

ARBEIT  
WIRTSCHAFT  
RECHT

FESTSCHRIFT FÜR  
MARTIN HENSSLER  
ZUM 70. GEBURTSTAG

*Dieser Sonderdruck  
ist im Buchhandel nicht erhältlich.*

2023



CHRISTIAN KATZENMEIER/CHRISTOPH JANSEN

## Der freie Beruf und das Recht am Gewerbebetrieb

### Entwicklungen im Deliktsrecht – Lehren für das Gesellschaftsrecht?

#### I. Ausgangspunkt

*Martin Henssler* begleitet und gestaltet die Fortentwicklung des Rechts der freien Berufe seit Jahrzehnten, vornehmlich aus dem Blickwinkel des Berufs- und Gesellschaftsrechts. Ein Kernthema ist dabei die Annäherung der Rechtsregime von Freiberuflern und Gewerbetreibenden.<sup>1</sup> Das besondere Interesse des Jubilars gilt seit jeher der Organisationsfreiheit der freien Berufe,<sup>2</sup> wie sie in den für Zusammenschlüsse von Standesangehörigen vorgesehenen Gesellschaftsformen zum Ausdruck kommt. Früh hat er eine Öffnung der Kapitalgesellschaften für freie Berufe befürwortet<sup>3</sup> – vorbehaltlich (fortbestehender) standesrechtlicher Schranken<sup>4</sup> – und erste Öffnungstendenzen der Personenhandelsgesellschaften ebenso kommentiert<sup>5</sup> wie die Einführung des Partnerschaftsrechts und dessen Reformen.<sup>6</sup> Ausländische Gesellschaftsformen, welche auch hierzulande bestehende Bedürfnisse befriedigen und auf den Markt drängen, hat er in das nationale Rechtssystem eingeordnet, namentlich die LLP.<sup>7</sup> Bei alledem hat *Martin Henssler* sich stets mit Nachdruck für eine grundlegende Neugestaltung des Rechts der Berufsausübungsgesellschaften der freien Berufe ausgesprochen<sup>8</sup> und elaborierte Vorschläge unterbreitet.<sup>9</sup> Noch weitreichender hat er festgestellt: „Deutschland benötigt dringend eine völlig neue Architektur des Personengesellschaftsrechts. Die Trennung zwischen Rechtsformen für freiberufliche und gewerbliche Unternehmen ist überholt.“<sup>10</sup> Der Gesetz-

<sup>1</sup> Grundlegende Erwägungen zur Anwendung des Handelsrechts bei Henssler ZHR 161 (1997), 13 (24ff.).

<sup>2</sup> Vgl. bereits Henssler Gedächtnisvorlesung Hachenburg 1996, 1997, 13; Henssler AnwBl 2017, 378 (380); Henssler Verhandlungen des 71. DJT II/1, 2017, O 53 (O 71ff.).

<sup>3</sup> Zur Freiberufler-GmbH allg. Henssler ZIP 1994, 844; zum Anwaltsrecht Henssler ZHR 161 (1997), 305; Henssler NJW 1993, 2137; Henssler JZ 1992, 697; zur Anwalts-AG Henssler AnwBl 2005, 374; Henssler NZG 2000, 875; zu Kapitalgesellschaften auf dem Gebiet der Heilkunde Katzenmeier MedR 1998, 113.

<sup>4</sup> Zur gesetzlichen Zulassung der Anwalts-GmbH Henssler ZIP 1997, 1481; Henssler NJW 1999, 241.

<sup>5</sup> Zur GmbH & Co. KG Henssler FS Kreutz, 2010, 635; Henssler NZG 2011, 1121; Henssler/Markworth NZG 2015, 1.

<sup>6</sup> Henssler DB 1995, 1549; Henssler AnwBl 2014, 96; zu Konzernstrukturen Henssler NJW 2017, 1644; zu interprofessionellen Zusammenschlüssen Henssler/Deckenbrock AnwBl 2016, 211.

<sup>7</sup> Henssler FS Wiedemann, 2002, 907; Henssler/Mansel NJW 2007, 1393; Henssler NJW 2014, 1761; Henssler NJW 2021, 503.

<sup>8</sup> Henssler AnwBl 2014, 762; Henssler AnwBl 2017, 378.

<sup>9</sup> Siehe nur Henssler, DAV-Diskussionsvorschlag zum anwaltlichen Gesellschaftsrecht – Gesetzesentwurf zur Reform des Berufsrechts der anwaltlichen Berufsausübungsgesellschaften, AnwBl Online 2018, 564.

<sup>10</sup> So Henssler NZG 2011, 1121 (1129); siehe auch Henssler AnwBl 2014, 762; Henssler Verhandlungen des 71. DJT II/1, 2017, O 53 (O 62f.); Henssler FS Bergmann, 2018, 321; Henssler FS K. Schmidt, 2019, 443.

geber ist dem zuletzt mit Regelungen des MoPeG<sup>11</sup> in gewissem Umfang gefolgt, ohne aber die hergebrachte handelsrechtliche Unterscheidung von gewerblichen und nicht gewerblichen Tätigkeiten aufzugeben.

Im Deliktsrecht ist eine solche Gleichstellung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern ohne viel Aufhebens bereits vollzogen. Das „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ gilt vielen heute als Gewohnheitsrecht.<sup>12</sup> In persönlicher Hinsicht ist mittlerweile allgemein anerkannt, dass dieses „sonstige Recht“ iSd § 823 Abs. 1 BGB – anders als seine historische Bezeichnung nahelegt – nicht auf Gewerbetreibende im handelsrechtlichen Sinne beschränkt ist, sondern auch Angehörigen freier Berufe zusteht.<sup>13</sup> Deren Einbeziehung in den Schutzbereich ist dabei nicht ernsthaft umstritten. Verbreitet heißt es zur Begründung, die Gleichbehandlung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern in ihrem Schutz durch das allgemeine Deliktsrecht sei zur Vermeidung von – oftmals nicht einmal mehr näher benannten – Wertungswidersprüchen geboten.<sup>14</sup> Diese schlichte Feststellung erscheint vor dem Hintergrund der andauernden handelsrechtlichen Debatten bezüglich der freien Berufe durchaus bemerkenswert. Die noch immer offene Entwicklung des Berufs- und Gesellschaftsrechts gibt Anlass, die hergebrachte deliktsrechtliche Lösung auf den Prüfstand zu stellen. Diese offenbart ein fragwürdiges Begründungsdefizit.

## II. Wesen der freien Berufe

Die „Freien Berufe“ haben ihren Ursprung in den „*artes liberales*“ der Antike.<sup>15</sup> Eine eigenständige (sehr heterogene)<sup>16</sup> Berufsgruppe entstand im frühliberalen Staat, nachdem die Forderung nach „Freiheit vom Staatszwang“ erhoben wurde als Reaktion auf die teils bis in das 19. Jahrhundert hineinreichende gesteigerte staatliche Inpflichtnahme einiger noch heute als freiberuflich geltender Professionen. Die rechtliche Bedeutung der Kategorie des freien Berufs<sup>17</sup> lässt sich weniger allgemein fassen.<sup>18</sup> Auch eine gesetzliche Definition des

Begriffs existiert insofern nicht.<sup>19</sup> Der Gesetzgeber hat es stets vermieden, eine Legaldefinition mit einer einheitlichen und abschließenden Begriffsbestimmung iSd klassischen Definitionslehre zu formulieren. Inmerhin ist im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz heute eine abstrakte Umschreibung des Begriffs vorangestellt, § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG bestimmt: „Die Freien Berufe haben im allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“ Es folgt eine enumerative Auflistung, wie sie etwa auch in § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 2 EStG vorzufinden ist.

Bei einer soziologischen Betrachtung tritt die Entscheidungsfreiheit des Berufsausübenden, dessen persönliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit sowie die Qualifikation der Tätigkeit als persönliche und geistige Leistung hervor.<sup>20</sup> Maßgeblich für die Einordnung bleibt gewiss stets die Berufsrealität und gesellschaftliche Funktion der jeweiligen Profession. Auch wenn sich also bestimmte Funktions- und Staturelemente gebildet haben, sind diese als konstituierende Qualifikationsmerkmale doch entwicklungs offen, sodass Wandlungen innerhalb eines freien Berufs möglich sind, ebenso ein Hineinwachsen oder Herausfallen aus dem Kreis der freien Berufe.<sup>21</sup>

Freiberufler erbringen typischerweise ideelle, intellektuelle Leistungen, nicht materielle Lieferungen.<sup>22</sup> Die Leistungsbeziehung ist durch ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen dem Freiberufler und seinem Auftraggeber gekennzeichnet.<sup>23</sup> Es besteht die Erwartung einer altruistischen Berufseinstellung unter Berücksichtigung der Interessen des Auftraggebers, des Standes und der Allgemeinheit.<sup>24</sup> Das spezifische Berufsethos zeigt sich vor allem im Verzicht auf ein vorrangiges Gewinnstreben.<sup>25</sup> Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum klassischen Gewerbebegriff, der Gewinnerzielungsabsicht verlangt.<sup>26</sup> Angesichts einer Lebenswirklichkeit, in der freiberufliche Tätigkeit natürlich dem Lebensunterhalt dient, mit erheblichen wirtschaftlichen Risiken einhergeht und zugleich im Einzelfall – der Komplexität der Aufgaben nicht unangemessen – großzügig honoriert wird, führt freilich gerade dieses zentrale Berufsmerkmal zu einem latenten Identitätskonflikt.<sup>27</sup>

<sup>11</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. 2021 I 3436; zu den Neuregelungen C. Schäfer ZIP 2020, 1149; C. Schäfer WPg 2021, 919. Hinzu kommen im Anwaltsrecht die Änderungen durch das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften v. 7.7.2021, BGBl. 2021 I 2363; dazu Hensler AnwBl Online 2021, 69 u. 170.

<sup>12</sup> In diese Richtung bereits v. Caemmerer FS 100 Jahre DJT II, 1960, 49 (89); Staudinger/K. Schäfer, 12. Bearb. 1986, BGB § 823 Rn. 150; siehe heute BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 204; angesichts fortdauernder gewichtiger Kritik anders aber Erman/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 50; krit. etwa Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1 d; Wiethölter KritJ 1970, 121: „Legendenrecht“.

<sup>13</sup> Erstmals ausdrücklich BGHZ 193, 227 (232f.) = NJW 2012, 2579 (2580) mAnm Katzenmeier LMK 2012, 340098.

<sup>14</sup> So MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 367; BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 205.

<sup>15</sup> Zur historischen Entwicklung der freien Berufe Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 14ff. mwN.

<sup>16</sup> Vgl. nur Hensler, Verhandlungen des 71. DJT II/1, 2017, O 53 (O 67ff.).

<sup>17</sup> Als Wegmarken im wissenschaftlichen Diskurs um den „freien Beruf“ zu nennen sind die Arbeiten von Deneke, Die freien Berufe, 1956; Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970; Michalski, Der Begriff des freien Berufs im Standes- und im Steuerrecht, 1989; Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997.

<sup>18</sup> Auch das BVerfG hat wiederholt betont, der Terminus „freier Beruf“ sei kein eindeutiger Rechtsbegriff, aus dem sich normative Wirkungen für seine Behandlung im Recht ableiten ließen (BVerfGE 10, 354 (364); 46, 224 (240f.)).

<sup>19</sup> Definitionsversuche in der Lit. insbesondere bei Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 11 ff.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 36ff.; krit. MüKoBGB/C. Schäfer, 8. Aufl. 2020, PartGG § 1 Rn. 33.

<sup>20</sup> Hensler, Verhandlungen des 71. DJT II/1, 2017, O 53 (O 64f.), auch mit europarechtlichen Perspektiven.

<sup>21</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 47. Lfg. 2006, GG Art. 12 Rn. 269.

<sup>22</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 42f.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 86f.

<sup>23</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 52ff.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 79ff.; Hensler, Verhandlungen des 71. DJT II/1, 2017, O 53 (O 66f.). Zum Arzt-Patient-Verhältnis Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 5 ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR/Laufs/Katzenmeier, 8. Aufl. 2021, Kap. I Rn. 18ff.; Laufs/Katzenmeier/Lipp ArztR/Lipp, 8. Aufl. 2021, Kap. II Rn. 4.

<sup>24</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 59ff.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 70ff.

<sup>25</sup> Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, 47. Lfg. 2006, GG Art. 12 Rn. 268.

<sup>26</sup> Als Gewerbe gilt im Handelsrecht jede selbständige berufsmäßige – aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche – von der planmäßigen Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit am Markt; näher dazu MüKoHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2021, HGB § 1 Rn. 26ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 9 Rn. 17ff.; Hensler ZHR 161 (1997), 13 (20ff.).

<sup>27</sup> Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 60ff.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 72f.

### III. Vom Recht am Gewerbebetrieb zum Recht am Unternehmen

#### 1. Grundlagen des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb

Unternehmerische Tätigkeit – gewerblich wie freiberuflich – erfährt im Rechtsverkehr Schutz vor Schädigungen durch eine ganze Reihe von Haftungsnormen, namentlich § 823 Abs. 1 BGB bei Eigentumsverletzungen oder Besitzbeeinträchtigungen, §§ 823 Abs. 2, 824, 826 BGB, sowie durch UWG und GWB. Jedoch wird dieser Schutz allgemein als lückenhaft und unzureichend betrachtet. Das RG hat daher – zunächst nur in Bezug auf Gewerbetreibende – schon früh ein „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als „sonstiges Recht“ iSd § 823 Abs. 1 BGB anerkannt.<sup>28</sup> Dem hat sich der BGH angeschlossen und die Schutzposition nach und nach erweitert.<sup>29</sup> Bei einer Verletzung dieses Rechts stehen dem Betroffenen wie auch sonst bei unerlaubten Handlungen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche sowie Schadensersatzansprüche zu.

Sollte nach dem RG zunächst nur die Betriebssubstanz geschützt werden, so wird nach dem BGH der Gewerbebetrieb inzwischen „nicht nur in seinem eigentlichen Bestand, sondern auch in seinen einzelnen Erscheinungsformen, wozu der gesamte gewerbliche Tätigkeitskreis zu rechnen ist, vor [...] Störungen bewahrt. Unter dem Begriff des Gewerbebetriebs [...] ist alles das zu verstehen, was in seiner Gesamtheit den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt, also nicht nur Betriebsräume und -grundstücke, Maschinen und Gerätschaften, Einrichtungsgegenstände und Warenvorräte, sondern auch Geschäftsverbindungen, Kundenkreis und Außenstände.“<sup>30</sup> Entscheidend für die Schutzgewähr ist die ausgeübte Tätigkeit, nicht ein verfestigtes Sachsubstrat.<sup>31</sup> Wenn auch der Geschäftsumfang als solcher und bloße Erwerbsmöglichkeiten weiter ausgegrenzt bleiben,<sup>32</sup> handelt es sich demnach doch nicht mehr um den Schutz eines eigentumsähnlichen Rechts iSd § 823 Abs. 1 BGB, sondern um eine neue Norm, die bestimmte Verletzungen der wirtschaftlichen Tätigkeit anderer einem Ersatzanspruch unterstellt und primäre

<sup>28</sup> Grundlegend RGZ 58, 24 (29); 94, 248 (249); 141, 336. Krit. zur Rspr.-Entwicklung Wiethölter KriTJ 1970, 121 ff.

<sup>29</sup> Entwicklung der Rspr. nachgezeichnet in BGHZ 29, 65 (67); siehe auch BGHZ 45, 296 (307) = NJW 1966, 1617 (1618); BGH NJW 2003, 1040 (1041). Aus der Lit. Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 3 ff. Zur dogmatischen Einordnung Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 3.

<sup>30</sup> BGHZ 193, 227 (232 f.) = NJW 2012, 2579 (2580) mAnm Katzenmeier LMK 2012, 340098; in diese Richtung bereits BGHZ 3, 270 (279); 16, 172 (176); 17, 41 (50 f.); 23, 157 (162 f.); 29, 65 (70); 45, 83 (87) = NJW 1966, 877 (878); BGHZ 55, 261 (263); 107, 117 (122) = NJW 1990, 52 (53); BGHZ 138, 311 (318) = NJW 1998, 2141 (2142); siehe auch BGH NJW-RR 2005, 1175 (1177).

<sup>31</sup> Soergel/Beater, 13. Aufl. 2005, BGB § 823 Anh. V Rn. 21; anders aber Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 6; siehe auch RGRK-BGB/Steffen, 12. Aufl. 1989, BGB § 823 Rn. 38; widersprüchlich BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 205. Canaris ging (in Ablehnung der Rechtsfigur) davon aus, dass die Grundannahme der „gegenständliche(n) Verkörperung“ der unternehmerischen Betätigung (RGZ 58, 24 (30)) schon im Ansatz verfehlt sei, weil gerade das, was den Gewerbebetrieb über die Summe seiner Einzelteile hinaushebt, eines verdichteten Sachsubstrats, dem ein eigenständiger Vermögenswert beigemessen werden kann, entbehre, vgl. Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 II 1. Dieser Einwand müsste dann angesichts ihrer besonderen Natur erst recht für die freien Berufe gelten.

<sup>32</sup> BGH NJW 2003, 1040 (1041); 2004, 356 (358); bereits BVerfGE 24, 236 (251) = NJW 1969, 31 (33); BGH NJW 1976, 753 (754); vgl. auch BGHZ 76, 387 (394) = NJW 1980, 2457 (2459).

Vermögensschäden ausgleicht.<sup>33</sup> Des vereinzelt beschrifteten Umwegs über einen erweiterten Persönlichkeitsschutz bedarf es insoweit nicht.<sup>34</sup>

Ein Hauptproblem des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ bleibt angesichts seiner generalklauselartigen Weite<sup>35</sup> die sachgerechte Eingrenzung des Schutzzumfangs, um der Gefahr einer uferlosen Haftung zu begegnen. Da in einer freien Marktwirtschaft unternehmerische Betätigung notwendigerweise die Entfaltung anderer begrenzt und von diesen ebenso legitim zurückgedrängt werden kann, müssen aus der Unzahl denkbarer Beeinträchtigungen die nicht gebilligten herausgefiltert werden.<sup>36</sup> Dies erfolgt erstens durch Betonung der subsidiären Geltung, zweitens tatbestandlich durch bestimmte Anforderungen an die Eingriffsmodalität<sup>37</sup> sowie drittens die positive Feststellung der Rechtswidrigkeit anhand einer umfassende Interessen- und Güterabwägung.<sup>38</sup> Bereits aufgrund derartiger besonderer Voraussetzungen bewerten Kritiker das Recht am Gewerbebetrieb als Fremdkörper innerhalb des § 823 Abs. 1 BGB.<sup>39</sup>

#### 2. Kritik (nicht nur) an der Ungleichbehandlung freier Berufe

Ganz überwiegend erfährt die richterliche Spruchpraxis im Schrifttum heute Zustimmung.<sup>40</sup> In früheren Jahren ist die Anerkennung eines Rechts am Gewerbebetrieb allerdings noch auf zum Teil heftige Kritik gestoßen: Eingewendet wurde, es fehlten bereits die spezifischen Charakteristika eines „sonstigen Rechts“ iSd § 823 Abs. 1 BGB: Zuweisungs- und Ausschlussfunktion.<sup>41</sup> „Eine fest umhegte rechtliche Schutzzone [...] ist mit der marktwirtschaftlichen und freiheitlichen Verfasstheit der geltenden Wirtschaftsordnung unvereinbar.“<sup>42</sup> Vor allem aber habe das Recht am Gewerbebetrieb zu einer Reihe verfassungsrechtlich bedenklicher Wertungen geführt, durch die der Gewerbetreibende großzügigen Schutz gegen Vermögensschäden und die Beeinträchtigung seiner Handlungsfreiheit erlangt habe, dem Richter weitgehende Entscheidungsspielräume eröffnete sowie dem potentiellen Schädiger unkalkulierbare Prozessrisiken aufgebürdet würden.<sup>43</sup>

Speziell in Bezug auf den Kreis geschützter Tätigkeiten wurde kritisiert, Inhaber von Gewerbebetrieben würden durch die richterrechtliche Schöpfung gegenüber nicht gewerblich Tätigen wie Freiberuflern zu Unrecht privilegiert; insofern bestünden untragbare Wer-

<sup>33</sup> NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 256; Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 2; MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 364 ff.; bereits MüKoBGB/Mertens, 2. Aufl. 1986, BGB § 823 Rn. 484 f.; Larenz, Schuldrecht II/2, 12. Aufl. 1981, § 72 III b; Wiethölter KriTJ 1970, 121 (124 ff.).

<sup>34</sup> Ebenso MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 367; Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 II 3, IV 2; anders aber ua RGRK-BGB/Steffen, 12. Aufl. 1989, § 823 Rn. 38; siehe auch (zugleich krit.) Wiethölter KriTJ 1970, 121 (124 ff.).

<sup>35</sup> Statt vieler v. Caemmerer FS 100 Jahre DJT II, 1960, 49 (90).

<sup>36</sup> Vgl. auch Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 2.

<sup>37</sup> Zur Voraussetzung eines unmittelbar betriebsbezogenen Eingriffs näher NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 262 ff. mwN.

<sup>38</sup> NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 266 ff. mwN.

<sup>39</sup> Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 139 ff.; Sack VersR 2006, 1001 (1003); dagegen K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 69.

<sup>40</sup> Vgl. nur MüKoBGB/Wagner, 8. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 365 ff.

<sup>41</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 II 1; v. Caemmerer FS 100 Jahre DJT II, 1960, 49 (89); Deutsch JZ 1963, 385 (387 f.); weiterhin Erman/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 49; siehe auch Katzenmeier AcP 203 (2003), 79 (116); Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 160.

<sup>42</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 II 1.

<sup>43</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1 c; Canaris VersR 2005, 577 (582 f.).

tungswidersprüche.<sup>44</sup> Diese galten dabei zunächst als unbehebbar, weil es mit einer Ausdehnung des Schutzes auf alle Unternehmer oder Berufsausübenden nicht getan wäre, vielmehr hätten zahlreiche weitere am Wirtschaftsleben partizipierende Personen (zB Mieter, Kreditnehmer) ein vergleichbares Schutzbedürfnis gegenüber den erfassten Eingriffsmodalitäten.<sup>45</sup>

Die intendierte Lösung zur „Angleichung“ des deliktischen Schutzniveaus von Gewerbetreibenden und ua den freien Berufen war demnach ursprünglich die Abkehr vom Recht am Gewerbebetrieb als sonstiges Recht. *Claus-Wilhelm Canaris* etwa nahm die von ihm herausgearbeiteten Wertungswidersprüche zum Anlass für grundlegende dogmatische Kritik an der richterlichen Rechtsschöpfung und forderte ihre Aufgabe.<sup>46</sup> Eine Öffnung für Freiberufler zog er gar nicht erst in Betracht. Für den Schutz im unternehmerischen Wettbewerb stünden generell geeignetere Rechtsregime zur Verfügung.

### 3. Alternative Schutzregime

Die Rechtsprechung versteht das Recht am Gewerbebetrieb seit jeher als Auffangtatbestand, der nur zur Anwendung kommt, wenn das geschriebene Recht eine Lücke aufweist, die es zu schließen gilt.<sup>47</sup> Seine Anwendung ist ausgeschlossen, wenn das Gesetz für den spezifischen Eingriff in anderen Regelungen Haftungsmaßstäbe aufstellt, die unter den gegebenen Umständen keine Einstandspflicht begründen.<sup>48</sup> Vorrang genießen namentlich die wettbewerbsrechtlichen Sondervorschriften,<sup>49</sup> § 823 Abs. 2 BGB und § 824 BGB werden grundsätzlich ebenfalls als vorrangig betrachtet.<sup>50</sup>

Neben *Canaris* sah insbesondere *Rolf Sack* im Subsidiaritätsdogma den Anfang einer Selbstauflösung des Rechts am Gewerbebetrieb. Angesichts der Regelungen des UWG<sup>51</sup> sowie der §§ 823 Abs. 2 BGB, § 824 BGB und § 826 BGB gebe es für das Recht am Gewerbebetrieb keinen praktischen Anwendungsbereich und damit kein Bedürfnis für eine richterliche Rechtsfortbildung des § 823 Abs. 1 BGB.<sup>52</sup> Zurückzugreifen sei vor allem auf § 826 BGB, dessen tatbestandliche und wertungsmäßige Hürden der freiheitlichen Grundkonzeption des Deliktsrechts Geltung verschafften.<sup>53</sup> Der Grundsatz der Subsidiarität gelte

<sup>44</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1b; siehe auch Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 160 ff.; in diese Richtung bereits Deutsch JZ 1963, 385 (388).

<sup>45</sup> Zum Ganzen Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1b; zust. Erman/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 49; Zöllner JZ 1997, 293 (295).

<sup>46</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1b.

<sup>47</sup> BGHZ 36, 252 (256f.); 43, 359 (361); 59, 30 (34) = NJW 1972, 1366 (1367); BGHZ 105, 346 (350) = NJW 1989, 707 (708); BGHZ 138, 311 (315) = NJW 1998, 2141 (2142); BGH NJW 1983, 2195 (2196); 2003, 1040 (1041); 2006, 830 (839).

<sup>48</sup> BGHZ 8, 387 (394f.); 55, 153 (159f.) = NJW 1971, 886 (888); BGHZ 65, 325 (328) = NJW 1976, 620 (621); BGHZ 105, 346 (350) = NJW 1989, 707 (708); BGH NJW 1980, 881 (882); dazu RGRK-BGB/Steffen, 12. Aufl. 1989, § 823 Rn. 37.

<sup>49</sup> StRspr, BGHZ 36, 252 (257); 43, 359 (361); 105, 346 (350) = NJW 1989, 707 (708); BGH NJW 2004, 3032 (3035); dazu Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 20ff. mwN; Köhler/Bornkamm/Fedderson/Köhler UWG, 40. Aufl. 2022, Einleitung Rn. 7.4; zu den unterschiedlichen Wertungen von Delikts- und Wettbewerbsrecht vgl. Schricker AcP 172 (1972), 203 (210); siehe auch Wilhelm FS Canaris I/1, 2007, 1293ff.

<sup>50</sup> BGH NJW 1992, 1312; BGHZ 59, 76 (79) = NJW 1972, 1658f.; BGHZ 65, 325 (328) = NJW 1976, 620 (621); BGHZ 138, 311 (314f.) = NJW 1998, 2141 (2142); siehe aber BGHZ 90, 113 (122) = NJW 1984, 1607 (1609).

<sup>51</sup> Vgl. bereits Wiethölter KritJ 1970, 121 (124ff.).

<sup>52</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1a (u. III); Canaris VersR 2005, 577 (582); Sack VersR 2006, 1001 ff.; Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 163 ff.

<sup>53</sup> Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 IV 1c.

dabei entgegen der Auffassung des BGH<sup>54</sup> auch im Verhältnis zur sittenwidrigen Schädigung.<sup>55</sup>

Schutzlücken des Wettbewerbsrechts zeigen sich allerdings, wenn von einem Nicht-Konkurrenten zu nicht-wettbewerblchen Zwecken in die unternehmerische Tätigkeit eingegriffen wird.<sup>56</sup> Innerhalb des allgemeinen Deliktsrechts setzt § 823 Abs. 2 BGB zudem ein den Eingriff erfassendes Schutzgesetz voraus; zugleich unterliegt die Haftung nach § 824 BGB und nach § 826 BGB strengen Anforderungen. Das Interesse am Schutz durch den Grundtatbestand des § 823 Abs. 1 BGB bleibt insofern ungeboren.

### 4. Erstreckung des Rechts am „Gewerbebetrieb“ auf Freiberufler

In Anbetracht der grundsätzlichen Kritik sowie der vorhandenen Schutzmöglichkeiten überrascht es durchaus, dass aus einer etwaigen Ungleichbehandlung der Berufsgruppen im Ergebnis heute nicht die Aufgabe, vielmehr ohne Weiteres die Erstreckung des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ auf Freiberufler gefolgert wird. Nach anfänglicher Konzeption schützte das Recht die gegenwärtige, selbstständige, gewerbliche Tätigkeit. Dieses eng am handelsrechtlichen Gewerbebegriff orientierte Schutzkonzept hat die Rechtsprechung kontinuierlich ausgeweitet. Zunehmend wird im Sinne des Wettbewerbs eine Erstreckung auf geplante Tätigkeiten bejaht;<sup>57</sup> vereinzelt wird gar die Forderung nach einem Schutz vergleichbarer abhängiger Tätigkeit erhoben.<sup>58</sup> In jüngerer Zeit wird nicht einmal mehr ein erwerbswirtschaftlicher Charakter gefordert.<sup>59</sup>

Die zentrale Erweiterung aber liegt in der Einbeziehung der freiberuflichen Tätigkeit. Verortete das RG diese grundsätzlich noch „wegen des dabei obwaltenden höheren wissenschaftlichen und sittlichen Interesses außerhalb des materiellen Gewerbebegriffs“ des BGB,<sup>60</sup> haben Instanz- und Obergerichte in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts den Schutz des Rechts am „Gewerbebetrieb“ zunehmend auf Freiberufler erstreckt, auf Ärzte,<sup>61</sup> Rechtsanwälte,<sup>62</sup> Künstler,<sup>63</sup> Profisportler<sup>64</sup> und Architekten.<sup>65</sup> Dabei sah sich die Rechtsprechung

<sup>54</sup> BGHZ 59, 30 (34f.) = NJW 1972, 1366 (1367); BGHZ 69, 128 (139) = NJW 1977, 1875 (1877).

<sup>55</sup> Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 167ff.; Sack VersR 2006, 1001 (1004).

<sup>56</sup> K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 63.

<sup>57</sup> Vgl. BGHZ 90, 113 (121) = NJW 1984, 1607 (1609); abl. noch BGH NJW 1969, 1208; bejahend aber auch BAGE 15, 211 (215) = NJW 1964, 1291 (1292); Soergel/Beater, 13. Aufl. 2005, BGB § 823 Anh. V Rn. 30f.; Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 10; differenziert RGRK-BGB/Steffen, 12. Aufl. 1989, BGB § 823 Rn. 39; krit. Erman/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 55, 72; BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 206.

<sup>58</sup> Jauernig/Teichmann, 18. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 100; dagegen Soergel/Beater, 13. Aufl. 2005, BGB § 823 Anh. V Rn. 26; zur Frage eines „Rechts am Arbeitsplatz“ als (weiteres) sonstiges Recht iSd § 823 Abs. 1 BGB siehe NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 86.

<sup>59</sup> Zu Non-Profit-Organisationen BeckOGK/Spindler, 1.11.2022, BGB § 823 Rn. 207.

<sup>60</sup> RGZ 64, 155 (157).

<sup>61</sup> OLG Köln VersR 1996, 234 (235); OLG Düsseldorf VersR 2003, 984 (985); NJW-RR 2016, 656 (661); OLG München NJW 1977, 1106; NJW-RR 1999, 1706; NJW-RR 2020, 611 (612); siehe auch NJW-RR 1996, 1487 (1488) (Psychologe); verneinend etwa noch OLG Karlsruhe NJW 1963, 2374 (2375).

<sup>62</sup> LG Berlin NJW-RR 2000, 1229 (1230); LG Essen NJW-RR 2009, 1556 (1557).

<sup>63</sup> OLG Hamburg NJW-RR 1999, 1060.

<sup>64</sup> Bejahend Schröder/Bedau NJW 1999, 3361 (3365); abl. Haas/Prokop JR 1998, 45 (47f.).

<sup>65</sup> Aus der Lit. Staudinger/Hager, 14. Bearb. 2017, BGB § 823 Rn. D 6; bereits MüKoBGB/Mertens, 2. Aufl. 1986, § 823 Rn. 491; K. Schmidt JuS 1993, 985 (988); v. Caemmerer FS 100 Jahre DJT II, 1960, 49 (90); differenziert Erman/Wilhelmi, 16. Aufl. 2020, BGB § 823 Rn. 60f.; Puttfarcken GRUR 1962, 500; zur Entwicklung auch schon Gieseke GRUR 1950, 298; Fikentscher FS Kronstein, 1967, 261.

(auch angesichts eines vermeintlich – zumindest betreffs der Kritik am Bestehen von Wertungswidersprüchen, nicht deren Auflösung – eindeutigen Schrifttums) kaum einmal zu einem Wort der Begründung veranlasst. Der BGH hat den Übergang nie explizit vollzogen, eine Einbeziehung zunächst abgelehnt,<sup>66</sup> zumeist offengelassen,<sup>67</sup> schließlich aber wie selbstverständlich bejaht. In seinem Grundsatzurteil zum Schutz von Freiberuflern (Sporttrainer) durch das Recht am Gewerbebetrieb aus dem Jahr 2012 findet sich keinerlei Erläuterung.<sup>68</sup>

Grundlage dieser Entwicklung ist letztlich die These der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern bei gleichzeitiger stillschweigender Umkehrung der Begründungslast. So konstatierte etwa das OLG München schon früh in einer seither oft zitierten Entscheidung: „Insoweit handelt es sich zwar nicht um einen Gewerbebetrieb, wohl aber um die komplexe Betätigung eines sogenannten freiberuflich Tätigen, die hinsichtlich ihres Schutzes vor Eingriffen einem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gleichgestellt werden muss. Eine sachliche Rechtfertigung dafür, dass die Angehörigen freier Berufe weniger geschützt sein sollen als Gewerbetreibende im engeren Sinne, besteht nicht.“<sup>69</sup>

Diesem Ansatz liegt ersichtlich die – in der Vergangenheit mitunter als politisch bezeichnete<sup>70</sup> – Prämisse zugrunde, dass jedwede unternehmerische Tätigkeit durch das allgemeine Deliktsrecht vor Vermögensschäden geschützt werden muss. Nach deliktsrechtlicher Dogmatik wäre mit vorgenannter „Argumentation“ die Aufgabe des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ naheliegender gewesen. Wenn dieses Institut Gleiches ungleich behandelt, dann ist keinem der Schutz zu gewähren. Denn das Haftungsrecht geht vor dem Hintergrund der allgemeinen Handlungsfreiheit des Einzelnen vom Grundsatz *casum sentit dominus* aus.<sup>71</sup> Haftung ist demnach die Ausnahme, nicht die Regel, und damit jedenfalls begründungsbedürftig – nicht zuletzt, wenn über die Anerkennung eines ungeschriebenen sonstigen Rechts ein dem deliktischen Grundtatbestand des § 823 Abs. 1 BGB wesensfremder und die engen Grenzen des § 826 BGB sprengender Ersatz reiner Vermögensschäden ermöglicht wird.<sup>72</sup> *Canaris* führt insoweit aus, dass „die Argumentationslast nicht bei demjenigen liegt, der mit dem geschriebenen Recht [...] auszukommen sucht, sondern bei demjenigen, der stattdessen eine Rechtsfigur heranziehen will, die in der *lex lata* nicht einmal ansatzweise eine Grundlage hat und daher rechtsquellentheoretisch und methodologisch haltlos ist.“<sup>73</sup>

<sup>66</sup> Etwa noch in BGHZ 74, 9 (18f.) = NJW 1979, 1351 (1353): Bei einem nicht unmittelbar betriebsbezogenen Eingriff sei „kein innerer Grund ersichtlich, einem Gewerbetreibenden einen Anspruch auf Ersatz reinen Vermögensschadens zuzubilligen, den ein anderer ersatzlos hinnehmen müsste, obwohl seine berufliche Entwicklung (etwa im Falle eines leitenden Bankangestellten oder Rechtsanwalts bzw. Notars) ebenfalls schwersten Schaden nehmen kann.“

<sup>67</sup> BGH GRUR 1965, 690 (694) – Arzt; NJW 1991, 1532 – Arzt; 2003, 1040 (1041) – Profisportler; siehe bis hierhin auch Soergel/Beater, 13. Aufl. 2005, BGB § 823 Anh. V Rn. 23; Sack, Das Recht am Gewerbebetrieb, 2007, S. 114f.

<sup>68</sup> BGHZ 193, 227 (232f.) = NJW 2012, 2579 (2580), lediglich unter Verweis auf MüKoBGB/Wagner, 5. Aufl. 2009, § 823 Rn. 192 mwN, der wiederum auf (nicht näher benannte) Wertungswidersprüche verweist.

<sup>69</sup> OLG München NJW 1977, 1106.

<sup>70</sup> Zur „politischen Funktion“ des Rechts am Gewerbebetrieb Wiethölter KritJ 1970, 121.

<sup>71</sup> Waldkirch, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, 2018, S. 201 ff.; Schiemann FS Gernhuber, 1993, 387 (392); Mansel FS Henrich, 2000, 425 (442); NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB vor § 823ff. Rn. 5 ff. mwN.

<sup>72</sup> Krit. auch insoweit Larenz/Canaris, Schuldrecht II/2, 13. Aufl. 1994, § 81 II 2.

<sup>73</sup> Canaris VersR 2005, 577 (583).

## 5. Wandel der freien Berufe

Haltlos ist die Einbeziehung der freien Berufe in den Schutz des Rechts am Gewerbebetrieb indes nicht, sie lässt sich im Ergebnis vertreten. Dies erfordert jedoch zumindest eine Auseinandersetzung mit dem fortentwickelten Rechtsverständnis einerseits sowie einer veränderten Lebenswirklichkeit andererseits. Sowohl die Rechtsfigur „Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ als auch das Bild der freien Berufe hat sich gewandelt.

Nach ursprünglicher Konzeption (des RG) war das Recht am Gewerbebetrieb als erweiterter Eigentumsschutz gedacht und eng am – für klassische Gewerbebetriebe typischen – räumlich-gegenständlichen Geschäftsbereich ausgerichtet. Da ein solcher den freien Berufen nach der Idealvorstellung einer persönlichen und unabhängigen Erbringung altruistischer, ideeller Leistungen tendenziell fremd ist, verwundert die ursprüngliche Ablehnung einer Öffnung des Schutzbereichs für Freiberufler nicht.<sup>74</sup> Nach der kontinuierlichen Verschiebung der Schutzrichtung des Rechts am Gewerbebetrieb weg von streng eigentumsähnlichen hin zu reinen Vermögenswerten lag der Vorwurf der Ungleichbehandlung schon deutlich näher.<sup>75</sup> Eine solche Schlussfolgerung ist indes keineswegs zwingend. Weil Freiberufler nach überbrachtem Verständnis jedenfalls nicht vorrangig finanzielle Interessen verfolgen, bedürfen sie in Wettbewerbssituationen oder ähnlichen Lebenssachverhalten nicht zwangsläufig in gleichem Maße wie Gewerbetreibende des Schutzes vor (und bei) der Zufügung von Vermögensschäden.

In der Praxis zeigen sich allerdings schon seit geraumer Zeit Entwicklungen, welche die hergebrachten Charakteristika der Freiberuflichkeit in neuem Licht erscheinen lassen. Früh wurde angemerkt: „Um zu Erwerbszwecken im geschäftlichen Verkehr tätig werden zu können, bedarf auch der freiberuflich Tätige heute mehr denn je eines dem handelsrechtlichen Gewerbebetrieb entsprechenden wirtschaftlichen Organisationsaufbaues. Praxis und Büro eines Arztes oder Rechtsanwalts sind letztlich nichts anderes als der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb eines gewerblichen Unternehmers.“<sup>76</sup> Freiberufler werden zunehmend in die vorhandenen Marktstrukturen eingebunden. Diese Einbindung ist regelmäßig nicht aufgezwungen, sondern selbstgewählt (etwa wenn Rechtsanwälte oder Ärzte in Berufsausübungsgemeinschaften oder in Anstellung praktizieren)<sup>77</sup> und damit ihrerseits durch die Autonomie der Berufsgruppe legitimiert. Doch weichen auf diese Weise die traditionell hervorstechenden Elemente der Freiberuflichkeit einer marktorientierten Struktur-anpassung.<sup>78</sup> Hinzu kommt das Streben mancher Freiberufler nach Gewinnmaximierung.<sup>79</sup> Insofern ist eine Annäherung an reine Gewerbetreibende und deren Typusmerkmale festzustellen.<sup>80</sup>

Angesichts dieser Lebenswirklichkeit erscheint die Gleichstellung von Gewerbetreibenden und Freiberuflern in ihrem Schutz nach § 823 Abs. 1 BGB schlussendlich konsequent. Dabei mutet es paradox an, dass der Deliktsrechtsschutz umso selbstverständlicher wird, je mehr die freien Berufe aus eigenen Stücken ihr Berufsbild umgestalten. Indes droht ihnen im Gegenzug der Verlust ihrer bisherigen gegenüber klassischen Gewerbetreibenden hervorgehobenen Stellung und Privilegien.

<sup>74</sup> Vgl. Wiethölter KritJ 1970, 121 (124).

<sup>75</sup> Vgl. insofern bereits Larenz, Schuldrecht II/2, 12. Aufl. 1981, § 72 III b aE.

<sup>76</sup> So bereits Puttfarken GRUR 1962, 500 (502).

<sup>77</sup> Zu Veränderungen der ärztlichen Berufswelt Katzenmeier FS Preis, 2021, 571 ff.: Ärzte als Arbeitnehmer – Zum schleichenden Wandel eines „Freien Berufs“.

<sup>78</sup> Aus dieser Perspektive monographisch Hummes, Freier Beruf oder Gewerbe?, 2019.

<sup>79</sup> Zur seinerzeitigen Durchbrechung der Marke von 100.000 Euro Jahresgehalt Henssler BB 2007, Heft 3, Die erste Seite; zu Einstiegsgehältern für Junganwälte in Großkanzleien von bis zu 200.000 Euro Kilian AnwBl 2022, 160.

<sup>80</sup> Krit. gegenüber einer zunehmenden Kommerzialisierung „Freier Berufe“ etwa Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 15, 48, 62.

#### IV. Schlussbetrachtung

Wer das Recht am Gewerbebetrieb anerkennt, sieht heute regelmäßig keinen Anlass mehr, den freien Berufen diesen Schutz zu verwehren. Umgekehrt sind die Einwände gegen eine Einbeziehung von Freiberuflern im Wesentlichen Kritik an dem Rechtsinstitut als solchem.

Stimmt man der Rechtsprechungsentwicklung zu § 823 Abs. 1 BGB zu, so sollte doch der in mehrfacher Hinsicht veraltete Begriff des „Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb“ verworfen werden. Terminologisch spiegelt sich die Öffnung des geschützten Personenkreises treffend im Ausbau dieses sonstigen Rechts zu einem „Recht am Unternehmen“ wider.<sup>81</sup>

Parallelen zum Handelsrecht sind in diesem Punkt augenfällig: Nicht nur *Martin Hensler* fordert schon seit vielen Jahren, den überholten Begriff des „Handelsgewerbes“ durch den Begriff des „Unternehmens“<sup>82</sup> zu ersetzen – gewiss nur unter Anpassung des Rechtsfolgensystems des HGB an die Besonderheiten freier Berufe.<sup>83</sup> Aus Sicht des Deliktsrechts erinnert dies unweigerlich an den Übergang vom Recht am Gewerbebetrieb zum Recht am Unternehmen.<sup>84</sup> Der schwelende handelsrechtliche Diskurs ruft dabei die Brisanz der als gesichert geltenden deliktischen Wertung in Erinnerung.

Folgen hat die Einordnung als Handelsgewerbe *de lege lata* nicht zuletzt für die zur gemeinschaftlichen Berufsausübung zur Verfügung stehenden Gesellschaftsformen. Mit der Rechtsformwahl geht neben steuerrechtlichen Konsequenzen vor allem die Möglichkeit einer Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen einher,<sup>85</sup> zumindest im Hinblick auf vertragliche Schadensersatzansprüche.<sup>86</sup> Auch unter Freiberuflern besteht insoweit ein Interesse an einer sämtliche unternehmerische Verbindlichkeiten erfassenden Haftungsprivileg.<sup>87</sup> Weder die GmbH<sup>88</sup> noch die junge PartGmbH<sup>89</sup> wurden dem in der Praxis bislang umfassend gerecht. Nach der Begründung zum MoPeG soll gerade hier die grundsätzliche Öffnung der ursprünglich auf Gewerbebetriebe beschränkten Rechtsformen der Personengesellschaften für freie Berufe (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB nF) Abhilfe schaffen.<sup>90</sup> Das HGB knüpft allerdings weiterhin im Regelfall an den Begriff des „Handelsgewerbes“ an. Zudem wurde die Rechtsformwahl wiederum unter einen weitreichenden Vorbehalt des Berufsrechts gestellt.<sup>91</sup> Im Ergebnis entsteht so künftig dennoch theoretisch ein Gleichklang von Schutz und Haftung.

<sup>81</sup> Vgl. nur NK-BGB/Katzenmeier, 4. Aufl. 2021, BGB § 823 Rn. 254, 260; aus dieser Perspektive insbesondere K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 66, 73, 76.

<sup>82</sup> Zum handelsrechtlichen Unternehmensbegriff MüKoHGB/K. Schmidt, 5. Aufl. 2021, HGB vor § 1 Rn. 5ff., § 1 Rn. 19ff.; K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 3 Rn. 4ff.

<sup>83</sup> Näher schon Hensler ZHR 161 (1997), 13 (33ff.).

<sup>84</sup> Die Parallele zieht auch K. Schmidt, Handelsrecht, 6. Aufl. 2014, § 6 Rn. 66.

<sup>85</sup> Dazu Fischinger, Haftungsbeschränkungen im Bürgerlichen Recht, 2015, S. 243ff.; Bruns, Haftungsbeschränkung und Mindesthaftung, 2003, S. 184ff.

<sup>86</sup> Dieser Punkt ist daher vornehmlich für Rechtsanwälte relevant, weniger für (auch) deliktisch haftende Ärzte.

<sup>87</sup> Aus dieser Perspektive monographisch Kurz, Haftungsbegrenzungen bei Freiberuflern, 2023; siehe auch Glindemann, Personengesellschaften zur Ausübung freier Berufe, 2019, S. 300ff., 323.

<sup>88</sup> Haftung für Gesellschaftsverbindlichkeiten nur mit dem Gesellschaftsvermögen, § 13 Abs. 2 GmbHG.

<sup>89</sup> Keine persönliche Haftung für Schäden wegen fehlerhafter Berufsausübung, § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG.

<sup>90</sup> BT-Drs. 19/27635, 224.

<sup>91</sup> Dazu BT-Drs. 19/27635, 3, 224. Umfassende Öffnung der Berufsausübungsgesellschaften für Anwälte in § 59b BRAO nF. Für Ärzte gilt Landesrecht, das einer Öffnung (anders als §§ 18, 23a MBO-Ä) weiterhin entgegensteht; dazu Ratzel GesR 2022, 137 (138); offener Hansen MedR 2022, 198 (204).

Die Annäherung der Rechtsregime von Gewerbebetreibenden und Freiberuflern entspricht dem Zeitgeist. Die Idee der Freiberuflichkeit darf sie aber nicht eliminieren. *Martin Hensler* resümierte bereits vor über einem Vierteljahrhundert, einerseits gelte es die Eigenarten der freien Berufe zu bewahren, „andererseits aber, sich von einem überholten, romantisierenden Berufsbild zu verabschieden“.<sup>92</sup> Zu bedenken bleibt, dass freie Berufe individuelle Freiheiten regelmäßig stellvertretend für andere (Mandanten, Patienten, Klienten) in Anspruch nehmen<sup>93</sup> – weshalb der Umfang ihres Freiraumes als Gradmesser der rechtsstaatlichen, die Menschenrechte des Individuums anerkennenden Politik und Verfassung eines Staates angesehen wird.<sup>94</sup> Das Korrelat von Freiheit und Verantwortung rechtfertigt die besondere Stellung freier Berufe auch in Bezug auf ihren deliktischen Schutz und ihre Haftung. Eine Gleichstellung mit gewerblichen Tätigkeiten bedarf stets der Begründung. Dem tragen die anhaltenden Debatten im Gesellschaftsrecht eher Rechnung als die kurzerhand zur Vermeidung von „Wertungswidersprüchen“ erfolgte Ausweitung des Deliktsrechts.

<sup>92</sup> Hensler Gedächtnisvorlesung Hachenburg 1996, 1997, 13.

<sup>93</sup> Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 174.

<sup>94</sup> Vgl. etwa BT-Plenarprot. 8/220, 17778 (D) sowie BT-Drs. 8/4154, 2 (Nr. 1 2): „Der Deutsche Bundestag bejaht die wirtschaftliche und soziale Bedeutung der freien Berufe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Die freien Berufe erbringen unentbehrliche Dienstleistungen für den einzelnen Bürger und die Volkswirtschaft. Sie tragen so wesentlich zur Erhaltung und Sicherung des Freiheitsraumes und damit auch zur Lebensqualität des einzelnen bei“.