

Rechtsforschung, Rechtspolitik und Unternehmertum

Gedächtnisschrift für
Prof. Edgar Michael Wenz

Herausgegeben von

Ulrich Karpen, Ulrich Weber
und Dietmar Willoweit



Duncker & Humblot · Berlin

Rechtsforschung, Rechtspolitik
und Unternehmertum

Gedächtnisschrift für Prof. Edgar Michael Wenz



Lyra Kildes Berg

Rechtsforschung, Rechtspolitik und Unternehmertum

Gedächtnisschrift für
Prof. Edgar Michael Wenz

Herausgegeben von

Ulrich Karpen, Ulrich Weber
und Dietmar Willoweit



Duncker & Humblot · Berlin

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Rechtsforschung, Rechtspolitik und Unternehmertum :
Gedächtnisschrift für Prof. Edgar Michael Wenz /
hrsg. von Ulrich Karpen ... – Berlin : Duncker und Humblot, 1999
ISBN 3-428-09629-0

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 1999 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISBN 3-428-09629-0

Vorwort

Edgar Michael Wenz' Freunde wollten ihm zu seinem 75. Geburtstag am 6. Juli 1998 eine Festschrift überreichen. Dazu ist es nun nicht mehr gekommen. Am 13. September 1997 ist Edgar Michael Wenz gestorben. Aus der Festschrift mußte eine Gedächtnisschrift werden. Wir haben ihn gekannt und geschätzt, als Forscher, als Lehrer, als Freund, als einen bedeutenden Unternehmer. Wir legen diese Schrift in die Hände seiner Familie und stellen sie der Wissenschaft zur Verfügung.

Bis zum Schluß ist Edgar Michael Wenz schöpferisch und sehr aktiv gewesen. Er war fest in die Führung seines Unternehmens eingebunden. Und er war wissenschaftlich tätig. Wenige Wochen vor seinem Tode schickte er den Herausgebern das umfangreiche, in diesem Buche abgedruckte Manuskript „Die forschungsbegleitete Gesetzgebung“ zur kritischen Lektüre vor der Publikation. An rechtssoziologischen Fragen seit je interessiert, hatte er sich – stets neugierig – der Gesetzgebungslehre als einer praxisorientierten interdisziplinären Wissenschaft genähert. Mit politischem Gespür erkannte er die Bedeutung einer theoretisch angeleiteten und begleiteten „besseren“ Gesetzgebung, soll der überlastete Staat wieder „schlanker“ werden.

Ein exemplarisches Leben ist zu Ende gegangen, reich, arbeitsam, erfüllt. Exemplarisch insofern, als ein Mann nach dem Weltkrieg unter schwierigen Bedingungen, auch mit starker physischer Beeinträchtigung, ein großes Unternehmen aufgebaut und zum Erfolg gebracht hat, wissenschaftlich immer wieder auf sich aufmerksam gemacht hat und – was vielleicht das Wichtigste ist – eine Familie gegründet und in ihr gelebt hat, die ein Großteil seiner Arbeit fortführt und so seiner Lebensleistung Bestand verleiht.

Der unerwartete Tod des Mannes, den wir beschenken wollten und nun ehren, bietet Anlaß, diese Gedächtnisschrift zu einer „Summe“ von Edgar Michael Wenz' Leben zu machen. Sein Werk liegt nun abgeschlossen vor uns. Wie facettenreich es ist, zeigt der erste Teil dieses Buches. Er versammelt Schriften des Toten aus allen Phasen seines Lebens, von der Dissertation über das Gewererecht bis zu späten philosophischen Gedanken über „Freiheit und Eigenverantwortung“. Der große literarische Bogen zeigt einen Menschen, der – im heute nicht mehr selbstverständlichen Sinne – umfassend und „klassisch“ gebildet war. Er lebte aus den Kräften seiner Heimat – wie etwa der Beitrag über Fanny von Arnstein zeigt – und engagierte sich für sein Land und die Welt, wovon seine Gedanken über die Verantwortung für die Entwicklungsländer zeigt.

Im zweiten Teil des Buches entbieten ihm Freunde ein wissenschaftliches Gedenken. Jeder der Autoren hat Wenz gekannt. Sie haben sich bemüht, etwas von der Atmosphäre der Gespräche, dem Gedankenaustausch lebendig werden zu lassen, fortzuführen. Es liegt ihnen daran, das Anregende, Fragende, auch Entschiedene in Wenz' wissenschaftlichem Denken zum Vorschein zu bringen.

Aus beidem, Eigenem wie Gewidmetem, wird die Person von Edgar Michael Wenz noch einmal lebendig, wird es möglich, sein Gedächtnis zu bewahren. Dieses Buch wurde möglich durch die Hilfe seiner Frau, Margaretha, und seiner Familie. Edgar Michael Wenz' letzte persönliche Mitarbeiterin, Frau Irmgard Cramer hat in Arnstein, Herr stud. iur. Simon Schwarz hat in Hamburg sorgfältig und getreulich bei der Herstellung des Buches mitgeholfen. Der Inhaber des Verlages Duncker und Humblot, Herr Professor Dr. h. c. Norbert Simon, hat die Schrift in sein Verlagsprogramm aufgenommen und mit Rat und Tat bei der Fertigstellung geholfen. Ihnen allen sagen die Herausgeber Dank.

Ulrich Karpen

Ulrich Weber

Dietmar Willoweit

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Schriften von E. M. Wenz

1. Rechtswissenschaft

Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Bayern. Eine historische, dogmatische und rechtsvergleichende Darstellung	19
Wann braucht der Große Befähigungsnachweis nicht erbracht zu werden?	52
Verfahrensänderung zur Öffentlichkeitsbeteiligung bei der Genehmigung von umwelt-relevanten Großvorhaben?	55

2. Rechtssoziologie

Einführung in die theoretische Rechtssoziologie	65
Zum 100. Geburtstag von Theodor Geiger: Der heutige Diskussionsstand zur Rechts-soziologie Theodor Geigers	81
Die Reaktionstheorie – rechtstheoretische Voraussetzung für die Rechtsforschung	84
Von der Rechtsforschung zur Gesetzgebung. Gedanken zur Rechtssoziologie Theodor Geigers	93
Fragen von Naturwissenschaft und Technik an Rechtsphilosophie, Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtssoziologie	107

3. Gesetzgebung

Die forschungsbegleitete Gesetzgebung	113
---	-----

4. Wissenschaftspolitik

Können Wissenschaftsgerichtshöfe dazu beitragen, Akzeptanzkrisen der Großtechnolo-gie zu lösen?	151
Der „Science court“ – und er nützt doch!	158

Die Akzeptanzkrise als Legitimationskrise – Können „Wissenschaftsgerichtshöfe“ weiterhelfen?	165
Das Mißverständnis mit den „Wissenschaftsgerichtshöfen“	253

5. Politisches

Abgeordneten-Diäten – Der Skandal ist die Kostenpauschale	271
Ein „Wirtschaftswunder“ kann nicht versprochen, es muß erarbeitet werden	274
Die Diätenhöhe ist unbedenklich – Kostenpauschalen sind Rechtsbruch im Verfassungsrang	279
Taumelt Europa in den Justizstaat?	284
Freiheit, Sicherheit und Eigenverantwortung	288
Ökologische Marktwirtschaft – Chancen und Grenzen. Umweltschutz am Prüfstein der sozialen Marktwirtschaft	299
Vom Brot und Entwicklungshilfe	307
Unsere Aufgabe: Die Entwicklungsländer	314

6. Historisches

Michael Ignaz Schmidt als „erster deutscher Geschichtsschreiber“	325
Fanny von Arnstein – eine bedeutende Frauengestalt	333

7. Beruf

Backen und Umwelt	341
Erfahrungen mit Stikkenöfen	348
Einflußgrößen. Ermittlung von Kennzahlen für Backöfen und Backanlagen	354
Das Sicht- und Duft-Backen	373
Was es sonst noch zu sagen gäbe	382

*Teil II***Gedächtnisbeiträge***Ulrich Karpén*

Edgar Michael Wenz – Leben, Werk, Wirkung	389
---	-----

Dietmar Willoweit

Selbstbindung absoluter Herrschermacht durch Verwaltungsgesetzgebung – Eine staatssoziologische Problematik im Vorfeld der Aufklärung	403
---	-----

Marcus Jaroschek

Das Werk Max Webers in der internationalen Wissenschaft	415
---	-----

Klaus F. Röhl

Vorlagepflichten als Auslegungsverbote	445
--	-----

Gerd Habermann

Zum Thema „Politiker und Staatsmann“. Eine Skizze	457
---	-----

Carl Böhret

Reform der Staatstätigkeit durch experimentelle Rechtsetzung	465
--	-----

Klaus Adomeit

Arbeitsrecht und Ökonomie	479
---------------------------------	-----

Ulrich Weber

Begrenzung des Strafrechts durch die Toleranz und Sicherung der Toleranz durch das Strafrecht	487
---	-----

Bibliographie Edgar Michael Wenz	501
---	------------

Personenregister	507
-------------------------------	------------

Sachregister	510
---------------------------	------------

Abkürzungsverzeichnis

a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
AbgG	Abgeordnetengesetz
Abs.	Absatz
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
ARSP	Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
Art.	Artikel
atw	Atomwirtschaft – Atomtechnik. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
Aufl.	Auflage
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayVBl.	Bayrische Verwaltungsblätter
Bd.	Band
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BIM	Bundesinnenministerium
BImSchV	Verordnungen zur Durchführung des Bundes-Immissionsschutzgesetzes
BJM	Bundesjustizministerium
BReg	Bundesregierung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVR	Bundesverfassungsrichter
bzw.	beziehungsweise
d. h.	das heißt
DBT	Deutscher Bundestag
ders.	derselbe
DGG	Deutsche Gesellschaft für Gesetzgebung
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt

EAL	European Association of Legislation
ebda, ebd.	ebenda
EStG	Einkommenssteuergesetz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechtszeitung
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f, ff	folgende
F.A.Z.	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FGG	Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit
Fn., FN	Fußnote
GFA	Gesetzesfolgenabschätzung
GG	Grundgesetz
GMBL	Gemeinsames Ministerialblatt
GO	Geschäftsordnung
Hrsg.	Herausgeber
i. d. F.	in der Fassung
iwd	Informationsdienst des Instituts der deutschen Wirtschaft
Jhd.	Jahrhundert
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KFA	Kostenfolgenabschätzung
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LWaldG	Landeswaldgesetz
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PatG	Patentgesetz
Rn.	Randnummer
RTF	Rechtstatsachenforschung
s.	siehe
S.	Seite
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	unter anderem
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	von, vom

VerwArch	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Politik
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
z. B.	zum Beispiel
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
Ziff.	Ziffer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik

Teil I

Schriften von E. M. Wenz

1. Rechtswissenschaft

Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Bayern

Eine historische, dogmatische und rechtsvergleichende Darstellung

Jur. Diss. Erlangen 1951 (Auszüge)

Vorwort

Die vorliegende Arbeit mit dem Thema ‚Die Entwicklung der Gewerbefreiheit in Bayern. Eine historische, dogmatische und rechtsvergleichende Darstellung‘ kann aus zwei Gründen aktuell genannt werden.

Einmal wurde mit der Einführung des Lizenzierungsverbotes durch die US-Militärregierung um die Jahreswende 1948/49 die Problematik der Gewerbefreiheit im allgemeinen und die Art und Weise ihrer Verwirklichung im besonderen nachdrücklich in das Blickfeld der Öffentlichkeit gerückt. Der zweite Grund bezieht sich auf die mehrfach von offizieller Seite erhobene Forderung nach einem spezifisch bayerischen Verwaltungs- und Staatsrecht.

Es soll versucht werden, die geschichtliche Entwicklung der Gewerbefreiheit, namentlich in Bayern, aufzuzeigen, eine dogmatische Untersuchung der technischen Begriffe Gewerbe und Gewerbefreiheit daran zu knüpfen und endlich das neuartige Lizenzierungsverbot kritisch zu untersuchen und auf deutsche Verhältnisse abzustimmen. Dabei ist es auch möglich, jene Kräfte herauszufinden, die auf ein Eigenleben Bayerns hinwirkten.

A. Die Epoche des Zunftwesens

§ 1: Die Zeit der klassischen Zunft

Die Begriffe Zunft und Patriziat erfüllen die Geschichte der mittelalterlichen Städte⁴. An dieser Stelle soll auf die Institution der Zunft jedoch nur insoweit eingegangen werden, als diese auf die Entwicklung der Gewerbefreiheit maßgeblich einwirkt.

⁴ Vgl. Popp, a. a. O., S. 16; auch v. Rohrscheidt „Zunft bis Gew. Frh.“, S. 1 f.

Das 14. und 15. Jhd. ist der Zeitraum des klassischen Zunftwesens: in dieser Zeitspanne hat es seinen Höhepunkt erreicht⁵. Die Zünfte stellen sich hier dar als obrigkeitlich genehmigte Zwangsverbände von Unternehmen des gleichen Gewerbes. Sie besitzen Gewerbe- und Handelsmonopol, sind die Träger der Gewerbepolizei, halten in Zunft- und Gewerbesachen Gerichtsbarkeit über die Zunftgenossen und haben Autonomie hinsichtlich des Zunftrechts und des Besteuerungsrechts⁶.

Diese Rechtseinrichtungen und diese Machtstellung in der allgemeinen Rechtsordnung unterscheidet die Zunft der klassischen Zeit von der frühen Zunft. Diese trug fast ausschließlich wirtschaftlichen Charakter⁷. Der Zunftzwang stellt sich hier als ein Mittel zur Linderung wirtschaftlicher Nöte dar und hat noch nicht die Schärfe, die er in der Zeit der klassischen Zunft erhält⁸. Zusammenfassend kann von der Zunft der frühen Zeit (12. und 13. Jhd.) gesagt werden, daß sie vornehmlich dem Interesse des Konsumenten dient, wodurch wiederum rückwirkend eine Verbesserung der Lebenslage der Zunftgenossen erhofft wird.

Der Grundsatz, das Interesse des Konsumenten zu wahren, wird zwar auch in der Zeit der klassischen Zunft beibehalten, doch tauchen hier grundlegende Neuerungen für den Bereich des Produzenten auf. Nunmehr garantiert der Zunftzwang

⁵ Auf Ursprung und frühe Entwicklung des Zunftwesens soll in diesem Zusammenhang nur soweit als unbedingt erforderlich eingegangen werden.

Das Wort „Zunft“ tritt im Mittelhochdeutschen zunächst als oberdeutsche Ableitung von *zeman* (= *ziemen*) mit der Grundbedeutung: Schicklichkeit, Gesetzmäßigkeit, auf. Die mittellateinische Urkundensprache kennt es als „*zunfta monopolium, zunfta collegium*“. Die Erklärung des Wortes aus „Zusammenkunft“ ist nach *Kluge* irrig. Die wirtschaftsgeschichtliche Parallelerscheinung in Niederdeutschland wird mit „Gilde“ bezeichnet. Die Grundbedeutung dieses Wortes ist „opfern“ (angelsächsisch *geldan, altnord. gildi*). Im 11. Jhd. erhält das Wort die Bedeutung „Versammlung zum Opferschmaus“ und wird von da zu „geschlossene Gesellschaft“, „Zweckverband“. Über die Entstehung des Zunftwesens gehen die Ansichten auseinander. Überwiegend wird die Notwendigkeit eines Zusammenschlusses Gleichgesinnter und wirtschaftlich Gleichgerichteter, auch ein gewisses Selbstschutzzinteresse der gemäß der mittelalterlichen Ständeordnung gering geachteten Handwerker aufgeführt. Für die letztere Annahme spricht, daß die ersten urkundlich beglaubigten Nachweise von Zünften aus dem 12. Jhd. aus dem Bereich der kleinen Handwerker stammen (Zunftbriefe der Fischer zu Worms [1106], Schuhmacher zu Würzburg [1128], der Bettzeichenweber zu Köln [1149], der Schuhmacher [1158] und Gewandschneider [1183] zu Magdeburg.) Im 13. Jhd. sind bereits Gewerbetreibende verschiedenster Art korporativ gegliedert. (*Kluge*, a. a. O. „Zunft-Gilde“; vgl. *Popp*, a. a. O., S. 11; HWBStW „Zunftwesen“; *Schwerin*, a. a. O., S. 217 in Anm. 44 z. gl. S.; vgl. auch den anonymen Autor S. 5; *Wilda*, a. a. O., S. 314.)

⁶ *Schwerin*, a. a. O., S. 216 f.

⁷ Dies geht aus den Leitsätzen der jeweiligen Zunftbriefe hervor. So betonen die Berliner Bäcker (1272), daß sie ihre Gilde errichtet haben „wente di gesunde mensche mach nich wesen ane brod“; die Regensburger Tuchfabrikation (1259) setzte ein aus 12 Richtern bestehendes Gericht ein, „um gutes Tuch in Regensburg zu erzielen“. (HWBStW „Zunftwesen“).

⁸ Von den 7 ältesten Zunftbriefen sprechen 6 den Grundsatz des Zunftzwanges direkt aus. In der Rolle der Würzburger Schuhmacher von 1228 ist er nicht erwähnt. In der Zeit der frühen Zunft sind auch die Zünfte gegenseitig noch nicht ausschließlich abgegrenzt; Mitgliedschaft in verschiedenen Zünften ist möglich (HWBStW „Zunftwesen“).

der Gesamtheit der zunftgebundenen Gewerbetreibenden den Markt, d. h. er dient in einer Zeit wirtschaftlicher Detaillierung und damit erhöhter Marktbeschieckung dazu, dem Mitglied der Zunft, d. i. dem Handwerksmeister, den „standesmäßigen Unterhalt“ aus genügender Beschäftigung zu sichern. Damit aber ist gleichzeitig die Notwendigkeit gegeben, das Konkurrenzproblem zu lösen. Grundsatz ist nach wie vor, jedem Zunftgenossen die wirtschaftliche Existenz zu sichern. Die Sicherungsmaßnahmen erfolgen in doppelter Richtung: einmal gegen alle außerhalb der Zunft stehenden Handwerker, zum anderen gegen den Zunftnachwuchs.

Das Verfahren der Zunft gegen die außerhalb der Zunft stehenden Handwerker⁹ ist außerordentlich hart und endet in der Vernichtung ihrer Existenz¹⁰. Ziel dieser Maßnahme ist, jeden nicht zur Zunft gehörigen Handwerker vom Betrieb des Gewerbes seiner Genossen dauernd auszuschließen¹¹: Zwar werden bereits zur Zeit der klassischen Zunft aus Zweckmäßigkeitsgründen in der Bannmeile der Stadt einige wenige Gewerbetreibende belassen, ohne sie in die Zunft zu zwingen, aber weder diese Tatsache noch die Einrichtung der sog. „Freymeister“ lockert den rigorosen Zunftzwang. Ein, wenn auch primitiver, Anfang von „Gewerbefreiheit“ liegt in diesen Maßnahmen keinesfalls¹².

⁹ *Fricke*, a. a. O., S. 97: „Jedoch geht der Zunftzwang nur auf Arbeiten, die um Lohn oder auf den Kauf gemacht werden. Daher einem jeden Hausvater unverwehrt ist, für sich und sein Haus und auch umsonst für andere außer seinem Hause Arbeiten zu machen. Nur darf er zu dieser Hausarbeit keine Gesellen setzen“.

Auch *Ortloff*, a. a. O., S. 330: „Der Zunftzwang gegen Personen, die nicht zum Handwerk gehören, geht jedoch nur auf Arbeiten, die auf den Kauf oder um Lohn gemacht werden. Jedermann darf in der Regel alle Zunftarbeiten, die er zu seinem und zu seiner in seinem Hause wohnenden Familie Gebrauch nötig hat, selbst fertigen, auch darf er alles selbst machen, was er seinen Dienstboten als einen Teil ihres Lohnes zu geben hat. Es ist ferner nicht verboten, daß man die Geschicklichkeiten seiner Dienstboten zu Arbeiten, für sich und seine Familie in der Haushaltung benutzen kann. Doch darf kein Hausvater für seine Arbeiten sich eigene Gesellen setzen, – noch weniger aber Arbeiten, ohne Zuziehung eines werkverständigen Meisters übernehmen, woraus für einen dritten oder fürs Publikum Nachteil zu befürchten steht“.

¹⁰ Vgl. *Ortloff*, a. a. O., S. 329 f.

¹¹ *Popp*, a. a. O., S. 14.

¹² Vgl. *Fricke*, a. a. O., S. 98: „Obgleich der Zunftzwang sich nicht nur auf die Stadt, sondern auch auf die benachbarten Dörfer erstreckt, so werden dennoch einige unentbehrliche Handwerker, als Schuster, Schneider, Schmiede, Bäcker, Rademacher und Leineweber auf dem Lande geduldet. Von jeder Art aber darf sich nicht mehr als ein einziger im Dorfe niederlassen. Auch dürfen diese Dorfmeister selten Gesellen halten und nur um Lohn für die Dorfschaft nicht aber für auswärtige und nicht für den Kauf arbeiten. Außer den Dorfmeistern wird auch den Dorfschulmeistern wegen ihres geringen Gehalts nachgesehen, daß sie für ihre Gemeinde arbeiten dürfen“.

S. 101: „Freymeister sind diejenigen Handwerker, welche das Recht an einem Orte zu arbeiten haben, ohne in die Zunft aufgenommen zu sein. Dergleichen Freymeister setzt der Landesherr, jedoch bei geschlossenen Zünften nicht anders, als wenn die gemeine Wohlfahrt es erfordert“. Und: „Von den Freymeistern unterscheidet man die Gnadenmeister, welchen die Zunft selbst das Recht außer der Zunft zu arbeiten gegeben hat“.