

Др Видоје Спасић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1674203S

UDK: 347.78:004

Рад примљен: 30.09.2016.
Рад прихваћен: 25.10.2016.

ТЕХНОЛОШКЕ МЕРЕ У ФУНКЦИЈИ КОНТРОЛЕ КОРИШЋЕЊА АУТОРСКИХ ДЕЛА У ИНФОРМАТИЧКОМ ДРУШТВУ**

Апстракт: Информатичко друштво проширило је могућности за коришћење ауторских дела и другог заштићеног садржаја. Самим тим, дигитална технологија је повећала и могућности за неовлашћено коришћење заштићеног садржаја. Наиме, у дигиталном окружењу носиоцима права је наметнут појачан ризик од неовлашћеног коришћења њихових интелектуалних творевина. Носиоци права све мање могу да контролишу коришћење својих творевина, а заштита коју пружају правне норме се у друштву брзе размене информација може показати као недовољно ефикасна. Стога се у пракси све чешће постављају физичке препреке дигиталном коришћењу ауторских дела, генерично назване технолошке мере заштите.

У раду ће бити обрађена питања која се односе на мере превентивне заштите ауторских дела путем технолошких механизма. Међутим, примена оваквих мера изазива одређене последице у ауторскоправним односима. Тако, оне намећу поновно преиспитивање односа између приватних интереса титулара права и јавног интереса да друштво користи и усавршава интелектуална добра. Такође, оне доводе у питање успостављену равнотежу интереса свих учесника у ауторскоправном односу: носилаца права, корисника и уживаоца дела, као и свих осталих субјеката.

Кључне речи: заштићени садржај, технолошке мере заштите, контрола коришћења, заобилажење технолошких мера.

* vidza@prafak.ni.ac.rs

** Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом ЕУ“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013–2018. године.

1. Увод

У информатичком друштву повећане су могућности за искоришћавање ауторских дела, односно број имовинскоправних овлашћења која припадају аутору.¹ Међутим, с друге стране, повећане су и латентне опасности од повређивања ауторскоправних овлашћења. Стога се пред ауторе поставио проблем како пронаћи адекватне начине да заштите своја овлашћења, а да то не иде на уштрб легитимних интереса других субјеката или јавног интереса. Решење за наведену ситуацију опет се нуди технологија, односно одговарајуће технолошке мере. У том смислу, главни изазов је унапређење заштите ауторских права у новом окружењу.

Данас техничка заштита ауторских права није више предвиђање или сан, и многа ауторска дела се дистрибуирају у заштићеном формату: музички CD-и користе уграђене *anti-copy* механизме, DVD-јеви садрже сложу техничку заштиту која спречава копирање, „пуштање“ на недозвољеним уређајима или обезбеђује географску дистрибуцију филмова, електронске књиге не могу се копирати, модификовати или се користи на одређени начин.

Непосредна реакција ауторских индустрија на информатичко окружење била је да се технолошке мере укључе у заштиту дигиталних дела, како би се осигурало да просечан корисник не може неовлашћено да користи ауторскоправно заштићене садржаје. Међутим, пракса, а такође и неколико истраживања, показали су да технологије заштите (првенствено засноване на шифровању и сличним методима), не могу да гарантује потпуну сигурност заштите, јер компјутерски научници и талентовани корисници могу да заобиђу ове технологије у релативно кратком року.

Осим изреченог, технолошке мере, саме по себи, нису довољне и оне захтевају одговарајућу правну заштиту од њиховог заобилажења или злоупотребе.

На крају, треба истаћи да установљење и примена технолошких мера заштите у коришћењу ауторскоправног садржаја, изазива и одређена подозрења и контроверзе, па чак ствара и одређене проблеме у ауторскоправним односима. Ово, првенствено, што технолошке мере могу доћи у сукоб са постојећим нормама ауторског права, јер стварају одређени дисбаланс у успостављеној равнотежи интереса учесника у ауторскоправним односима.

1 У односу на друга субјективна права, ауторско право, без сумње, састоји се од највећег броја појединачних овлашћења, посебно имовинскоправних.

2. Појам и улога технолошких мера

У дигиталном свету, безбедност и приватност се имплементирају коришћењем разних криптографских алгоритама и протокола. На самом крају ланца, дигитални садржај се приказује у аналогној форми на тај начин што се дигитална слика трансформише у светло путем дисплеја, док се дигитални звук трансформише у акустичке таласе. При томе, увек је могућа поновна дигитализација ових аналогних сигнала.

Под технолошким мерама подразумева се било која технологија, уређај или компонента која у свом редовном функционисању спречава или ограничава радње коришћења (укључујући и приступ делу) заштићеног добра, за чије предузимање не постоји овлашћење аутора или титулара другог права.² Изражавање ауторских дела у дигиталном формату омогућава различите начине контроле њиховог коришћења. Стога су разноврсне и технолошке мере којима се таква контрола остварује.

Технолошка решења, данас, знатно повећавају могућности заштите дигиталних дела. У том смислу, постоје технолошке могућности за спречавање или ограничавање приступа делу; ограничавање или контролу приступа одређеним изворима дела; ограничавање умножавања, адаптације, дистрибуције, јавног саопштавања или приказивања дела; идентификовање својстава и власништва над делом; као и лакше добијање ауторских лиценци.

Функционално посматрано, постоје три групе мера: технолошке мере контроле приступа, технолошке мере контроле искоришћавања и технолошке мере заштите интегритета дела (Koelman, K.J, Helberger, N: 2000: 166). У прву групу спадају оне технолошке мере чији је циљ да онемогуће неовлашћени приступ информацијама садржаним у ауторском делу. Такве су, примера ради, лозинке, или скрембловање. Скрембловање представља поступак промене редоследа података у току преношења тако да они немају никакво значење ако их прими неко коме нису намењени (Tasić, V. Bauer, I: 1989: 333). Криптовање (криптографија) представља начин шифровања претварањем текста у кодиране поруке које могу да протумаче само корисници који имају кључ (Tasić, V. Bauer, I: op. cit: 93).

Технолошке мере контроле недозвољеног коришћења материјала усмерене су на спречавање неовлашћених лица да предузимају одређене радње које улазе у корпус искључивих ауторскоправних овлашћења. Најчешће је реч о контроли умножавања. Тако нпр. лице које је прибавило примерак

² Чл. 6(3) DIRECTIVE 2001/29/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

ауторског дела у дигиталном облику (нпр. музички CD), може да употребљава ауторско дело, али захваљујући уграђеним блокадама (физичким препрекама), не може да сачињава копије истих. У ширем смислу, у ову групу би могле да се уврсте и технолошке мере чији примарни циљ није да онемогуће корисника у искоришћавању дела, већ да прате учесталост и обим дозвољеног искоришћавања на основу чега се касније обрачунава лиценцна накнада. Мере усмерене на заштиту интегритета дела имају за примарну сврху онемогућавање лица која користе ауторско дело да врше било какве измене на делу. Иако се и овим мерама постиже контрола коришћења, с обзиром на то да је реч о неимовинском овлашћењу, сврстане су у посебну групу.

Упоредо са стварањем и применом ових технолошких мера одвија се процес проналажења начина за њихово заобилажење. Стога, делотворност технолошких механизма зависи управо од питања њихове правне заштите коју данас познаје већина савремених правних система. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

Два међународна акта тзв. *интернет уговори* регулишу ову материју: WIPO Уговор о ауторском праву и WIPO Уговор о интерпретацијама и фонограмима, оба из 1996. године. Према члану 11 Уговора о ауторском праву, односно чл. 18 Уговора о интерпретацијама и фонограмима, уговорне стране треба да обезбеде одговарајућу правну заштиту и ефикасна правна средства против уклањања ефикасних технолошких мера које аутори, на основу овог Уговора или Бернске конвенције, користе у вези са искоришћавањем својих права; и да у вези са њиховим делима ограниче такве поступке које сами аутори нису одобрили или који нису допуштени законом.

На нивоу ЕУ за предметну материју значајне су две директиве. Најпре, реч је о Директиви о правној заштити рачунарских програма.³ Ова Директива забрањује стављање у промет или држање у комерцијалне сврхе било ког средства чија је једина сврха да олакша недозвољено уклањање или неутрализацију било ког техничког механизма евентуално направљеног у циљу заштите рачунарског програма. Дакле, *stricto sensu*, не сматра се повредом сам акт заобилажења технолошких мера. Такође, није санкционисана ни производња уређаја за заобилажење.

3 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs (Official Journal of the EU L 122, 17/05/1991 p. 42).

Директива о хармонизацији извесних аспеката ауторског права и сродних права у информацијском друштву,⁴ исправила је недостатке претходне Директиве. У том смислу, овом Директивом се обавезују државе чланице да на адекватан начин санкционишу заобилажење било које ефективне технолошке мере, као и производњу, увоз, дистрибуицију, продају, изнајмљивање, оглашавање или поседовање у комерцијалне сврхе уређаја, производа или компоненти који су намењени заобилажењу, односно пружању услуга заобилажења технолошких мера.

Српски Закон о ауторском и сродним правима (ЗАСП)⁵ у чл. 208 и 208а, детаљно је регулисао питање технолошких мера заштите. Под „технолошким мерама“, у смислу ЗАСП-а, подразумева се свака технологија, уређај или део који је конструисан да током своје наменске употребе онемогући или ограничи радње коришћења у вези са ауторским делом или другим предметом заштите, за које носилац ауторског или сродног права није дао сагласност. Технолошке мере сматрају се ефикасним када носиоци права коришћење својих заштићених садржаја ограничавају путем контроле приступа или путем заштитног поступка као што су енкрипција, деформација или друга трансформација заштићеног садржаја или путем механизма за контролу умножавања којима се постиже циљ заштите.

Израз „информација о правима“ означава сваку информацију која потиче од носиоца права и која идентификује ауторско дело или предмет сродноправне заштите, аутора, односно носиоца права, или информацију о условима коришћења дела или предмета сродноправне заштите, или било који број или шифру која представља такву информацију.

У складу са ЗАСП-ом, повреду права представљају следеће радње:

3) производња, увоз, стављање у промет, продаја, давање у закуп, рекламирање у циљу продаје или давања у закуп или држање у комерцијалне сврхе уређаја, производа, саставних делова, рачунарских програма, који су превасходно конструисани, произведени или прилагођени да омогуће или олакшају заобилажење било које ефикасне технолошке мере, и који немају другу значајнију сврху осим наведене;

4) заобилажење било које ефикасне технолошке мере или пружање или рекламирање услуге којом се то омогућава или олакшава;

4 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Official Journal of the European Communities, L 167, 22. 6. 2001).

5 „Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011, 119/2012 и 29/2016 – одлука УС.

5) уклањање или измена електронске информације о правима или стављање у промет, увоз, емитовање или на други начин јавно саопштавање ауторског дела или предмета сродноправне заштите са којег је електронска информација о правима неовлашћено уклоњена или измењена, а да при том починилац зна или има основа да зна да тиме подстиче, омогућује, олакшава или прикрива повреду ауторског права или сродног права.

Технолошким мерама заштите посвећена је секција 1201. америчког Закона о ауторском праву дигиталног доба из 1998. године.⁶ У основи у овом пропису разликују се две групе технолошких мера: оне које су усмерене на контролу приступа заштићеном делу и оне којима се онемогућава недозвољено вршење ауторских права у вези са заштићеним делом (као нпр. умножавање и јавно саопштавање легално прибављених примерака ауторских дела). Тако, према овом акту, за заобилажење технолошких мера којима се ефективно контролише приступ заштићеном делу; стављање у промет, увоз, нуђење или рекламирање производа и уређаја (и пружање услуга) конструисаних или произведених у сврху заобилажења технолошких мера којима се ефективно штите права аутора, одговорном лицу се могу изрећи грађанскоправне и кривичне санкције.

У смислу наведеног, под заобилажењем се подразумева избегавање, деактивирање, померање или на било који други начин уклањање технолошких мера, а када је реч о контроли приступа, нарочито, дескрембловање и декрипција без сагласности титулара права.

3. Врсте технолошких мера и њихово функционисање у заштити интернет садржаја

Носиоци ауторскоправног заштићеног садржаја ослањају се на разноврсне технолошке мере ради контроле његове употребе, односно заштите од неовлашћених употреба производа и услуга, сачињених од информација различитог типа. Све ове мере се деле у две основне генералне групе: мере хардверског и мере софтверског типа.

3.1. Хардверске и софтверске мере

Мере хардверског типа обухватају различите врсте физичких препрека које се уграђују у техничке уређаје за коришћење и/или умножавање ауторских дела и предмета сродних права. Овакве препреке функционално омогућавају коришћење заштићеног садржаја само у оној мери и на онај

6 Digital Millenium Copyright Act of 1998. – DMCA.

начин који је у складу са оним што је уговорено, односно допуштено. Тако, нпр. у америчком Акту о кућном аудио-снимању⁷ захтева се од произвођача уређаја за дигитално аудио-снимање и дигитално аудио-међуповезивање, уграђивање таквих перформанси које ће ограничавати серијско копирање. Ово се постиже тако што је хардвер програмиран тако да чита информацију која се кодира и која је садржана у „каналу за дигитално поткодирање“ дигиталних звучних снимака и емитовања. На основу информације коју прочита, струјно коло хардвера може дозволити копирање, али ће означити шифрама копије које прави да би се ограничило даље копирање или потпуно онемогућило умножавање. Систем за остваривање серијског умножавања дозвољава неограничено умножавање прве генерације дигиталног оригиналног примерка, као што су CD-и који дистрибуирају компаније које их снимају, али спречава даље дигитално умножавање ових примерака.

Слични системи могу се имплементирати путем хардвера, софтвера или оба заједно користећи одговарајуће концепте. Тако, на пример, фајлови који садрже дела могу обухватити инструкције које се једино користе за управљање или контролисање дистрибуције дела. Ова информација могла би се ставити у одељак за тај део фајла или у други део фајла. Заједно са хардвером или софтвером који је прима, информација се, било да је у заглављу било у неком другом делу, може употребити да ограничи употребу оригинала или копије фајла који садржи дело. Она може ограничити употребу дела само на гледање или слушање. Такође, могуће је ограничити колико се пута делу може приступити, тј. колико се пута оно може „отворити“ или умножити.

3.2. Серверска контрола и контрола на нивоу фајла

У информатичком друштву технологија ће играти централну улогу у имплементацији контроле приступа и употребе заштићених дела на нивоу фајла и сервера.⁸ Дистрибуција дигиталних дела може бити регулисана, првенствено контролом приступа изворима заштићеног садржаја. Приступ овим серверима може варирати од неограниченог (цео садржај сервера на располагању је без икаквих ограничења), преко делимично контролисаног (неограничен приступ дозвољен је само извесним подацима на серверу, а другима не), до потпуно контролисаног приступа (није допуштен никакав неконтролисан приступ, у било којој форми). Контрола приступа

7 The Audio Home Recording Act of 1992. – AHRA.

8 О безбедности на мрежи види шире у: Спасић, В: Онлајн безбедност: Зборник радова Правног факултета у Нишу: 55: 2010: 77–101.

остварује се кроз употребу процедуре идентификације и аутентификације која забрањује приступ серверу неовлашћеним клијентима, у целини или појединим информацијама. Скоро сви провајдерски сервиси, укључујући комерцијалне онлајн сервисе и сервере присутне на интернету, контролишу приступ својим системима.

У пракси, неки провајдери дозвољавају потпуно неограничен приступ информацијама садржаним на њиховим главним серверима, а контролу користе само да би задовољили физичка ограничења својих главних сервера, односно да би ограничили број истовремених корисника. Остали даваоци информација ограничавају приступ непријављеним клијентима. Тако нпр. користећи „ftp“ сервис, клијент може често да се повеже са удаљеним серверима на мрежи, као „н.н.“ лице, али ће моћи нормално да приступи само неким посебним подацима у централном серверу. Наравно, давалац информације може одлучити да не дозволи неконтролисани приступ, и одобрити само овлашћеним лицима да „уђу“ на главни сервер. Контрола приступа главном серверу, који садржи заштићена дела, представља типично средство, односно најчешће ће представљати први ниво заштите коју ће власник садржаја тражити пре него што своја заштићена дела учини доступним на мрежи преко главног сервера.

Други ниво контроле приступа и употребе заштићених дела може се спровести путем контролних мера повезаних са електронским датотекама (фајловима), које садрже дело.

Рестрикције приступа на нивоу фајла могу се спровести користећи одређене карактеристике „помоћног“ софтвера (односно програма за тумачење тзв. „рендеринг“ софтвера). Носилац права, односно власник садржаја, може израдити специјализоване софтверске производе или остварити такве карактеристике софтверских производа за општу примену, које би контролисале ко и у којој мери може користити заштићено дело. Овакве рестрикције могле би се остварити коришћењем својстава поменутог „помоћног“ софтвера јединственог формата фајла, или карактеристика у утврђеном формату фајла, или комбинацијом оба формата. „Контролне“ мере такође би се могле спровести да одреде да ли је власник садржаја дозволио извесне употребе дела, као и неке мере за контролу степена до кога би затим клијент могао да „манипулише“ делом.⁹

Помоћни софтвер, такође, може бити конципиран на начин да оспорава општи приступ делу ако фајл који садржи дело није довољно аутентич-

⁹ Тако, нпр., помоћни софтвер могао би корисника који није добио одговарајућу дозволу од власника садржаја, или који користи неодобрену или застарелу лозинку, спречити да користи податке.

на копија (тј. фајл је измењен у односу на верзију коју је дистрибуирао власник садржаја). Овакве карактеристике омогућавају одређивање која информација, довољна у погледу овлашћене употребе, може бити повезана с фајлом који садржи софтверски производ.

4. Појам и значај криптографије за ауторскоправне односе

4.1. Скривено значење – енкрипција (шифровање)

Функционисање интернета заснива се на технологији комутације пакета, што представља систем код кога поруке пролазе кроз много различитих пунктова, односно компјутера који се налазе на различитим местима и могу бити поседовани и контролисани од стране различитих лица.

Етимолошки, криптографија значи писање тајним знацима, симболима.¹⁰ Криптограм је текст, писмо, спис сачињен тајним знацима, тј. шифрама. Криптографија је грана математике која изучава математичку заснованост криптографских метода. Криптографија или шифровање представља поступак транскрипције (превођења) јасне и разумљиве информације у неразумљив облик применом тајног договора, при чему је такво дејство реверзibilно.

Француско законодавство¹¹ дефинише делатност криптологије као *све радње усмерене на трансформисање јасних информација или знакова у информације, или знакове нејасне за трећа лица помоћу тајних споразума, или на реализовање обратних операција, захваљујући опреми, материјалу или компјутерском програму замишљеним са тим циљем*. Реч је о једној општој дефиницији која, такође, обухвата и стеганографију, вештину тајног писања, која се састоји у скривању једне поруке у другој поруци у ублаженијој форми.

У криптографској терминологији порука се шаље у облику пуног текста (*plaintext*), или јасног, разумљивог текста (*cleartext*). Формирање (*encoding*) садржаја поруке на начин који скрива његов садржај назива се енкрипција (*encryption*).¹² Енкрипција и декрипција обично подразумевају употребу кључа, а метод кодирања је такав да декрипција може бити извршена само уз познавање тачног кључа.

Генерално посматрано, криптографија је уметност или наука држања података тајним. Криптоанализа јесте уметност, вештина прекидања

10 Спомине се још у античко доба код Херодота и Плутарха.

11 Члан 28, Закона 90-1170, са изменама од 29. 12. 1990. године.

12 Енкриптована порука назива се шифрованим текстом (*ciphertext*). Поступак стварања *plaintext*-а из *ciphertext*-а назива се декрипцијом (*decryption*).

(„разбијања“) шифре (нпр. стварање пуног текста без познавања тачног кључа). Криптографија је повезана са свим аспектима сигурног, безбедног информисања и преношења порука, аутентификације (оверавања), дигиталних потписа и електронских плаћања.¹³

4.2. Функције криптографије

Метод енкрипције и декрипције назван је шифровањем, а производ тих поступака се назива шифром. Неке криптографске методе се ослањају на тајанственост алгоритма. Међутим, сви модерни алгоритми користе кључ за контролу енкрипције и декрипције. Порука може бити декриптована само ако се зна тачан кључ, односно ако постоји подударност између кључева за енкрипцију и декрипцију.

Постоје два велика, основна типа криптографије: симетрична и асиметрична криптографија.

Код симетричне криптографије исти кључ се користи за шифровање и дешифровање информација. Проблем ове методе је како наћи средство безбедног преноса кључа на кореспондента.

Код асиметричне криптографије се једним кључем скрива а другим открива порука. Корисник поседује један приватни и један јавни кључ. Он дистрибуира свој јавни кључ, а чува скривеним тајни, односно приватни кључ. У овом случају, теоријски, неограничени број лица може писати кориснику уз помоћ јавног кључа, али само ће корисник моћи да дешифрује поруке својим приватним кључем. Криптографија овде обезбеђује веродостојност података који се преносе путем мреже. Подаци су пренети једино уз знање овлашћених лица.

Други, или исти пар кључева користи се да би се обезбедио идентитет емитера поруке (пошиљаоца). То је поступак аутентификације (оверавања). Корисник криптује (шифрује) поруку својим приватним кључем. Сви корисници моћи ће да дешифрују поруку јавним кључем, који се подудара са пошиљачевим.

Спој поступака аутентификације пошиљаоца и провере интегритета његове поруке омогућава стварање правих електронских потписа, које је у пракси веома тешко фалсификовати, као и поступак потписивања руком. Информатичка техника омогућава израђивање алатки за производњу

¹³ Види шире у: Спасић, В: Улога криптографије у трансферу и приступу информацијама на интернету – правни аспекти: Симпозијум о рачунарским наукама и информационим технологијама; Зборник радова YUINFO – Niš: 2001: CD-ROM: електронска публикација.

кључева и коришћење система криптографије на начин препознатљив за корисника.

Да би систем био поуздан, неопходно је да кључеви за коришћено шифровање буду довољно сигурни.¹⁴ Приликом кодирања сигурност кључа произилази из његове дужине. Међутим, што је кључ дужи, то ће трансакција или комуникација бити спорија у смислу времена потребног да се изврши прорачун. Тако, оно што је добијено у смислу сигурности, губи се у погледу брзине и ефикасности.

Да би се дешифровао један документ, без поседовања кључа, потребно је располагати компјутером способним да изврши велики број операција у секунди. Поузданост система зависи од способности рачунара потребног за предузимање радњи за „разбијање“ шифре. Да би операција имала смисла, трошак потребан за „разбијање“ шифре мора бити пропорционалан вредности заштићене информације. Данас, да би се „разбио“ („провалио“) један кључ реда величине 1024 бита, потребно је више милијарди година рачунања компјутером. Међутим, овај систем зависи и од стања технике које еволуира веома брзо. Алгоритам који се данас сматра неразрешивим, не значи да ће такав бити и за неколико година.

4.3. Систем електронског управљања ауторским правима – *Digital Rights Management (DRM)*

Нека данашња технолошка истраживања везана су за стварање дигиталних дела чија је карактеристика отежано копирање, а олакшано добијање дозвола за коришћење. Овакве технологије се називају заједничким именом – *Digital Rights Management (DRM)*. Најједноставнији систем у оквиру ове технологије базира се на „сигурном преносу (трансмисији)“ дигиталног материјала између пошиљаоца и примаоца. Већи степен заштите може бити креиран централизованим извором приступа садржају заштићеним ауторским правом. У том смислу, клијент (уживалац) може добити приступ неким целовитим комплексним подацима, као што су роман или филм, али са приступом само у циљу коришћења дела док је „конектован“ на изворни сајт.

Систем DRM треба да омогући компромис између безбедности материјала, коју захтева власник права; приватности крајњег корисника, као и цене система који ће бити коришћен између учесника у том ланцу. Задати циљеви се постижу употребом различитих криптографских мера.

¹⁴ Најславнији поступак криптовања и један од најсигурнијих, према речима специјалиста, који поставља стандард поступања на интернету, где га је лако прибавити, јесте програм PGP, базиран на систему RSA, који је пронашао Американац Phil Zimmerman.

Истовремено са развојем технолошких мера заштите тече и процес проналажења начина за њихово заобилажење. Стога, делотворност технолошких механизма контроле зависи управо од питања њихове правне заштите, коју данас познаје већина савремених правних система. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

У сваком случају, нормативном уређењу технолошких мера заштите мора се приступити са доста опреза. Обезбеђивањем правне заштите ових мера требало би заокружити и стабилизovati систем ауторскоправне заштите уопште. То значи да би се морала задржати неопходна равнотежа интереса свих релевантних субјеката. Технолошким мерама контроле коришћења ауторских дела морају се првенствено заштитити интереси ствараоца. Али, свакако се морају уважавати и легални и легитимни интереси корисника дела и публике (јавности), а нарочито института ограничења ауторског права у корист трећих лица.

4.4. Заштита путем видео-криптовања

Концепт испоруке аудио или видео-садржаја преко јавних мрежа ствара нове проблеме у области ауторског права. Наиме, треба обезбедити систем за прикупљање такси или процентуалне зараде, заштиту од дигиталне крађе, као и то који учесници у процесу су одговорни за обезбеђење сваке карике у том ланцу. Сви ти изазови се намећу пред техничким питањима како применити постојеће правне прописе у дигиталном окружењу.

Код дистрибуције дигиталног видеа до корисника стижу дигиталне копије високог квалитета и свака од њих ће бити једнако доброг квалитета. Међутим, преносом таквог материјала јавним мрежама долази до потенцијалне могућности крађе од стране пирата. Носиоци ауторских права интернет често доживљавају као медијум где је њихов материјал свима доступан онлајн. Крађа материјала са интернета је могућа, иако није баш једноставна. Један од начина да носиоци права буду убеђени у сигуран пренос је криптовање материјала при транзитну кроз мрежу и директно декриптовање пре његовог емитовања.

Поступак криптовања мора да задовољи комерцијалне захтеве за видео-сервисима, наведене захтеве сервера, као и захтеве корисника ауторских права. Систем треба да заштити видео-власништво од крађе при транзитну кроз мрежу, меморисању на серверу, као и приликом декодирања и прика-

зивања од стране корисника. Такође, потребно је обезбедити да квалитет видео-сигнала буде стално задржан.

Носилац ауторског права има право да постави низ захтева пред креаторе система за видео-сервисе како би били уверени да ће њихова инвестиција бити адекватно заштићена. Први захтев се односи на ауторизацију корисника и гаранцију за сигуран трансфер новчаних средстава ка носиоцу ауторског права. Други захтев носилаца ауторских права би се односио на активну заштиту њиховог власништва путем криптовања за све време транзита кроз јавну мрежу. Коначно, носиоци ауторског права могу захтевати да се видео декриптује само на уређајима крајњег корисника, и то тако да корисник нема директан приступ декриптованом видео-садржају, како га не би могао даље копирати. Ова ограничења се не односе само на систем за проток видеа, већ и за пројектовање алгорита за видео-криптовање. Онлајн видео-сервис мора да обезбеди аутентификацију потрошача, као и могућности за несметано плаћање. Такође, захтева се да видео буде криптован од када напусти централни сервер, па све док не буде декриптован и декодован на страни корисничког уређаја за плејбек.

Широки опсег сервера подразумева различит хардвер, оперативне системе, као и софтвер, што значи да криптовани дигитални видео-сигнал мора да буде компатибилан са свим постојећим и будућим видео-серверским системима, односно платформама.

5. Закључак

Дигитално доба свакако је нова претња заштити ауторских права. Међутим, технологија би могла и да омогући обезбеђивање нових алата и средстава за заштиту ауторског дела у дигиталном окружењу. Врло брзо технолошка решења или помоћи били су осмишљени од стране индустрије ауторског права. „Одговор на машине је у машини“ (Clark, С: 2014).

Неке технолошке мере имају за циљ управљање лиценцама о употребама права и одредбе о делима у складу са правилима таквих употреба: оне се зову *Digital Rights Management* (DRM). Системи DRM базирани првенствено на криптографији развијени су у последњих неколико година с циљем да се позабаве питањем трновите заштите и управљања ауторским права у електронском окружењу. DRM може бити истовремено нова норма, паралелна оној за ауторско право. Технологија је допуна, односно акцесоријум уз ауторско право. Међутим, она прети да постане његова супституција која потенцијално може учинити ауторско право потпуно ирелевантним.

Истовремено са развојем примене ових мера тече и процес проналажења начина за њихово заобилажење. Упоредо са развојем DRM система, носиоци ауторских права су тражили и правну заштиту од таквих техничких помагала и баријера. Технологија може бити поражена од друге технологије, као што је то доказано у многим случајевима хаковања заштите DVD-ја и других DRM система. Стога, делотворност технолошких механизма зависи управо од питања њихове правне заштите, коју данас познаје већина савремених правних система. Због тога су донети прописи о забрани неовлашћеног заобилажења технолошких мера заштите ауторског дела на међународном и националном нивоу. Ипак, нормативна решења нису уједначена. Постојеће разлике заправо одражавају проблеме у проналажењу адекватног облика заштите, који највише произлазе из чињенице да се санкционисањем заобилажења (или претходних радњи) технолошких мера доводи у питање циљ ауторског права уопште.

У САД технолошке мере заштите од неовлашћеног коришћења имају значајну улогу у контроли коришћења заштићеног садржаја. Таква контрола назива се „резерва“ и прави се разлика између два основна облика резерве. Прва се назива тајна или интелектуална резерва, и она омогућава носиоцу да задржи непознате нематеријалне ствари од ометања или ограничавања. Друга, економска резерва, или резерва на тржишту, омогућава да ће дело или други заштићени садржај бити под његовом контролом, и то кроз преносење овлашћења на права интелектуалне својине или санкционисањем неких понашања правним средствима, нпр. путем нелојалне конкуренције (Mousseron, J. M, Vivant, M: 1989: 2–4). Резерва, дакле, резултира из комбинације DRM и одредбе о заобилажењу, и она је хибридна мешавина интелектуалне резерве и економске резерве.

Када носиоци права одлуче да обезбеде дигитални садржај неким дефинисаним правилима употребе, као нпр. укључивањем броја копија, броја дозвољених гледања, итд..., ова употреба постаје норма за примаоце и кориснике таквог садржаја, иако конкретна употреба тих дела у складу са законом може бити шири и мање ограничена.

Дусолије истиче да технолошка заштита постаје преширока и више субјективизирана него што је објективна (Dusollier, S.V: 2005: 163). У дигиталном свету посредници су нестали и носиоци ауторских права почели су да дистрибуирају своја дела директно јавности. Прибегавање технолошким мерама омогућава контролисање обеју страна преноса у ауторско-правном односу. Технолошка заштита ауторских права чини да приступ, коришћење, односно уживање дела улази сферу монопола носиоца ауторског права. Следствено томе, можемо рећи да је кôд закон, односно

да дигитални кôд успостављен од стране DRM-а делује као пропис који мења човеково културно и друштвено понашање према ауторскоправно заштићеном садржају. Овакво проширење контроле ауторске области није само допуштено техничким и чињеничним акцијама, већ је обезбеђено законом кроз одредбе о забрани заобилажења технолошких мера. Дакле, у САД и ЕУ технолошки капацитети сада диктирају правни оквир заштите ауторских права. Технолошке мере све више постају супституција/замена за ауторска права, иако се и даље широко представљају као његов обичан суплемент.

На тај начин, стварање правила о начину употребе информација постаје све више приватизовано, а правна моћ да дефинише границе јавног приступа информацијама је умањена. По самој својој природи, технологија би требало да има протетски карактер: да смањи и замени недостатке пре него да их допуни (комплетира). Технологија је створена с циљем да исправи одређене мањкавости, а не да би стварала нове сличне недостатке. Употреба технологије у ауторскоправним односима је решење, односно лек за недостатак ефикасне заштите ауторских права. Међутим, да би се остварило њено пуно дејство и моћ, она је створена у одсуству ауторских права или макар прикривањем ауторских права иза диктата технологије.

Враћање изворних принципа у законодавство о ауторском праву је једино решење да би се задржала прихватљива равнотежа интереса у ауторскоправним односима и да би се технологија користила као адекватан алат и помоћ. Циљ је да примена помоћне технологије у ауторском праву постане управљање односима између технологије и ауторскоправних прописа, а не замена једног другим. Коначно, закон мора да пронађе ефикасно и уравнотежено решење за очување свих законских изузетака у ауторском праву.

Резимирајући, можемо констатовати следеће. Употреба технолошких мера заштите ауторскоправно заштићеног садржаја, осим позитивних ефеката, изазива и одређене проблеме у ауторскоправним односима. Прва последица је да се применом оваквих мера фактички проширује садржина субјективног ауторског права установљена законом у корист носилаца права, а на штету других субјеката.

Уграђивањем технолошких мера којима се спречава неовлашћено коришћење, може се догодити да искоришћавање буде онемогућено и лицима која иначе имају овлашћење да предузимају поједине радње. При томе, када је реч о уговорном овлашћењу, проблем углавном није приметан, јер се овлашћена лица (корисници) најчешће снабдевају потребним средствима за уклањање заштитних механизма (нпр. лозинкама). Међутим, са за-

конским овлашћењима (тј. ограничењима субјективног ауторског права), ствари стоје посве другачије и велика категорија субјеката је онемогућена да користи своја законска овлашћења.

Апсолутна заштита технолошких мера постоји само када је реч о умножавању у приватне сврхе: физичком лицу је дозвољено умножавање примерака објављеног дела за личне некомерцијалне потребе, уколико такво умножавање не захтева заобилажење технолошких мера или пружање или рекламирање услуге којом се то омогућава (Чл. 46 (1) у вези са чл. 208 (1) (4) и (5) српског ЗАСП-а).

Заобилажење технолошких мера искључиво ради вршења овлашћења аутора сходно законским ограничењима, сем умножавања у личне некомерцијалне сврхе, представља основ искључења одговорности за повреду ауторског права (Радовановић, 2011: 399–411).

Из наведеног произлази да заобилажење технолошких мера заштите не представља увек повреду права, јер у одређеним случајевима постоји „овлашћење“ да се предузму такве радње. Ипак, уживаоци дела најчешће не располажу технолошким вештинама или средствима потребним за заобилажење технолошких мера, због чега је неопходно да користе услуге трећих лица или да прибаве адекватна средства. Дакле, производња и стављање у промет вишенаменских уређаја код којих је омогућавање заобилажења само једна (али не примарна) функција, нису стављени ван закона. Према томе, за пружање услуга заобилажења технолошких мера без позивања на изузетке постоји одговорност.

Литература

Dusollier, S.V: Droit d'auteur et protection des oeuvres dans l'univers numérique: Larcier: 2005.

Devèze, J. L, Frayssinet, J: Droit de l'informatique et de l'Internet: PUF: 2001.

Vivant, M. et al., Lamy Droit de l'informatique et des réseaux: Lamy: 2007.

Vivant, and Jean-Louis Navarro, L. J: Code de la Propriété intellectuelle: Paris: 2016.

Koelman, K.J, Helberger, N: Protection of Technological Measures, u: Copyright and Electronic Commerce – Legal Aspects of Electronic Copyright Management: Kluwer Law International (ed. P. Bernt Hugenholtz): The Hague, London, Boston: 2000.

Marković, M. S: Pravo intelektualne svojine i informaciono društvo, Beograd, 2014.

Macrez, F: Les cumuls de droits intellectuels sur les créations informatiques: Strasbourg: 2008.

Mousseron, M.J. & Vivant, M: « Les mécanismes de réservation et leur dialectique: Le «terrain» occupé par le droit », Semaine Juridique, Cahiers de Droit de l'Entreprise: 1989/1, 2–4.

Радовановић, С: Технолошке мере у систему заштите ауторског права: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду: 1/2011: 399–411.

Спасић, В: Ауторска дела у дигиталном окружењу: Ниш: 2011.

Спасић, В: Дигитално управљање правима: Право и привреда: Београд: 2011: 4–6: 909–926.

Спасић, В: Онлајн безбедност: Зборник радова Правног факултета у Нишу: 55: 2010: 77–101.

Tasić, V. Bauer, I: Rečnik kompjuterskih termina: Beograd: 1989.

Herak, K.: Digital rights management (DRM): Zagreb: 2005.

Clark, C: „The answer to the machine is in the machine”: European Publishers Council, 2014. Retrieved 20. 6. 2016. from <http://copyright-debate.co.uk/?p=641>

Vidoje Spasić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**TECHNOLOGICAL MEASURES FOR CONTROLLING THE USE OF
COPYRIGHTED WORKS OF AUTHORSHIP IN THE INFORMATION SOCIETY**

Summary

Information technology has given rise to the problem of controlling the use of copyrighted works of authorship from their unauthorized use. In this context, one of the effective solutions is the application of technological protection measures, which are aimed at a more efficient application of the protection measures prescribed by the law.

Technological protection measures imply the use of any technology, device or component which may be aimed at preventing or restricting an unauthorized use of a protected work of authorship, which has not been approved by the author or holder of some related right. Generally, all these measures may be classified into three basic groups: technological measures aimed at controlling access, technological

measured aimed at controlling exploitation, and technological measures aimed at protecting the integrity of the work of authorship. Considering their technical characteristics and mode of application, they may be hardware-based measures, software-based measures, or a combination thereof.

Modern technology has enabled the development of digital systems which entail a controlled use of copyrighted works and facilitate obtaining licences for their exploitation. They are commonly known as digital rights management (DRM). The DRM system should provide for a compromise between safeguarding the intellectual property rights of the copyright holder, the end user privacy, and system costs. The envisaged goals are achieved by employing various cryptographic measures.

The process of developing technological protection measures is accompanied by concurrent attempts to circumvent the application of these measures. Thus, the effectiveness of these measures primarily depends on their legal protection, which has been recognized by a vast majority of legal systems, we now know the most modern legal system. However, the normative solutions are not uniform. The observed differences actually reflect problems in finding adequate forms of protection, which mostly stem from the fact that sanctions for evasion of technological measures call into question the ultimate purpose of copyright law in general.

Yet, the regulation of technological protection measures must be approached with great caution. Envisaging relevant legal protection for these measures should contribute to providing a comprehensive and stable system of copyright protection. Moreover, it is essential to ascertain the necessary balance of interest of all relevant subjects involved in that process. Technological measures for controlling the use of copyrighted works of authorship should primarily protect the authors' rights and interests; however, they certainly must encompass the legal and legitimate interests of the end-users as well as the general public, particularly considering the statutory limitations to authorship rights in favour of third parties.

Keywords: *copyrighted work of authorship, technological protection measures, digital rights management, control of use; circumvention of technological protection measures.*

Dr. Stefan Pürner,*
Deutsche Stiftung für Internationale Rechtliche
Zusammenarbeit e.v. (IRZ) Bonn, Deutschland

ОРИГИНАЛАН НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1674221P

UDK: 347.72.037(436)

Рад примљен: 30.09.2016.
Рад прихваћен: 25.10.2016.

KONTROLLE: WARUM, WANN UND WIE? EINIGE GRUNDLEGENDE PRINZIPIEN, DARGESTELLT AM BEISPIEL EINE GEWERBEUNTERSAGUNG NACH § 35 DER DEUTSCHEN GEWERBEORDNUNG

Abstrakt: Der Beitrag behandelt Fragen im Zusammenhang mit der staatlichen Kontrolle und der Reaktion auf dabei festgestellte Regelverstöße am Beispiel des § 35 der deutschen Gewerbeordnung. Diese Vorschrift ist die zentrale Normen des deutschen Rechts, auf deren Grundlage unternehmerische Tätigkeit verboten werden kann.

Einleitend wird unter anderem auf die Rolle der Rechtsprechung allgemein, aber auch im Zusammenhang mit der Überprüfung staatlicher Kontrollmaßnahmen, eingegangen. Dabei stimmt der Autor der Auffassung zu, dass in kontinentaleuropäischen Systemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle ist. Dies darf jedoch nicht zu dem Fehlschluss verleiten, dass die Rechtsprechung nicht zur Rechtsfortbildung berufen und auch verpflichtet wäre.

Diese eingehenden Ausführungen sind von Bedeutung, da sich der anschließend vorgestellte § 35 Gewerbeordnung im Laufe der Rechtsentwicklung erheblich geändert hat. Während die Vorschrift ursprünglich eine kasuistische Aufzählung von Einzelfällen enthielt, arbeitet sie heute mit einer Generalklausel. Danach ist der Begriff der (in der Vorschrift nicht näher definierten) „Unzuverlässigkeit“ das maßgebliche Tatbestandselement für das Verbot der Ausübung eines Gewerbes. Dementsprechend hat sich die Aufgabe der Gerichte bei der Behandlung entsprechender Fälle wesentlich geändert. Der Autor stellt dar, dass dies auch gerechtfertigt ist, da der Gesetzgeber kaum alle Fälle, die sich in der Praxis eignen können, voraussehen kann.

* puerner@irz.de

Besonders stellte er heraus, dass sich der deutsche Gesetzgeber dafür entschieden hat, - anders als manche Rechte in Transformationsstaaten - den Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freizustellen. Anschließend werden anhand verschiedenster Gerichtsentscheidungen Einzelfragen im Zusammenhang mit einer Untersagung nach § 35 deutsche Gewerbeordnung dargestellt. Dadurch wird aufgezeigt, in welcher Weise die deutschen Gerichte den unbestimmten Rechtsbegriff der „Unzuverlässigkeit“ mit Leben füllen. Dabei wird insbesondere herausgestellt, dass es sich bei der Feststellung der Unzuverlässigkeit um eine Prognoseentscheidung, nicht aber um eine Sanktion für früheres Verhalten, handelt. Außerdem wird darauf hingewiesen, dass die Unzuverlässigkeit immer bezogen auf das jeweilige Gewerbe festgestellt werden muss.

Schlüsselworte: *Deutsches Recht, Verbot der Gewerbeausübung, Aufgabe der Rechtsprechung, Rechtsfortbildung, Kontrolle bei Gründung und Führung eines Unternehmens.*

1. Einleitung

1.1. Allgemeines zum Begriff der „Kontrolle“ im Recht

Zentraler Begriff im Titel dieser juristischen Konferenz ist der Begriff der Kontrolle. Dieser ist kein eindeutig definierter Rechtsbegriff. Deshalb sollen der Behandlung von Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Gewerbeuntersagung (die meist das Resultat von entsprechenden Kontrollen der unternehmerischen Tätigkeit ist) einige grundsätzliche Überlegungen zum Begriff und zur Berichtigung von Kontrolle im Recht, vorangestellt werden.

Setzt man sich mit dem Wort „Kontrolle“ und seiner Herkunft auseinander, dann stößt man auf eine Bedeutungsverschiebung. Heute verstehen wir dieses Wort nämlich meist im Sinne von „Aufsicht“, also etwas, das sich in einem Verhältnis von Über- und Unterordnung ereignet. Tatsächlich geht er aber auf „*contra rolatus*“ zurück (KirchhofRdNr. 224). Dies bedeutet „Gegen- Aufzeichnung“. Es wird also ein Vergleich zwischen Soll und Ist erstellt. Ein solcher ist aber auch ohne hierarchisches Verhältnis möglich. In diese Richtung deutet auch das verwandte Lehnwort aus dem Englischen „Controlling“, das ebenso einen internen Mechanismus kennzeichnet. Der deutsche Autor P. Kirchhof spricht im Zusammenhang mit innerstaatlicher Kontrolle von (Originalbegriff in der Übersetzung in Fußnote oder in Klammer) „*staatlicher Selbstvergewisserung*“. Der Staat kontrolliert - oder bietet Möglichkeiten zur Kontrolle auch seines eigenen Handelns an - „weil er wissen möchte, „wo er steht“ bzw. ob und wie sein Recht umgesetzt wird. Die verschiedenen Kontrollmechanismen kann man in demokratische Kontrolle über

Parlamente und Parteien und rechtsstaatliche Kontrolle unterteilen (Kirchhof RdNr. 224). Die rechtsstaatliche Kontrolle kann man demselben Autor zufolge wiederum in Kontrolle durch Amtswalter als Selbstkontrolle und in Kontrolle durch Gerichte als Fremdkontrolle einteilen (Kirchhof, aaO).

1.2. Die Rolle der Gerichte (und Richter) als Organ der Kontrolle der Rechtsanwendung, aber auch der Fortentwicklung des Rechtes

Mit dem letztgenannten Punkt, nämlich der Kontrolle durch Gerichte, verbunden ist die Frage nach der Aufgabe der Rechtsprechung und damit auch dem Selbstverständnis der Richter. Diese ist für das Funktionieren dieser Kontrolle entscheidend. Dem Verfasser ist bekannt, dass in Serbien und darüber hinaus viele über diese Fragen diskutiert wird. Angesprochen werden dabei Fragen der richterlichen Selbstverwaltung, aber auch des Verhaltens der Richter in der Öffentlichkeit und im politischen Leben.

Zu diesem Komplex gehört jedoch auch die Frage nach den Kompetenzen des Richters bei der Anwendung des Gesetzes. Diesbezüglich wird oft vorgetragen, dass in kontinentalen Rechtssystemen die Rechtsprechung keine Rechtsquelle sei. Dies ist theoretisch sicher richtig. Dies bedeutet jedoch nicht, dass Gerichtsentscheidungen, vor allem solche höhere Gerichte, im kontinentalen Recht keine über die Entscheidung des Einzelfalles hinausgehende Wirkung hätten. Sie mögen nicht bindend sein, eine Leitfunktion für die Praxis haben sie doch alle Mal.

Mitunter erweckt die diesbezügliche Diskussion zumindest für Außenstehende auch den Eindruck, dass man wegen der (angeblich) „minderen“ Rolle der Richter in Kontinentaleuropa diese nicht zur *Rechtsfortbildung* berufen sieht. Diesen Eindruck gewinnt man zumindest dann, wenn in Diskussionen Richter auch in Bereichen, die auch in anderen kontinentaleuropäischen Rechtssystemen nicht ausdrücklich durch Gesetz geregelt sind, nach expliziten Vorschriften im Sinne einer Handlungsanweisung für die Falllösung verlangen.

In diesem Zusammenhang (und auch im Zusammenhang mit den nachfolgenden Ausführungen) ist die Definition der Rechtsprechung, die sich in dem bereits angesprochenen Werk von P. Kirchhof (Kirchhof, RdNr. 238) findet, von Interesse:

(Hinweis für den Übersetzer: nachfolgendes Originalzitat bitte bei der Übersetzung in die Fußnote nehmen) *“Rechtsprechung ist nicht bloßes Nachsprechen, sondern wertendes Nachdenken von Vorgeschriebenem. Die Rechtsprechung hat... zu entscheiden, wenn die Beteiligten eine sie betreffende Rechtsfrage nicht oder nicht einvernehmlich aus einer Vorschrift beantworten können. Der Richter hat den abstrakten, auf Dauer geltenden Rechtssatz in konkrete, individuelle Verbindlichkeit umzusetzen und so der*

gesetzlichen Regelung durch schöpferischen Akt Individualität, Spezialität, Gegenwartsnähe und fallgerechte Sachgerechtigkeit zu geben. Richterliche Kontrolle führt umso mehr auch zur Rechtsfortbildung, je weniger die gegenwärtigen Anfragen an das Gesetz aus dem traditionellen Verständnis beantwortet werden können....“

Diese Definition sollte dazu anregen, künftig bei Diskussionen über die Rolle der Richter genauestens zwischen einer, dem kontinentaleuropäischen Recht fremden Konzept von der Rechtsprechung als Rechtsquelle auf der einen Seite, und der richterlichen Rechtsfortbildung auf der anderen Seite zu unterscheiden. Letztere ist zentrale Aufgabe der Richter in kontinentaleuropäischen Systemen. Wer als Richter nach dem Gesetzgeber ruft, weil er sich beispielsweise scheut, einen Fall über Gesetzes- oder Rechtsanalogie zu lösen, begeht eine Rechtsverweigerung. Die nachfolgenden Ausführungen werden zeigen, dass eine lebensnahe Auslegung der Vorschriften über die Gewerbeuntersagung in Deutschland ohne richterliche Rechtsfortbildung nicht möglich gewesen wäre. Sie wollen deshalb auch einen Beitrag zur Diskussion über die Aufgaben (und Pflichten) von Richtern in einem kontinentaleuropäischen System liefern.

1.3. Grenzen für, aber auch Anforderungen an Kontrolle

Kontrolle darf nie Selbstzweck sein. Sie muss immer einen gewissen legitimen Ziel dienen. Deshalb muss der Staat bei der Einführung von Kontrollmechanismen bedächtig vorgehen. Kontrolle bedarf immer einer Rechtfertigung.

Dies ist die eine Seite der Medaille. Die andere ist, dass der Staat auch nicht zu beliebig sein darf. Der Staat hat gewisse öffentliche Aufgaben, zu denen auch Schutzfunktionen gehören. Diese kann er aber nur wahrnehmen, wenn er kontrolliert. Insbesondere hat der Staat die Aufgabe, das von ihm gesetzte Recht in der Gesellschaft zur Wirkung zu bringen (Kirchhof, aaO). Dies kann er jedoch nur, wenn er kontrolliert, inwieweit dieses Recht auch tatsächlich angewandt wird. Hierbei wird man bezüglich der Art und der Schwere der Eingriffe, mit denen der Staat dieses Ziel verfolgt und nach der Art und den Zielen der Rechtsvorschriften, deren Anwendung der Staat beaufsichtigt, unterscheiden müssen. Je wichtiger diese Ziele sind, desto schwerwiegender dürfen Kontrollmaßnahmen sein. Darüber hinaus darf Kontrolle nicht isoliert von den Sanktionen für Fehlverhalten, das dabei festgestellt wird, gesehen werden. Kontrolle an sich kann eine Grundrechtsverletzung für den Betroffenen darstellen, beispielweise wenn in seinen persönlichen Geheimnisbereich eingegriffen wird. Für die Fehlervermeidung und – beseitigung bedeutet sie jedoch für sich genommen gar nichts. Kontrolle ist diesbezüglich nur dann effektiv, wenn sie dazu bei trägt, festge-

stelltes Fehlverhalten in Zukunft auch zu vermeiden. Kontrolle muss deshalb auch mit nachfolgender Aktion verbunden sein.

1.4. Mögliche Folgen einer Kontrolle: (Vergangenheitsbezogene) Sanktion oder (zukunftsbezogene) Prävention

Allerdings ist bezüglich dieser Aktionen genau zu unterscheiden zwischen Sanktion und der Korrektur von Fehlverhalten einerseits und Prävention andererseits. Beides ist gegen Regelverstöße gerichtet, Sanktion und Korrektur sind jedoch vergangenheitsbezogen, Prävention zukunftsbezogen. Ein Staat, der ohne ausreichenden Anlass dort, wo vergangenheitsbezogene Korrekturen oder Sanktionen ausreichend wären, überflüssiger Weise zu dem Mittel einer zukunftsbezogenen Maßnahme greift, die eigentlich keine Prävention, sondern eine Sanktion darstellt, verhält sich nicht rechtsstaatlich. Dadurch wird nämlich das Verhältnismäßigkeitsprinzip (vgl. zu diesem z.B. Wienbracke, S. 148ff oder Lübke-Wolff, S. 12–17) - aus dem auch die Erforderlichkeit und Geeignetheit von Maßnahmen zur Erreichung eines bestimmten Ziele folgt, verletzt.

2. Der Entzug der Gewerbeerlaubnis nach § 35 der deutschen Gewerbeordnung (GewO)

Diese theoretische Unterscheidung lässt sich am besten an staatlichen Eingriffen in die Gewerbefreiheit Privater nach einer Kontrolle, bei der die Verletzung zwingenden Rechts durch diese Privaten bei der Ausübung des Gewerbes festgestellt wurde, darstellen. Deshalb soll dies nachfolgend am Beispiel der Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung durchgeführt werden. § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist die zentrale Normen, auf deren Grundlage in Deutschland die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten untersagt werden kann (Brüning, Überblick zu § 35 GewO).

2.1. Der Wortlaut des § 35 GewO im historischen Wandel

Diese Vorschrift hat historisch einen Wandel durchlebt, der selbst viele deutsche Juristen, die sie nur in ihrer heutigen Form kennen, überraschen würde. Dieser Wandel kann mit „Von der Kasuistik hin zum unbestimmten Rechtsbegriff“ überschrieben werden. Dadurch hat sich auch die Rolle der Rechtsprechung, also der Kontrolle der Gewerbeaufsichtsbehörden bei der Anwendung der § 35 GewO geändert.

2.1.1. § 35 GewO 1869

Die zentrale Vorschrift zur Untersagung unternehmerischer Tätigkeit findet sich seit dem Jahr 1869 in der Gewerbeordnung (die damals noch einen Gesetz des Norddeutschen Bundes war) Damals fanden sich in diesem Paragraphen Regelungen wie die folgenden:

Die Erteilung von Tanz-, Turn und Schwimmunterricht als Gewerbe darf denjenigen untersagt werden, welche wegen Vergehen oder Verbrechen gegen die Sittlichkeit bestraft sind.

Der Handel mit gebrauchten Kleidern, gebrauchten Betten oder gebrauchter Wäsche, der Kleinhandel mit altem Metallgerät oder Metallbruch (Trödel), . . ., ferner das Geschäft eines Pfandleiher kann demjenigen untersagt werden, welcher wegen aus Gewinnsucht begangener Vergehen oder Verbrechen gegen das Eigentum bestraft worden ist.

Der Gesetzgeber regelte also für bestimmte, genau bezeichnete Gewerbe (unternehmerische Tätigkeiten) die Gründe, warum eine solche Tätigkeit für die Zukunft untersagt werden konnte. Auf der Tatbestandsseite formulierte man sehr kasuistisch, ganz so als ob man sämtliche Formen des Fehlverhaltens, die ein Gewerbetreibender begehen kann, und die so schwerwiegend sind, dass man ihm das Gewerbe untersagen muss, voraussehen könnte. Man kann also von einer „geschlossenen Norm“ auf der Tatbestandsseite sprechen.

Auf der Rechtsfolgenseite werden dagegen Begriffe wie „darf untersagt werden“ und „kann ... untersagt werden“ gebraucht. Die Vorschrift liest sich also wie eine Ermessensvorschrift Auf der Rechtsfolgenseite formulierte man also ergebnisoffen.

2.1.2. § 35 GewO 2016 (in dieser Fassung seit 1974)

Fast 150 Jahre später liest sich § 35 Gewerbeordnung, der nun auch eine Überschrift – nämlich „Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit“ besitzt wie folgt:

*Die Ausübung eines Gewerbes **ist** von der zuständigen Behörde ganz oder teilweise zu untersagen, wenn Tatsachen vorliegen, welche die **Unzuverlässigkeit** des Gewerbetreibenden oder eine mit der Leitung des Gewerbebetriebes beauftragten Person in Bezug auf dieses Gewerbes dartun, sofern die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist. (Hervorhebungen durch den Verfasser)*

Die heutige Formulierung, die aus dem Jahre 1974 stammt, ist das Ergebnis einer langen Rechtsentwicklungen mit verschiedenen Zwischenstufen.

2.1.3. § 35 GewO 1960 bis 1974

Diese kann hier nicht im einzelnen dargestellt werden. Es sei jedoch darauf hingewiesen werden, dass es von 1960 bis 1974 (Marcks RdNr. 3) nicht ausreichte, dass „die Untersagung zum Schutze der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten erforderlich ist“, sondern zusätzlich gefordert wurde, dass die Unzuverlässigkeit „eine Gefährdung... mit sich bringt“. Auf den Unterschied zwischen beiden Formulierungen wird später noch zurückzukommen sein.

2.2. Die Unterschiede zwischen § 35 GewO 1869 und 1974 (= die im Jahr 2016 noch geltende Fassung)

Vergleicht man die Gesetzesformulierungen aus dem Jahr 1869 und 1974 dann fällt folgendes auf:

2.2.1. Änderungen auf der Tatbestandsseite

Der Gesetzgeber hat sich auf der Tatbestandsseite vollständig von seinem kasuistischen Ansatz verabschiedet. Er spricht nun allgemein von „Gewerbe“ und nennt nicht mehr einzelne Arten davon. Damit entfällt auch die Formulierung jeweils eigener Untersagungsgründe für diese spezifisch benannten Gewerbe. Stattdessen wird ein einziger, auf alle Gewerbe anwendbarer Versagungsgrund, nämlich die „Unzuverlässigkeit“, normiert. Dieser Begriff ist jedoch kein „hartes Tatbestandsmerkmal“, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff.

Der Gesetzgeber hat damit einen großen - und vernünftigen - Schritt getan: Er hat anerkannt, dass er nicht allwissend ist und notgedrungen der Rechtspraxis und der Rechtsprechung, die mehr Einblicke in die konkreten Einzelfall haben, die Entscheidung im Einzelfall überlassen muss. Dazu hat er sich des mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffes bedient. Dies ist freilich nicht ohne Kritik geblieben (Marcks, RdNr. 2) erscheint aber in Anbetracht der nicht vorhersehbaren Vielgestaltigkeit des praktischen Lebens sachgerechter. Die Rolle der Verwaltungsbehörde (also des Organs, das den Bürger bei der Ausübung seines Gewerbes kontrolliert), und der Gerichte (also des Organes, das die betreffende Behörde bezüglich der Anwendung dieser Vorschrift kontrolliert), wird dadurch aber komplexer. Manche würden eventuell auch sagen: Die Entscheidung wird vom Gesetzgeber auf den Richter verlagert, womit die Entscheidung weniger demokratisch legitimiert ist, als bei einer kasuistischen Vorschrift, bei der die Tatbestandsseite relativ eindeutig ist.

2.2.2. Änderungen auf der Rechtsfolgenseite

Auf der Rechtsfolgenseite dagegen formuliert er nun eindeutig eine zwingende Vorschrift. Dies erscheint auch angebracht, da es schließlich um den Schutz der Allgemeinheit oder der im Betrieb Beschäftigten. Dies sind wichtige Schutzgüter, die sich dann, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen gegeben sind, nicht gegen die betroffenen einzelne Interessen des Gewerbetreibenden abwägen lassen.

2.3. Der heutige § 35 GewO und seine Anwendung

§ 35 Gewerbeordnung und seine Anwendung in der Praxis eignen sich hervorragend, um grundlegende Dinge darüber, wie der Staat auf bedenkliche Ergebnisse von Kontrollen im Bereich der unternehmerischen Tätigkeit reagieren soll - und wohl auch muss - darzustellen. Die Materie eignet sich auch dazu, die Unterschiede zwischen *notwendiger* Reaktion und *Überreaktion* des Staates darzustellen.

2.3.1. Zeitpunkt der staatlichen Kontrolle unternehmerischer Tätigkeit

Bezüglich des Zeitpunktes, wann jemand, der eine unternehmerische Tätigkeit aufnehmen möchte, staatlich kontrolliert werden sollte, gibt es verschiedene Ansätze.

Autoritäre Systeme wie die früheren sozialistischen Systeme, neigen dazu, an Aufnahme der unternehmerischen Tätigkeit umfangreiche Anforderungen aufzustellen und diese bis ins einzelnen zu kontrollieren. Manche Relikte dieser Denkungsart finden sich noch heute in den Rechtssystemen der Transformationsstaaten. Zu nennen sind hier beispielsweise Regelungen, durch die für verschiedene unternehmerische Tätigkeiten im einzelnen der Raumbedarf, die Einrichtung der Geschäftsräume und teilweise auch die Anzahl der Beschäftigten vorgeschrieben wird, ohne dass dafür zwingenden Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr erforderlich werden. (Ein Beispiel dafür sind – zumindest nach Ansicht des Autors dieses Beitrages - Art. 2 und Art. 3 Abs.2. Pravilnika o uslovima za obavljanje sportskih aktivnosti i delatnosti, „Službeni glasnik RS“, broj 30 od 18. VI 1999.).

Das Common Law hat demgegenüber einen sehr liberalen Ansatz. Verkürzt dargestellt könnte man sagen, dass im wesentlichen der Markt das entscheidende Korrektiv ist. Wer im Rahmen seiner unternehmerischen Tätigkeiten keine Qualität liefert, wird wirtschaftlich erfolglos bleiben und deshalb vom Markt verschwinden.

Andere Rechtssysteme, wie beispielsweise das deutsche, vertreten einen Ansatz zwischen diesen beiden. Grundsätzlich ist dort die unternehmerische Tätigkeit frei. Jedoch gibt es Vorschriften durch die zur Aufnahme bestimmter Tätigkeiten, auch solche, die nicht mit der Gefahr für Leib, Leben und Vermögen anderer verbunden sind, zusätzliche Voraussetzungen verlangt werden, die zumindest nach Meinung einiger übertrieben sind. Der Meisterzwang nach der deutschen Handwerksordnung ist ein solches Beispiel (Vgl. dazu Stüben sowie – sehr kritisch –, Stieben). In diesem Spannungsfeld wird § 35 Gewerbeordnung als notwendiges Korrelat zur Gewerbefreiheit gesehen (Marcks, RdNr. 15). In der Begründung zum Entwurf des vierten Änderungsgesetzes der Gewerbeordnung (zitiert nach Marcks, RdNr. 15) heißt es, dass die Einführung einer allgemeinen und bundeseinheitlichen Regelung für die Untersagung der Ausübung

*„dem Gedanken Rechnung tragen soll, dass, entsprechend der wirtschaftspolitischen Linie der Bundesregierung, der **Beginn einer gewerblichen Tätigkeit von beschränkenden Vorschriften möglichst freigestellt sein sollte**, dass aber andererseits der Staat zum Eingreifen befugt sein muss, wenn ein Gewerbetreibender das ihm gewährte Recht der freien gewerblichen Betätigung missbraucht“* (Hervorhebung durch den Verfasser)

Im Ergebnis heißt dies, dass Gewerbetreibende grundsätzlich einen Vertrauensvorschuss genießen. Eine vorherige Kontrolle der Eignung sollte, außer natürlich in Betätigungsfeldern, in denen bei ungenügender Qualifikation große Gefahr für wichtige Rechtsgüter bestehen, nicht stattfinden. Der deutsche Gesetzgeber hat in § 35 Gewerbeordnung also grundsätzlich entschieden für:

- einen Vertrauensvorschuss gegenüber den Gewerbetreibenden
- eine Ex-post, statt eine Ex-ante Kontrolle und
- den Verzicht auf kleinliche Regelungen zur Betriebs- und Personalausstattung, in die unternehmerische Gestaltungsfreiheit der Gewerbetreibenden eingreifen.

2.3.2. Unbestimmter Rechtsbegriff statt Kasuistik und Regelbeispiele

Dadurch, dass ausschließlich der Begriff der Unzuverlässigkeit genannt wird, hat sich der deutsche Gesetzgeber nicht nur von seiner früheren „vorausschauenden“ Kasuistik verabschiedet, sondern auch darauf verzichtet, beispielhafte Regeltatbestände zu nennen (Dies war im Gesetzgebungsverfahren strittig, vergleiche dazu Marcks RdNr 23).

Er hat sich durch die Einführung eines unbestimmten Rechtsbegriffes auch dazu durchgerungen, die weitere Rechtsentwicklung und die Konkretisierung der

Anwendungsfälle der behördlichen Praxis und deren nachfolgende Kontrolle durch die Rechtsprechung anzuvertrauen. Damit hat er nach den Gewerbetreibenden auch den Behörden und der Rechtsprechung einen Vertrauensvorschuss gewährt. Diese ist umso größer, als im bundesdeutschen System - im Hinblick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung - wohl zu Recht - die Möglichkeit einer späteren verodostojnotumacenje eines Gesetzes strikt abgelehnt wird. Mit anderen Worten: Der deutsche Gesetzgeber hat sich durch diese Regelungstechnik auf seine Rolle als derjenige, der den Rahmen vorgibt, beschränkt - und sich nicht die Stellung eines antizipierten Einzelfallentscheiders angemäßt.

2.4. Der unbestimmte Rechtsbegriff der Unzuverlässigkeit

2.4.1. Von der Rechtsprechung entwickelte Definition

Zentraler Begriff des § 35 Gewerbeordnung ist derjenige der Unzuverlässigkeit. Als unbestimmter Rechtsbegriff musste er erst von der Verwaltungspraxis und dann von der Rechtsprechung näher definiert werden. Dies ist mittlerweile erfolgt. Heute ist es gesicherte ständige Rechtsprechung, dass unzuverlässig ist, wer „nach dem Gesamteindruck seines Verhaltens keine Gewähr dafür bietet, dass er sein Gewerbe in Zukunft ordnungsgemäß, d.h. entsprechend der gesetzlichen Vorschriften und unter Beachtung der guten Sitten ausüben wird“ (Brüning, S. 19 mit Hinweis auf verschiedenen Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes)

2.4.2. Prognoseentscheidung, nicht Unwertsurteil wegen Vergangenen

Daraus folgt ein weiterer, sehr wichtiger Gesichtspunkt: Da das voraussichtliche Verhalten in der Zukunft ausschlaggebend ist, ist die Feststellung der Unzuverlässigkeit eine Prognoseentscheidung. Der Umstand, dass sich jemand in der Vergangenheit als unzuverlässig erwiesen hat, alleine rechtfertigt deshalb nicht die Gewerbeuntersagung, die im übrigen immer ultimaratio ist (Markcs, RdN. 18) und im Einklang mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit stehen muss, nicht.

Ein Beispiel hierfür: Auch die Verletzung steuerlicher Pflichten stellt eine Unzuverlässigkeit dauern. Ein Steuerpflichtiger, der in der Vergangenheit keine Steuererklärungen abgegeben hat, aber angesichts der drohenden Gewerbeuntersagung einen Steuerberater beauftragt, der sämtliche ausstehenden Steuererklärungen eingereicht hat, ist dann, wenn er auch die angefallenen Steuerschulden beglichen hat, ist nicht mehr unzuverlässig. Schließlich hat er durch sein Verhalten gezeigt, dass er bereit und in der Lage ist, zukünftig seine diesbezüglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Und nur hierauf kommt es bei der zu treffenden Prognoseentscheidung an. Dafür gibt es auch rechtssystematische Gründe: Die Gewerbeuntersagung nach § 35 Gewerbeordnung ist ein Instrument

und der präventiven Verhinderung von Gefahren, keines der repressiven nachträgliche Sanktionierung von Fehlverhalten.

Wegen dies unterschiedlichen Anknüpfungspunktes es zu einer Untersagung eines Gewerbes nach § 35 Gewerbeordnung auch wieder ein Verschulden im Sinne eines moralischen oder ethnischen Vorwurfs noch einen Charaktermangel erforderlich. (Brüning aaO, unter Hinweise auf verschiedene Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts)

2.4.3. Keine allgemeines, sondern detailliert auf das jeweilige Gewerbe bezogene Prognoseentscheidung

Die Unzuverlässigkeit muss sich gerade auf das Gewerbe, das untersagt werden soll, beziehen. Es handelt sich also um eine gewerbebezogene Unzuverlässigkeit. Zur Illustration kann ein vielleicht etwas skurriler Fall aus der deutschen Gerichtspraxis dienen. Entschieden wird er vom Verwaltungsgericht Freiburg (VG Freiburg, Urteil vom 20.10.2009 3 K 838/08). Dabei war einem Gewerbetreibenden das *legale* Anbieten von *Pferdewetten* untersagt worden, da er auch *unerlaubt sonstige Sportwetten* angeboten hatte. Das Verwaltungsgericht kam zu der Auffassung, dass es diesem Fall an der gewerbebezogenen Unzuverlässigkeit fehlt, da es nicht davon überzeugt war, dass der Betreffende beim allein maßgeblichen Anbieten von Pferdewetten die Rechtsvorschriften nicht beachten würde. (Damit erklärte es das illegale Anbieten von Sportwetten nicht für rechtlich unerheblich. Es brachte lediglich zum Ausdruck, dass es nicht seine Aufgabe in diesem Verfahren war, dieses zu sanktionieren.)

Sicher kann man zu diesem Fall unterschiedlicher Meinung sein. Er zeigt jedoch deutlich, wie detailliert die deutsche Rechtsprechung bei der Beurteilung der Unzuverlässigkeit zwischen unbeachtlichem und gewerberelevantem Fehlverhalten unterscheidet. Weitere, vielleicht leichter nachvollziehbar der Fälle sind derjenige, dass die Unzuverlässigkeit für den Betrieb einer Buchhandlung oder eines Warenhauses nicht automatisch auch die Unzuverlässigkeit für den Betrieb eines Zeitungs- oder Zeitschriftenkiosks bedeutet. (Bundesverwaltungsgerichts, Beschluss vom 31.8. 1970, veröffentlicht in DÖV 19 70,825, vergleiche dazu auch Marcks 30) Schließlich stellt die Führung eines Zeitungskioskes geringere Anforderungen an den Gewerbetreibenden als diejenige eines Buchladens oder Warenhauses. Anders formuliert: Wer beim Betrieb eines Warenhauses den Überblick verliert, kann durchaus in der Lage sein, einen wesentlich kleineren Zeitschriftenkiosk zu führen. Wegen fehlender Gewerbebezogenheit wurde auch der Entzug der Gewerbeerlaubnis für einen Einzelhändler, der mit Getränken handelte, aufgrund von Verkehrsstraftaten vom Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg (Entscheidung vom 26.9.1973, Gewearchiv 19 74,135) für

unwirksam angesehen. Der hessische Verwaltungsgerichtshof (Urteil vom 19. 2. 1982, NJW 19 82,2 1459) ging sogar soweit, dass er mehrere, mit dem Privat PKW begangene Trunkenheitsdelikte nicht als ausreichend für die Entziehung der Erlaubnis zum Straßenverkehrsgewerbe ansah. Seiner Meinung nach sei aufgrund dieses privaten Verhaltens nicht ohne weiteres zu befürchten, dass der Gewerbetreibende mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit auch in seinem Gewerbe Vorschriften verletzt (Marcks 31).

Sicher muss man nicht all diesen Entscheidungen zustimmen. Deutlich dürfte aber geworden sein, dass es sich bei der Entscheidung, ob Unzuverlässigkeit vorliegt oder nicht, um eine Rechts- und nicht um eine Ermessensentscheidung handelt. Sie ist also vom Gericht in vollem Umfang überprüfbar (Marcks 24). Der Begriff der Unzuverlässigkeit ist final- und zweckorientiert und muss deshalb gewerbebezogen ausgelegt werden. § 35 ist eine wertneutrale Regelung und keine Strafvorschrift (Beschluss des hessischen Verwaltungsgerichtshof und 28019 80, Gewerbearchiv 1991)

2.4.4. Verhältnismäßigkeit und Verhalten Dritter

Einige der eben genannten Entscheidungen mögen überraschen. Sie zeigen dadurch jedoch, wie konsequent die deutsche Rechtsprechung das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Überprüfung von Fällen einer Gewerbeuntersagung durch Behörden prüft. Dieses Prinzip kommt auch zum Tragen, wenn die Zurechnung der Unzuverlässigkeit von dritten Personen zum Gewerbetreibenden zu überprüfen ist. Diese Frage stellt sich typischerweise, wenn der Stellvertreter eines Gewerbetreibenden sich unzuverlässig verhält. Grundsätzlich ist eine solche Unzuverlässigkeit dem Gewerbetreibenden zurechnen, ohne dass es darauf ankommt, ob er in eigener Person zuverlässig ist oder nicht (Ennuschat 88). Deshalb kann ein Gewerbebetreibender, dessen Stellvertreter unzuverlässig ist, einer Untersagungsverfügung nach § 35 nicht mit dem Hinweis auf seine eigene Zuverlässigkeit entkommen.

Jedoch kommt das Verhältnismäßigkeitsprinzip bei der Frage zum Tragen, welchen genauen Inhalt die Verfügung haben darf. In den beschriebenen Fällen wird nämlich meist eine Teiluntersagung, mit der dem Gewerbetreibenden verboten wird, die unzuverlässige Person als Stellvertreter zu bestellen, als milderes Mittel genügen.

Ähnliche Fragen stellen sich bei der Unzuverlässigkeit nur einzelner von mehreren Gesellschaftern, die gemeinsam ein Gewerbe betreiben. In diesen Fällen ist die Untersagungsverfügung nur an den Gesellschafter zu richten, der tatsächlich unzuverlässig ist, nicht jedoch gegen die anderen Gesellschafter. Für diese hat

die Untersagung jedoch die Wirkung, dass sie den unzuverlässigen Mitgesellschafter von der Geschäftsführung ausschließen müssen. (Ennuschat, RdNr. 299)

3. Fazit

In der vorliegenden Arbeit konnte § 35 nur in einigen Segmenten beleuchtet werden. Unabhängig davon sollten einige Grundsätze, die in Deutschland im Zusammenhang mit der Kontrolle der Gewerbeausübung bzw. insbesondere mit der, einer solchen Kontrolle nachfolgenden Prüfungen der Frage einer Gewerbeuntersagung angewandt werden, deutlich geworden sein: Diesbezüglich kann von soll folgendes hervorgehoben werden:

- Der deutsche Gesetzgeber hat seine Herangehensweise an diese Frage mehrfach geändert.
- Je demokratischer und rechtsstaatlicher das Land wurde, desto weniger versuchte der Gesetzgeber die sich in der Praxis möglicherweise stellenden Fragen vorab durch kasuistische Regelungen zu entscheiden.
- Durch seine Entscheidung für einen unbestimmten Rechtsbegriff verlagerte der Gesetzgeber (nach Auffassung des Verfassers: richtigerweise) die Kompetenz zur Entscheidung von Einzelfällen auf die Gerichte, anstatt sich dem Irrglauben des Gesetzgebers des norddeutschen Bundes von 1869 hinzugeben, er selbst können schon alle in der Praxis möglichen Fälle voraussehen.
- Eine Gewerbeuntersagung ist nur möglich, wenn sehr strenge Anforderungen erfüllt sind. Diese leiten sich im Wesentlichen aus dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ab.
- Dies führt zu einer Reihe von Einschränkungen für Behörden, die über eine Gewerbeuntersagung zu entscheiden haben.
 - » Zum einen ist die Entscheidung über eine Gewerbeuntersagung keine Ermessensentscheidung, sondern eine Rechtsfrage, die dementsprechend voll umfänglich von den zuständigen Gerichten überprüft werden können.
 - » Zum anderen ist die Frage der Unzulässigkeit wertneutrale auf die Zukunft bezogen zu entscheiden. Die Vorschrift des § 35 der deutschen Gewerbeordnung ist präventiv und darf deshalb nicht als repressive Sanktionsnorm für früheres Verhaltens missbraucht werden.

Literature

Briefs, U. (2002). *Deutsche Rückständigkeit. Alles verboten – Die deutsche Handwerksordnung gehört abgeschafft*, in: Stefan Bollmann (Hrsg.): *Patient Deutschland. Eine Therapie*. München.

Stüben, I. (2006). *Das Deutsche Handwerk – Der große Befähigungsnachweis (Meisterbrief) als Kriterium des Marktzutritts*, Hamburg.

Kirchhof, P. (2007). „Mittel Staatlichen Handelns, in Isensee / Kirchhof (Hrsg.) *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Band V: Rechtsquellen, Organisation, Finanzen...*, völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage.

Zeitschriftenbeiträge

Lübbe-Wolff. (2014). Gertrude *The Principle of Proportionality in the Case-Law of the German Federal Constitutional Court*. In: *Human Rights Law Journal*. S. 12–17.

Wienbracke, M. (2016). *Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*. In: *Zeitschrift für das Juristische Studium (ZJS)*. 2013, S. 148–155 im Internet unter http://www.zjs-online.com/dat/artikel/2013_2_681.pdf (zuletzt abgerufen am 7.10.2016)

Kommentare

Brüning, Ch. (2016). in Johann Christian Pielow (Hrsg.) *Gewerbeordnung*, München.

Ennuschat, J. (2011). in Ennuschat, Jörg/Wank, Rolf, *Gewerbeordnung (GewO). Kommentarmit Arbeitsschutz-, Arbeitszeit- und Ladenschlussrecht*, 8. Auflage, München.

Marcks, P. (2016). in Landmann / Rohmer (Hrsg.) *Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften: GewO, Band I: Gewerbeordnung – Kommentar*, München.

Gesetze

Gewerbeordnung 1869 vom 21. Juni 1869 (zitiert nach https://www.jurion.de/Gesetze/GewO_1869)

Gewerbeordnung zuletzt geändert 30.6.2016

Dr. Stefan Pürner,

Attorney-at-law,

Head of Section at the German Foundation for International Legal Cooperation

(Deutsche Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e.V. (IRZ),

Bonn, Germany

CONTROL: WHY, WHEN AND HOW? SOME GENERAL PRINCIPLES OF STATE CONTROL PRESENTED ON THE EXAMPLE OF DISQUALIFICATION FROM PERFORMING COMMERCIAL ACTIVITIES PURSUANT TO § 35 OF THE GERMAN TRADE, COMMERCE AND INDUSTRY REGULATION ACT

Summary

This paper deals with issues relating to state control and state reaction to breaches of the rules discovered, using the example of Section 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (§ 35 Gewerbeordnung, GewO). This provision is the central norm in German law, on the basis of which entrepreneurial activities can be prohibited.

In the introduction, the author provides an overview of different forms of control and discusses the role of the courts in general, but also in the context of reviewing the control measures taken by the state. The author agrees that jurisprudence (case law) is not a source of law in the countries of the European-Continental legal system. However, this should not lead to the wrong conclusion that the courts are neither qualified nor obliged to develop the law.

After the introductory remarks, the author discusses the provisions contained in § 35 of the German Trade, Commerce and Industry Regulation Act (Gewerbeordnung). This example is of particular interest as it demonstrates various general principles of state control over private activities. While the provision originally contained a casuistic enumeration of individual cases, it nowadays uses a blanket clause. Accordingly, the concept of Unzuverlässigkeit (“unreliability”, which is not defined in more detail) is the definitional element for a disqualification from the practice of commercial activities. Hence, the courts’ task in dealing with the respective cases has significantly changed, as the control process involves consideration of both public and private interests, as well as striking a fair balance between the opposing public and private interests. The author points out that this is also justified as the legislator can hardly foresee all cases to which the provision might appear in practice.

In particular, the author points out that the German legislator, unlike the legislators in some transformation states, has opted for having as few restrictions as possible at the beginning of a commercial activity. In the second part, specific issues relating to a disqualification pursuant to Section 35 of the German Trade, Commerce and

Industry Regulation Act are presented based on various court decisions. This is to show how the German courts interpret the indefinite legal term of “unreliability”. It is highlighted that the determination of unreliability is a predictive decision rather than a sanctioning of conduct in the past. Moreover, it is pointed out that unreliability always has to be determined in relation to the respective trade.

Key words: *German law, disqualification from the practice of commercial activities, development of law by courts, control during the foundation and management of an enterprise.*

II ПРИКАЗИ
