

Verwaltung im Dienste
von Wirtschaft und Gesellschaft

Festschrift für Ludwig Fröhler

**Verwaltung im Dienste
von Wirtschaft und Gesellschaft**



G. J. Fisher

Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft

Festschrift für Ludwig Fröhler zum 60. Geburtstag

herausgegeben von

Peter Oberndorfer und Herbert Schambeck



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

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

© 1980 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1980 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61

Printed in Germany

ISBN 3 428 04612 9

Zueignung

Diese Festschrift ist einem Mann gewidmet, dessen Lebenswerk am besten mit dem Titel dieser Schrift zu kennzeichnen ist: „Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft“ war und ist das Leitmotiv des Wirkens Ludwig Fröhlers.

Ludwig Fröhler wurde am 28. April 1920 in Rohrstetten (Bayern) geboren. Im Anschluß an die Reifeprüfung (1938) studierte Ludwig Fröhler an den Universitäten Innsbruck und München Rechts- und Wirtschaftswissenschaften und legte 1940 in München das Referendar-examen ab. Nach fünf Jahren Militärdienst promovierte er 1947 zum Dr. jur. mit einer arbeitsrechtlichen Dissertation. Im gleichen Jahr unterzog er sich der Zweiten juristischen Staatsprüfung. 1948 wurde Fröhler zum Regierungsrat, 1951 zum Oberregierungsrat und 1953 zum Regierungsdirektor am Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft und Verkehr ernannt. Er war dort in verantwortlichen Funktionen tätig, lernte die Verwaltung „von innen her“ kennen und beherrschen. 1955 wurde er zum Oberverwaltungsgerichtsrat am Bayerischen Verwaltungsgerichtshof in München bestellt. Sein von jeher bestehendes wissenschaftliches Interesse fand seinen äußeren Ausdruck in der Habilitation im Jahre 1956. Drei Jahre später, 1959, nahm er seine Lehrtätigkeit als ordentlicher Professor für öffentliches Recht an der Universität Erlangen-Nürnberg auf. 1965 folgte er einer Berufung an die neugegründete Hochschule für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften in Linz/Donau, die heutige Johannes Kepler Universität, als deren Gründungsrektor er sich bleibende Verdienste erwarb. Fröhler kommt entscheidender Anteil am Aufbau und an der Profilierung dieser Universität zu. Die Stadt Linz, das Land Oberösterreich und die Republik Österreich honorierten die besonderen Leistungen Ludwig Fröhlers durch Verleihung des Ehrenringes der Stadt Linz (1968), des Großen Ehrenzeichens des Landes Oberösterreich (1972), des Großen Silbernen Ehrenzeichens der Republik Österreich (1973) und dem Österreichischen Ehrenkreuz für Wissenschaft und Kunst 1. Klasse (1980).

o. Univ.-Prof. Dr. Ludwig Fröhler ist gegenwärtig Ordinarius für öffentliches Recht und Vorstand des Instituts für Wirtschaftsrecht der Johannes Kepler Universität Linz. Er bekleidet ferner die Funktion eines wissenschaftlichen Leiters des Instituts für Kommunalwissenschaften und Umweltschutz Linz, des Ludwig Boltzmann-Instituts

für Boden- und Planungsrecht Linz und des Handwerksrechts-Instituts München; er ist Mitglied der wissenschaftlichen Leitung des Instituts für Raumordnung und Umweltgestaltung Linz und des Instituts für Arbeitsmarktpolitik Linz.

Wer mit Ludwig Fröhler zusammengearbeitet hat, weiß um den Gedankenreichtum, den Fleiß, aber auch — und nicht zuletzt — die Praktikabilität des wissenschaftlichen Œuvres des Jubilars. Seine Interessengebiete sind ebenso weitreichend wie seine Schriften zahlreich, so daß an Stelle einer detaillierten Würdigung hier nur auf das Schriftenverzeichnis verwiesen werden kann, um dessen Zusammenstellung sich Frau Gertrude Lidl, Sekretärin am Institut für Wirtschaftsrecht und langjährige treue Mitarbeiterin Ludwig Fröhlers, verdient gemacht hat.

Die vorliegende Festschrift will den Dank und die Anerkennung zahlreicher Kollegen zum Ausdruck bringen, die sich Ludwig Fröhler wissenschaftlich und menschlich verbunden fühlen. Sie will, in vier Themengruppen gegliedert, Aufsätze unter jenem Leitmotiv der Allgemeinheit vorstellen, das für das Wirken Ludwig Fröhlers bis heute bestimmend geblieben ist: Verwaltung im Dienste von Wirtschaft und Gesellschaft.

Peter Oberndorfer

Herbert Schambeck

Inhaltsverzeichnis

I. Zur verfassungsrechtlichen und -politischen Problematik heutiger Verwaltung

Erich Eyermann	
Demokratie — und „Partizipation“ des Staatsbürgers?	13
Joachim Kormann	
Rechtsstaat und Gesetzesstaat — Konsequenz oder Alternative?	23
Herbert Schambeck	
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung in Österreich	41
Reinhold Zippelius	
Dekonzentration der staatlichen und gesellschaftlichen Funktionen. Ein altes und neues Thema	59
Peter Pernthaler	
Bundesstaatsreform als Voraussetzung einer wirksamen Verwaltungs- reform	69
Wolf-Rüdiger Schenke	
Verfassungsrechtliche Grenzen gesetzlicher Verweisungen	87
Hans-Ernst Folz	
Zur Anwendbarkeit grundrechtlicher Gewährleistungen der Men- schenrechtskonvention im Europäischen Gemeinschaftsrecht	127
Hans R. Klecatsky	
Plädoyer für eine verfassungsrechtliche Harmonisierung der Regio- nalstrukturen im Alpenraum	145
Erwin Melichar	
Die Entwicklung des Naturschutzrechtes in Österreich	155

**II. Die Verwaltung als
handelnder Staat und ihre Kontrolle**

Peter Oberndorfer	
Bürgernahe Verwaltung	183
Felix Ermacora	
Zum System der Kollegialverwaltung in Österreich	197
Horst Sandler	
Rechtswidrige Antragsablehnung und verschlechternde Rechtsänderung	209
Ferdinand Kopp	
Die Beteiligung des Bürgers an „Massenverfahren“ im Wirtschaftsrecht	231
Johannes Hengstschläger	
Die „übergangene Partei“ im Verwaltungsverfahren und im Verfahren vor den Gerichtshöfen des öffentlichen Rechts	249
Manfred Zuleeg	
Die Zweistufenlehre. Ausgestaltung, Abwandlungen, Alternativen ..	275

III. Verwaltung und Wirtschaft

Bernd-Christian Funk	
Das Wirtschaftsverwaltungsrecht als Teil des Wirtschaftsrechts. Versuch einer systematischen Bestimmung	299
Peter Badura	
Richterliches Prüfungsrecht und Wirtschaftspolitik	321
Carl Hermann Ule	
Gewerberecht oder Umweltschutzrecht?	349
Karl Wenger	
Die Wirtschaftsaufsicht als Rechtsinstitut des Wirtschaftsverwaltungsrechts	373

Martin Lendi

Die Zusammenarbeit von Staat und Wirtschaft — das atypische Beispiel der schweizerischen Landesversorgung 391

Hugo J. Hahn

Bardepot und Währungsrecht 413

Franz Zehetner

Die devisenrechtlichen Auskunftsbefugnisse der Oesterreichischen Nationalbank 445

IV. Selbstverwaltung und Verbandsverwaltung

Klaus Stern

Zur Lage der kommunalen Selbstverwaltung 473

Franz-Ludwig Knemeyer

Wirtschaftsförderung als kommunale Aufgabe 493

Hans F. Zacher

Richterrecht für Verbände? Die richterrechtliche Ausprägung der Tarifautonomie in der Bundesrepublik Deutschland 509

Rudolf Strasser

Zur fachlich bedingten (= qualifizierten) Mehrfach-Kollektivvertrags-Unterworfenheit eines Arbeitgebers 537

Veröffentlichungen 543

Verzeichnis der Herausgeber und Mitarbeiter 547

**I. Zur verfassungsrechtlichen und
-politischen Problematik heutiger Verwaltung**

Demokratie — und „Partizipation“ des Staatsbürgers?

Von Erich Eyer mann

Habent sua fata libelli¹, so wird gemeinhin zitiert. Daß ich hieran — bewegt und dankbar — dachte, als diese Zeilen niederzuschreiben ich mich anschickte, bedarf sicher nicht vieler Worte angesichts einer drei Jahrzehnte überdauernden ungetrübten, harmonischen Zusammenarbeit mit dem Jubilar bei nicht eben wenigen „libelli“. Dann stellte ich fest, daß das Zitat stets verkümmert wiedergegeben wird, daß ihm der Vorspann pro captu lectoris fehlt, und da begann es zu wachsen und zu schillern: nach der Auffassungskraft, nach Begabung und Bildungsgrad² bemißt sich das Schicksal literarischen Wirkens.

Pro captu dessen, der sie anwendet, akademisch anwendet, wie dessen, der sich ihrer bedient oder zu bedienen vorgibt, wechseln auch Begriffe und Erkenntnisse ihren Inhalt, oft vom Positiven ins Negative, aber auch umgekehrt. Die Naturwissenschaften zeigen es deutlich: sie können neue ethische Werte nicht begründen, sind weder „gut“ noch „böse“, werden in solche Kategorien erst durch politische Entscheidungen gezwängt. Zu den Begriffen, deren Inhalt pro captu variiert, zählt nicht zuletzt der Begriff Demokratie³, längst zur Allerweltsmünze geworden. Radbruch sah im Relativismus die „gedankliche Voraussetzung der Demokratie“⁴. Und der Relativismus beschränkte sich bei ihm darauf, dem einzelnen „die Möglichkeiten der Stellungnahme erschöpfend vorzulegen, überläßt aber seine Stellungnahme selbst seinem aus der Tiefe der Persönlichkeit geschöpften Entschlusse —, keineswegs also seinem Belieben, vielmehr seinem Gewissen“. Der Relativismus bedeutet „Verzicht auf die wissenschaftliche Begründung letzter Stellungnahmen, nicht Verzicht auf die Stellungnahme selbst“⁵. Wie

¹ Terentianus Maurus (Ende des 3. Jahrh. n. Chr.), Carmen heroicum, Vers 258 (nach *Büchmann*, Geflügelte Worte).

² Lateinisch-Deutsches Handwörterbuch von *Karl Ernst Georges*, 9. Aufl., 1909, unter Captus.

³ Dazu *H. Weichmann*, Demokratie im Wandel der Zeit; Festschrift für Alf. Goppel, 1975, S. 114.

⁴ G. Radbruch Briefe, hrsg. von Erich Wolf, 1968, S. 280 Anm. 108 a. E.; zit. nach *Laufs*: Veritas, humanitas, iustitia (zu Radbruchs 100. Geburtstag; JuS 1978, 657).

⁵ Rechtsphilosophie, 8. Aufl., S. 93 ff.

Radbruch das Verhältnis von Demokratie zum Rechtsstaat sieht, sollte manchem unserer Superdemokraten Anlaß zum Nachdenken geben: „Demokratie ist gewiß ein preisenswertes Gut, Rechtsstaat aber ist wie das tägliche Brot, wie Wasser zum Trinken und wie Luft zum Atmen, und das Beste der Demokratie gerade dieses, daß nur sie geeignet ist den Rechtsstaat zu sichern⁶.“

Damit ist knapp, überzeugend und warm gesagt, was — wie ich meine — genau und nur für die Demokratie westlicher Prägung zutrifft. Aber ebendieselben Sätze nehmen die sogenannten Volkdemokratien, ja nahmen und nehmen Diktaturen für sich in Anspruch; das Dritte Reich ist nicht das letzte Beispiel.

Die Erscheinungen gleichen sich aber nur äußerlich. Bei den Demokratien im Sinne Radbruchs beruht die Regelung des Zusammenlebens auf der Gewissensentscheidung, die der einzelne von sich aus fällt. Bei den Demokratien anderer Färbung wird die „Gewissensentscheidung“ von außen vorgefertigt, notfalls dem einzelnen aufoktroziert. Nino del Bo, der frühere Präsident der Hohen Behörde der Montanunion, hat einmal gesagt: „Das demokratische Regime verfügt nur dann über Garantien der Überlegenheit und Dauer, wenn es in konstanter Übereinstimmung mit der gesellschaftlichen Wirklichkeit besteht⁷.“ Gesellschaftliche Wirklichkeit bedeutet hier nichts anderes als die Gesamtheit der Vorstellungen, die nach Wunsch und Willen der überwiegenden Mehrheit des Staatsvolks die Regelung des Zusammenlebens bestimmen sollen.

Entscheidend ist die überwiegende Mehrheit. Der Wandel ihrer Vorstellungen kann zu einem Wandel der Rechtsordnung führen, ohne daß diese eine förmliche Änderung erfährt. *Communis opinio facit ius*. Und es ist die Verhaltensweise lebendiger Individuen, nicht der austauschbaren Mitglieder eines Abstractums „Gesellschaft“, mit dem sich die Soziologen befassen. Deshalb ist sozialwissenschaftliche Ausbildung für Juristen geradezu eine Gefahr⁸. Den falschen Nimbus, mit dem manchenorts das Eindringen der Soziologie in die Rechtswissenschaft umgeben wird, zeigt Bettermann⁹ in aller gebotenen Deutlichkeit. Und kein Geringerer als Max Weber hat schon 1899 in seiner Heidelberger Abschiedsrede gesagt: „Das Meiste, was unter dem Namen Soziologie geht, ist Schwindel¹⁰.“ Das mag zu hart sein. Mit Nachdruck aber ist

⁶ Aphorismen zur Rechtsweisheit, hrsg. von Kaufmann, 1963, S. 51.

⁷ Zit. in Bayer. Verfassung und Bayer. Landtag 1946 bis 1971, S. 30 (Festsprache Prof. Dr. Noack am 2. 12. 1971).

⁸ Schelsky, JZ 1974, 410/414.

⁹ ArchÖR 99, 501.

¹⁰ Zit. bei Karl Jaspers: Max Weber, Deutsches Wesen im politischen Denken, im Forschen und Philosophieren, 1932, S. 53.

dem Bestreben der Soziologen entgegenzutreten, den Staat zu einem Anhängsel der Gesellschaft abzuqualifizieren. Im Gegenteil: der Staat ist es, der die Gesellschaft trägt; ohne ihn wäre sie eine unförmige Qualle¹¹. Schon seit Aristoteles weiß man, daß der Mensch von Natur aus darauf angelegt ist, in festen Bindungen zu leben, in der Familie, in der Gemeinde, im Staat: ἀνθρώπος φύσει πολιτικὸν ζῷον. Zwangsläufig ergibt sich hieraus die Pflicht, gewisse Tabus nicht zu verletzen. Darüber zu wachen, ist Aufgabe des Staates.

Von besonderem Gewicht für die einzelnen, was die vielberufene Lebensqualität angeht, wie letztlich für das Dasein des Staates selbst, ist die Übereinstimmung der Mehrheit des Staatsvolks in seiner Grundhaltung, der Mehrheit, je größer um so besser. Nun sind die Staatsbürger aber einmal in die verschiedensten Gruppen aufgesplittert — die dann, wenn es um ihre ureigensten Interessen geht, vergessen, wie sehr sie aufeinander angewiesen sind — und sie sind obendrein in nicht geringem Maße wankelmütig. Hier klar trennen zu können, was Eigensucht oder nur flüchtige Welle ist und was als Oberflächengekräusel einen Tiefenstrom anzeigt, macht die hohe Kunst aus, die vornehmlich den Politikern eigen sein sollte. Auch das hat bereits Aristoteles erkannt, wenn er verlangte, der Staatsmann müsse sich mit Seelenkunde beschäftigen¹².

Was den politisch aktiven Teil des Staatsvolks bewegt (die anderen sind nur die Mitläufer) — die „List der Vernunft“, Nus, der Weltgeist, göttliche Fügung — kann offen bleiben. Entscheidend ist, daß erfüllt wird, was bloß tauber Ton und was Eckstein einer förderlichen Zukunft sein kann.

Diese Aufgabe trifft zwar vornehmlich den Gesetzgeber. Erfüllt er sie, können die vollziehenden Gewalten (Exekutive und Judikative) ihn unterstützen. Versagt er, müssen sie versuchen, in die Bresche zu springen. All das setzt einen starken Staat voraus. Der Nachtwächterstaat¹³, der von seiner auctoritas höchstens wie ein Nachtwächter Gebrauch zu machen wagt, also der Staat im Schrumpfungszustand, wäre hilflos. Um so mehr müssen nachdrücklich Erscheinungen bekämpft werden, die die Periode der Schwäche, in die der Staat der westlichen Hemisphäre eingetreten ist¹⁴, verlängern können.

¹¹ *Wilh. Windelband*, Einleitung in die Philosophie, 1914, S. 310: Gesellschaft „ist die lockerste und wenigst organisierte“ Gemeinschaft.

¹² *Nikomachische Ethik*, S. 1102 a.

¹³ Die frühe liberale Gedankenwelt sah die Aufgabe des Staates darauf beschränkt, die Freiheit, die Sicherheit und das Eigentum des einzelnen zu schützen, verbürgte aber für diesen Schutz die volle Staatshoheit. Das Hohnwort vom „Nachtwächterstaat“ war daher für jenen „wachenden Staat“ durchaus fehl am Platz.

¹⁴ *Maunz* in *Festschrift f. Hans Schäfer zum 65. Geburtstag*, 1975, S. 18.