

Weißleder & Ewer • Notar • Rechtsanwälte • Walkerdamm 4 - 6 • 24103 Kiel

Unabhängige Landesanstalt
für Rundfunk und neue Medien (ULR)
Der Direktor
Schloßstraße 19

24103 Kiel

Vorab per Telefax: 97456-60

Dr. sc. pol. Wolfgang M. Weißleder
Notar • Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Arbeitsrecht

Dr. Wolfgang Ewer
Rechtsanwalt* • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Angelika Leppin
Rechtsanwältin • Fachwältin für Verwaltungsrecht

Dr. Marcus Arndt
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Dr. Marius Raabe
Rechtsanwalt • Fachanwalt für Verwaltungsrecht

Erika Röschmann
Rechtsanwältin

Dr. Gyde Otto
Rechtsanwältin

*auch am Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgericht

24103 Kiel • Walkerdamm 4 - 6

Telefon (0431) 9 74 36-0

Telefax (0431) 9 74 36-36

Internet: www.weissleder-ewer.de

E-Mail: kanzlei@weissleder-ewer.de

Ihr Zeichen:

Unser Zeichen:

Kiel, den

Bearbeiter/-in:

09/04 Ew/is

18.05.2004

RA Dr. Ewer

Einführung eines Systems zur Vergabe eines Gütesiegels für die besondere Benutzerfreundlichkeit von digitalen Rundfunkempfangsgeräten

Sehr geehrter Herr Schumann,

vielen Dank für die Übersendung des Schreibens der Chefin der Staatskanzlei an die Vorsitzende des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags vom 10.05.2004. Hierzu merke ich stichwortartig folgendes an:

I. Zu den Zweifeln an der Gesetzgebungskompetenz des Landes

Auf Seite 3 wird von der Staatskanzlei geltend gemacht, dass Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Landes bestünden. Zur Begründung wird angeführt,

- dass „die Verleihung eines Gütesiegels ... üblicherweise als Verbraucherschutzmaßnahme Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes nach Art. 74 Nr. 11 GG“ sei,

und

- dass der Bund „von dieser ... Gebrauch gemacht“ habe, „indem die Stiftung Warentest als Institut zur Durchführung vergleichender Waren- und Dienstleistungsuntersuchungen gegründet worden ist.“

Richtig hieran ist allein – wie ich bereits in meiner Expertise ausgeführt hatte – dass sich die Gesetzgebungszuständigkeit für die Einführung eines Gütesiegels u.a. auf Art. 74 Nr. 11 GG (Recht der Wirtschaft) stützen lässt. Indessen stellt sich die hieraus von der Staatskanzlei abgeleitete Schlussfolgerung als falsch dar.

Ausgangspunkt ist der Umstand, dass nach Art. 72 Abs. 1 GG die im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung die Länder die Gesetzgebungskompetenz haben, „solange und soweit der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit nicht durch Gesetz Gebrauch gemacht hat“.

1. Soweit sich die Staatskanzlei auf die Errichtung der Stiftung Warentest beruft, fehlt es bereits an einem Gebrauchmachen „durch Gesetz“. Dies folgt daraus,

- dass es sich bei dieser Stiftung nicht eine durch ein *Errichtungsgesetz* geschaffene gerufene Stiftung *öffentlichen Rechts*,

sondern

- durch eine im Jahre 1964 von der Bundesregierung aufgrund schlichten Parlamentsbeschlusses (nicht Gesetzesbeschlusses) des Bundestags *nach den Vorschriften des BGB* ins Leben gerufene Stiftung bürgerlichen Rechts handelt.

Ist die Errichtung der Stiftung Warentest aber mithin nicht „durch Gesetz“ erfolgt, so ist schon aus diesem Grunde auszuschließen, dass diese dazu geführt haben könnte, dass die Länder nicht mehr legislativ auf dem Gebiete des Verbraucherschutzes tätig werden dürfen.

2. Im würde selbst dann, wenn jene Stiftung als solche öffentlichen Rechts ausgestaltet und durch ein Errichtungsgesetz des Bundes errichtet worden wäre, dies keineswegs zwingend zum Fortfall einer Kompetenz der Ländergesetzgeber auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes führen. Eine entsprechende Sperrwirkung würde nämlich bekanntlich voraussetzen, dass eine „erschöpfende“ oder „abschließende“ Regelung durch den Bundesgesetzgeber vorliegt. Dies hat das Bundesverfassungsgericht erstmals im 1. Band der Amtlichen Sammlung festgestellt,

Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 20.05.1952 – 1 BvL 3/51, 1 BvL 4/51 -, BVerfGE 1 S. 283, 296,

und hieran bis heute festgehalten.

siehe etwa das Urteil des BVerfG vom 10.02.2004 – 2 BvR 834/02, 2 BvR 1588/02 -, DVBl. 2004, S. 510 ff.

Es muss schon erstaunen, dass im Schreiben der Staatskanzlei nicht einmal der Versuch unternommen wird zu begründen, aufgrund welcher Vorschriften und aus welchen Gründen davon auszugehen sein soll, dass der Bund für den Bereich des Verbraucherschutzes von seiner Gesetzgebungskompetenz abschließend Gebrauch gemacht habe.

3. Hierzu hätte aber umso mehr angesichts dessen Anlass bestanden, dass dann, wenn dem wirklich so wäre, die Länder zu keinerlei normativen Regelungen auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes befugt wären. Hiervon kann indessen keine Rede sein. Vielmehr gibt es auch in Schleswig-Holstein eine jahrzehntelange Praxis des Erlasses derartiger Regelungen.

Als eines der älteren Beispiele sei die – bis heute fortgeltende – „Landesverordnung zur Übertragung der Verbraucherberatung im Ernährungsbereich“ vom 13.08.1974, GVOBl. S. 301, genannt, durch welche die Aufgabe der Verbraucherberatung im Ernährungsbereich im ländlichen Raum der Landwirtschaftskammer übertragen worden ist. Bereits hieran wird deutlich, dass auch nach dem Selbstverständnis der Bundesländer – und insbesondere des Bundeslandes Schleswig-Holstein – eine landesrechtliche Kompetenz besteht, juristischen Personen des öffentlichen Rechts Aufgaben der Verbraucherberatung zu übertragen.

Dass das Land auch gegenwärtig noch davon ausgeht, zur Rechtssetzung auf dem Bereich des Verbraucherschutzes und insbesondere auch der vergleichenden Verbraucherberatung befugt zu sein, wird aus § 4 Abs. 2 des Landesdatenschutzgesetzes in Verbindung mit den Vorschriften der Landesverordnung über ein Datenschutzaudit (Datenschutzauditverordnung – DSAVO) vom 03.04.2001, GVOBl. S. 51 deutlich. Nach § 1 Abs. 1 Satz 1 dieser von der Landesregierung erlassenen Verordnung werden

„informationstechnische Produkte (IT-Produkte) ... auf Antrag der Hersteller- oder Vertriebsfirmen vom Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz zertifiziert, wenn das IT-Produkt den Rechtsvorschriften über den Datenschutz und die Datensicherheit entspricht.“

In Abs. 3 Satz 1 wird dann geregelt, dass zertifizierte Produkte durch ein Gütezeichen gekennzeichnet werden können.

Wären die jetzt geltend gemachten Bedenken der Staatskanzlei richtig, hätte eine derartige Regelung aus Kompetenzgründen nicht erlassen werden dürfen.

4. Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die im Schreiben der Staatskanzlei vom 10.05.2004 erhobenen Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Landes ersichtlich

unbegründet sind, da diese bereits nach Art. 74 Nr. 11 GG eröffnet ist, so dass es allenfalls von nachrangiger Bedeutung ist, dass die Gesetzgebungskompetenz – unter dem Gesichtspunkt des Rundfunkrechts – auch auf Art. 70 Abs. 1 GG gestützt werden kann.

II. Zum Einwand des Fehlens „belastbarer gesetzlicher Grundlagen“

Soweit im folgenden ausgeführt wird, dass es

„insbesondere für den Fall des hoheitlichen Handelns durch begünstigenden oder feststellenden Verwaltungsakt ... belastbarer gesetzlicher Grundlagen“

bedarf und es hierfür wiederum erforderlich sei,

„den Umfang der Prüfung und den Inhalt der Feststellungsentscheidung gesetzlich zu bestimmen“.

vermag auch dieser Ansatz einer rechtlichen Prüfung nicht standzuhalten. Denn „belastbarer gesetzlicher Grundlagen“ bedarf es regelmäßig

- in erster Linie dann, wenn der Staat durch belastenden Verwaltungsakt in die Rechts- und Freiheitssphäre des Bürgers eingreift,

und

- gerade nicht für den Fall hoheitlichen Handelns „durch begünstigenden oder feststellenden Verwaltungsakt“.

Demgemäß hat das Bundesverwaltungsgericht mehrfach entschieden,

- dass etwa der Erlass von Bewilligungsbescheiden für Subventionen – und damit einem Prototyp *begünstigender Verwaltungsakte* – nicht dem Gesetzesvorbehalt unterliegt und damit keiner formellgesetzlichen Ermächtigung bedarf,

und

- dass etwas anderes allenfalls dann gilt, wenn durch den Erlass begünstigender Verwaltungsakte mittelbar in die Rechtsstellung Dritter eingegriffen wird,

vgl. etwa das Urteil des BVerwG vom 27.03.1992 – 7 C 21.90 -, BVerwGE 90, S. 112, 126 mit weiteren Nachweisen.

Legt man dies zugrunde, so ist festzustellen, dass vorliegend bereits zweifelhaft ist, ob sich die Verleihung des Gütesiegels für bestimmte digitale Rundfunkempfangsgeräte, welche die entsprechenden Voraussetzungen erfüllen, überhaupt als Eingriff in die Berufsfreiheit der Hersteller anderer digitaler Rundfunkempfangsgeräte darstellt. Hierzu hat das

OVG Münster im Beschluss vom 23.03.2001 – 4 A2560/00 -, UPR 2001, S. 277 f.

am Beispiel des „Blauen Engels“ ausgeführt:

„Es spricht schon Vieles dafür, dass es sich bei der Vergabe des ‚Blauen Engels‘ von der Zielrichtung her nicht um eine wirtschaftslenkende, sondern um eine aus Gründen des Umweltschutzes erfolgende Maßnahme handelt. Die Kennzeichnung eines Produkts mit dem ‚Blauen Engel‘ soll eine Einkaufshilfe für den Verbraucher sein (‚Umwelt-Wegweiser‘), will die Hersteller motivieren, umweltfreundliche Produkte zu entwickeln und anzubieten und kann auch eine Vertriebshilfe für den Handel sein.“

Ersetzt man „Umweltschutz“ durch „Anwenderfreundlichkeit“, so lassen sich diese Feststellungen nahezu uneingeschränkt auf die Vergabe des Gütesiegels übertragen.

Selbst wenn man diese aber als Eingriff in die Berufsfreiheit der Hersteller solcher digitaler Rundfunkempfangsgeräte ansehen würde, die das Gütesiegel nicht erlangen können oder wollen, so läge jedenfalls – im Vergleich zu anderen Eingriffen in die Berufsfreiheit, wie etwa Berufszugangsregelungen, Gewerbeuntersagungen, Regelungen der Modalitäten der Berufsausübung – ersichtlich ein Eingriff von nur *äußerst geringer Intensität* vor. Dies ist deshalb von Bedeutung, weil nach der Lehre vom Gesetzesvorbehalt der Umfang der vom Gesetzgeber selbst zu erlassenden Regelungen maßgeblich von der *Eingriffsintensität* abhängt.

Dies ist nicht nur in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts anerkannt,

vgl. etwa den Beschluss des BVerfG vom 12.06.1990 – 1 BvR 355/86 -, BVerfGE 82, S. 209, 227

sondern entspricht auch der Spruchpraxis des Bundesgerichtshofs. So hat dieser etwa im

Beschluss des BGH vom 25.04.1994 – NotZ 8/93 -, BGHZ 126, S. 16, 22 ff., 25

ausdrücklich festgestellt, dass sich

„die aus dem Parlamentsvorbehalt abgeleiteten Anforderungen an die Bestimmtheit der Ermächtigung nach der Intensität des vorgesehenen Eingriffs“

richten. Weiter heißt es dann:

„Berufsrechtliche Regelungen, welche die Freiheit der Berufswahl berühren oder das Gesamtbild der Berufsausübung wesentlich prägen (sog. statusbildende Normen der Berufsausübung) müssen in den Grundzügen vom Gesetzgeber festgelegt werden (BVerfGE 33, 125, 163). Hingegen unterliegen die nicht statusbildenden Regelungen der Berufsausübung geringeren Anforderungen. Insoweit können u.U.

auch Ermächtigungsnormen mit nur generalklauselartiger Umschreibung der Zielkonzeption zulässig sein (...).“

(Hervorhebung durch den Unterzeichner)

Dass die vorgesehene Regelung eines § 62 Abs. 4 LRG diesen Anforderungen in mehr als ausreichendem Maße gerecht wird, wird daran deutlich, dass sie ausdrücklich vorsieht,

- dass die ULR „technische Einrichtungen für den Zugang und die Nutzung von audiovisuellen Angeboten prüfen, bewerten, zertifizieren und ein Gütesiegel verleihen“ kann,

und

- dass „das Nähere, insbesondere zur Ausgestaltung des Verfahrens, der Zertifizierung und der Verleihung des Gütesiegels sowie der zu entrichtenden Verwaltungsgebühren, ... von der Landesanstalt durch Satzung bestimmt wird“.

Demgegenüber wird in § 4 Abs. 2 des Landesdatenschutzgesetzes – also der gesetzlichen Rechtsgrundlage für die Verleihung des IT-Gütezeichens – nicht einmal die Schaffung eines Gütezeichens erwähnt. Da die Staatskanzlei an der hinreichenden Regelungsdichte der letzteren Vorschrift ersichtlich keinen Zweifel hatte, was nicht zuletzt darin zum Ausdruck kommt, dass die Landesregierung gestützt auf diese Bestimmung die Datenschutzauditverordnung erlassen hat, muss es erstaunen, dass sie die hier vorgeschlagene Regelung für nicht ausreichend erachtet.

III. Zur Forderung einer Verordnungs- anstelle der vorgesehenen Satzungsermächtigung

Soweit im Schreiben der Staatskanzlei weiter geltend gemacht wird, dass

„die konkreten Kriterien ... ggf. durch eine Verordnungsermächtigung anstelle der vorgeschlagenen Satzungsermächtigung rechtssicher gemacht werden“

müssten, ist auch dies keineswegs zwingend. Denn nach der Rechtsprechung kann unter den zuvor erörterten Voraussetzungen auch durch satzungsrechtliche Regelungen den Anforderungen des Gesetzesvorbehalts Genüge getan werden,

BGH, Beschluss vom 25.04.1994 – NotZ 8/93 -, BGHZ 126, S. 16, 24 f.

IV. Zum Einwand einer analogen Einbeziehung der §§ 101 ff. Gemeindeordnung in die Prüfung

Für mich nicht mehr nachvollziehbar ist schließlich die Forderung, dass

„für den Fall des fiskalischen Handelns der ULR ... die Vorschriften der §§ 101 ff. Gemeindeordnung analog in die Prüfung einbezogen werden“

müssten. Zum einen sind die Analogievoraussetzungen weder dargetan sind, noch ist erkennbar, dass diese objektiv vorliegen. Zum anderen und vor allem ist geradezu evident,

- dass der Umfang der Rechtssetzungsbefugnis des Landesgesetzgebers allein durch das *höherrangige* Recht – und damit insbesondere die Landesverfassung sowie das Bundes- und Gemeinschaftsrecht – bestimmt wird,

und

- dass Prüfungsmaßstab daher nicht einfaches – und damit *ranggleiches* – anderes Landesrecht, wie etwa die Gemeindeordnung, sein kann, da dessen Regelungen ja der Dispositionsbefugnis des einfachen Landesgesetzgebers selbst unterliegen.

V. Zu den angesprochenen Fragen der Vereinbarkeit mit Europarecht, der Haftung der ULR, der diesbezüglichen Gewährleistung des Landes und der Finanzierung

Soweit schließlich auf Seite 3, letzter Absatz des Schreibens der Staatskanzlei geltend gemacht wird, dass sich weitere Fragen stellen würden,

„die u.a. die Vereinbarkeit mit Europarecht, die Haftung der ULR und die diesbezügliche Gewährleistung des Landes, die Finanzierung sowie die etwaige Notwendigkeit der Zusammenarbeit der Medienanstalten wegen der bundesweiten Wirkung des Handels betreffen“,

findet ich es bedauerlich, dass diese Fragen, soweit sie rechtlicher Natur sind, nicht näher spezifiziert und insoweit offenbar bestehende Einwände nicht ausgeführt werden.

Dies insbesondere deshalb, weil in der von der ULR eingeholten Expertise deutlich herausgearbeitet wird, dass – bei entsprechender Ausgestaltung – der Einführung des Gütesiegels weder Art. 10 Abs. 2 i.V.m. Art. 3 g oder Art. 81 ff. EGV, noch Art. 28 EGV entgegenstehen. Vorsorglich ist noch darauf hinzuweisen, dass es sich bei den im Satzungswege zu erlassenden Regelungen über die Voraussetzungen der Vergabe des Gütesiegels auch nicht um technische Vorschriften handeln würde, die dem gemeinschaftsrechtlichen Notifizierungsverfahren unterliegen. Dies folgt schon daraus, dass die Erfüllung dieser Anforderungen keinerlei verbindliche Voraussetzung für die Verkehrsfähigkeit der entsprechenden Geräte ist und dass insoweit ersichtlich auch keine de-facto-Verbindlichkeit besteht,

vgl. am Beispiel des „Blauen Engels“ die Grundsätze aus dem Beschluss des OVG Münster vom 23.03.2001 – 4 A2560/00 -, UPR 2001, S. 277 f.

Nach alledem sehe ich jedenfalls aus rechtlicher Sicht keinen Prüfungsbedarf, der es notwendig und angemessen erscheinen lässt, im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eine Anhörung durchzuführen.

Für eventuelle Rückfragen stehe ich Ihnen gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'W. Ewer', written over the printed name.

Dr. Wolfgang Ewer

Fachanwalt für Verwaltungsrecht

