessische Regulierungsansatz insbesondere mit Blick auf den Gesichtspunkt der Verwaltungspraktikabilität kritisch zu bewerten. Auf der Vollzugsebene ist das Wägungsschema mit einer erheblichen Aufklärungsarbeit verbunden. Es dürfte zudem zweifelhaft sein, ob die Auswahlentscheidungen bei den Konkurrenten auf ein hinreichendes Maß an Akzeptanz stoßen werden. Zumindest in der maßgeblichen Kategorie der Qualität der Betriebsführung wird nämlich in der Regel unter nahezu punktgleichen Konkurrenten zu entscheiden sein. Spielhallenbetreiber mit einer Häufung an OWi- oder Jugendschutzverfahren oder mit ausstehenden Steuerforderungen in relevanter Höhe dürften bereits als unzuverlässige Gewerbetreibende aus dem Markt ausgeschieden bzw. auszuscheiden sein. Mit dem Wägungsschema wird also im Ergebnis in erster Linie eine Scheinobjektivität zu erzielen sein. Positiv hervorzuheben ist allerdings, dass die vom BVerfG vorgenommene unzulässige Verknüpfung zwischen Auflösung der Konkurrenzsituation einerseits und Härtefall andererseits nicht nachvollzogen wird. Müssten die Vollzugsbehörden sich bei der Auswahlentscheidung jeweils mit dem Ausmaß an wirtschaftlicher Betroffenheit von Spielhallenbetreibern befassen, würde das die zur Verfügung stehenden personellen Ressourcen in massiver Weise überstrapazieren und die Verfahren erheblich verzögern.

#### bb) Das Berliner Modell

Mit dem Gesetz zur Umsetzung des Mindestabstandes nach dem Spielhallengesetz Berlin für Bestandsunternehmen (Mindestabstandsumsetzungsgesetz Berlin – MindAbstUmsG Bln)<sup>77</sup> hat sich das Bundesland Berlin für ein innovatives und besonders vollzugstaugliches Regulierungsmodell entschieden. Mit dem MindAbstUmsG verfolgt der Landesgesetzgeber das Ziel, die Problematik konkurrierender Bestands-

<sup>77</sup> GVBl. 2016, 117.



spielhallen mit den vorhandenen sachlichen und personellen Ressourcen zeitgleich, rechtssicher und rechtzeitig zu lösen.<sup>78</sup> Die maßgebliche Vorschrift des MindAbstUmsG hat folgenden Wortlaut:

§ 7 Konkurrierende Standorte

(1) Unterschreiten Standorte von Bestandsunternehmen nach dem Ergebnis der Messung gemäß § 6 Absatz 1 und 2 den Mindestabstand nach § 2 Absatz 1 Satz 3 des Spielhallengesetzes Berlin zueinander (konkurrierende Standorte), so wird die Auswahl zwischen diesen Standorten wie folgt getroffen:

1. Kann im Hinblick auf die Einhaltung des Mindestabstands lediglich an einem Standort eine Erlaubnis für ein Bestandsunternehmen erteilt werden, so entscheidet zwischen den Standorten das Los.

2. Können im Hinblick auf die Einhaltung des Mindestabstands an mindestens zwei oder mehr Standorten Erlaubnisse für Bestandsunternehmen erteilt werden, so ist die Auswahl zwischen den Standorten so zu treffen, dass die Standortkapazität im Hinblick auf den Mindestabstand ausgeschöpft wird. Wird die Standortkapazität in mehreren Kombinationen von Standorten erreicht, so entscheidet zwischen diesen Kombinationen das Los.

(2) Die Erlaubnisbehörden ermitteln die konkurrierenden Standorte nach Absatz 1 Nummer 1 und 2 sowie die Standortkapazität und möglichen Kombinationen von Standorten nach Absatz 1 Nummer 2 Satz 1 mit Hilfe des Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg auf Grundlage der nach § 6 Absatz 2 ermittelten Abstände zwischen den Standorten. Das Amt für Statistik Berlin-Brandenburg bedient sich hierfür einer von einer wissenschaftlichen Einrichtung zu diesem Zwecke bereitgestellten Software.

Das BVerwG ist der Kritik, der Zufall werde zum Rechtsprinzip erhoben, wenn der Losentscheid zum maßgeblichen Auswahlkriterium bestimmt werde,<sup>79</sup> mit der überzeugenden Begründung entgegengetreten, dass nur solche Spielhallen in das Auswahlverfahren nach dem MindAbstUmsG einbezogen würden, die hinsichtlich der für die Eindämmung der Suchtgefahr relevanten inhaltlichen Kriterien rechtlich auf einer Stufe stehen.<sup>80</sup> Das Losverfahren ist also in Berlin gerade nicht das alleinige Auswahlkriterium. Vielmehr nehmen am Sonderverfahren nur diejenigen Spielhallen teil, die eine optimale Ausschöpfung der Standortkapazität ermöglichen („Gebietsformel“) und

<sup>78</sup> LT-Drs. 17/2714 v. 10.2.2016, S. 14.

<sup>79</sup> *Jarass NVwZ* 2017, 273 (280); *Shirvani ZfWG* 2017, 95 (101); zugespitzt *Jahndorf*, Beiträge zum Glücksspielwesen 4/2016, 18, der das Losverfahren als einen Fall „objektiver Willkür“ ansieht.

<sup>80</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791 (799).



welche die qualifizierten Voraussetzungen nach § 2 Abs. 3 des Gesetzes zur Regelung des Rechts der Spielhallen im Land Berlin (Spielhallengesetz Berlin – SpielhG Bln)<sup>81</sup> einhalten. Hierzu gehört insbesondere die für die Aufstellung von Spielgeräten erforderliche Zuverlässigkeit sowie das Vorhandensein geeigneter Räume. Der Betrieb der Spielhalle darf ferner eine Gefährdung der Jugend, eine übermäßige Ausnutzung des Spieltriebs, schädliche Umwelteinwirkungen im Sinne des BImSchG oder sonst unzumutbare Belästigungen der Allgemeinheit, der Nachbarn oder einer im öffentlichen Interesse bestehenden Einrichtung nicht befürchten lassen. Darüber hinaus muss der Sachkundenachweis im Sinne von § 2 Abs. 3 Nr. 4 SpielhG Bln sowie ein Sozialkonzept vorliegen wie den sozialschädlichen Auswirkungen des Glücksspiels vorgebeugt wird und wie diese behoben werden sollen.

cc) Weiter Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers bei der Kriterienauswahl

Bei der Bestimmung der für die Auswahl maßgeblichen Kriterien kommt dem Gesetzgeber ein sehr weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu.<sup>82</sup> Auswahlkriterien, denen allenfalls eine begrenzte Aussagekraft zukommt, darf der Gesetzgeber unberücksichtigt lassen. Zudem dürfen bei der Kriterienauswahl verwaltungsökonomische Aspekte, insbesondere die Ermöglichung eines effizienten Verwaltungsvollzugs, berücksichtigt werden.<sup>83</sup> Das BVerwG hielt den Landesgesetzgeber vor diesem Hintergrund nicht für verpflichtet, im MindAbstUmsG weitere dem Losverfahren vorangehende Auswahlkriterien zu verankern. Insbesondere war der Gesetzgeber nicht gehalten, das Kriterium der Anzahl der in einer Spielhalle aufgestellten Spielgeräte aufzugreifen. Dies folge bereits daraus, dass die gesetzlich zugelassene Höchstzahl stets ausgeschöpft werden dürfe.<sup>84</sup> Auch eine Auswahl nach der Betriebsdauer der jeweiligen Spielhalle (Kriterium der Anciennität) habe sich dem Gesetzgeber ebenso wenig aufdrängen müssen wie eine bevorzugte Auswahl zertifizierter Bestandspielhallen – hierfür fehle es bereits an einem erforderlichen staatlich anerkannten Zertifizierungsverfahren.<sup>85</sup>

dd) Vorzüge eines gesetzlich normierten Losverfahrens

Das Losverfahren ist ein in unterschiedlichsten Bereichen der Rechtsordnung zum Einsatz kommendes, rechtlich zulässiges Verteilungsinstrument,<sup>86</sup> das schon an sich

<sup>81</sup> GVBl. 2011, 223, zuletzt geändert durch G. v. 22.3.2016, GVBl. S. 117.

<sup>82</sup> BVerfG NJW 2018, 361 (374); OVG Lüneburg ZfWG 2017, 512 (514).

<sup>83</sup> VG Osnabrück, Urt. v. 17.5.2017 – Az. 1 A 294/16, BeckRS 2017, 112297, Rn. 30.

<sup>84</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791 (799).

<sup>85</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791 (799).

<sup>86</sup> Für einen Überblick s. *Lackner/Pautsch* NordÖR 2017, 473 (475 f.).



ob seiner Objektivität überzeugt.<sup>87</sup> Auch das BVerfG sah in seiner aktuellen Entscheidung zur Vergabe von Medizinstudienplätzen keinerlei Anlass, verfassungsrechtliche Zweifel an dem in § 32 Abs. 4 Hochschulrahmengesetz verankerten Losverfahren zu äußern.<sup>88</sup>

Der Rückgriff auf das Losverfahren als maßgebliches Auswahlkriterium unter Spielhallen, die rechtlich auf gleicher Stufe stehen, ist nicht nur aus verwaltungsökonomischer Sicht zu begrüßen, können Auswahlentscheidungen doch schnell und rechtssicher getroffen werden.<sup>89</sup> Auch das Argument der Akzeptanzsicherung spricht für den Einsatz des Losverfahrens. Unterlegene Spielhallenbetreiber werden den Losentscheid als Instrument der objektiven Entscheidungsfindung im Zweifel eher akzeptieren können als einen als ungerecht empfundenen automatischen Vorrang der länger bestehenden Spielhalle. Für ein solches Anciennitätsprinzip haben sich die Bundesländer Brandenburg,<sup>90</sup> Hamburg<sup>91</sup> und Rheinland-Pfalz<sup>92</sup> entschieden, auch wenn man unter Hinweis auf noch nicht amortisierte Investitionen sicher auch einen umgekehrten Vorrang der jüngeren Spielhalle ebenso gut hätte begründen können.<sup>93</sup> Grundrechtliche Bedenken stehen einem Rückgriff auf den Losentscheid nicht entgegen, weil dem Grundrechtsschutz durch die fünfjährige Übergangsfrist (§ 29 Abs. 4 S. 2 GlüStV) und die Härtefallregelung (§ 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV) angemessen und abschließend Rechnung getragen wurde.<sup>94</sup> Im Übrigen wird gerne übersehen, dass dem Losverfahren als einer eigenen Kategorie materialer Gerechtigkeit ein materieller Kern innewohnt, der eine objektive Entscheidungsfindung in Fällen ermöglicht, in denen subjektive Kriterien nicht bestehen oder diese wegen mangelnder Eignung als Anknüpfungspunkt ausscheiden müssen.<sup>95</sup>

Das Land Niedersachsen hat angekündigt, sich diesem vom BVerwG ausdrücklich gebilligten und damit als rechtssicher zu bezeichnenden „Berliner-Modell“<sup>96</sup> – Losverfahren bezüglich derjenigen Spielhallen, die rechtlich auf einer Stufe stehen, bei Aus-

<sup>87</sup> Lackner/Pautsch WiVerw 2016, 203 (218).

<sup>88</sup> BVerfG NJW 2018, 361 (378).

<sup>89</sup> Lackner/Pautsch NordÖR 2017, 473 (480).

<sup>90</sup> § 7 Abs. 1 Brandenburgisches Spielhallengesetz, GVBl. I 2013, Nr. 10.

<sup>91</sup> § 9 Abs. 4 Hamburgisches Spielhallengesetz, HmbGVBl. 2012, 505, zuletzt geändert durch G. v. 20.7.2016, HmbGVBl. S. 323.

<sup>92</sup> § 11a Landesglücksspielgesetz Rheinland-Pfalz, GVBl. 2012, 166, zuletzt geändert durch G. v. 18.12.2017, GVBl. S. 333.

<sup>93</sup> Kritisch zum alleinigen Auswahlkriterium der zeitlichen Dauer der Genehmigung Sauer ZfWG Sonderbeilage 2/2017, 18 (21 f.).

<sup>94</sup> Lackner/Pautsch NordÖR 2017, 473 (476).

<sup>95</sup> Lackner/Pautsch NordÖR 2017, 473 (477).

<sup>96</sup> Die verfassungsgerichtliche Klärung durch das BVerfG steht noch aus, nachdem es in seiner Entscheidung vom 7.3.2017 das Verfahren u.a. insoweit abgetrennt hat, soweit es den Antrag auf Erstreckung der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 1630/12 auf das MindAbstUmsG Bln zu Gegenstand hat.



schöpfung der Standortkapazität – anzuschließen und dafür eine entsprechende parlamentsgesetzliche Grundlage zu schaffen.<sup>97</sup>

## **2. Landesgesetzliche Ausgestaltung des in § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV verankerten Härtefalltatbestandes**

Ein Regulierungsfehler zieht nicht selten den nächsten nach sich. Dieses Phänomen des „Weiterfresserschadens“ lässt sich sehr schön am Beispiel der Spielhallenregulierung studieren. Begünstigt werden solche regulatorischen Fehlentwicklungen dadurch, dass sich die Spielhallenregulierung in einem hochpolitischen Umfeld bewegt. Nicht nur weiß die Branche ihre Interessen durch geschickte Lobbyarbeit hochprofessionell zu artikulieren. Auch die Kommunen haben den mit dem Glücksspieländerungsstaatsvertrag deutlich verschärften Regulierungsansatz der Spielhallen mit Blick auf drohende Ausfälle bei der Vergnügungssteuer, teilweise gegenläufige Interessen im Bereich der kommunalen Wirtschaftsförderung sowie einen sich abzeichnenden erheblichen Verwaltungsmehraufwand über ihre Spitzenverbände aufmerksam verfolgt und kritisch begleitet. In dieser von unterschiedlichsten Interessenlagen geprägten komplexen Gemengelage ist die konsequente und widerspruchsfreie Umsetzung einer am Gebot der Suchtprävention ausgerichteten Regulierungsstrategie eine echte politische Herausforderung.

Die unter IV.1. beschriebene Regulierungslücke – der GlüStV stellt keinen kriterien-gestützten Mechanismus zur Auflösung von Konkurrenzsituationen bestandsgeschützter Spielhallen bereit – hat sich als offene Flanke erwiesen. Unter Durchbrechung der Regulierungslogik des GlüStV (a) wurde auf die in § 25 GlüStV verankerten strengen Regulierungsinstrumente (Mindestabstände und Verbundverbote) in einigen Bundesländern mit einer extrem großzügigen Härtefallpraxis reagiert. Dieses Ausscheren einzelner Bundesländer verstößt gegen das intraföderale Kohärenzgebot (b).<sup>98</sup>

### *a) Der Härtefall aus Ausnahmefall*

Das Bundesland Niedersachsen ist mangels konkretisierender landesgesetzlicher Ausführungsbestimmungen in besonderer Weise geeignet, den unverfälschten Bedeutungsgehalt der in § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV verankerten Härtefallklausel zu ermitteln. Die niedersächsischen Verwaltungsgerichte haben sich unisono für eine restriktive

<sup>97</sup> Zweite modifizierte Weisung des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr v. 8.9.2017, Az. 21-32032/1000/Übergangsfrist § 29 IV GlüStV, S. 3.

<sup>98</sup> Pautsch, Kohärente Rechtsetzung und Verwaltungsvollzug im Bundesstaat? – Zur (gescheiterten) Regulierung des Spielhallenrechts durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV), in: Niedostadek (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Verwaltungspraxis, 2017, S. 270 (278 ff.).



Interpretation der Härtefallklausel ausgesprochen.<sup>99</sup> Dem hat sich das OVG Lüneburg uneingeschränkt angeschlossen.<sup>100</sup> In der Literatur wird eine „harte Linie“ allerdings überwiegend kritisch betrachtet.<sup>101</sup>

Nach dieser gefestigten Rechtsprechung handelt es sich beim Begriff der unbilligen Härte im Sinne von § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV um einen unbestimmten Rechtsbegriff, dessen Reichweite durch Auslegung zu ermitteln ist und der der uneingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle unterliegt. Als klassischer Ausnahmetatbestand ist § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV eng auszulegen und auf atypische, die Grenze der Zumutbarkeit ersichtlich überschreitende Belastungen zu beschränken.<sup>102</sup> Mit einer schlichten wirtschaftlichen Betroffenheit kann ein Härtefall demnach nicht begründet werden. Wirtschaftliche Nachteile – insbesondere die Schließung von Spielhallenstandorten – sind nämlich gerade als typische Folgen eines von den Staatsvertragsparteien bezweckten Dekonzentrationsprozesses im Spielhallensektor anzusehen.<sup>103</sup> Der Härtefall setzt deshalb eine erheblich gesteigerte Betroffenheit, d. h. besondere persönliche und wirtschaftliche Umstände voraus, deren unmittelbare Folge die – durch wirtschaftliches Alternativverhalten und notwendige Umstrukturierungsmaßnahmen nicht abwendbare<sup>104</sup> – Betriebsaufgabe ist.<sup>105</sup> Maßgeblich für die Frage, ob ein Härtefall vorliegen könnte, ist eine – standortübergreifende – Gesamtbetrachtung, die auch die Konzern- und Unternehmensstrukturen mitberücksichtigt. Insbesondere größeren Spielhallenkonzernen dürfte eine Anpassung an die neue Rechtslage durch entsprechende Schrumpfungsprozesse ohne weiteres möglich sein. Die konsequente Linie des OVG Lüneburg zu den von Spielhallenbetreibern regelmäßig vorgetragenen Argumenten, mit denen ein Härtefall zu konstruieren versucht wird, kann – leicht verkürzt – folgendermaßen zusammengefasst werden: Langfristige Mietverträge können (fristlos) gekündigt werden, Standorte können ggf. verlagert werden, Mitarbeiter können entlassen werden, Automaten können veräußert oder anderweitig genutzt werden, Investitio-

<sup>99</sup> VG Lüneburg, Urt. v. 10.5.2017 – Az. 5 A 104/16, BeckRS 2017, 113741; VG Oldenburg, Urt. v. 16.5.2017 – Az. 7 A 24/17 u.a., BeckRS 2017, 110650; VG Hannover, Beschl. v. 3.7.2017 – Az. 11 B 5551/17; VG Göttingen, Urt. v. 23.8.2017 – Az. 1 A 225/17, BeckRS 2017, 125932; VG Osnabrück, Beschl. v. 6.9.2017 – Az. 1 B 81/17.

<sup>100</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515; OVG Lüneburg ZfWG 2017, 527; OVG Lüneburg ZfWG 2017, 534.

<sup>101</sup> Für ein restriktives Normverständnis von § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV grundlegend *Lackner/Pautsch* WiVerw 2016, 203 ff.; kritisch *Oebbecke/Lenz* NdsVBl. 2017, 33; *Shirvani* ZfWG 2017, 95 (100); *Schneider* WiVerw 2014, 165 (181 f.); *ders.* GewArch 2011, 457; *Ehlers/Pieroth* GewArch 2013, 457.

<sup>102</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515 (521).

<sup>103</sup> VG Lüneburg, Urt. v. 10.5.2017 – Az. 5 A 104/16, BeckRS 2017, 113741, Rn. 36.

<sup>104</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515 (523).

<sup>105</sup> BVerwG NVwZ 2017, 791 (800 f.) bezüglich § 9 MindAbstUmsG.



nen müssen notfalls abgeschrieben werden. All dies begründet für sich genommen also keinen Härtefall.<sup>106</sup>

Im Übrigen sind die Anforderungen an die Darlegungs- und Substantiierungslast der Spielhallenbetreiber extrem hoch. Zunächst sind also nicht die Verwaltungsgerichte im Wege der Amtsaufklärung nach § 86 VwGO gefordert. Vielmehr müssen die Spielhallenbetreiber hinreichend substantiiert darlegen, welche konkreten Umstrukturierungsmaßnahmen sie in der Vergangenheit unternommen habe, um einen Härtefall abzuwenden. Hierzu gehören insbesondere Angaben zu Kündigungsbemühungen von langfristigen Verträgen und Arbeitsverträgen, zur Umnutzung des für die Spielhalle genutzten gewerblichen Grundstücks sowie zur Verlagerung der Spielhalle an einen Alternativstandort.<sup>107</sup>

Mit Blick auf die Besonderheiten des Glücksspielsektors ist ein restriktives Normverständnis im Übrigen auch verfassungsrechtlich geboten.<sup>108</sup> Die Veranstaltung öffentlicher Glücksspiele ist angesichts der von ihnen ausgehenden Suchtgefahren eine an sich sozial unerwünschte Tätigkeit.<sup>109</sup> Der Glücksspielsektor muss sich deshalb strengere Beschränkungen und intensivere Eingriffe gefallen lassen, als dies bei anderen Wirtschaftsakteuren der Fall ist.<sup>110</sup> Der GlüStV hat auf die wirtschaftlichen Interessen der Spielhallenbetreiber mit einer fünfjährigen und damit außerordentlich lang bemessenen Übergangsfrist<sup>111</sup> Rücksicht genommen. Von einem schützenswerten Vertrauen in den Bestand der Rechtslage konnte schon seit dem Sportwettenuurteil des BVerfG aus dem Jahr 2006 nicht mehr die Rede sein,<sup>112</sup> in welchem das Gericht dem Spiel an Geldspielgeräten das höchste Suchtpotenzial aller Glücksspielformen attestiert und damit der Sache nach auf bestehende Regulierungsdefizite hingewiesen hatte.<sup>113</sup> Im Ergebnis scheint das BVerfG in seinem Spielhallenbeschluss vom 7. März 2017 davon auszugehen, dass angesichts einer fünfjährigen Übergangsregelung und eines massiv herabgesetzten Vertrauensschutzes eine Härtefallregelung von Verfassungs wegen nicht erforderlich gewesen wäre.<sup>114</sup>

<sup>106</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 515; OVG Lüneburg ZfWG 2017, 527; OVG Lüneburg ZfWG 2017, 534.

<sup>107</sup> OVG Lüneburg ZfWG 2017, 527 (531).

<sup>108</sup> Lackner/Pautsch WiVerw 2016, 203 (205 ff.).

<sup>109</sup> BVerfG NVwZ 2001, 790 (793).

<sup>110</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1124).

<sup>111</sup> Von einer zu lang bemessenen Übergangsfrist spricht Pagenkopf in: Dietlein/Hecker/Ruttig (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, § 29 Rn. 16.

<sup>112</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1124).

<sup>113</sup> BVerfG NJW 2006, 1261 (1263).

<sup>114</sup> BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1125), Rn. 195 („Dennoch“).



b) *Landesgesetzliche Aufweichungstendenzen – der Härtefall als Regelfall?*

Bereits die Tatsache, dass § 29 Abs. 4 S. 5 GlüStV einen unkonditionierten Regelungsvorbehalt zugunsten landesgesetzlicher Ausführungsbestimmungen vorsieht, ist als ein schwerwiegender Mangel des staatsvertraglichen Regulierungsrahmens zu bewerten, der die Keimzelle intraföderaler Inkohärenz in sich trägt. Durch Öffnen dieser Hintertür nimmt der GlüStV nämlich ein seinen Zielsetzungen zuwiderlaufendes Ausscheren einzelner Bundesländer von einer kohärenten Härtefallpraxis billigend in Kauf. Es war wenig überraschend, dass sich die Gefahr einer Aushöhlung der nach § 29 Abs. 4 S. 4 GlüStV gebotenen restriktiven Härtefallauslegung durch eine gegenläufige Ländergesetzgebung mit extensiver Härtefallauslegung tatsächlich realisiert hat, wie die nachfolgende Auswahl landesgesetzlicher Ausführungsbestimmungen zum Härtefall illustriert.<sup>115</sup>

- In *Baden-Württemberg* sieht § 51 Abs. 5 S. 4 Landesglücksspielgesetz (LGlüG)<sup>116</sup> folgende Regelung vor: „Anhaltspunkte für das Vorliegen einer unbilligen Härte sind insbesondere dann gegeben, wenn eine Anpassung des Betriebs an die gesetzlichen Anforderungen aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist und Investitionen, die im Vertrauen auf den Bestand der nach Maßgabe des bisher geltenden Rechts erteilten Erlaubnis getätigt wurden, nicht abgeschrieben werden konnten.“
- In *Bremen* sieht § 11 Abs. 4 Bremisches Spielhallengesetz (BremSpielhG)<sup>117</sup> folgende Regelung vor: „In begründeten Einzelfällen kann [...] der Antragsteller [...] von den Voraussetzungen des § 2 Absatz 2 Nummer 4 und 5 befreit werden, wenn [...] der Betreiber auf den Bestand der ursprünglichen Erlaubnis vertraut hat und dieses Vertrauen unter Abwägung mit dem öffentlichen Interesse und der Ziele des Glücksspielstaatsvertrags schutzwürdig ist. Das Vertrauen ist in der Regel schutzwürdig, wenn [...] der Erlaubnisinhaber eine Vermögensdisposition getroffen hat, die [...] er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.“
- In *Hamburg* sieht § 9 Abs. 1 S. 5 Hamburgisches Spielhallengesetz (HmbSpielhG)<sup>118</sup> folgende Regelung vor: „Eine unbillige Härte kann insbeson-

<sup>115</sup> Lackner/Pautsch WiVerw 2016, 203 (213 f.).

<sup>116</sup> GBl. 2012, 604, zuletzt geändert durch G. v. 17.3.2015, GBl. S. 163.

<sup>117</sup> Brem. GBl. 2011, 327, zuletzt geändert durch G. v. 14.3.2017, Brem. GBl. S. 121.

<sup>118</sup> HmbGVBl. 2012, 505, zuletzt geändert durch G. v. 20.7.2016, HmbGVBl. S. 323.



dere dann vorliegen, wenn eine Anpassung des Betriebs an die Anforderungen dieses Gesetzes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen nicht möglich oder die mit einer wirtschaftlichen Betriebsführung nicht vereinbar ist.“

- In *Mecklenburg-Vorpommern* kommt eine Befreiung gemäß § 11b Abs. 1 Nr. 2 Glücksspielstaatsvertragsausführungsgesetz (GlüStVAG M-V)<sup>119</sup> u.a. dann in Betracht, wenn der Erlaubnisinhaber auf den Bestand der ursprünglichen Erlaubnis vertrauen durfte und dieses Vertrauen unter Abwägung öffentlicher Interessen und der Ziele des Glücksspielstaatsvertrages schutzwürdig ist. Für Spielhallen in baulichem Verbund mit einer oder mehreren weiteren Spielhallen, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex (Mehrfachkonzessionen) ist das Vertrauen nach § 11b Abs. 2 GlüStVAG M-V in der Regel nur dann schutzwürdig, wenn der Erlaubnisinhaber im Vertrauen auf diese Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.
- In *Rheinland-Pfalz* sieht § 11a Abs. 4 Landesglücksspielgesetz (LGlüG)<sup>120</sup> folgende Regelung vor: „Eine Befreiung im Sinne des § 29 Abs. 4 Satz 4 GlüStV von den Vorgaben des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 soll zugelassen werden, wenn dies aus Gründen des Vertrauens- und Bestandsschutzes erforderlich ist“. Aus der Gesetzesbegründung ergibt sich sehr deutlich, dass bereits die schlichte Konkurrenzsituation bislang bestandsgeschützter Spielhallen als solche als Härtefall zu behandeln ist.<sup>121</sup>
- Im *Saarland* kann in begründeten Einzelfällen eine Befreiung gem. § 12 Abs. 2 Saarländisches Spielhallengesetz (SSpielhG)<sup>122</sup> von dem Abstandsgebot für einen angemessenen Zeitraum u.a. dann erteilt werden, wenn der Erlaubnisinhaber auf den Bestand der ursprünglichen Erlaubnis vertrauen durfte und dieses Vertrauen unter Abwägung öffentlicher Interessen und der Ziele des § 1 Abs. 1 SSpielhG schutzwürdig ist und dies zur Vermeidung unbilliger Härten erforderlich ist. Mit Blick auf Spielhallen in baulichem Verbund mit einer oder mehreren weiteren Spielhallen, insbesondere in einem gemeinsamen Gebäude oder Gebäudekomplex (Mehrfachkonzession), ist das Vertrauen in der Regel nur dann schutzwürdig ist, wenn eine unbefristete Erlaubnis nach § 33i GewO vor dem 28. Oktober 2011 erteilt und in Anspruch genommen wurde und der Er-

<sup>119</sup> GVOBl. M-V 2007, 386, zuletzt geändert durch G. v. 13.12.2013, GVOBl. M-V S. 690.

<sup>120</sup> GVBl. 2012, 166, zuletzt geändert durch G. v. 18.12.2017, GVBl. S. 333.

<sup>121</sup> LT-Drs. R-P 16/4671 v. 25.2.2015 unter Bezugnahme auf LT-Drs. R-P 16/1179 v. 24.04.2012, S. 50.

<sup>122</sup> Amtsblatt I 2012, 156.



laubnisinhaber im Vertrauen auf diese Erlaubnis Vermögensdispositionen getroffen hat, die er nicht mehr oder nur unter unzumutbaren Nachteilen rückgängig machen kann.

Das Auseinanderfallen von glücksspielvertraglicher Regelung und landesgesetzlicher Ausführungsbestimmung wird am Beispiel der rheinland-pfälzischen Regelung besonders deutlich. Von einem dem Gebot der Folgerichtigkeit folgenden, widerspruchsfreien Regelungskonzept kann hier keine Rede mehr sein. Während der Härtefall nach der glücksspielstaatsvertraglichen Regelungsintention auf atypische Ausnahmefälle beschränkt bleiben sollte, wird er in Rheinland-Pfalz zum Regelfall. Der glücksspielstaatsvertragliche Regulierungsansatz wird dadurch in sein Gegenteil verkehrt; die intraföderale Kohärenz bleibt auf der Strecke. Dies ist unter dem Aspekt der Rechtsanwendungsgleichheit beklagenswert – ein in mehreren Bundesländern aktives Spielhallenunternehmen wird kaum nachvollziehen können, dass identische Sachverhalte in einem Bundesland als Härtefall anerkannt werden, in anderen Bundesländern dagegen nicht. Vor allem aber ist diese Wertungsinkohärenz in rechtsstaatlicher Hinsicht nicht akzeptabel.<sup>123</sup>

Im Übrigen bewirkt das Ausscheren einzelner Bundesländer, dass es für die übrigen Bundesländer politisch extrem schwierig wird, an einer restriktiven Härtefallpraxis festzuhalten. Besonders bedauerlich ist, dass im Januar 2018 auch das ob seiner konsequenten Umsetzung des GlüStV als Musterland zu bezeichnende Bundesland Niedersachsen einen Entwurf für ein niedersächsisches Glücksspielgesetz angekündigt hat, „der übermäßige Härten für bestehende Gewerbebetriebe vermeidet und gleichzeitig der Spielsucht-Prävention gerecht wird“.<sup>124</sup> Geradezu tragisch mutet an, dass die neue niedersächsische Landesregierung dem Druck zu einem Zeitpunkt nachzugeben scheint, wo die niedersächsische Verwaltungsgerichtsbarkeit der niedersächsischen Vollzugspraxis in Härtefällen ihren Segen erteilt hat.

## V. Ausblick und Handlungsempfehlungen

Der Versuch der Bundesländer, mit dem Glücksspielstaatsvertrag eine Grundlage für eine kohärente Glücksspielregulierung zu legen, ist gescheitert. Den Bundesländern ist es nicht gelungen, durch Bereitstellung eines belastbaren Regulierungsrahmens ihrer

<sup>123</sup> Pautsch, Kohärente Rechtsetzung und Verwaltungsvollzug im Bundesstaat? – Zur (gescheiterten) Regulierung des Spielhallenrechts durch den Glücksspielstaatsvertrag (GlüStV), in: Niedostadek (Hrsg.), Wirtschaftsrecht und Verwaltungspraxis, 2017, S. 270 (281).

<sup>124</sup> Niedersächsisches Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Verkehr und Digitalisierung, Pressemitteilung v. 9.1.2018.



rechtsinfrastrukturellen Gewährleistungsverantwortung gerecht zu werden. Dieses Scheitern sollten sich alle Beteiligten ehrlich eingestehen.<sup>125</sup> Die Ankündigung der neuen schleswig-holsteinischen Jamaika-Koalition<sup>126</sup> den Entwurf eines Zweiten Glücksspieländerungsstaatsvertrages<sup>127</sup> nicht zu ratifizieren und den GlüStV zu kündigen, ist vor diesem Hintergrund konsequent.

Die deutsche Glücksspielregulierung leidet mit Blick auf das zentrale Regulierungsziel der Suchtbekämpfung an gravierenden Wertungswidersprüchen und mit Händen zu greifenden Inkonsistenzen. Zwar ist in der Rechtsprechung des EuGH anerkannt, dass ein Mitgliedstaat unterschiedliche Formen des Glücksspiels einer unterschiedlichen Regulierungsintensität unterwerfen darf.<sup>128</sup> Auch das BVerfG fordert ausdrücklich keine sektorenübergreifende Gesamt-Kohärenz des Glücksspielmarktes.<sup>129</sup> Die Grenzen des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums sind aber jedenfalls dann überschritten, wenn eine strenge Regulierungspraxis, die für ein Glücksspielsegment mit eher geringer Suchtgefahr ein staatliches Monopol vorsieht, einer weniger strengen Regulierungspraxis in einem Glücksspielsegment mit hoher Suchtgefahr gegenübersteht.<sup>130</sup> Ein solches regulatives Ungleichgewicht besteht in Deutschland zwischen der Regulierung des Lotteriewesens auf der einen Seite und des gewerblichen Automatenspiels auf der anderen Seite: Trotz eines vergleichsweise geringen Suchtrisikos des Lottospiels<sup>131</sup> – hierzu trägt insbesondere die eher niedrige Ereignisfrequenz bei – halten die Bundesländer ein staatliches Lotteriemonopol weiter für unverzichtbar, während das Automatenpiel, das in erheblichem Maße zu pathologischem Spielverhalten beiträgt, von privaten Veranstaltern, die über eine Erlaubnis verfügen, betrieben werden darf.

Abschließend soll – die politischen Beharrungskräfte für einen Moment ausblendend – darüber nachgedacht werden, mit welchen Reformmaßnahmen die strukturellen Regulierungsdefizite im deutschen Glücksspielrecht überwunden werden könnten. Drei Stoßrichtungen erscheinen in diesem Zusammenhang diskussionswürdig: Prüfwert wäre die Schaffung einer unionsrechtlichen Kompetenz für das Glücksspiel, auch

<sup>125</sup> In diese Richtung ebenfalls *Makswit*, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 368.

<sup>126</sup> Koalitionsvertrag für die 19. Wahlperiode des Schleswig-Holsteinischen Landtages (2017-2022), S. 11, im Internet abrufbar unter [www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/koalitionsvertrag218.pdf](http://www.ndr.de/nachrichten/schleswig-holstein/koalitionsvertrag218.pdf) (zuletzt aufgerufen am 14.2.2018).

<sup>127</sup> Hierzu näher *Becker ZfWG* 2017, 446.

<sup>128</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2010, C-316/07, ECLI:EU:C:2010:504 = NVwZ 2010, 1409 (1414 f.) – Markus Stoß.

<sup>129</sup> BVerfG NVwZ 2009, 1221 (1223); BVerfG NVwZ 2017, 1111 (1116); s. hierzu auch *Dietlein NVwZ* 2017, 1667.

<sup>130</sup> EuGH, Urt. v. 8.9.2010, C-316/07, ECLI:EU:C:2010:504 = NVwZ 2010, 1409 (1416) – Markus Stoß; siehe hierzu auch *Dietlein*, in: *ders./Hecker/Ruttig* (Hrsg.), Glücksspielrecht, 2. Aufl. 2013, Einf. Rn. 48.

<sup>131</sup> So ausdrücklich BVerfG NVwZ 2008, 1338 (1340).



wenn dies an der fehlenden Bereitschaft der Mitgliedstaaten scheitern dürfte.<sup>132</sup> Auch wenn eine Vollharmonisierung mit Blick auf die unterschiedlichen Traditionen der Mitgliedstaaten im Bereich der Glücksspielregulierung nicht erstrebenswert wäre, könnten mit einer Harmonisierung von Mindeststandards und der Schaffung einer Regulierungskompetenz – etwa durch Gründung einer europäischen Agentur für Glücksspielregulierung – die Voraussetzungen geschaffen werden, um mit den rasant voranschreitenden Digitalisierungs- und Internationalisierungsprozessen des Glücksspielmarktes Schritt halten zu können.

Ein ebenfalls diskussionswürdiger Ansatz wäre eine Rückverlagerung der im Zuge der Föderalismusreform von 2006 auf die Länder übertragenen Gesetzgebungskompetenz für das Recht der Spielhallen auf den Bund.<sup>133</sup> Auf der Grundlage eines Bundesglücksspielgesetzes könnte ein kohärenter Regulierungsrahmen geschaffen werden, der nicht durch Ausscheren einzelner Länder in seiner Gestaltungskraft relativiert werden könnte.<sup>134</sup> Durch die Einrichtung einer nationalen Glücksspielbehörde könnte eine Regulierungsbehörde geschaffen werden, die auf Augenhöhe mit der Branche und ihren hochspezialisierten Vertretern agieren und eine gleichmäßige Vollzugspraxis sicherstellen könnte.

Unabhängig von der zuvor aufgeworfenen Frage nach einer funktionsadäquaten Zuordnung von Gesetzgebungs- und Vollzugszuständigkeiten wäre schon viel gewonnen, wenn in Zukunft auf einen innovativen Mix aus qualitativen und quantitativen Regulierungsinstrumenten gesetzt werden würde, statt bei der Regulierung primär auf eine rein quantitative Angebotsbegrenzung zu setzen.<sup>135</sup>

---

<sup>132</sup> Gebhardt, in: ders./Korte (Hrsg.), Glücksspiel – Ökonomie, Recht, Sucht, 2. Aufl. 2017, S. 11.

<sup>133</sup> Hierzu bereits Korte GewArch 2017, 129 (136).

<sup>134</sup> Makswit, Auswirkungen des Föderalismus im Glücksspielrecht, 2015, S. 369 f.

<sup>135</sup> Hierzu näher Schröder ZfWG 2017, 452.





