

Tübinger Schriften  
zum Staats- und Verwaltungsrecht

---

Band 68

# Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Gewerberecht und im Recht der Freien Berufe

Von  
Ralf Kirchesch



Duncker & Humblot · Berlin

RALF KIRCHESCH

**Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im  
Gewerberecht und im Recht der Freien Berufe**

**Tübinger Schriften  
zum Staats- und Verwaltungsrecht**

Herausgegeben von

**Wolfgang Graf Vitzthum**

in Gemeinschaft mit

**Martin Heckel, Karl-Hermann Kästner  
Ferdinand Kirchhof, Hans von Mangoldt  
Martin Nettesheim, Thomas Oppermann  
Günter Püttner, Michael Ronellenfitsch  
sämtlich in Tübingen**

**Band 68**

# Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Gewerberecht und im Recht der Freien Berufe

Zugleich ein Beitrag zum Problem  
der Einheit der Rechtsordnung

Von

Ralf Kirchesch



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät  
der Eberhard-Karls-Universität Tübingen  
hat diese Arbeit im Jahre 2001/2002  
als Dissertation angenommen.

**Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

D 21

Alle Rechte vorbehalten  
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme und Druck:  
Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0935-6061  
ISBN 3-428-10821-3

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

*Meiner Familie*

*In memoriam Adalbert W. Kirchesch*



## Zum Geleit

Für den Bereich des Steuerrechts hat sich, angeregt vor allem durch die Arbeiten *Ottmar Bühlers*<sup>1</sup>, nach und nach die Übung herausgebildet, dessen einzelne Teile vorzugsweise nach der Art der Person zu gliedern, die den jeweiligen Steuertatbestand zu verwirklichen in der Lage ist, über Steuerrechtsfähigkeit verfügt, Steuersubjekt oder Steuerschuldner sein kann. In dem von mir entwickelten System<sup>2</sup> begegnen dem Leser so in erster Linie diejenigen Steuern, für die, wie namentlich für die Einkommensteuer<sup>3</sup>, aber weiter etwa auch für die Zweitwohnungsteuer<sup>4</sup>, nur die natürliche Person oder der Mensch steuerfähig ist, in zweiter Linie dann die Steuern, für die, Hauptbeispiel ist sicher die Körperschaftsteuer<sup>5</sup>, im wesentlichen nur die juristische Person über die Steuerfähigkeit gebietet, und schließlich, in dritter Linie, noch die Steuern, in deren Fall es, genannt seien hier nur die Gewerbesteuer, die Umsatzsteuer und die Mineralölsteuer<sup>6</sup>, so aussieht, daß mit der steuerlichen Rechtsfähigkeit neben der natürlichen und der juristischen Person auch die wichtigsten nicht-rechtsfähigen Gebilde, die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die OHG, die KG, ausgestattet sind, Steuern, deren persönlicher Tatbestand es mir schon vor Jahren geraten erscheinen ließ, sie schlicht die „Jedermannsteuern“ zu nennen<sup>7</sup>. Für den Bereich des Gewerberechts, und, an dieses anknüpfend, des Rechts der Freien Berufe, stehen, soweit ersichtlich, Systemansätze wie dieser bisher noch aus, ist noch niemand auf den Gedanken gekommen, so etwas wie ein gewerbliches oder freiberufliches Personenrecht zu entfalten. Die Aufgabe des Verf. der vorliegenden Arbeit, bis zu meiner Emeritierung Wissenschaftliche Hilfskraft an meinem Bochumer Lehrstuhl, sollte es sein, einen Beitrag dazu, daß es bei diesem Versäumnis nicht bleibt, zu leisten. Wie steht es, das zumindest sollte er einmal darzulegen versuchen, um die Regeln, nach denen die hier einschlägigen Gesetze die Rechtsfähigkeit der verschiedenen Arten der Han-

---

<sup>1</sup> *Bühler*, Lehrbuch des Steuerrechts Bnd. 1 1927, 120 ff.: „Personenrecht“.

<sup>2</sup> *Bayer*, Steuerlehre, Rdn. 457 ff.; vgl. auch schon *ders.*, FR 1985, 339 ff.

<sup>3</sup> *Bayer*, Steuerlehre, Rdn. 461, vgl. auch schon *ders.*, BB 1991, 421 ff., 517 ff.

<sup>4</sup> *Bayer*, Steuerlehre, Rdn. 463, dazu jetzt auch BVerwG v. 27. 9. 2000, ZKF 2001, 11 f. („Eine juristische Person kann nicht zur Zweitwohnungssteuer herangezogen werden.“)

<sup>5</sup> *Bayer*, Steuerlehre, Rdn. 470; ferner etwa *Pach-Hanssenheimb*, Die Verstrickung von Wirtschaftsgütern in die deutsche Steuerhoheit, 1991, 14 ff., 30.

<sup>6</sup> *Bayer*, Steuerlehre, Rdn. 485 ff.; zur Gewerbesteuer auch schon *H. Müller*, Die persönliche und die sachliche Gewerbesteuerpflicht unter besonderer Berücksichtigung von Beginn und Ende der Steuerpflicht, Jur. Diss. Tübingen 1986.

<sup>7</sup> *Bayer*, Die Liebhaberei im Steuerrecht, 1981, 119, 125 (m. w. N.).



delsgesellschaft behandeln, die hierher gehörigen Gewerbebesetze deren Gewerbefähigkeit, die hierher gehörigen (Frei-)Berufs- oder Standesgesetze deren Berufsfähigkeit.

Der Verf. zerlegt seine Untersuchungen in, wie ich sagen würde, zwei große Teile, einen Allgemeinen und einen Besonderen. Im Rahmen seines Allgemeinen Teils geht der Verf., in einem ersten Abschnitt, der Frage nach, wer aus dem Blickwinkel des Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG als berufsfähig zu gelten hat, ob dazu neben dem Menschen, „dem Urbild des Berufstätigen“, auch die Personenhandelsgesellschaft und die Kapitalgesellschaft zu zählen sind; beides soll, im Einklang mit dem BVerfG, in mehr oder weniger hohem Maß anzunehmen sein. Es schließen sich dem, in einem zweiten Abschnitt, Ausführungen mit dem Ziele an, nacheinander für die natürliche Person, die Personenhandelsgesellschaft und die Kapitalgesellschaft zu klären, ob und inwieweit sie dazu befähigt sind, ausgestattet mit den Insignien eines Kaufmanns ein Handelsgewerbe i.S. des § 1 HGB zu betreiben. Vor dem Hintergrund der Gesellschaftsrechtsdogmatik der letzten gut einhundert Jahre versteht sich von selbst, daß die Arbeit hier einen besonders kritischen Punkt da erreicht, wo im Zusammenhang mit der OHG und der KG zu entscheiden ist, wem bei näherem Hinsehen die Rolle des Kaufmanns zufällt, nur der Gesellschaft, nur dem einzelnen Gesellschafter oder gar beiden<sup>8</sup>. Um an dieser Stelle nur noch so viel zu sagen – für den Verf. ist die Gesellschaft, ist die OHG oder KG, der Kaufmann, der einzelne Gesellschafter ist es selbst für den Fall einer zweigliedrigen OHG nicht.

Der Besondere Teil der vorliegenden Arbeit, alles in allem schon seinem äußeren Umfang nach deren Kernstück, setzt sich aus drei Abschnitten zusammen, einen dem Gewerberecht der GewO, einen dem Gewerberecht der sog. gewerberechtlichen Nebengesetze und einen dem Recht der Freien Berufe gewidmeten. Innerhalb des gewerbeordnungsrechtlichen Abschnitts geht es dem Verf., wie sollte es auch anders sein, vor allem darum, den Begriff des „Jedermann“ i.S. des § 1 GewO auszumünzen, historisch wie systematisch nachzuweisen, daß die GewO es mit seiner Hilfe, im Ergebnis ähnlich wie das GewStG und das HGB, versteht, sowohl die natürliche Person wie auch alle Handelsgesellschaften in den Genuß der ihr eigentümlichen Rechtsfähigkeit zu bringen. Für den zweiten, den gewerbenebengesetzlichen Abschnitt ist charakteristisch, daß der Verf. mit ihm die natürliche Person aus seinem Blickfeld streicht, sein Augenmerk jetzt nur noch auf die Frage richtet, wie es nach der HwO, nach den Gesetzen über die gewerbliche Personen- und Güterbeförderung, nach dem KWG und nach dem GastG um die Gewerbesubjektivität zum einen der Personenhandelsgesellschaft und zum anderen der Kapitalgesellschaft steht. Und schließlich, was noch den dritten, den freiberufsrechtlichen Abschnitt anbetrifft: Der Verf. benutzt ihn, um dem Leser vor allem am Beispiel des Apothekers, des Wirtschaftsprüfers, des Steuerberaters und des

---

<sup>8</sup> Vgl. jetzt BGH v. 29. 1. 2001, NJW 2001, 1056 ff. und dazu statt vieler *Abel / Eitzert*, DZWIR 2001, 353 ff.

Rechtsanwalts vor Augen zu führen, daß das Personenrecht der freien Berufe sich zunehmend dem der Gewerbetreibenden nähert, die Kapitalgesellschaft heute nicht mehr nur den Maschinenbau, sondern genauso auch die Rechts- und Steuerberatung zum Inhalt ihres „Berufes“ machen darf. Das freiberufliche nicht anders als das gewerbliche Personenrecht ein Recht, das den Menschen aus dem Auge zu verlieren beginnt!

Die Arbeit hat der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen im Wintersemester 2001 / 2002 als Dissertation vorgelegen. Ich, in meiner Eigenschaft als Erstgutachter, habe sie mit „magna cum laude – summa cum laude“, bewertet, Herr Kollege *Püttner*, dieser in seiner Eigenschaft als Zweitgutachter, hat ihr die Note „magna cum laude (obere Grenze)“ erteilt. Herr Kollege *Graf Vitzthum*, mir aus vielen Jahren des gemeinsamen Wirkens an der Eberhardina-Carolina ein enger Freund, hat sich ohne jeden Vorbehalt bereit erklärt, die Arbeit in die von ihm betreute Reihe der „Tübinger Schriften zum Staats- und Verwaltungsrecht“ aufzunehmen. Dank dafür auch von meiner Seite!

Bochum / Tübingen, im März 2002

*Hermann-Wilfried Bayer*



## Vorwort

Diese Arbeit widmet sich der Frage, inwieweit das Wirtschaftsverwaltungsrecht, beschränkt auf das Gewerberecht und das Freiberuflerrecht, dem Umstand Rechnung trägt, daß der Mensch nicht mehr überwiegend in seiner Eigenart als Einzelkaufmann oder Einzelgewerbetreibender einerseits und als Freiberufler andererseits einen Beruf ausübt, sondern sich mit zunehmender Tendenz mit anderen Menschen zur gemeinsamen Berufsausübung in einer Gesellschaftsform zusammenschließt, diese entweder als Personengesellschaft oder als Kapitalgesellschaft gegründet wird. Derart soll ein Wechsel stattfinden: Das Subjekt des jeweiligen Berufsrechts soll nicht länger der Mensch, sondern vielmehr die Gesellschaft sein. Wie sich zeigen wird, steht dem im Gewerberecht solange nichts entgegen, wie der Gesetzgeber nicht ausdrücklich die Handelsgesellschaft aus dem Kreis der Berufsausübenden ausgenommen hat. Im Recht der Freien Berufe gilt etwas anderes. Hier kann die Gesellschaft nur dann „die“ Berufsausübende sein, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich so vorsieht und die dafür erforderlichen Rahmenbedingungen geschaffen hat.

Ich habe zuerst meinem Doktorvater Herrn Prof. Dr. iur. *Hermann-Wilfried Bayer* an dieser Stelle dafür Dank zu sagen, daß er mich zu der hier vorliegenden Untersuchung angeregt und mir die Möglichkeit eröffnet hat, an seinem Bochumer Lehrstuhl für Öffentliches Recht/Steuerrecht mitzuarbeiten. Ich danke zudem Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h.c. *Günter Püttner* für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens, des weiteren Herrn Prof. Dr. iur. Dr. h.c. *Wolfgang Graf Vitzthum* für die Aufnahme meiner Arbeit in diese Schriftenreihe. Den größten Dank schulde ich meiner Frau *Ulrike*, die mich während der Entstehungszeit der Arbeit immer wieder motiviert hat, die dafür selbstlos ihre eigenen Interessen hinter meine zurückgestellt hat, die sich der mühseligen Arbeit des Korrekturlesens unterzogen und schließlich der nicht weniger mühseligen Herausforderung gestellt hat, mich von der Richtigkeit ihrer berechtigten Kritik zu überzeugen.

Die Arbeit wurde im Wintersemester 2001/2002 von der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen als Dissertation angenommen, das Manuskript dazu ist im wesentlichen zum 30. September 2000 abgeschlossen worden.



# Inhaltsübersicht

<b>Einleitung</b>	35
A. Die Problemstellung .....	35
B. Der Gang der Untersuchung .....	37
C. Die Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes .....	38
<i>Teil 1</i>	
<b>Die Grundlagen der Untersuchung</b>	40
A. Die Berufsfähigkeit im verfassungsrechtlichen Sinn .....	40
I. Die geschichtliche Entwicklung der Berufsfreiheit .....	41
II. Der Schutzbereich des Art. 12 GG in subjektiver und sachlicher Hinsicht ....	42
III. Die Berufsfähigkeit i.e.S. unter Berücksichtigung der „Berufsbildlehre,, .....	54
B. Die Kaufmannsfähigkeit im handelsrechtlichen Sinn .....	56
I. Die geschichtliche Entwicklung des Handelsgewerbes .....	57
II. Der subjektive Anwendungsbereich: Die Normadressaten des Handelsrechts .	63
III. Der sachliche Anwendungsbereich: Der Gewerbebegriff des Handelsrechts ..	77
C. Zwischenergebnis .....	80
<i>Teil 2</i>	
<b>Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Gewerberecht</b>	81
A. Die Berufsfähigkeit im Recht der Gewerbeordnung .....	81
I. Die geschichtliche Entwicklung der Gewerbebefreiheit .....	81
II. Der subjektive Anwendungsbereich: Der „Jedermann-Begriff“ der GewO ....	85
III. Der sachliche Anwendungsbereich: Der Gewerbebegriff des Gewerberechts	132

B. Die Berufsfähigkeit im Besonderen Gewerberecht .....	133
I. Die Gewerbefähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	134
II. Die Gewerbefähigkeit der Kapitalgesellschaft .....	179

### *Teil 3*

<b>Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Recht der Freien Berufe</b> .....	220
A. Die Entstehung „des“ Freien Berufs und seine Ausgestaltung am Beispiel des Rechtsanwalts und des Apothekers .....	220
I. Von den „artes liberales“ zu den „Freien Berufen“ .....	221
II. Die Entwicklung des Berufsstandes des Rechtsanwalts .....	223
III. Die Entwicklung des Berufsstandes des Apothekers .....	230
B. Die Freiberuflerfähigkeit des Menschen .....	235
I. Die Wesensmerkmale der Freien Berufe in der Literatur und ihre Abgrenzung zum Gewerbe durch die Rechtsprechung .....	235
II. Die Berufsfähigkeit des Menschen im Recht der Freien Berufe .....	253
III. Zwischenergebnis .....	254
C. Die Freiberuflerfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	255
I. Die Personenhandelsgesellschaft im Grenzbereich zwischen Freiem Beruf und Gewerbe .....	255
II. Die Personenhandelsgesellschaft im Recht der Freien Berufe .....	267
D. Die Freiberuflerfähigkeit der Kapitalgesellschaft .....	289
I. Die Kapitalgesellschaft im Grenzbereich zwischen Freiem Beruf und Gewerbe	290
II. Die Kapitalgesellschaft im Recht der Freien Berufe .....	294
E. Zwischenergebnis .....	313
<b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	314
<b>Rechtsprechungsverzeichnis</b> .....	317
<b>Quellenverzeichnis</b> .....	342
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	349
<b>Sachwortverzeichnis</b> .....	376

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b>	35
A. Die Problemstellung .....	35
B. Der Gang der Untersuchung .....	37
C. Die Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes .....	38
 <i>Teil 1</i>	
<b>Die Grundlagen der Untersuchung</b>	40
A. Die Berufsfähigkeit im verfassungsrechtlichen Sinn .....	40
I. Die geschichtliche Entwicklung der Berufsfreiheit .....	41
II. Der Schutzbereich des Art. 12 GG in subjektiver und sachlicher Hinsicht .....	42
1. Die Berufsfähigkeit des Menschen .....	42
2. Die Berufsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	46
a) Die Grundrechtsberechtigung der Personenhandelsgesellschaft .....	46
b) Der „Beruf“ der Personenhandelsgesellschaft im verfassungsrechtlichen Sinn .....	48
3. Die Berufsfähigkeit der Kapitalgesellschaft .....	50
a) Die Grundrechtsberechtigung der Kapitalgesellschaft .....	50
b) Der „Beruf“ der Kapitalgesellschaft im verfassungsrechtlichen Sinn ..	53
III. Die Berufsfähigkeit i.e.S. unter Berücksichtigung der „Berufsbildlehre“ .....	54
B. Die Kaufmannsfähigkeit im handelsrechtlichen Sinn .....	56
I. Die geschichtliche Entwicklung des Handelsgewerbes .....	57
II. Der subjektive Anwendungsbereich: Die Normadressaten des Handelsrechts ..	63
1. Die Kaufmannsfähigkeit des Menschen .....	63



2. Die Kaufmannsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	65
a) Die partielle Rechtsfähigkeit der Gesamthand aus handelsrechtlicher Sicht aufgrund § 124 HGB .....	65
b) Die Rechtsfähigkeit der Gesamthand als allgemein-rechtliches Institut .....	66
c) Die Handlungsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	68
d) Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters einer Personenhandelsgesellschaft .....	70
aa) Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters einer offenen Handelsgesellschaft .....	70
bb) Die Kaufmannseigenschaft des Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft .....	72
3. Die Kaufmannsfähigkeit der Kapitalgesellschaft .....	74
a) Die Handelsgewerbefähigkeit der entstandenen Kapitalgesellschaft ...	74
b) Die Handelsgewerbefähigkeit der Vorgründungs- und der Vorgesellschaft .....	75
III. Der sachliche Anwendungsbereich: Der Gewerbebegriff des Handelsrechts ..	77
C. Zwischenergebnis .....	80

### *Teil 2*

<b>Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Gewerberecht</b>	81
A. Die Berufsfähigkeit im Recht der Gewerbeordnung .....	81
I. Die geschichtliche Entwicklung der Gewerbefreiheit .....	81
II. Der subjektive Anwendungsbereich: Der „Jedermann-Begriff“ der GewO ....	85
1. Die Gewerberechtssubjektivität des Menschen .....	85
a) Die subjektiven Voraussetzungen .....	86
aa) Die Sach- oder Fachkunde .....	86
(1) Die Unzulässigkeit der Voraussetzung der allgemeinen Sach- oder Fachkunde i.w.S. ....	86
(2) Die gewerbespezifische Sach- oder Fachkunde i.e.S. ....	87
(a) Die Ausübungsbeschränkung der besonderen Sachkunde .....	87
(b) Die Zulassungsbeschränkung des großen Befähigungsnachweises im Handwerk .....	88
bb) Der gewerberechtliche Zentralbegriff der Zuverlässigkeit .....	90

Inhaltsverzeichnis	17
b) Die objektiven Voraussetzungen .....	93
aa) Die Unzulässigkeit einer konkreten Bedürfnisprüfung .....	93
bb) Die betriebsbezogenen Zulassungsvoraussetzungen .....	94
cc) Die Zulassungs- bzw. Ausübungsbeschränkung des Lebensalters	95
c) Zwischenergebnis .....	96
2. Die Gewerberechtssubjektivität der Personenhandelsgesellschaft .....	96
a) Das Problem der Subjektfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft im Allgemeinen Gewerberecht .....	96
aa) Der Meinungsstand in Rechtsprechung und Lehre .....	97
bb) Die Auslegung des „Jedermann-Begriffs“ .....	99
(1) Die grammatikalische Auslegung .....	99
(2) Die Auslegung nach der systematischen Stellung .....	100
(a) Die erlaubnispflichtige Gewerbeausübung .....	101
(aa) Das strafrechtsgebundene Zuverlässigkeitselement .....	102
(bb) Das Erlaubniselement des Vermögensverfalls .....	104
(cc) Das betriebsbezogene Element .....	104
(b) Die erlaubnisfreie Gewerbeausübung .....	106
(aa) Das personenbezogene Verständnis der Unzuverlässigkeit .....	106
(α) Die Zurechnungsfähigkeit des gewerberechtl. Merkmals der Zuverlässigkeit .....	106
(β) Die Rechtsstellung des Gesellschafters .....	109
(bb) Das betriebsbezogene Verständnis der Unzuverlässigkeit .....	110
(3) Die Auslegung nach der historischen Entstehungsgeschichte	111
(4) Die teleologische Auslegung .....	112
cc) Die Jedermann-Eigenschaft der „Strohgesellschaft“ .....	116
b) Zwischenergebnis .....	118
3. Die Gewerberechtssubjektivität der Kapitalgesellschaft .....	118
a) Die Kapitalgesellschaft als gewerberechtl. „Jedermann“ .....	118
aa) Die Gewerbefähigkeit der entstandenen Kapitalgesellschaft .....	118
bb) Die Gewerbefähigkeit der noch nicht entstandenen Kapitalgesellschaft .....	120
cc) Die Gewerbefähigkeit der Kapitalgesellschaft in Liquidation .....	122
b) Das Zurechnungssubjekt der gewerberechtl. Ausübungsvoraussetzungen .....	123

aa)	Die erlaubnispflichtigen Gewerbearten der GewO .....	123
(1)	Das strafrechtsgebundene Zuverlässigkeitselement .....	123
(2)	Das Erlaubniselement des Vermögensverfalls .....	126
(3)	Das betriebsbezogene Element .....	126
bb)	Die erlaubnisfreien Gewerbearten der GewO .....	127
cc)	Die Kapitalgesellschaft als öffentlich bestellte Gewerbetreibende .....	128
c)	Die Jedermann-Eigenschaft der „Strohgesellschaft“ .....	130
4.	Zwischenergebnis .....	132
III.	Der sachliche Anwendungsbereich: Der Gewerbebegriff des Gewerberechts .....	132
B.	Die Berufsfähigkeit im Besonderen Gewerberecht .....	133
I.	Die Gewerbefähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	134
1.	Die Personenhandelsgesellschaft im Handwerksrecht .....	134
a)	Der persönliche Anwendungsbereich der HwO .....	134
aa)	Die Personenhandelsgesellschaft als selbständige Handwerkerin .....	134
bb)	Die Handwerksfähigkeit der Kapitalgesellschaft & Co. KG .....	137
b)	Der sachliche Anwendungsbereich: Der Begriff des Handwerks .....	138
2.	Die Personenhandelsgesellschaft im Recht der gewerblichen Personen- und Güterbeförderung .....	139
a)	Die Personenbeförderung auf der Straße .....	140
aa)	Der persönliche Anwendungsbereich des PBefG .....	140
(1)	Die Unternehmereigenschaft der Personenhandelsgesellschaft .....	140
(2)	Die Voraussetzungen zur Erteilung der Genehmigung .....	142
bb)	Der sachliche Anwendungsbereich des PBefG: Der genehmigungspflichtige Beförderungstatbestand .....	144
b)	Der Gütertransport auf der Straße .....	145
aa)	Der persönliche Anwendungsbereich des GüKG .....	145
(1)	Die Unternehmereigenschaft der Personenhandelsgesellschaft .....	145
(2)	Die Voraussetzungen zur Erteilung der Genehmigung .....	148
bb)	Der sachliche Anwendungsbereich des GüKG: Der genehmigungspflichtige Transporttatbestand .....	149
c)	Die Personen- und Güterbeförderung in der Luft .....	150

aa) Der persönliche Anwendungsbereich des LuftVG .....	150
(1) Die Personenhandelsgesellschaft als Luftfahrtunternehmen .	150
(2) Die Voraussetzungen zur Erteilung der Genehmigung .....	151
(a) Die europäischen Genehmigungselemente der VO 2407/92 .....	151
(b) Der innerstaatliche Negativkatalog des § 20 Abs. 2 LuftVG .....	152
(aa) Die öffentliche Sicherheit oder Ordnung .....	152
(bb) Die luftverkehrsgewerbliche Zuverlässigkeit .....	153
(cc) Die fakultativen Genehmigungselemente .....	153
bb) Der sachliche Anwendungsbereich des LuftVG: Der genehmi- gungspflichtige Transportatbestand .....	154
3. Die Personenhandelsgesellschaft im Recht der Finanzwirtschaft .....	154
a) Die Personenhandelsgesellschaft im Kreditgewerbe .....	155
aa) Der persönliche Anwendungsbereich des KWG .....	155
(1) Die Personenhandelsgesellschaft als Erlaubnisträgerin .....	155
(2) Die Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis .....	158
(a) Die personenbezogenen Erlaubniselemente .....	158
(aa) Der Begriff des nicht nur ehrenamtlichen Ge- schäftsleiters .....	159
(bb) Die Rechtsstellung des Geschäftsleiters .....	159
(cc) Der Nachweis der Zuverlässigkeit und fachlichen Eignung des Antragstellers und des Geschäftslei- ters .....	160
(b) Die institutsbezogenen Erlaubniselemente .....	161
(aa) Der Nachweis der genügenden Eigenmittelausstat- tung und des organisatorischen Institutaufbaus ...	162
(bb) Der Nachweis bedeutender Beteiligungen an dem Institut und enger Verbindungen zu institutsfrem- den Personen .....	162
(3) Das Schicksal der kreditgewerblichen Konzession in Um- wandlungsfällen .....	163
bb) Der sachliche Anwendungsbereich des KWG .....	164
b) Die Personenhandelsgesellschaft im Gewerbe der Kapitalanlage, der Hypothekenbank und der Bausparkasse .....	165
4. Die Personenhandelsgesellschaft im Recht der Versicherungswirtschaft ...	166
5. Die Personenhandelsgesellschaft im Gaststättenrecht .....	166
a) Der persönliche Anwendungsbereich des GastG .....	167
aa) Die Ansicht in Rechtsprechung und Lehre .....	167

bb)	Die Auslegung des Begriffs des „Wer“ in § 2 Abs. 1 S. 1 GastG	169
(1)	Die grammatikalische Auslegung	169
(2)	Die Auslegung nach der systematischen Stellung	169
(a)	Die personenbezogenen Erlaubniselemente	170
(b)	Die sachbezogenen Erlaubniselemente	171
(aa)	Die Geeignetheit der Betriebsräume	171
(bb)	Die Beachtung des öffentlichen Interesses	172
(c)	Das Verhältnis von § 2 Abs. 1 S. 1 GastG zu § 23 Abs. 1 GastG	172
(3)	Die Auslegung nach der historischen Entstehungsgeschichte	174
(4)	Die teleologische Auslegung	176
b)	Der sachliche Anwendungsbereich des GastG	178
6.	Zwischenergebnis	178
II.	Die Gewerbefähigkeit der Kapitalgesellschaft	179
1.	Die Kapitalgesellschaft im Handwerksrecht	179
a)	Die Handwerkerfähigkeit der entstandenen Kapitalgesellschaft	180
aa)	Die Anforderungen an den Betriebsleiter auf der Grundlage des Richterrechts	180
(1)	Die Anforderungen an den Betriebsleiter tatsächlicher Art	181
(2)	Die Aufsichtspflichten des Betriebsleiters	182
(3)	Die persönlichen Anforderungen an den Betriebsleiter	183
(4)	Die Entlohnung des Betriebsleiters	183
(5)	Die Anforderungen an die räumliche und zeitliche Anwesenheit des Betriebsleiters	184
(6)	Die Möglichkeiten einer Doppeltätigkeit	186
(7)	Die Folgen der Unzuverlässigkeit des Betriebsleiters	187
bb)	Die Folgerungen für die rechtliche Stellung des Betriebsleiters	187
(1)	Die Ansicht der Rechtsprechung	187
(2)	Die Ansicht der Lehre	188
(3)	Stellungnahme	189
b)	Die Handwerkerfähigkeit der noch nicht entstandenen Kapitalgesellschaft	192
2.	Die Kapitalgesellschaft im Recht der gewerblichen Personen- und Güterbeförderung	193
a)	Die Personenbeförderung auf der Straße	194

b)	Die Güterbeförderung auf der Straße .....	194
c)	Die Personen- und Güterbeförderung in der Luft .....	195
3.	Die Kapitalgesellschaft im Recht der Finanzwirtschaft .....	195
a)	Die Kapitalgesellschaft im Kreditgewerbe .....	195
aa)	Die entstandene Gesellschaft als Erlaubnisträgerin .....	195
bb)	Die Gründungsgesellschaft als Erlaubnisträgerin .....	196
b)	Die Kapitalgesellschaft im Kapitalanlagegewerbe .....	197
aa)	Der persönliche Anwendungsbereich des KAGG .....	197
(1)	Die Gewerbefähigkeit der GmbH und der AG .....	198
(a)	Die GmbH als Kapitalanlagegesellschaft .....	199
(b)	Die AG als Kapitalanlagegesellschaft .....	200
(2)	Die Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis .....	201
bb)	Der sachliche Anwendungsbereich des KAGG .....	201
c)	Die Kapitalgesellschaft im Hypothekenbankengewerbe .....	202
aa)	Der persönliche Anwendungsbereich des HypBG .....	202
(1)	Die Gewerbefähigkeit der AG und der KGaA .....	202
(2)	Der Treuhänder und seine Rechtsstellung gegenüber der Hypothekenbank .....	204
bb)	Der sachliche Anwendungsbereich des HypBG .....	205
d)	Die Kapitalgesellschaft im Bausparkessgewerbe .....	206
aa)	Der persönliche Anwendungsbereich des BausparkG .....	206
bb)	Der sachliche Anwendungsbereich des BausparkG .....	208
4.	Die Kapitalgesellschaft im Recht der Versicherungswirtschaft .....	208
a)	Der persönliche Anwendungsbereich des VAG .....	209
aa)	Die zulässigen Unternehmensformen .....	209
bb)	Die Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis .....	211
(1)	Die personenbezogenen Erlaubniselemente .....	211
(a)	Das „Vier-Augen-Prinzip“ des VAG .....	211
(b)	Die versicherungsgewerbliche Zuverlässigkeit und fachliche Eignung .....	212
(c)	Der Aktuar des Versicherungsunternehmens .....	212
(aa)	Die Ausbildung und Aufgaben des Aktuars .....	213
(bb)	Die Rechtsstellung des Aktuars im Unternehmen .....	214
(2)	Die unternehmensbezogenen Erlaubniselemente .....	215
b)	Der sachliche Anwendungsbereich des VAG .....	216

5. Die Kapitalgesellschaft im Gaststättenrecht .....	216
a) Die Kapitalgesellschaft als Gastwirt .....	216
b) Die Gründungsgesellschaft als Gastwirt .....	218
6. Zwischenergebnis .....	218

### *Teil 3*

## **Die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Recht der Freien Berufe** 220

A. Die Entstehung „des“ Freien Berufs und seine Ausgestaltung am Beispiel des Rechtsanwalts und des Apothekers .....	220
I. Von den „artes liberales“ zu den „Freien Berufen“ .....	221
II. Die Entwicklung des Berufsstandes des Rechtsanwalts .....	223
III. Die Entwicklung des Berufsstandes des Apothekers .....	230
B. Die Freiberuflerfähigkeit des Menschen .....	235
I. Die Wesensmerkmale der Freien Berufe in der Literatur und ihre Abgrenzung zum Gewerbe durch die Rechtsprechung .....	235
1. Die Typologie des Freien Berufs aus Sicht der Lehre .....	236
a) Die wirtschaftliche und persönliche Unabhängigkeit des Freiberuflers	237
b) Die Höchstpersönlichkeit der Leistungserbringung .....	238
c) Die qualifizierte Ausbildung des Freiberuflers .....	239
d) Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen dem Freiberufler und seinem Auftraggeber .....	240
e) Das Selbstorganisationsrecht .....	241
f) Das Fehlen von Gewinnstreben .....	242
2. Der Freie Beruf und dessen Abgrenzung vom Gewerbe in der höchstrichterlichen Rechtsprechung .....	243
a) Die Rechtsprechung des BVerfG .....	244
b) Die Rechtsprechung des BVerwG .....	246
c) Die Rechtsprechung des BGH .....	249
d) Die Rechtsprechung des BFH .....	250

Inhaltsverzeichnis	23
II. Die Berufsfähigkeit des Menschen im Recht der Freien Berufe .....	253
III. Zwischenergebnis .....	254
C. Die Freiberuflerfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft .....	255
I. Die Personenhandelsgesellschaft im Grenzbereich zwischen Freiem Beruf und Gewerbe .....	255
1. Der Betrieb eines Unternehmens nach dem ApothG .....	256
a) Die Person des Apothekers nach dem Wortlaut des Gesetzes .....	256
b) Die systematische Auslegung: Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Apotheken-OHG .....	257
aa) Die öffentliche Apotheke .....	257
bb) Die nichtöffentliche Apotheke .....	259
c) Die historische Auslegung: Die Entwicklung der Personenhandelsge- sellschaft als Trägerin des Apothekenunternehmens .....	259
d) Die teleologische Auslegung: Die Personenhandelsgesellschaft als Apotheker nach dem Gesetzesverständnis .....	261
e) Zwischenergebnis .....	262
2. Der Betrieb eines Unternehmens nach dem RBERG .....	262
a) Der persönliche Anwendungsbereich des RBERG .....	264
aa) Die Personenhandelsgesellschaft als Rechtsberatungsunterneh- men .....	264
bb) Die Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis .....	265
b) Der sachliche Anwendungsbereich des RBERG: Die zulassungspflich- tigen Sachbereiche .....	266
II. Die Personenhandelsgesellschaft im Recht der Freien Berufe .....	267
1. Die wirtschaftsprüfende und die steuerberatende Personenhandelsgesell- schaft .....	268
a) Der persönliche Anwendungsbereich der WPO und des StBerG .....	269
aa) Die Personenhandelsgesellschaft als Berufsträgerin in der WPO .	269
(1) Die Entwicklung der wirtschaftsprüfenden Personenhan- delsgesellschaft .....	269
(2) Die Personenhandelsgesellschaft als Wirtschaftsprüfer .....	270
bb) Die Personenhandelsgesellschaft als Berufsträgerin im StBerG ..	272



(1) Die Entwicklung der steuerberatenden Personenhandels- gesellschaft .....	272
(2) Die Personenhandelsgesellschaft als Steuerberater .....	274
cc) Die Postulationsfähigkeit der Gesellschaft .....	275
dd) Die Anforderungen an die Berufsfähigkeit der wirtschaftsprüfen- den oder steuerberatenden Personenhandelsgesellschaft .....	277
(1) Die Treuhandtätigkeit der Gesellschaft .....	277
(2) Der Kreis der möglichen Gesellschafter .....	278
(3) Die die Berufsfähigkeit vermittelnden Personen .....	280
b) Der sachliche Anwendungsbereich der WPO und des StBerG: Die Wirtschaftsprüfung und die Steuerberatung .....	282
2. Die rechtsanwaltlich tätige Personenhandelsgesellschaft .....	282
3. Die Personenhandelsgesellschaft im Recht des Architekten .....	285
a) Der persönliche Anwendungsbereich der Architektengesetze .....	286
aa) Die Architektengesellschaft im Land Sachsen-Anhalt .....	286
(1) Die Personenhandelsgesellschaft als Architekt .....	286
(2) Die Voraussetzungen für die Eintragung .....	287
bb) Die Architektengesellschaft im Land Thüringen .....	288
b) Der sachliche Anwendungsbereich der Architektengesetze: Die plane- rische Gestaltung .....	288
4. Zwischenergebnis .....	289
D. Die Freiberuflerfähigkeit der Kapitalgesellschaft .....	289
I. Die Kapitalgesellschaft im Grenzbereich zwischen Freiem Beruf und Gewer- be .....	290
1. Der Betrieb eines Unternehmens nach dem ApothG .....	290
2. Der Betrieb eines Unternehmens nach dem RBerG .....	291
a) Die Kapitalgesellschaft als Rechtsberatungsunternehmen .....	291
b) Die die Rechtsberatung ausführenden Personen .....	293
II. Die Kapitalgesellschaft im Recht der Freien Berufe .....	294
1. Die wirtschaftsprüfende und die steuerberatende Kapitalgesellschaft .....	295
a) Die Kapitalgesellschaft als Berufsausübungsgesellschaft .....	295
aa) Die wirtschaftsprüfende Kapitalgesellschaft .....	295

Inhaltsverzeichnis	25
bb) Die steuerberatende Kapitalgesellschaft .....	295
cc) Die Person des Leistungserbringenden .....	296
b) Die Postulationsfähigkeit der Gesellschaft .....	297
c) Die weiteren Voraussetzungen für die Anerkennung der Berufsausübungs- gesellschaft .....	298
2. Die rechtsanwaltlich tätige Kapitalgesellschaft .....	299
a) Die Kapitalgesellschaft als Berufsausübungsgesellschaft .....	299
aa) Die Entwicklung zur Zulässigkeit der Rechts- oder Patentanwalts-GmbH .....	299
bb) Die Person des Leistungserbringenden .....	301
b) Die Postulationsfähigkeit der Gesellschaft .....	301
c) Die Zulassungsvoraussetzungen .....	303
aa) Die gesetzlichen Anforderungen an das Gesellschaftsstatut .....	303
(1) Der Unternehmensgegenstand .....	303
(2) Die Gesellschafter .....	303
(3) Die Geschäftsführung .....	305
bb) Die weiteren Zulassungsvoraussetzungen .....	305
3. Die Kapitalgesellschaft in den Heilberufen .....	306
a) Die Entwicklung im Recht der Heilkunde-GmbH .....	306
b) Die verfassungsrechtliche Kontrolle der Verbotsnormen .....	308
c) Die gesetzliche Gestaltung der Satzung einer Heilkunde-Kapitalgesellschaft de lege ferenda .....	310
4. Die Kapitalgesellschaft im Recht des Architekten .....	311
 E. Zwischenergebnis .....	 313
 <b>Zusammenfassung der Ergebnisse</b> .....	 314
 <b>Rechtsprechungsverzeichnis</b> .....	 317
 <b>Quellenverzeichnis</b> .....	 342
 <b>Literaturverzeichnis</b> .....	 349
 <b>Sachwortverzeichnis</b> .....	 376



## Abkürzungsverzeichnis

A	Aktuell
a.A.	andere Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABKG	Berliner Architekten und Baukammergesetz
Abl. EG	Amtsblatt des Rates der Europäischen Gemeinschaften
ABR	Archiv für Bürgerliches Recht
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistischen Praxis
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AG	Aktiengesellschaft
AK	Alternativkommentar zum Grundgesetz
AktG	Aktiengesetz
All Mbl	Allgemeines Ministerialblatt
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
AMG	Arzneimittelgesetz
Amtl.	amtlich, amtliche
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AnwG	Anwaltsgericht
AnzV	Anzeigenverordnung
AO	Abgabenordnung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
AP	Arbeitsgerichtliche Praxis (Zeitschrift)
ApothBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApothG	Apothekengesetz
ArchTG-LSA	Architektengesetz des Landes Sachsen-Anhalt
Art., Artt.	Artikel (Singular, Plural)
AtG	Atomgesetz
Aufl.	Auflage
AVO	Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz
AWG	Außenwirtschaftsgesetz
Az.	Aktenzeichen
Bad.-Württ.	Baden-Württemberg
BAKred	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BAnz.	Bundesanzeiger

BÄO	Bundesärzteordnung
BauspkG	Gesetz über Bausparkassen
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BayArchG	Architektengesetz des Landes Bayern
Bayer.	Bayerischer
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayObLGZ	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Zivilsachen
BayVGHE	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes, des Bayerischen Dienststrafhofes und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte
BB	Betriebsberater (Zeitschrift)
BbgArchG	Architektengesetz des Landes Brandenburg
Beckmann / Bauer	Entscheidungssammlung zum Bankaufsichtsrecht (Zeitschrift)
Begr.	Begründer, Begründung
ber.	berichtigt
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BFH / NV	Sammlung amtlich nicht veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BFH / R	Sammlung amtlich veröffentlichter Entscheidungen des Bundesfinanzhofes in der Zeitschrift BFH / NV
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofes
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BI	Bankinformation der Volksbanken und Raiffeisenbanken (Zeitschrift)
BImSchG	Bundes-Immissionsschutzgesetz
BJagdG	Bundesjagdgesetz
BK	Bankkaufmann (Zeitschrift)
Bd.	Band
BNSDJ	Bund Nationalsozialistischer Deutscher Juristen
BonnKomm	Bonner Kommentar zum Grundgesetz
BörsG	Börsengesetz
BR-Ds.	Drucksachen des Bundesrates
BRAK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Brem.	Bremen
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
bspw.	beispielsweise
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT	besonderer Teil

BT-Ds.	Drucksachen des Bundestags
Buchholz	Sammel und Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (Zeitschrift)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift)
bzw.	beziehungsweise
d.d.	durch den / die
d. h.	das heißt
dass.	dasselbe
DAV	Deutscher Anwaltsverein
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
DEKRA	Deutscher Kraftfahrzeug-Überwachungsverein
ders.	derselbe
dies.	dieselben
DIHT	Deutscher Industrie- und Handelstag
Diss.	Dissertation
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DStR	Deutsches Steuerrecht (Zeitschrift)
DStRE	Deutsches Steuerrecht Entscheidungsdienst
DStZ	Deutsche Steuerzeitschrift
dt.	deutsch / deutscher / deutsches
DV	Deutsche Verwaltung (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
DZWir	Deutsche Zeitschrift für Wirtschafts- und Insolvenzrecht
e.G.	eingetragene Genossenschaft
ECU	European Currency Unit
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EG	Europäische Gemeinschaft
EHG	Einzelhandelsgesetz
Einl.	Einleitung
erg.	Ergänzung, ergänzt
EStG	Einkommensteuergesetz
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft

f., ff.	folgender, folgende
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung
Fn.	Fußnote
Frh.	Freiherr
FS	Festschrift
GastG	Gaststättengesetz
Gbl.	Gesetzblatt
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GenG	Genossenschaftsgesetz
GewArch	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GewStDV	Gewerbesteuerdurchführungsverordnung
GewStG	Gewerbesteuergesetz
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau
grds.	grundsätzlich, grundsätzliche
Großkomm.	Großkommentar
GS	Gesetzessammlung für die Königlich Preußischen Staaten
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz
GüKVwV	Verwaltungsvorschrift zum Güterkraftverkehrsgesetz
GVBl. / GVOBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
Habil.	Habilitation
Hb.	Handbuch
HdStR	Handbuch des Staatsrechts
HeilberG	Heilberufsgesetz
HeilbKG	Heilberufe-Kammergesetz
HeimG	Heimgesetz
Hess. StHG	Hessischer Staatsgerichtshof
HFR	Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung
HGB	Handelsgesetzbuch
HRefG	Handelsrechtsreformgesetz
Hrsg.	Herausgeber
Hs.	Halbsatz
HwBdStw	Handwörterbuch der Staatswissenschaften
HwO	Handwerksordnung

HypBG	Hypothekendarstellungsgesetz
i.B.	im Breisgau
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Ergebnis
i.e.S.	im engeren Sinn
i. S. d.	im Sinne des / der
i.Sts.	in Staatssteuersachen
i.V.m.	in Verbindung mit
i.w.S.	im weiteren Sinn
IHK	Industrie- und Handelskammer
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern
Inf.	Information
InsO	Insolvenzordnung
JA	Juristische Arbeitsblätter
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz
JöR	Jahrbuch des Öffentlichen Rechts der Gegenwart
JÖSchG	Gesetz zum Schutz der Jugend in der Öffentlichkeit
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
JurBüro	Juristisches Büro
JURIS	Juristisches Informationssystem der JURIS GmbH
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KAGG	Kapitalanlagegesetz
KapG	Kapitalgesellschaft
KG	Kommanditgesellschaft, Kammergericht
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
KKOwiG	Karlsruher Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz
Komm.	Kommentar
KSt	Körperschaftsteuer
KWG	Kreditwesengesetz
L	Lernbogen
lit.	litera
LuftVG	Luftverkehrsgesetz
LuftVZO	Luftverkehrszulassungsordnung
LVG	Landesverwaltungsgericht
M-V	Mecklenburg-Vorpommern
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MdB	Mitglied des Bundestages
MDR	Monatsschrift für deutsches Recht



MdR	Mitglied des Reichstages
MedR	Medizinrecht
MHG	Miethöhengesetz
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
MontanMitbestErgG	Montanmitbestimmungsergänzungsgesetz
MontanMitbestG	Montanmitbestimmungsgesetz
MüLü	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte für das Land Nordrhein-Westfalen in Münster sowie für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein in Lüneburg
MünchKomm	Münchener Kommentar
n.F.	neue Fassung
N.F.	Neue Folge
N.N.	nomen nescio
Nat.-Vers.	National-Versammlung
Nds.	Niedersachsen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report
Nr.	Nummer
NRW	Nordrhein-Westfalen
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NVwZ-RR	NVwZ-Rechtsprechungs-Report
NWVB1.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen einschließlich der freiwilligen Gerichtsbarkeit
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PatAnwO	Patentanwaltsordnung
PBefG	Personenbeförderungsgesetz
PHG	Personenhandelsgesellschaft
Pkw	Personenkraftwagen
Preuß.	Preußen, preußisch
PreußOVG	Oberverwaltungsgericht des Landes Preußen
PreußOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PreußOVGE (i.Sts.)	Entscheidungen des Königlich Preußischen Oberverwaltungsgerichts in Staatssteuersachen
RAO	Rechtsanwaltsordnung
RBerG	Rechtsberatungsgesetz
RennwLottG	Rennwett- und Lotteriegesetz
Rdn.	Randnummer

RG	Reichsgericht
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RGSt	Reichsgerichtshof in Strafsachen
RGZ	Reichsgerichtshof in Zivilsachen
Rhld.-Pf.	Rheinland-Pfalz
RL	Richtlinie
ROHG	Reichsoberhandelsgericht
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts
RRAO	Reichs-Rechtsanwaltsordnung
RT-Ds.	Drucksachen des Reichstages
RV	Reichsverfassung
S.	Satz, Seite
s.o.	siehe oben
Schlesw.-Holst.	Schleswig Holstein
SeelotsG	Seelotsengesetz
sog.	sogenannt, sogenannter, sogenanntes
SozR	Sozialrechtliche Rechtsprechung und Schrifttum (Loseblatt-Sammlung)
Sp.	Spalte
SprengG	Sprengstoffgesetz
St. Rtspr.	ständige Rechtsprechung
StA	Staatsanwaltschaft
StBerG	Steuerberatungsgesetz
Stbg	Die Steuerberatung (Zeitschrift)
StEntlG	Steuerentlastungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
str.	streitig
ThürArchG	Architektengesetz des Landes Thüringen
TranspR	Transportrecht (Zeitschrift)
TÜV	Technischer Überwachungsverein
u.ä.	und ähnlicher / ähnliches
u. a.	und andere / unter anderem
u. a.m.	und andere mehr
u.U.	unter Umständen
UmwG	Umwandlungsgesetz
UnbBeschErtV	Unbedenklichkeitsbescheinigungserteilungsverordnung
UStG	Umsatzsteuergesetz
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom / von
v.H.	von Hundert
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VBl.	Verwaltungsblatt

VBIBw	Verwaltungsblätter Baden-Württemberg
Verf.	Verfasser
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift)
VerstV	Versteigerungsverordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VerwRtspr.	Verwaltungsrechtsprechung (Zeitschrift)
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VglO	Vergleichsordnung
VO	Verordnung
Vorbem.	Vorbemerkung
VRS	Verkehrsrechtssammlung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVaG	Versicherungsverein auf Gegenseitigkeit
VwV	Verwaltungsvorschrift
WaffG	Waffengesetz
WiVerw	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapiermitteilungen
Wp	Der Wirtschaftsprüfer (Zeitschrift)
WPg	Die Wirtschaftsprüfung (Zeitschrift)
WPO	Wirtschaftsprüferordnung
z. B.	zum Beispiel
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZfK	Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaft
ZLW	Zeitschrift für Luft- und Weltraumrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zugl.	zugleich
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft

# Einleitung

## A. Die Problemstellung

*Bauer*<sup>1</sup> lehrt, daß der Mensch das Maß aller Dinge ist, auch allen Rechts<sup>2</sup>. Der Mensch steht also im Mittelpunkt aller Rechtsfindung und Rechtgebung. Von dieser Prämisse geht auch *Nipperdey*<sup>3</sup> aus, wenn er darauf hinweist, daß der Mensch an den Anfang und in den Mittelpunkt der Gesamtrechtsordnung gestellt wird und daher das Recht allein für die natürliche Person bestimmt sei. *Henkel*<sup>4</sup> begreift den Menschen einerseits als individuelles Sozialgebilde in seiner Interaktion mit anderen Individuen. Andererseits sieht er das Bedürfnis des Menschen, sich mit anderen Individuen in eine wirtschaftliche Einheit zu integrieren, um derart am Rechtsleben teilzunehmen. Die so geformte Einheit, namentlich die Handelsgesellschaft, stelle dann ein selbständiges Sozialgebilde dar. Selbständige Sozialgebilde zeichnen sich vor allem dadurch aus, daß sie Träger von Rechten und Pflichten sein können und eines der bedeutsamsten Rechte ist wohl das der freien Berufswahl, in dem *Scholz*<sup>5</sup> das zentrale Grundrecht der Verfassung sieht, weil es das gesamte Arbeits-, Wirtschafts- sowie sonstige Berufsrecht präge.

Das Recht muß vor diesem Hintergrund berücksichtigen, daß der Mensch, den es als vorrangiges Regelungssubjekt im Auge hat, am Wirtschaftsleben bevorzugt nicht als Individuum, sondern im Zusammenschluß mit anderen Individuen als Verband teilnimmt<sup>6</sup>. Wirtschaftlich handelnde, also erwerbstätige Verbände sind vor allem die Handelsgesellschaften<sup>7</sup>, genauer die Kapitalgesellschaft und die Personenhandelsgesellschaft. Diese Arbeit hat sich zur Aufgabe gemacht, zu untersuchen, ob das Recht anerkennt, daß die Handelsgesellschaft im Wirtschaftsleben eine gegenüber dem Menschen nicht minder bedeutsame Stellung einnimmt, der Verband vielmehr dem Menschen als dem Einzelunternehmensträger zumindest gleichgestellt ist, ihn im Einzelfall als Unternehmensträger auch verdrängt. Es wird gefragt, ob es die Gesellschaft selbst ist, die einen Beruf ausübt, sie also als Berufs-

---

<sup>1</sup> *Bauer*, Auf der Suche nach dem Recht, 158.

<sup>2</sup> Vgl. auch *Hügel*, Pharmazeutische Gesetzeskunde, 11: „Der Mensch ist von Geburt an bis zu seinem Tode vom Recht umgeben.“

<sup>3</sup> *Nipperdey*, Die Grundrechte, 1.

<sup>4</sup> *Henkel*, Einführung in die Rechtsphilosophie, 274.

<sup>5</sup> *Maunz / Dürig / Herzog / Scholz*, GG, zu Art. 12 Rdn. 6.

<sup>6</sup> Vgl. *Eisenhardt*, Gesellschaftsrecht, Rdn. 1.

<sup>7</sup> *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 157 ff.; *Wiedemann*, Gesellschaftsrecht, 8 ff.

ausübungsgesellschaft berufsfähig ist oder ob die Gesellschafter den Verband als Berufsorganisationsgesellschaft nutzen, welche selbst nicht zum Kreis der Rechtssubjekte des Gesetzes zählt. Es erfolgt eine konzentrierte Untersuchung dieser Frage auf zwei besondere Erscheinungsformen des Berufs, nämlich auf das Gewerbe und auf den Freien Beruf.

Das Gewerberecht wird von der bislang noch überwiegend anzutreffenden Vorstellung geprägt, nur der Mensch sei originär berufsfähig. Die Handelsgesellschaft könne ein Gewerbe nur dann betreiben, wenn sie als juristische Person Rechtsfähigkeit erlangt habe und das Gesetz sie nicht ausdrücklich aus dem Kreis der Berufsträger ausscheide. Die Personenhandelsgesellschaft sei im Gewerberecht nicht berufsfähig, weil sie nicht rechtsfähig sei. Sie scheidet damit denkbareweise aus dem Kreis der Berufsausübenden aus. Eine ähnliche Auffassung findet sich im Berufs- und Standesrecht<sup>8</sup> der Freien Berufe. Auch hier wird vielfach die Ansicht vertreten, daß der Freie Beruf grds. weder der Personenhandelsgesellschaft noch der Kapitalgesellschaft zugänglich ist, weil diese Erscheinungsform des Berufs originär dem Menschen vorbehalten sei, die Handelsgesellschaft also kraft Natur der Sache nicht berufsfähig sei.

Die Fähigkeit der Personenhandelsgesellschaft, einem Gewerbe nachzugehen, ist für das Handelsprivatrecht geklärt. Der Gesellschaftszweck ist gerade die Ausübung eines Handelsgewerbes, § 105 Abs. 1 HGB. Auch für das Steuerrecht, jedenfalls für das Gewerbesteuerrecht, gilt gemäß § 5 Abs. 1 S. 3 GewStG, daß die Gesellschaft selbst, nicht deren Gesellschafter, gewerblich tätig wird. Das Gewerberecht nimmt die Gesellschaft dagegen überwiegend als solche nicht zur Kenntnis. § 1 Abs. 1 GewO bspw. eröffnet unbestimmt „Jedermann“ die Möglichkeit, ein Gewerbe auszuüben und Stimmen in der Rechtsprechung<sup>9</sup> und Lehre<sup>10</sup> meinen, daß der unbestimmte Rechtsbegriff des „Jedermann“ Rechtsfähigkeit verlange. Die Personenhandelsgesellschaft sei nicht rechtsfähig und damit nicht der „Jedermann“ des Gewerberechts.

Bei dieser Argumentation fällt auf, daß die im Handels- und Gesellschaftsrecht anzutreffende Kontroverse um die nicht nur aus handelsrechtlicher Sicht bestehende Rechtsfähigkeit der Personenhandelsgesellschaft im Gewerberecht nicht zur Kenntnis genommen wird. *Weber-Grellet*<sup>11</sup> und *K. Schmidt*<sup>12</sup> sprechen, bezogen

---

<sup>8</sup> Mit *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 157 f., könnte an dieser Stelle zwischen Berufs- und Standesrecht näher differenziert werden. Er unterscheidet zwischen dem Berufsrecht der Freien Berufe, unter dem er den Inbegriff der Normen verstanden wissen will, die in irgendeiner Form die Ausübung eines bestimmten Berufs regeln. Standesrecht sei dagegen kein unmittelbar staatliches, sondern unterstaatliches Recht und damit gegenüber dem Begriff des Berufsrechts der engere Begriff. Standes- und Berufsrecht im Rahmen dieser Arbeit meint die Gesamtheit der Normen, die den Zugang zu einem Freien Beruf und dessen Art der Ausübung regeln. Insoweit ist eine Differenzierung hier nicht erforderlich.

<sup>9</sup> BVerwGE 91, 186 ff., 190.

<sup>10</sup> Statt vieler *Landmann / Rohmer / Kahl*, GewO, Einl. Rdn. 37 m. w. N.

<sup>11</sup> *Weber-Grellet*, AcP 182 (1982), 316 ff.

auf die Rechtsnatur der Gesamthand, von einem „Mysterienspiel“, das die Jurisprudenz seit Jahrhunderten beschäftigt. Es widerstreiten die Auffassung von der Einheit der Gesellschaft und der Vielheit der Gesellschafter<sup>13</sup>, was im Gewerberecht ohne weiteres zugunsten der zweiten entschieden wird. In diesem Rechtskreis gibt es das Mysterium der Gesamthand nicht.

Soweit ersichtlich, hat sich die Rechtswissenschaft bislang noch nicht der Frage gewidmet, welchen Einfluß die Kontroverse zur Theorie der Gesamthand auf das Gewerberecht hat. Es fehlt insoweit bislang an einer Untersuchung zur Berufsfähigkeit der Personalgesellschaft im Gewerberecht, und zwar nicht nur im Allgemeinen Gewerberecht der Gewerbeordnung, sondern auch in Gesetzen, die zum Besonderen Gewerberecht zählen. Es besteht damit eine Lücke, die die vorliegende Arbeit schließen möchte. Des weiteren soll der Frage zur Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft im Freien Beruf nachgegangen werden. Auch hier stehen sich das Gesellschaftsrecht, das etwa mit der GmbH eine gemäß § 1 GmbHG universell einsetzbare Kapitalgesellschaft kennt, und das Berufs- und Standesrecht gegenüber, das die Handelsgesellschaft im Regelfall nicht als Rechtssubjekt erfaßt. Es konkurriert ein in der Praxis anzutreffendes sachliches Bedürfnis, den Spezialisierungsanforderungen, die in vielen Freien Berufen anzutreffen sind<sup>14</sup> mit der Gründung einer kapitalistisch ausgerichteten Berufsausübungsgesellschaft zu begegnen, mit dem Dogma, daß die Rechtsnatur des Freien Berufs es nicht zulasse, von einem anderen Unternehmensträger als dem Menschen ausgeübt zu werden. Dem ist nachzugehen, indem untersucht wird, wie der Gesetzgeber in einzelnen freiberuflichen Berufsordnungen die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft ausgestaltet hat.

## B. Der Gang der Untersuchung

Diese Arbeit gliedert sich, sieht man von der Einleitung und der Zusammenfassung der Teilergebnisse ab, in drei Teile. In einem ersten Teil sollen die Grundlagen dieser Untersuchung erarbeitet werden, indem die Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft aus verfassungsrechtlicher und aus handelsrechtlicher Sicht dargestellt wird. Der zweite Teil widmet sich der Frage, ob die Handelsgesellschaft berufsfähig ist, und zwar aus gewerberechtlicher Sicht, der dritte Teil macht gleiches, hier bezogen auf den Freien Beruf.

Den Ausgangspunkt bei der Untersuchung der Berufsfähigkeit der Handelsgesellschaft nimmt jeder Teil jeweils in der Berufsfähigkeit des Menschen, dem Grundtypus des Unternehmensträgers. Es wird also zunächst danach gefragt, wie

---

<sup>12</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 167 f.

<sup>13</sup> Vgl. nur Nachweise bei J. v. Gierke, Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 4. Aufl. Berlin 1933, 205 sowie aus heutiger Sicht K. Schmidt, Handelsrecht, 90 f.

<sup>14</sup> Vgl. Steindorff, Freie Berufe – Stiefkinder der Rechtsordnung?, 28.