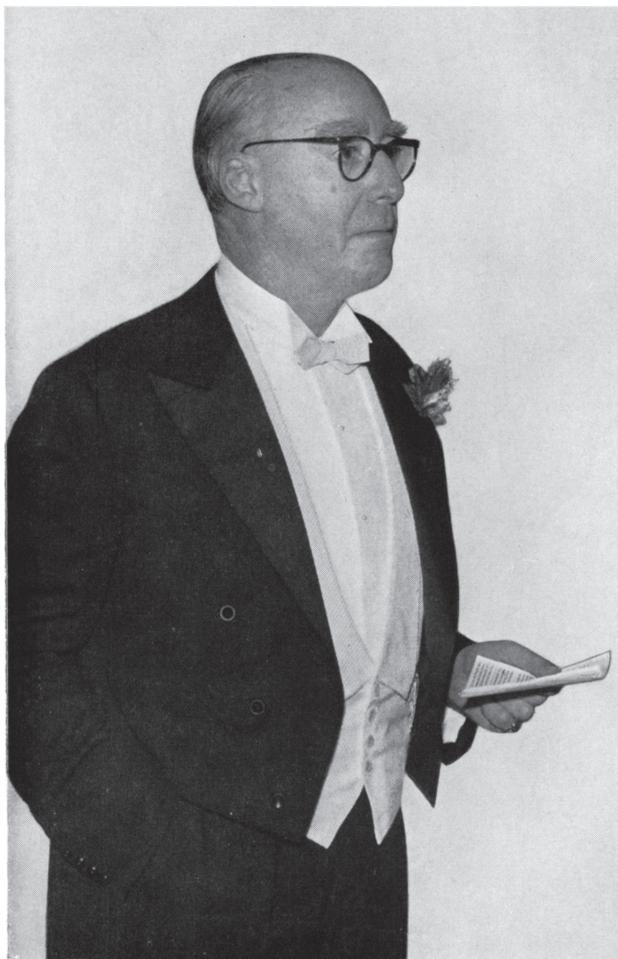


Berliner Festschrift
für Ernst E. Hirsch

Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch



Ernst Effner.

Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch

dargebracht von
Mitgliedern der Juristischen Fakultät
zum 65. Geburtstag



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

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

© 1968 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1968 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

Die Juristische Fakultät der Freien Universität Berlin betrachtet es als Ehrenpflicht, ihrem hochverdienten Mitglied Ernst E. Hirsch zum 65. Geburtstag und zu seiner Emeritierung die vorliegende Festschrift zu überreichen.

Ernst E. Hirsch wurde am 20. Januar 1902 in Friedberg (Hessen) geboren. Nach dem Studium der Volkswirtschaftslehre und der Rechtswissenschaft an den Universitäten Frankfurt a. M., München und Giessen promovierte er 1924 in Giessen zum doctor iuris; 1929 bestand er das Assessorexamen mit Auszeichnung. 1930 habilitierte er sich mit der Abhandlung „Der Rechtsbegriff ‚provision‘ im französischen und internationalen Wechselrecht“ an der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Frankfurt a. M. für Bürgerliches Recht, Handelsrecht, Deutsches Privatrecht sowie Internationales Privatrecht. Zugleich war er seit 1931 in Frankfurt a. M. als Landgerichtsrat tätig. Das Jahr 1933 brachte ihn um Dozentenstellung und Richteramt. Im selben Jahr wurde er zum ordentlichen Professor für Land- und Seehandelsrecht an der Universität Istanbul ernannt. Im Herbst 1943 übernahm er an der Rechtsfakultät Ankara den Lehrstuhl für Handelsrecht und den neu geschaffenen Lehrstuhl für Rechtsphilosophie. Seit 1950 wirkt er an der Freien Universität, zunächst als Gastprofessor, seit 1952 als ordentlicher Professor für Bürgerliches Recht, Handelsrecht und Rechtsphilosophie. Viele Jahre stand er der Universität sowie der Westdeutschen Rektorenkonferenz ehrenamtlich zur Verfügung; von 1953 bis 1955 bekleidete er das Amt des Rektors der Universität. Seit 1964 ist er Direktor des von ihm gegründeten Instituts für Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung.

Hirschs Veröffentlichungen sind gekennzeichnet durch seine Wandlung vom Rechtsdogmatiker zum Rechtssoziologen. Ausgehend von der Dogmatik des Internationalen Handels- und Wechselrechts wurde er in der Türkei vor die Problematik eines usus modernus für das dort in complexu rezipierte europäische Rechtsgut gestellt. Er wurde bald zum Berater der türkischen Regierung in Gesetzgebungsfragen und verfaßte die Entwürfe zum heutigen türkischen Handelsgesetzbuch und Urheberrechtsgesetz. In dieser Tätigkeit gewann er Einblick in die Bedeutung der Rechtssoziologie, die er in Ankara und dann an der Freien Universität in Forschung und Lehre als eigenständiges Fach vertreten hat. Von ihm stammt die erste Gesamtdarstellung der rechtssoziologischen Problematik im Sammelband „Das Recht im sozialen Ordnungsgefüge“.

In Berlin widmete sich Hirsch zunehmend Wissenschaftsgebieten, die ihm als Rechtssoziologen besonders lohnend erschienen, in erster Linie dem Urheberrecht, dem Film- und Fernsehrecht sowie dem Presserecht. Er ist Mitglied des Sachverständigenbeirats für Urheberrecht beim Bundesministerium der Justiz und war längere Zeit Vorsitzender des Vorstandes des von ihm mitbegründeten Instituts für Film- und Fernsehrecht in München. Auch das Presserecht hat Hirsch durch eigene Arbeiten sowie durch seine Tätigkeit als Mitherausgeber der Berliner Abhandlungen zum Presserecht entscheidend gefördert.

Von nicht geringerer Bedeutung war die Lehrtätigkeit, welche Hirsch an der Fakultät bewältigte. Neben der Lehre des Handelsrechts mit allen Nebengebieten widmete er sich als einziges Mitglied der Fakultät der Lehre des Bürgerlichen Rechts für Volks- und Betriebswirte. Diese betont rechtssoziologisch angelegte Vorlesung hat ihren Niederschlag in seiner „Einführung in das bürgerliche Vermögensrecht“ gefunden.

Die großen Verdienste Hirschs um Forschung, Lehre und Universitätsverwaltung verpflichten die Fakultät, die ihn seit über fünfzehn Jahren zu den ihren zählt, zu aufrichtiger Dankbarkeit; sie gilt einem Kollegen, „qui bonus hortator duxque comesque fuit“.

Inhaltsverzeichnis

Professor Dr. <i>Karl August Bettermann</i> , Berlin	
Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand	1
Professor Dr. <i>Arwed Blomeyer</i> , Berlin	
Zum relativen Verbot der Verfügung über Forderungen	25
Professor Dr. <i>Ernst Heinitz</i> , Berlin	
Zur Verfassungsmäßigkeit der Strafbestimmung gegen den groben Unfug	47
Professor Dr. <i>Roman Herzog</i> , Berlin	
Grundrechte und Gesellschaftspolitik	63
Dr. <i>Jutta Limbach</i> , Berlin	
Die Feststellung von Handelsbräuchen	77
Professor Dr. <i>Heinz Meilicke</i> , Bonn	
Korporative Versklavung deutscher Aktiengesellschaften durch Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge gegenüber in- und ausländischen Unternehmen	99
Professor Dr. <i>Klemens Pleyer</i> , Berlin	
Einflüsse der Wirtschaftsordnung auf die Rechtsfindung	127
Dr. <i>Manfred Rehbinder</i> , Berlin	
Status — Kontrakt — Rolle	141
Professor Dr. h. c. <i>Werner Sarstedt</i> , Berlin	
Beweisregeln im Strafprozeß	171
Professor Dr. <i>Karl Sieg</i> , Berlin	
Die Vererblichkeit von sozialversicherungsrechtlichen Ansprüchen	187
Professor Dr. Dr. <i>Wilhelm Wengler</i> , Berlin	
Die Gegenseitigkeit von Rechtslagen im internationalen Privatrecht	211
Professor Dr. <i>Fritz Werner</i> , Berlin	
Das Bundesbaugesetz in der Bewährung	239
Professor Dr. <i>Herbert Wiedemann</i> , Köln	
Sacheinlagen in der GmbH	257

KARL AUGUST BETTERMANN

Gewerbefreiheit der öffentlichen Hand

Beiträge zu Art. 12 I, 15, 19 III GG

Wenn wir unter dem unjuristischen und unscharfen, aber anschaulichen und gebräuchlichen Begriff der „öffentlichen Hand“ die Gesamtheit der juristischen Personen des öffentlichen Rechts verstehen, dann ist die öffentliche Hand, der „Staat“ im weitesten und vulgären Sinne, der größte Unternehmer in der Bundesrepublik, wie er auch der größte Kapitalist ist. Der Spätkapitalismus ist in bedeutendem Umfange Staatskapitalismus, die angebliche „Marktwirtschaft“ unserer Tage weitgehend eine Staatswirtschaft, die der Staat nicht nur durch hoheitliche Maßnahmen, sondern auch dadurch steuert, daß er selbst wirtschaftet. Er stellt nicht nur die „Marktpolizei“, sondern mischt sich auch „mitmarktend“ unter die Marktteilnehmer: nicht nur als Konsument und Abnehmer¹, sondern auch und vor allem als Produzent und Anbieter². Seine Marktstellung ist auf vielen Märkten so stark, daß er sie wesentlich beeinflussen kann; gerade seine erwerbswirtschaftliche Betätigung erlaubt ihm, Wirtschaftspolitik mit „marktkonformen“ Mitteln zu betreiben.

Von den zahlreichen Verfassungsproblemen, die die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates aufwirft, sollen hier zwei Fragen aus dem Problembereich des Art. 12 I GG angesprochen werden: Kann der private Unternehmer die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand mit Art. 12 bekämpfen — und kann umgekehrt ein Fiskus sich gegen hoheitliche Beschränkung seiner erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit durch Berufung auf Art. 12 zur Wehr setzen? Erlaubt oder verbietet, garantiert oder limitiert Art. 12 die Unternehmertätigkeit der öffentlichen Hand? Genießt auch der Staat Gewerbefreiheit, oder gewährt diese umgekehrt den privaten Unternehmern Schutz vor staatlicher Konkurrenz? Entspricht der Unternehmensfreiheit des Bürgers das Recht des Staates zur Ausübung oder die Pflicht zur Unterlassung unternehmerischer Betätigung?

¹ Über die Rolle des Staates als Auftraggeber vgl. *Forsthoff*, Der Staat als Auftraggeber (1963), insbesondere S. 2, 4, 13 f.

² Zum Anteil des Bundes an der Gesamtproduktion und am Gesamtindustriumsatz der Bundesrepublik vgl. Finanzbericht 1966, Anhang S. 7; 1967, Anhang S. 8, 9. Weitere Nachweise bei *Horak*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland und ihre Probleme (1964), S. 27 ff.; *Brenner* BB 1962, 727.

I. Zuvor ist klarzustellen, was hier unter „erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand“ verstanden wird: die Betätigung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Unternehmer.

1. Es scheidet also von vornherein jede hoheitliche Tätigkeit aus^{2a}, selbst wenn sie nach unternehmerischen oder betriebswirtschaftlichen Grundsätzen erfolgt und (oder) auf Gewinnerzielung gerichtet ist, wie zum Beispiel die Postverwaltung. Die erwerbswirtschaftende öffentliche Hand ist stets Fiskus. Aber die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Fiskus' ist nur ein Ausschnitt aus dem Gesamtbereich fiskalischer Tätigkeit: sie betrifft nur das unternehmerische Handeln und Verhalten. Nur der Fiskus als Produzent und Händler, nicht als Konsument, als Anbieter von Waren und Leistungen, nicht als deren bloßer Abnehmer interessiert uns. Die mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verknüpften Probleme¹ berühren offensichtlich die hier gestellten Fragen nach der grundrechtlichen Sicherung oder Begrenzung erwerbswirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nicht. Wir beschäftigen uns mit dem Staat als Unternehmer, nicht als Auftraggeber. „Erwerbswirtschaftliche Betätigung“ ist daher gleichbedeutend mit unternehmerischer Betätigung in privatrechtlichen Formen — mit Teilnahme am Privatverkehrsverkehr als Unternehmer. Es geht um die gewerbefreiheitsrechtliche Stellung des Fiskus' als Unternehmer.

2. Damit löst sich auch das scheinbar so schwierige Problem, ob und inwieweit die Handelsgesellschaften³, an denen die „öffentliche Hand“, d. h. der Fiskus beteiligt ist, zu eben dieser öffentlichen Hand hinzuzurechnen sind: ob es auf das Ausmaß der Beteiligung oder auf das Maß der Beherrschung oder Einflußnahme ankommt⁴ und welches Maß dafür maßgebend ist. Diese Fragen, die in der Diskussion über die (angebliche) Grundrechtsbindung des Fiskus meistens entweder ignoriert oder nur dilettantisch behandelt werden⁵, stellen sich uns hier nicht. Denn bereits die Beteiligung des Fiskus' an solchen Handelsgesellschaften ist eine Form unternehmerischer und damit erwerbswirtschaftlicher Betätigung. Das Problem, das Art. 12 I GG für die Unternehmen mit fiskalischer Beteili-

^{2a} Vgl. UmsatzsteuerG 1934/51 § 2 Abs. I Satz 1: „Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt“, und Abs. III: „Die Ausübung der öffentlichen Gewalt ist keine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit.“

³ i. S. des Handelsgesetzbuches und seiner Nebengesetze, also: offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft, Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Reederei, Genossenschaft, bergrechtliche Gewerkschaft.

⁴ Auch eine Minderheitsbeteiligung, zum Beispiel eine „Schachtel“, kann zur Beherrschung genügen: wenn die übrigen Anteile sich beim „Publikum“, d. h. im Streubesitz befinden.

⁵ Vgl. meine Kontroverse mit Herbert Krüger auf der Staatsrechtslehrertagung 1960, VVDStRL 19, S. 250 f., 253 f., 260 f.

gung, Beherrschung oder Einflußnahme aufwirft, besteht also nicht darin, ob solche Unternehmen die Freiheiten dieses Artikels genießen, was angesichts des privatrechtlichen Charakters dieser Unternehmen eigentlich keinem Zweifel unterliegen sollte⁶. Das eigentliche und wesentliche Problem liegt vielmehr darin, ob die öffentliche Hand, der Fiskus, in diese privatrechtlichen Unternehmensformen ausweichen und sich ausdehnen darf. Es ist sub specie Gewerbefreiheit gleichgültig, ob der Fiskus selbst und unmittelbar als Unternehmer tätig wird oder ob er dies unter Zwischenschaltung einer privatrechtlichen Handelsgesellschaft oder durch Beteiligung an ihr tut. Sollte Art. 12 I GG der unternehmerischen Tätigkeit des „Staates“ Schranken setzen oder sie gar total verbieten, dann würde das auch seine Errichtung von und seine Beteiligung an Handelsgesellschaften in gleichem Umfange hindern. Was Art. 12 I GG ihm an eigener Tätigkeit verbietet, das kann er auch nicht durch rechtlich selbständige, aber von ihm abhängige und dirigierte Unternehmer vornehmen lassen: quod per alium fecimus, ipsi fecisse videmur. Aber die grundrechtliche Beschränkung, wenn sie bestehen sollte, trifft nicht die Handelsgesellschaft, sondern den sich an ihr beteiligenden Fiskus. Beschränkungsobjekt ist die Beteiligung des Fiskus', nicht die Tätigkeit der Gesellschaft.

II. Genießt auch die öffentliche Hand die Gewerbefreiheit des Art. 12 I GG?

1. Die Unternehmerfreiheit, d. h. das subjektiv-öffentliche Recht, Unternehmer zu sein, zu werden und zu bleiben und sich unternehmerisch zu betätigen, ist eine, wenn nicht die wesentlichste Erscheinung der Gewerbefreiheit. Diese wieder ist eine Erscheinungsform der Berufsfreiheit, die Art. 12 I GG garantiert; mindestens wird sie von dieser Garantie in vollem Umfange erfaßt⁷.

⁶ Anders die wohl vorherrschende Literaturmeinung: *Dürig*, Festschrift für Apelt (1958) S. 40 und Fußn. 66; BayVBl. 1959, 201 [202]; *Maunz-Dürig* Art. 19 III Rdnr. 46; *Bachof*, Grundrechte III S. 180; *Leisner*, Grundrechte und Privatrecht (1960) S. 208 Fußn. 27a; *Zeidler* VVDStRL 19, 215; *Hamann* NJW 1951, 1423 Fußn. 23; Deutsches Wirtschaftsverfassungsrecht (1960) S. 73; *Wenzel* NJW 1961, 2102; *Feiler*, Diss. München 1963, Das Bonner Grundgesetz und die juristischen Personen als Träger von Grundrechten, S. 50 und Fußn. 3; *Dülp*, Diss. Würzburg 1964, Die Berufung juristischer Personen des öffentlichen Rechts auf Grundrechte, S. 136 Fußn. 14; *Maser*, Diss. Bonn 1964, Die Geltung der Grundrechte für juristische Personen und teilrechtsfähige Verbände S. 153—160.

Dagegen zu Recht: *Reuss*, Staatsbürger und Staatsgewalt II (1962) S. 255 [267 f.]; *Stern-Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft (1965) S. 140; *Brenner* BB 1962, 727 [728 f.]; *Feine*, Diss. Tübingen 1963, Der grundrechtliche Schutz der öffentlichen Hand, S. 81 f.

⁷ BVerfGE 7, 377 [397]; 14, 19 [22]; BVerfG NJW 1967, 974 [975]; BGHSt 4, 385 [389]; BGHZ 23, 365 [371]; BVerwGE 1, 48 [49]; 1, 92 [93]; BVerwG DÖV 1959, 61 [62]; OVG Lüneburg 4, 158 [161]; Württ.-Bad. VGH DVBl. 1952, 182 [183]; *Bachof*, Grundrechte III S. 160, 186; *v. Mangoldt-Klein* Art. 12 GG III 2 d); *Über*, Freiheit des Berufs (1952), S. 86 Fußn. 218; *Landmann-Rohmer-Eyer-*