

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 127

Die freien Berufe im Rechtsstaat

Eine Untersuchung von Begriff und Wesen der freien Berufe und ihrer verfassungsrechtlichen Stellung nach dem Grundgesetz unter besonderer Berücksichtigung der freien Heil- und Beratungsberufe

Von

Eugen Fleischmann



Duncker & Humblot · Berlin

EUGEN FLEISCHMANN

Die freien Berufe im Rechtsstaat

Schriften zum Öffentlichen Recht

Band 127

Die freien Berufe im Rechtsstaat

**Eine Untersuchung von Begriff und Wesen der freien Berufe und ihrer
verfassungsrechtlichen Stellung nach dem Grundgesetz unter besonderer
Berücksichtigung der freien Heil- und Beratungsberufe**

Von

Dr. Eugen Fleischmann



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

Alle Rechte vorbehalten
© 1970 Duncker & Humblot, Berlin 41
Gedruckt 1970 bei Richard Schröter, Berlin 61
Printed in Germany
D 21

Meiner Mutter
Emilie Fleischmann
gewidmet

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	13
----------------	-----------

Erster Teil

Wesen und Begriff des freien Berufes

<i>A. Allgemeines</i>	16
<i>B. Der freie Beruf im Steuerrecht</i>	19
I. Gewerbesteuerfreiheit	19
II. Begriff in § 18 EStG	21
III. Merkmale freier Berufstätigkeit	22
1. Die geistige Leistung	22
a) Arten freiberuflicher Betätigung	23
aa) Die wissenschaftliche Tätigkeit	23
bb) Die künstlerische Tätigkeit	24
cc) Die schriftstellerische Tätigkeit	25
dd) Die unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit	25
ee) Der Berufskatalog des § 18 EStG und die ähnlichen Berufstätigkeiten	26
b) Das Element des „Geistigen“ in der freiberuflichen Leistung	27
c) Besondere persönliche Voraussetzungen	31
2. Wirtschaftliche Selbständigkeit	33
3. Dauer der Tätigkeit, Erwerbsabsicht	35
4. Die persönliche Leistungserbringung	35
a) Grundsätzliches	35
b) Verwendung von Hilfskräften	37
c) Verwendung sachlicher Hilfsmittel	40
5. Ergebnis: Steuerrechtlicher Begriff des freien Berufs	41
6. Relationsbegriff	43

C. Der freie Beruf in den Berufsgesetzen	43
I. Überblick über die gesetzlichen Regelungen	43
II. Nichtgewerblichkeit	45
1. Grundsätzliches	45
2. Mangelndes Gewinnstreben	46
3. Besonderes Vertrauensverhältnis	53
III. Die Freiheit des freien Berufs	54
1. Die geistig-ethische und sachliche Unabhängigkeit	54
a) Ärztliche Berufe	55
b) Rechtsanwälte	58
aa) Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts	58
bb) Der angestellte Rechtsanwalt	59
c) Wirtschaftsprüfer und Steuerberater	67
aa) Der angestellte Wirtschaftsprüfer und Steuerberater	68
α) Unabhängigkeit	69
β) Eigenverantwortlichkeit	70
bb) Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaft ..	72
2. Ständischer (sozialethischer) Berufsbegriff	74
3. Kritik der ständischen Begriffsdefinition	76
a) Sonstige „freie“ Berufstätigkeiten	76
b) Freipraktizierende Berufsträger	78
4. Die Freiheit vom Staat	80
a) Kein Staatsdienst	80
aa) Rechtsanwälte	81
bb) Ärztliche Berufe	82
b) Freies Zulassungsverfahren	86
aa) Staatliches Ermessen und objektive Zulassungsbeschränkungen	86
α) Rechtsanwalt und andere Beratungsberufe	86
β) Ärztliche Berufe	89
bb) Sonstige Versagungsgründe	89
c) Freiheit in besonderer Verantwortung	91
5. „Freier Beruf“ im Berufsrecht	92
6. Sonstige Berufe	93
a) Apotheker	93
b) Notar	95
c) Seelotse	97
d) Architekt	99
e) Hebamme	101

7. Der freie Beruf im Rechtssinn	105
a) Materialer Rechtsbegriff des freien Berufs	105
b) Mangelnde Gemeinsamkeiten aller freien Berufe	105
aa) Idealistische Berufsauffassung	106
bb) Besonderes Vertrauensverhältnis	107
cc) Verantwortung für die Allgemeinheit	107
dd) Unabhängige Berufstätigkeit	108
c) Definitionsversuche	109
d) „Freier Beruf“ als soziologischer Begriff	110
e) Zusammenfassung	111

Zweiter Teil

Die verfassungsrechtliche Stellung der freien Berufe

I. Freier Beruf und staatliche Bindung	113
1. Sozialbezogenheit und rechtliche Ordnung eines Berufs	113
2. Freier Beruf und staatsamtliche Tätigkeit	118
3. Der staatliche gebundene Beruf	119
a) Historische Entwicklung des Begriffs	119
b) Freier Beruf und staatlich gebundener Beruf	121
c) Notwendigkeit einer Begriffsbestimmung	122
aa) Historische Bedeutung	122
bb) Grundrechtliche Bedeutung	123
d) Begriff und verfassungsrechtliche Einordnung	126
aa) Rechtsprechung des BVerwG	126
bb) Rechtsprechung des BVerfG	127
cc) Schrifttum	129
dd) Eigene Stellungnahme	134
II. Freier Beruf und Berufsfreiheit	136
1. Berufsordnungen	136
2. Berufsregelungen nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG	138
a) Grundsätze des Apothekenurteils	138
b) Ausübungsregelungen im Recht der freien Berufe	141
c) Ausübungsregelungen durch Standesrecht	142
aa) Zulässigkeit, Inhalt und rechtliche Bedeutung der Standesnormen	142
bb) Gesetz in Art. 12 Abs. 1 S. 2	146
cc) Konkretisierungsgebot des Art. 80 Abs. 1 GG	147

d) Berufswahlregelungen	148
aa) Subjektive Zulassungsvoraussetzungen	148
α) Fachliche und persönliche Eignung	148
β) Bestimmtes Lebensalter	149
(1) Höchstalter	149
(2) Mindestalter	151
γ) Deutsche Staatsangehörigkeit	152
bb) Objektive Zulassungsvoraussetzungen	153
α) Bedürfnisprüfung, numerus clausus	153
β) Inkompatibilitäten	154
e) Berufsbild und Berufsfreiheit	158
3. Zukunftsaspekte der Berufsfreiheit	159
a) Zukünftige Entwicklung	159
b) Übersetzung freier Berufe	161
c) Zulassungsbeschränkungen	162
d) Situationsbezogene Interpretation des Berufsfreiheitsrechts ..	163
e) Verstaatlichung	164
aa) Begriff und Wirkung	164
bb) Voraussetzungen und Grenzen	165
cc) Freier Beruf und Verstaatlichung	167
α) Grundsätze des Apothekenurteils	167
β) Bestandsgarantie	168
γ) Besonderer Freiheitsraum	169
(1) Art. 1, 2 GG	169
(2) Andere Freiheitsgrundrechte	171
(3) Ausgestaltungs- und Bestandsschutz außerhalb Art. 12 GG	173
4. Ergebnis	173

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABl.	Amtsblatt
Amt.	Amtlich
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
BÄO	Bundesärzteordnung
Bay	Bayern, bayerisch
BB	Betriebsberater
BAG	Bundesarbeitsgericht
BBG	Bundesbeamtengesetz
BDO	Bundesdisziplinarordnung
BestOÄ	Bestellungsordnung für Ärzte
BFAOÄ	Berufs- und Facharztordnung für die deutschen Ärzte
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BFH	Bundesfinanzhof
BNotO	Bundesnotarordnung
BO/B-W	Berufsordnung der Landesärztekammer Baden-Württemberg
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BrZ	Britische Zone
BStBl.	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DB	Der Betrieb
DGerZ	Deutsche Gerichtszeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DRiG	Deutsches Richtergesetz
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
E	Entscheidung
EFG	Entscheidung der Finanzgerichte
EGH	Ehrengerichtshof oder Ehrengerichtshof für deutsche Rechtsanwälte
ESTG	Einkommenssteuergesetz
FG	Finanzgericht
FR	Finanzrundschau
GBl.	Gesetzblatt
GemVO	Gemeinsame Verordnung
GewO	Gewerbeordnung

GewStG	Gewerbsteuergesetz
GewStR	Gewerbsteuerrecht
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
HDSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften
HebammenG	Hebammengesetz
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel
i. S.	im Sinne
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
LB	Lehrbuch
LStDVO	Lohnsteuerdurchführungsverordnung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MinBlFin.	Ministerialblatt des Bundesministers für Finanzen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OVG	Oberverwaltungsgericht
PAO	Patentanwaltsordnung
PrOVG	Preußisches Oberverwaltungsgericht
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RdN	Randnote
RegBl.	Regierungsblatt
RFH	Reichsfinanzhof
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RStBl.	Reichssteuerblatt
RVerwBl.	Reichsverwaltungsblatt
SeelG	Seelotengesetz
StBG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
StuW	Steuer und Wirtschaft
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VOBl.	Verordnungsblatt
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
Z	Zeitschrift
ZgesStW	Zeitschrift für die gesamten Staatswissenschaften
ZPO	Zivilprozeßordnung

Vorwort

Die vorliegende Arbeit hat es sich zum Ziel gesetzt, die rechtliche Eigenart und verfassungsrechtliche Stellung einer Berufsgruppe darzustellen, deren Tätigkeit für den einzelnen Staatsbürger ebenso wie für Gesellschaft und Staat und damit für das Funktionieren des sozialen Ganzen entscheidende Bedeutung zukommt. Die freien Berufe waren bisher meist Gegenstand soziologischer und ökonomischer Untersuchungen. Eine vergleichende und zusammenfassende Darstellung ihres Berufsrechts, überhaupt ihres rechtlichen Erscheinungsbildes, ist bis jetzt nicht erfolgt. Auch diese Arbeit muß hier insoweit unvollständig bleiben, als sie nicht die ganze Skala freier Berufe erfassen, sondern sich im wesentlichen auf die bereits als „klassisch“ anzusehenden freien Heil- und Beratungsberufe und einige technische Berufe erstrecken wird. Die politischen und sozialen Veränderungen, die sich in Deutschland nach zwei Weltkriegen vollzogen haben, wirkten sich besonders bei diesen Berufsgruppen aus und haben nicht nur ihre gesellschaftliche und ökonomische Basis, sondern ebenso ihr Berufsrecht nachhaltig beeinflußt. Die Auffassung von einer wirtschaftlich und rechtlich weitgehend unabhängigen, ihren eigenen Gesetzen gehorchenden gesellschaftlichen Gruppe, wie sie dem politischen Liberalismus des 19. Jahrhunderts zugrunde lag, ist einer Denkart gewichen, die aufgrund der diesen Berufen zukommenden Aufgaben in Staat und Gesellschaft besonders deren soziale Verantwortung betont und sie im Hinblick auf die veränderte soziale Lage zunehmend als Objekt der Verrechtlichung und staatlichen Einflußnahme begreift. Diese Entwicklung wird besonders darin deutlich, daß viele der freien Berufe heute zugleich als sogenannte „staatlich gebundene Berufe“ aufgefaßt werden, die in eine größere Staatsnähe gerückt und damit zugleich intensiveren Staatseingriffen in die Freiheit ihrer beruflichen Betätigung ausgesetzt sind. Unter diesem Aspekt erscheint es besonders reizvoll, dem Element des „Freien“ in der Begriffskombination „freier Beruf“ und den sich daraus ergebenden rechtlichen Konsequenzen nachzugehen. Mögliche Entfaltungsrichtungen dieser Freiheit ergeben sich zum einen in bezug auf eine unabhängige Berufsausübung gegenüber den Auftraggebern der freien Berufe, zum andern aber — und hier soll der Schwerpunkt der Arbeit liegen — im Hinblick auf staatliche Einwirkungen auf die freie Berufsausübung. In

diesem Fall wird die Freiheit des freien Berufs notwendigerweise mit dem staatsgerichteten, dem „status negativus“ zugehörigen Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) konfrontiert. Daraus ergibt sich die verfassungsrechtliche Fragestellung nach dem Geltungsumfang und den Grenzen dieses Freiheitsrechts für die freien Berufe. Insbesondere taucht dabei das Problem der verfassungsmäßigen Beschränkung dieser Freiheit, wie sie Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG vorsieht, im Hinblick auf die freiberufliche Tätigkeit auf. Das Gewicht und die Bedeutung der Funktion der freien Berufe im Rechtsstaat wird bei der Bestimmung der Grenzen dieses Gemeinschaftsvorbehalts eine erhebliche Rolle spielen. Die Aufgabe der freien Berufe im Staat wird wiederum erst deutlich und hängt eng zusammen mit Wesen und Inhalt der freiberuflichen Tätigkeit. Eine begriffliche Klärung dessen, was unter rechtlichen Gesichtspunkten als „freier Beruf“ zu bezeichnen ist, muß deshalb Ausgangspunkt dieser Untersuchung sein. Daraus ergibt sich auch der Gang der folgenden Darstellung. In einem ersten Hauptteil soll versucht werden, Wesen und Begriff des freien Berufs zu erforschen und zu durchdringen. Einen Anknüpfungspunkt bietet die steuerrechtliche Behandlung freier Berufe. Im Steuerrecht haben die freien Berufe seit langem eine Sonderbehandlung erfahren, indem sie nicht zu den gewerblichen Berufen gezählt und folglich von der Gewerbesteuer freigestellt werden. Die Feststellung der Nichtgewerblichkeit dieser Berufe hängt dabei notwendigerweise vom Vorliegen bestimmter Unterscheidungsmerkmale ab, die wiederum eine positive Umschreibung des Berufsbegriffs ermöglichen könnten. Eine Analyse der verschiedenen freiberuflichen Tätigkeiten, wie sie dem Steuerrecht zugrunde liegen, erscheint daher geeignet, bestimmte Begriffsmerkmale aufzufinden, die für die Annahme eines freien Berufs konstitutiv sind. Weitere Begriffsmerkmale vermag eine vergleichende Darstellung der verschiedenen berufsgesetzlichen Regelungen zu erbringen, die zugleich die gemeinsame berufs- und standesrechtliche Relevanz der ermittelten Wesenselemente freier Berufstätigkeit hervortreten läßt und die Umschreibung eines Rechtsbegriffs des freien Berufs ermöglicht.

In einem zweiten Hauptteil sollen dann die verfassungsrechtlichen, insbesondere im Hinblick auf Art. 12 GG beachtlichen Konsequenzen der dort gewonnenen Ergebnisse dargestellt werden. Nachdem das BVerfG bei den sogenannten „staatlich gebundenen Berufen“ in seinem berühmten „Apotheken“-Urteil festgestellt hat, „je näher ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen an den ‚öffentlichen Dienst‘ herangeführt (werde)“, um so stärker könnten „Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG tatsächlich zurückdrängen“ (BVerfGE 7,

377 (398)), wird es sich zunächst fragen, inwieweit auch die hier zu behandelnden Berufe davon betroffen werden. Da einige freie Berufe, wie etwa der Arzt und der Rechtsanwalt, ebenfalls als staatlich gebundene Berufe bezeichnet werden, stellt sich die Frage nach dem Inhalt und der verfassungsrechtlichen Bedeutung dieses Begriffs und nach seinem Verhältnis zum Begriff des freien Berufs. Mit der damit zugleich angeschnittenen Frage nach dem Geltungsumfang und der Einschränkung des Berufsfreiheitsgrundrechts wird sich die Arbeit im folgenden eingehend beschäftigen. Dabei gilt es insbesondere, die Voraussetzungen staatlicher Einflußnahme auf die freiberufliche Berufsausübung und die Grenzen von Berufsregelungen deutlich zu machen. Den berufsimmanenten Freiheitserfordernissen der einzelnen freien Berufe sowie ihrer besonderen Sozialfunktion wird hierbei entscheidende Bedeutung zukommen.

Die Arbeit hat dem Fachbereich Rechtswissenschaft der Eberhard-Karls-Universität Tübingen im Wintersemester 1969/70 als Dissertation vorgelegen.

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. Thomas Oppermann, bin ich für die Betreuung der Arbeit zu großem Dank verpflichtet.

Herrn Ministerialrat a. D. Dr. J. Broermann danke ich für die Aufnahme der Schrift in sein Verlagsprogramm.

Dank schulde ich nicht zuletzt auch Fr. Gisela Pauldrach, die mir beim Durchlesen von Manuskript und Fahren wertvolle Hilfe geleistet hat.

Tübingen, im April 1970

Eugen Fleischmann