

# Inhalt

Abkürzungsverzeichnis . . . . .	11
Vorwort . . . . .	15
A. Einführung – Der Weg in die Dienstleistungsgesellschaft . . . . .	17
B. Kulturgeschichtlicher Hintergrund der Abgrenzung . . . . .	27
I. Die »artes liberales« und die Entstehung der freien Berufe . . . . .	27
II. Die geistigen Berufe in der Zeit des aufkommenden Territorialstaates . . . . .	30
III. Die französische Revolution und die Einführung der Gewerbefreiheit im Norddeutschen Bund . . . . .	32
C. Die begriffliche Abgrenzung der freien Berufe zum Gewerbe . . . . .	35
I. Die Gewerbebegriffe in der Rechtsordnung . . . . .	35
1. Der Gewerbebegriff der Gewerbeordnung . . . . .	35
2. Der steuerrechtliche Gewerbebegriff . . . . .	37
3. Der handelsrechtliche Gewerbebegriff . . . . .	38
4. Der kartellrechtliche Gewerbebegriff . . . . .	39
5. Der zivil- und verfassungsrechtliche Gewerbebegriff . . . . .	40
II. Die Abgrenzungseignung der positiven Merkmale des Gewerbebegriffs . . . . .	42
III. Die Besonderheiten freiberuflicher Tätigkeit . . . . .	43
1. Freiberufliche Wesensmerkmale . . . . .	43
2. Die einzelnen Wesensmerkmale . . . . .	48
a. Die idealistische Berufskomponente – Besondere Stellung im Sozialgefüge . . . . .	48
b. Besonderheiten in der Ausbildung und Begabung – geistige Leistung – Art und Weise der Berufstätigkeit . . . . .	53

c. Die in fachlicher Unabhängigkeit zu erbringende eigenverantwortliche und eigenpersönliche Arbeitsleistung . . . . .	56
d. Einsatz der Produktionsmittel Arbeit und Kapital . . . . .	63
e. Berufsautonome Selbstverwaltung . . . . .	65
f. Die freien Berufe in § 1 Abs. 1 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz . . . . .	68
D. Abgrenzungssignifikante Berufsbilder . . . . .	71
I. Strukturen eines Berufsbildes . . . . .	71
II. Die klassischen freien Berufe . . . . .	73
1. Der Arztberuf . . . . .	73
a. Das allgemeine Berufsbild des Arztes . . . . .	73
b. Das Kassenarzt- bzw. Vertragsarztsystem . . . . .	75
c. Die Bindung des Arztberufs in der Kammerselbstverwaltung . . . . .	77
d. Technischer Fortschritt und neue Behandlungsmethoden und -strukturen . . . . .	78
2. Der Rechtsanwalt . . . . .	80
a. Der Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege . . . . .	80
b. Berufs- und Standespflichten . . . . .	82
c. Rationalisierungs- und Spezialisierungsmöglichkeiten des Rechtsanwalts . . . . .	82
d. Zusammenfassung der maßgebenden Kriterien der beiden klassischen freien Berufe . . . . .	85
III. Freie Berufe mit unvollständigen freiberuflichen Wesensmerkmalen . . . . .	85
1. Der Notar . . . . .	88
2. Der Wirtschaftsprüfer . . . . .	91
3. Der Steuerberater . . . . .	94
4. Die Tätigkeit der Seelotsen als »echtes freies Gewerbe« . . . . .	96
5. Journalisten und Bildberichterstatter . . . . .	98
6. Beratende Volks- und Betriebswirte . . . . .	101
7. Der Heilmasseur als »ähnlicher Beruf« . . . . .	101
8. Das Berufsbild des Apothekers »als gewerblicher Freiberufler« . . . . .	102
IV. Zusammenfassung . . . . .	105
E. Der freie Beruf – soziologisches Phänomen oder rechtlich relevanter Typus? . . . . .	109

---

F. Die Relevanz der Abgrenzung des freien Berufs in den einzelnen Normbereichen . . . . .	119
I. Steuerrechtliche Abgrenzungen . . . . .	119
1. Struktur und Anwendungskriterien des § 18 Abs. 1 EStG . . . . .	119
a. Die Bestimmung der den Katalogberufen ähnlichen Tätigkeiten . . . . .	119
b. Die wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende und erzieherische Tätigkeit als freiberufliche Tätigkeit . . . . .	125
c. Einkünfte aus sonstiger selbstständiger Arbeit – § 18 Abs. 1 Nr. 2 u. 3 EStG . . . . .	129
d. Die Auswirkungen der Differenzierung im Einkommensteuerrecht . . . . .	130
2. Die Rechtslage im Umsatzsteuerrecht . . . . .	132
3. Die Gewerbesteuerbefreiung der freien Berufe . . . . .	137
a. Die preußischen Steueredikte von 1810 sowie 1820 . . . . .	138
b. Die Miquelsche Steuerreform von 1891 . . . . .	139
c. Die Weiterentwicklung der Miquelschen Steuerreform bis zur heutigen Ausgestaltung der Gewerbesteuer . . . . .	142
d. Die Handelsvertreterentscheidung des Bundesverfassungsgerichts – BVerfGE 46, S. 224 ff. . . . .	145
e. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.01.2008 – BVerfGE 120, S. 1 ff. . . . .	156
aa. Sachverhaltsdarstellung . . . . .	156
bb. Begründung der Vorlage durch das Finanzgericht Niedersachsen . . . . .	157
cc. Stellungnahmen der beteiligten Institutionen und Lobbyistenverbände . . . . .	159
dd. Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Differenzierung durch das Bundesverfassungsgericht . . . . .	159
ee. Die Äquivalenztheorie als Steuerzweck der Gewerbesteuer . . . . .	168
ff. Das Traditionsargument in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	171
gg. Der Gedanke einer Steuerbefreiung der freien Berufe als Subvention . . . . .	175
f. Die sogenannte Abfärberegulation des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG . . . . .	175
g. Das Typusdenken in der gewerbesteuerrechtlichen Verfassungsprüfung . . . . .	177

4.	Die Belastung der Justiz und die »abenteuerliche Kletterwand des Einkommensteuerrechts« . . . . .	183
II.	Die freien Berufe im Gewerberecht . . . . .	188
III.	Die Privilegierung der freien Berufe in der Baunutzungsverordnung (BauNVO) . . . . .	195
IV.	Der freie Beruf im Kartellrecht . . . . .	198
1.	Der gesetzgeberische Standort freiberuflicher Tätigkeit im Kartellrecht . . . . .	198
2.	Der Einfluss europäischen Rechts auf Kartellvereinbarungen freier Berufe . . . . .	200
3.	Der Unternehmensbegriff des GWB . . . . .	200
4.	Freiberufliche Wesensmerkmale und der Regelungszweck des GWB . . . . .	201
5.	Konkurrenz des GWB mit dem Standesrecht . . . . .	203
6.	Die Anwendbarkeit des GWB auf Künstler und Wissenschaftler . . . . .	205
7.	Berufsverbände und Berufskammern als »Kartellsünder« . . . . .	205
8.	Zusammenfassung . . . . .	206
V.	Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb als Schutzgut des § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	207
1.	Der allgemeine deliktsrechtliche Schutz des § 823 Abs. 1 BGB . . . . .	207
a.	Die Entwicklung des Unternehmensschutzes gem. § 823 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung des Reichsgerichts . . . . .	208
b.	Die vom Bundesgerichtshof geprägte heutige Rechtslage . . . . .	210
2.	Die Einbeziehung der freien Berufe in den zivilrechtlichen Unternehmensschutztatbestand »eingerichteter und ausgeübter Gewerbebetrieb« . . . . .	211
VI.	Der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und die Einbeziehung der freiberuflichen Praxis . . . . .	216
VII.	Das Handelsgesetzbuch als gewerbliches Sonderrecht des Kaufmanns . . . . .	218
VIII.	Resümee aus den Differenzierungen in den dargestellten Rechtsgebieten . . . . .	219
G.	Die Abgrenzungsfrage im Kontext des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union . . . . .	229
I.	Der freie Beruf im EU-Recht . . . . .	229

---

II.	Der Einfluss des EU-Rechts auf nationales Sonderrecht für freie Berufe . . . . .	231
1.	Fehlende Bindungswirkung des Gemeinschaftsrechts in der Gestaltung nationalen Rechts . . . . .	231
2.	Deregulierungsbestrebungen in der Europäischen Kommission – die Dienstleistungsrichtlinie der EU . . . . .	231
H.	Alternative Lösungsansätze und Reformbestrebungen . . . . .	235
I.	Die Abschaffung oder Umgestaltung der Gewerbesteuer als Reformmodell . . . . .	235
II.	Der Verzicht auf die Gewerbesteuer und Kompensationsansprüche aus dem Recht auf kommunale Selbstverwaltung . . . . .	238
	Literaturverzeichnis . . . . .	245