

# Zum Selbstverständnis der freien Berufe (Teil I)

von Mag. Peter Melicharek

*Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si proeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. nec enim solos nostro imperio militare credimus illos, qui gladiis clupeis et thoracibus nituntur, sed etiam advocatos: militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem vitam et posteros defendunt.*

Codex Justinianus, liber secundus CJ 2.7.14



(Die Advokaten, die das zweifelhafte Schicksal der Rechtsfragen entscheiden und durch die Kraft ihrer Verteidigung oftmals in öffentlichen und privaten Angelegenheiten das Gefallene aufrichten und das Geschwächte wiederherstellen, sorgen für das menschliche Geschlecht nicht weniger, als wenn sie das Vaterland und ihre Eltern in Schlachten oder durch Wunden retten. Es kämpfen nämlich die Advokaten dadurch, dass sie, gestützt auf die Kraft ihrer glorreichen Worte, die Hoffnung, das Leben und die Nachkommen derer verteidigen, die sich in Not befinden.)

In einem zweiteiligen Aufsatz möchte ich mich dem immer noch höchst aktuellen und viel diskutierten Thema der Unterscheidung der freiberuflichen von der gewerblichen, unternehmerischen Tätigkeit widmen. Im ersten Teil wird mit einem Seitenblick in soziologische und kulturgeschichtliche Aspekte die bestehende Verkehrsauffassung durchleuchtet. Der zweite Teil taucht, auf der Suche nach verlässlichen Abgrenzungsmerkmalen, in die Dogmatik ein und erklärt, wieso mE rechtspolitisch auch zukünftig eine Differenzierung geboten ist.

## 1. Einleitung

Im Vorfeld der Schaffung eines neuen Unternehmensrechts für Österreich entbrannte vor rund drei Jahren erneut eine leidenschaftlich geführte Diskussion über die Einbeziehung oder Nichteinbeziehung der freien Berufe in das handels- und unternehmensrechtliche Regime. Mit Fokus auf den Stand der österreichischen Rechtsanwaltschaft soll untersucht werden, ob tatsächlich Besonderheiten der freien Berufe vorliegen, die ihre Abgrenzung von den Unternehmern rechtfertigen. Geht es bei dieser Abgrenzung nur um eine von den Standesvertretungen getarnte Beibehaltung einer historischen Privilegierung, damit hart umkämpfte Märkte geschützt werden können? Oder ist im Gegenteil eine besondere Behandlung der freien Berufe geboten, um elementare Grundrechte der Bevölkerung zu gewährleisten und den Rechtsfrieden im Staat zu sichern?

## 2. Der Begriff des freien Berufs

### 2.1. Allgemeine Überlegungen

Art 10 Abs 1 Z 6 B-VG bestimmt, dass die „Angelegenheiten der Notare, der Rechtsanwälte und verwandter Berufe“ in Gesetzgebung und Vollziehung Bundessache sind. Art 10 Abs 1 Z 8 B-VG weist ebenso die Angelegenheiten der Patentanwälte und das Ingenieur- und Zivlentechnikerwesen dem Bund zu. All diese Berufe gelten unstrittig als freie Berufe; der Begriff der „freien Berufe“ selbst ist jedoch in der österreichischen Bundesverfassung nicht definiert und Art 10 B-VG legt nahe, dass der Verfassungsgesetzgeber ein gewisses Verständnis von den freien Berufen vorausgesetzt hat. Auch die einfache Rechtsordnung

lässt eine solche Definition vermissen<sup>1</sup>, obgleich der Begriff des „freien Berufes“ in nicht wenigen Normen verwendet wird<sup>2</sup>. Die GewO bestimmt aufzählend in ihrem § 2 Abs 1 Z 7, 10 und 11, welche Tätigkeiten nicht ihrem Anwendungsbereich unterliegen.

Lediglich § 22 EStG umschreibt (ohne jedoch den „freien Beruf“ an sich festzulegen) einerseits mit einer vorsichtigen Generalklausel, andererseits mit einer detaillierten Aufzählung, welche Einkünfte aus welcher Tätigkeit als freiberufliche Einkünfte anzusehen sind<sup>3</sup>, und auch bei dieser Beschreibung lässt sich eine griffige und allgemein gültige Abgrenzung nicht entnehmen. Der steuerliche Begriff ist handelsrechtlich nicht unbedingt maßgeblich<sup>4</sup>. Zudem hat die Verwaltungspraxis eine Vielzahl von höchst kasuistischen Entscheidungen hervorgebracht, welche Tätigkeiten in abgabenrechtlicher Hinsicht als freiberuflich anzusehen

<sup>1</sup> Ich bin keineswegs der Ansicht, eine eingehende Begriffsdefinition ist für gesetzliche Regelungen zwingend stets zu treffen (wie dies in jüngerer Vergangenheit bei den Legisten in Mode gekommen zu sein scheint, siehe zB § 2 Z 1 E-GovernmentG, der sogar den Begriff der „Identität“ definiert). Da aber de lege lata etliche Rechtsfolgen an die Abgrenzung von gewerblicher Tätigkeit anknüpfen, wäre eine Definition in diesem Fall doch wünschenswert. Das Abstellen auf den konkreten Einzelfall lässt nämlich ein Mindestmaß an Rechtssicherheit vermissen (aA *Straube in Straube*, HGB2, RZ 15 zu § 1 mit Verweis auf *Pisko*).

<sup>2</sup> Beispielsweise § 38 Gesundheits- und KrankenpflegeG, § 19 Abs 1 und 2 HebammenG, § 7a Abs 1 MTD-G, § 1 Abs 1 PatentanwaltsG, § 1 Abs 2 WirtschaftstreuhänderberufG.

<sup>3</sup> Bei Vorliegen von sowohl gewerblichen als auch freiberuflichen Elementen ist richtiger Weise auf das Überwiegen abzustellen; *Doralt/Ruppe I*<sup>8</sup>, RZ 65.

<sup>4</sup> *Krejci/Schmidt*, Vom HGB zum Unternehmensgesetz, S 86.

sind, und welche nicht. Beispielsweise sei genannt, dass eine Vortragstätigkeit dann als wissenschaftlich und sohin freiberuflich anerkannt wird, wenn es sich um Vorträge über Akupunktur vor Ärzten handelt<sup>5</sup>; Vorträge und Rechtskurse vor der Vereinigung Österreichischer Wirtschaftstreuhänder hingegen gelten nicht als wissenschaftliche Vortragstätigkeit<sup>6</sup> und unterliegen daher in abgabenrechtlicher Hinsicht den gewerblichen Regeln.

Der Rechtsanwender hat also, in Ermangelung einer klaren und zweifelsfreien ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, die allgemeine Auslegungslehre der Methodik anzuwenden, wenn es gilt, den Begriff des „freien Berufes“ zu interpretieren und zu verstehen. Auf die Rechtsauslegung als dialektischer Prozess und die Anwendung der unterschiedlichen Interpretationskriterien darf in diesem Rahmen auf die reichlich vorhandene Literatur<sup>7</sup> verwiesen werden.

Widmen wir uns zunächst dem Terminus des „Berufes“ im allgemeinen Sprachgebrauch. Der Begriff „Beruf“ ist nicht notwendiger Weise mit dem Begriff des „Erwerbs“ gleichzusetzen. „Erwerb“, der typischerweise allein auf die Erzielung von Gewinn, oder zumindest von kostendeckenden Einnahmen abzielt, ist üblicher Weise nur ein Teilzweck der Berufsausübung. Das Wesen des Begriffes „Beruf“ liegt gerade darin, die „übergreifende ethische und soziale Bindung der individuellen Erwerbstätigkeit zu erfassen und den bestimmenden Einfluss des eigenen Willens und der eigenen Selbstbestimmung hervorzukehren“<sup>8</sup>. Den Begriff des „Berufes“ allein aus ökonomischen Kriterien wie den Begriff des „Erwerbs“ abzuleiten, erscheint daher nicht angebracht. Vielmehr muss auch auf eine gewisse soziale Komponente der beruflichen Tätigkeit Bedacht genommen werden.

Der Begriff „Beruf“ fand erst am Beginn des 16. Jahrhunderts Eingang in die deutsche Sprache. *Martin Luther* verwendete den Begriff in seiner deutschen Bibelübersetzung, und später schien er auch im protestantischen Schrifttum anderer Sprachen auf. *Max Weber* befasste sich in den Jahren 1904/1905 in seinem Werk „Die protestantische Ethik und der ‚Geist‘ des Kapitalismus“ zentral mit der Idee des Berufs. „Beruf“ bezeichnet darin eine rationale, zweckorientierte Tätigkeit nach begründeten Regeln und auf eine zielgerichtete Weise, die auch eine ethische Verpflichtung enthält, nämlich den „Berufsethos“. Das Weber'sche Konzept des Berufs reicht damit über die Arbeitswelt hinaus und bildet ein Element der gesellschaftlichen und politischen Ordnung<sup>9</sup>. Es wird in der grund- und integrativwissenschaftlichen Literatur heute gerne

betont, dass eine sprachliche Nähe zwischen „Beruf“ und „Berufung“ besteht.

Was der Begriff „Beruf“ nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bezeichnet, versucht *Loebenstein* im Ansatz durchaus treffend wie folgt zu umreißen: „Jede auf Dauer berechnete und nicht nur vorübergehend der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung, insbesondere der an die Persönlichkeit geknüpfte und von ihr gewählte Kreis von Aufgaben und Tätigkeiten, der dazu geeignet ist, nicht nur vorübergehend eine Lebensgrundlage zu schaffen und zu erhalten. Der Beruf muss in einer Arbeitstätigkeit bestehen, die in einer geistigen oder körperlichen Tätigkeit gelegen ist. Sie ist auf einen im Bewusstsein der Allgemeinheit anerkannten Tätigkeitserfolg gerichtet und muss objektiv geeignet sein, den angestrebten Erfolg auf sozialgemäße Weise zu verwirklichen“<sup>10</sup>. Dass das Ziel der beruflichen Tätigkeit einen positiven sozialen Werterfolg haben muss, und dass auf negative soziale Werterfolge ausgerichtete Tätigkeiten nicht unter den Berufsbegriff subsumierbar sind, wird von *Loebenstein* genauso gefordert, ist jedoch allgemein nahe liegend und wird an dieser Stelle nicht weiter untersucht<sup>11</sup>. Allerdings ist auch aus *Loebensteins* Postulat, die Arbeitstätigkeit müsse aus einer „geistigen oder körperlichen Tätigkeit“ bestehen, nicht viel zu gewinnen, da sich mit diesem Kriterium allenfalls die bloße Vermögensverwaltung abgrenzen lässt, die allerdings in den meisten Fällen doch auch ein Minimum an geistiger Tätigkeit erfordern wird (und zudem *per definitionem* immer erst in einem Stadium nach der Schaffung eines Vermögens einsetzen kann). Was letztlich von der Definition übrig bleibt, ist also eine dauerhafte Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, damit der den freien Beruf Ausübende seinen Lebensunterhalt bestreiten kann<sup>12</sup>.

Dieser Definitionsversuch deckt sich in auffälliger Weise mit dem „alten“ Gewerbebegriff des § 1 Abs 1 altes HGB sowie mit dem Unternehmensbegriff des § 1 Abs 2 UGB, welche beide ebenso nach allgemeinem Verständnis auf selbständige, auf Dauer und berufsmäßig organisierte, zumindest auf unternehmenserhaltenden Erwerb gerichtete Tätigkeit abzielen, die wirtschaftlich werthaltige Leistungen auf dem Markt anbieten – solange diese

<sup>10</sup> *Loebenstein*, aaO.

<sup>11</sup> bisweilen wird darauf verwiesen, dass (abgabenrechtlich gesehen) sogar verbotene Tätigkeiten als freiberuflich angesehen werden können, siehe *Quantschnigg/Schuch*, EST-HB, RZ 1.1 zu § 22 mit Verweis auf VwGH 13.5.1992, 90/13/0293. Bei der gegenständlichen Entscheidung entfaltete ein promovierter Techniker, dem im Inland keine Befugnis zur Tätigkeit als selbständiger Ziviltechniker zukam, eine dem Zivilingenieur ähnliche Tätigkeit, sohin entgegen der berufsrechtlichen Normen. Diese Verletzung von organisationsrechtlichen Bestimmungen hat jedoch für die Beurteilung des allgemeinen sozialen Werterfolgs der Tätigkeit selbst außer Betracht zu bleiben, und da das Abgabenrecht den Maßstab der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ansetzt, ist eine solche Tätigkeit in Verletzung des Berufsorganisationsrechts nahe liegender Weise als freiberufliche anzusehen.

<sup>12</sup> *Krejci* in *Dehn/Krejci*, das neue UGB, S 20; derselbe in HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67.

<sup>5</sup> VwGH 21.7.1993, 91/13/0059.

<sup>6</sup> VwGH 19.5.1993, 92/13/0119.

<sup>7</sup> Statt aller: *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff; und *Koziol* in *Koziol/Welser*, Bürgerliches Recht I<sup>12</sup>, S 21 ff.

<sup>8</sup> *Loebenstein*, Freie Berufe im Rechtsstaat, JBl 1984, 457.

<sup>9</sup> Wobei Berufsethos (innerweltliche Askese) in Verbindung mit Kapitalismus in einem modernen Kapitalismus resultieren würden; *Hahn/Ehmer*, Zur Einführung: Geschlecht und Beruf, Beiträge zur historischen Sozialkunde 4/1995, S 103.

Tätigkeit nicht freiberuflich ist<sup>13</sup>. Aus der allgemeinen Begriffsdefinition des Wortes „Beruf“ allein lässt sich sohin keine brauchbare Abgrenzung dafür ableiten, was nun gewerbliche und was freiberufliche Tätigkeit sein soll.

Wir werden uns sohin mit dem Begriff der „Freiheit“ der Berufsausübung zu befassen haben und uns insbesondere die Fragen stellen müssen, von wem bzw durch wen der Berufsausübende frei sein muss, damit seine Tätigkeit als „freier Beruf“ anzusehen ist. Auf das mit Art 6 StGG 1867 gewährleistete Grundrecht auf Erwerbs- und damit verbunden, Berufsfreiheit sei an dieser Stelle verwiesen. Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit schützt die menschliche Arbeit an sich, die ein wesentliches Element der Persönlichkeitsverwirklichung darstellt. Mit der Entscheidung für einen bestimmten Beruf und der Ausbildung für diesen bestimmt der Mensch seinen Platz in der Gesellschaft<sup>14</sup>. In der historischen Entwicklung wurde dieses Grundrecht garantiert, um eine ständisch und zunftmäßig organisierte Wirtschaft zu überwinden. Wiederum lässt sich aus der Verfassung und aus der Berufsfreiheit nichts Gewinnbringendes für die Definition des „freien Berufes“ schließen, da eben jeder Staatsbürger diese Freiheit genießt und aus dieser Sicht jeder Beruf ein „freier“ ist. Es fällt allenfalls als bezeichnend auf, dass de facto strikte Zugangsbeschränkungen zu zahlreichen freien Berufen bestehen, und zwar oftmals mit der Begründung, dies diene dem Schutz der Konsumenten (Patienten, Klienten).

Zur Frage, von wem der Beruf frei sein muss, möchte ich anmerken, dass ein gewisses Maß von „Freiheit vom Staat“ heute wohl im Allgemeinen garantiert<sup>15</sup> ist. Wenn man nun dieses Kriterium zur Bestimmung des Begriffs des „freien Berufes“ heranziehen möchte, stößt man daher wieder auf einige Schwierigkeiten. Der Träger eines freien Berufes solle in keinem besonderen Gewaltverhältnis zur öffentlichen Hand stehen, sondern im Wesentlichen sich selbst verantwortlich und verpflichtet sein<sup>16</sup> - dies trifft aber auf jeden Bürger zu, der nicht im öffentlichen Dienst tätig ist. Die Freiheit solle auch gegenüber anderen Mitmenschen bestehen, indem der Freiberufler diesen nicht in einem besonderen Gewaltverhältnis, wie etwa einem Arbeitsverhältnis unterstellt ist – dabei sind Freiberufler regelmäßig sowohl standesrechtlich als auch bereits nach allgemeinem Zivilrecht in ihrer Funktion als Auftragnehmer einer strengen Weisungsgebundenheit unterworfen<sup>17</sup>. Zudem untersteht niemand, der selbständig einer Erwerbstätigkeit nachgeht, wie etwa jeder Gewerbetreibende, einem dienstvertraglichen Gewaltverhältnis. Und auch jeder Gewerbetreibende schließt auf Grund der Privatautonomie mit seinen Kunden Verträge, sohin ist auch diese bisweilen als Unterscheidungs-

kriterium genannte privatautonome Grundlage unbrauchbar.

Im Zusammenhang mit dem Argument, die freien Berufe würden sich mittels ihrer „Freiheit durch...“ definieren, wird üblicher Weise erwähnt, die Freiberufler wären auf Grund ihrer kammerorganisierten Selbstverwaltung frei. Es trifft sicherlich zu, dass die autonome Organisation von einigen freien Berufen in Kammern ein wesentlicher Bestandteil der österreichischen sozialen Wirklichkeit ist, und historisch von wesentlicher Bedeutung war. Mit der Kaiserlichen Verordnung vom 16. August 1849 wurde eine provisorische Advokatenordnung genehmigt, welche die Grundlage für die Selbstverwaltung der Rechtsanwaltschaft bildete. Das Kaiserliche Patent vom 29. September 1850 setzte eine vergleichbare Autonomie für das Notariat in Kraft, anfänglich nur für bestimmte Gebiete der Monarchie. Die anderen kammermäßig organisierten Berufe nahmen ähnliche Entwicklungen. Ein wesentlicher Bestandteil der Befreiung einiger freier Berufe war sicherlich auch die Loslösung von staatlichen Ernennungserfordernissen, und der Regelung der Berufszulassung nach autonomen standesrechtlichen Kriterien. Gerne wird in diesem Zusammenhang betont, dass die Kammern zur Emanzipation des mündigen Bürgers maßgeblich beigetragen haben<sup>18</sup>.

Heute bedarf es zur Ausübung eines kammermäßig organisierten freien Berufs regelmäßig keiner behördlichen Ernennung mehr. Dafür unterliegen die Mitglieder so mancher berufsständischen Kammer strengen Inkompatibilitätsbestimmungen, örtlichen Bindungen in verschiedenen Spielarten, dem Ausschluss gewisser gesellschaftlicher Organisationsformen, Wettbewerbsbeschränkungen, und sie müssen aus standesrechtlichen Gründen teilweise sogar Einschränkungen der Entfaltung ihres Privatlebens hinnehmen.

Außerdem gibt es zahlreiche anerkannte freie Berufe, die nicht in Kammern organisiert sind: Lediglich die Ärzte, Tierärzte, Notare, Rechtsanwälte, Patentanwälte, Wirtschaftstreuhänder, Ziviltechniker, Dentisten und Apotheker<sup>19</sup> sind „verkammert“<sup>20</sup>. Die freiberuflichen Schriftsteller, Erfinder, Übersetzer, Privatlehrer, Marktforscher, bildenden Künstler, Musiker, Versicherungsmathematiker, Journalisten, Schiedsrichter, die nur planenden Baumeister, Statiker, Psychotherapeuten, Ergotherapeuten, Physiotherapeuten, Hebammen, die Ausübenden des medizinisch-technischen Dienstes, Schauspieler, Kabarettisten<sup>21</sup> usw sind allesamt nicht in eigenen Berufsorganisationen erfasst. Also nützt auch das Kriterium der Kammerzugehörigkeit nichts, wenn man den Begriff „frei“ zu interpretieren sucht. Das Faktum, dass zahlreiche freie Berufe eben nicht autonom in Kammern organisiert sind, wird oft als die wesent-

<sup>13</sup> *Krejci*, Handelsrecht<sup>2</sup>, S 26; *Krejci*, Unternehmensrecht<sup>4</sup>, S 39.

<sup>14</sup> *Berka*, Die Grundrechte, RZ 745.

<sup>15</sup> und damit der zweite *Jellinek*'sche Status, der *status negativus*, erreicht ist.

<sup>16</sup> *Loebenstein*, aaO.

<sup>17</sup> Und sogar eine Pflicht, allenfalls Weisungen einzuholen; siehe OGH 23.6.1983 in 6 Ob 610/83.

<sup>18</sup> *Hoffmann*, Gedanken zur Selbstverwaltung der freien Berufe, AnwBl 1996, 658.

<sup>19</sup> Wobei die Apotheker und die Zahntechniker nicht als Freiberufler, sondern als gewerblich Tätige angesehen werden; *Straube*, HGB<sup>2</sup>, RZ 17 zu § 1.

<sup>20</sup> *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67.

<sup>21</sup> Zahlreiche weitere in EStR, TZ 5211 ff zu § 22.

liche, unüberwindliche Hürde für die Abgrenzung zwischen gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit angeführt<sup>22</sup>.

Dass man mit herkömmlichen juristischen Interpretationsmethoden für die Abgrenzung des freien Berufs vom Gewerbe nicht viel gewinnen kann, haben natürlich auch die Höchstgerichte längst erkannt. Die österreichische Judikatur stellt zur Frage des Vorliegens der Freiberuflichkeit auf die Verkehrsauffassung ab<sup>23</sup>. Welche Verkehrsauffassung besteht, hat nach der Rechtsprechung das betreffende Gericht als Rechtsfrage zu beurteilen, wenn „die Erfahrungen des täglichen Lebens dazu ausreichen“<sup>24</sup>. In der Lehre ist die Frage jedoch umstritten, ob die Verkehrsauffassung nicht doch überwiegend aus dem Tatsachenbereich zu klären sei<sup>25</sup>. Im Ergebnis liegt mE sowohl im Verwaltungs- als auch im Zivilverfahren eine *questio mixta* vor, die sich nur mit Tatsachenelementen aus der sozialen Wirklichkeit (und dementsprechenden Behauptungen der Parteien) lösen lässt, wenn nicht wirklich eine gesicherte und unzweifelhafte Auffassung besteht.

Auch das deutsche Bundesverfassungsgericht vertritt diese Ansicht und meint, der „Freie Beruf“<sup>26</sup> ist kein eindeutiger Rechtsbegriff, sondern ein soziologischer Terminus<sup>27</sup>. Bei der definitorischen Bestimmung des Begriffs soll jeweils auf die Tatbestandsvielfalt der beruflichen Wirklichkeit und ihren stetigen Wandel eingegangen werden. Auch die Stellung und Bedeutung des Berufs im Sozialgefüge und die Länge der erforderlichen Ausbildung werden von der deutschen Judikatur als Beurteilungskriterien für die Abgrenzung eines freien Berufs von gewerblicher Tätigkeit herangezogen, was wiederum Tatsachenfragen mit Elementen von starker soziologischer und kulturhistorischer Prägung sind.

## 2.2 Kulturhistorische und historisch – soziologische Betrachtungsweise

Unser heutiges Verständnis der „freien Berufe“ geht kulturgeschichtlich auf die Bedingungen der freien Künste oder „artes liberales“ als wissen-

schaftliche Disziplinen der mittelalterlichen Hochschulen im elften und zwölften Jahrhundert zurück. Ursprünglich stammt der Fächerkanon der „septem artes liberales“ aus der Antike. Der Terminus „ars“ bezeichnet dabei nicht „Kunst“ im modernen Sinne, sondern „Technik, Fähigkeit, Sachgebiet, Wissenschaft“. Als „liberales“ bezeichnete man die artes in der Antike, weil die Beschäftigung mit ihnen eines freien Mannes (homo liber) würdig war. Im Mittelalter leitet man das Wort auch von liber (=Buch), also Buchwissenschaften, ab. Die septem artes bestanden aus drei Fächern, die mit der Sprache zu tun haben (so genanntes „trivium“ (dreifacher Weg), nämlich Grammatik, Rhetorik und Dialektik) und vier Fächern, die mit Zahlen zu tun haben und eine harmonische Ordnung von Gottes Schöpfung darstellen (so genanntes „quadrivium“ (vierfacher Weg), nämlich Arithmetik, Musik, Geometrie und Astronomie)<sup>28</sup>. Im Mittelalter war den Studien der drei klassischen Fachdisziplinen Theologie, Medizin und Jus zwingend eine Befassung mit den artes liberales vorgeschaltet. Später beanspruchten diese Fachstudiengänge die Bezeichnung „freie Künste“ für sich selbst<sup>29</sup>.

Berufsangehörige des öffentlichen Dienstes wurden eine Zeit lang genauso unter die freien Berufe eingegliedert wie Schriftsteller, Künstler, Rechtsanwälte und Ärzte. Seit dem 18. Jahrhundert stand der freie Beruf als sozialetischer Begriff zur Unterscheidung vorwiegend geistiger Tätigkeiten von Gewerbe und Handwerk. Die soziologische Literatur des frühen 20. Jahrhunderts beschrieb Anwälte, Ärzte und Künstler als privilegierte Erwerbsklassen „mit bevorzugten Fähigkeiten oder bevorzugter Schulung ausgestattete freie Berufe“, die „frei von Störungen der Arbeitssachlichkeit dem Amt der Kulturproduktion sich hingeben“<sup>30</sup>.

In der heutigen Soziologie wird bisweilen zum Begriff des „freien Berufes“ die definitorische Trias der (i) wirtschaftlichen und kulturellen Berufsfunktion, (ii) des freien Berufsstandes als Gruppe und (iii) dem individuell freiberuflich Tätigen genannt<sup>31</sup>. In diesem Rahmen seien verschiedene Kombinationen denkbar, so könnten etwa viele freie Berufe ausgeübt werden, ohne dass der Ausübende einem freien Berufsstand angehört<sup>32</sup>. Auch könne etwa ein Angehöriger eines freien Berufsstandes seine Tätigkeit nicht-freiberuflich im Sinne einer unabhängigen wirtschaftlichen Tätigkeit ausüben, beispielsweise als Dienstnehmer. Oder eine Person könnte einem freien Berufsstand angehören, ohne dass sie überhaupt eine Erwerbstätigkeit ausübe. All dies trifft als analytische Beschreibung durchaus zu, und eine ähnliche Gliederung findet sich im Recht zahl-

<sup>22</sup> *Krejci* in *Krejci/Dehn*, aaO, S 21.

<sup>23</sup> OLG Wien NZ 1960, 108; weitere Nachweise auch bei *Straube*, HGB<sup>2</sup>, RZ 14 zu § 1; zuletzt *Dehn* in *Krejci ua*, Reform-Kommentar UGB – ABGB, RZ 41 zu § 1, mwN.

<sup>24</sup> OGH in 4 Ob 399/84; 4 Ob 312/87; 4 Ob 349/87; 4 Ob 100/91; 4 Ob 6/92

<sup>25</sup> grundlegend *Fink*, Verkehrsauffassung – Rechts- oder Tatfrage?, RdW 1982, 230.

<sup>26</sup> Man beachte die Großschreibung des „Freien Berufs“ nach deutschem Recht, die sich auf das deutsche Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung von anderen Gesetzen („PartnerschaftsgesellschaftenG“) vom 25. Juli 1994, in Kraft seit 1. Juli 1995, zurückführen lässt. Noch im Regierungsentwurf war keine einheitliche Schreibweise gesehen, im Gesetzgebungsverfahren wurde dann dennoch die große Schreibweise eingeführt. Dies, obwohl die Gesellschaft für deutsche Sprache keinen Grund für eine Großschreibung erkennen konnte (Nachweise bei *Adler*, aaO, S 48). Diese Großschreibung sei, so *Seibert* (zitiert nach *Adle*) bereits „eine Wohltat, die immerhin nichts kostet, was selten genug vorkommt“.

<sup>27</sup> BVerfGE 1960, 10, 354 (361).

<sup>28</sup> *Frenz*, Historische Hilfswissenschaften, Website der Universität Passau (<http://www.phil.uni-passau.de/histhw>)

<sup>29</sup> *Adler*, Berufsbetreuer als freier Beruf – eine theoriebasierte Exploration zur Professionalisierung der gesetzlichen Vertretung Volljähriger, Dissertation Universität Konstanz, 1998.

<sup>30</sup> *Adler*, aaO, mit Verweisen auf *Weber*, *Baier* und *Hörnemann*.

<sup>31</sup> *Adler*, aaO.

<sup>32</sup> Man denke etwa an eine „nicht-verkammerte“ freiberufliche Tätigkeit iSd § 22 Z 1 lit a EstG, etwa als Privatlehrer oder als Hellscher (der in der Literatur besonders gerne als Beispiel herangezogen wird).

reicher freier Berufe, das oft einerseits aus materiellem Berufsrecht (Berufsfunktion nach Außen), andererseits aus Berufsorganisationsrecht (Berufsstand) und andererseits aus dem privatautonom vertraglich geschaffenen Recht des Freiberuflers im Verhältnis zu seinen einzelnen Mandanten/Patienten besteht.

### 2.3 Literarische Kritik an den freien Berufen

Die freien Berufe seien seit jeher „*aristokratische Berufe*“<sup>33</sup>, und sie würden eine ganz besondere „*Verschwörung gegen den Laien*“<sup>34</sup> darstellen. Als Kriterium für die Zugehörigkeit zu dieser „*Verschwörung*“ gelten insbesondere Entscheidungsfreiheit in der Ausübung des Berufes, die Unabhängigkeit in der beruflichen Stellung und die Qualifikation als persönliche und geistige Leistung (zu diesen Kriterien im Einzelnen siehe Punkt 2.7 unten). Bisweilen wird kritisch bemerkt, das stilprägende Merkmal der Entwicklung der klassischen freien Berufe sei die Betonung und Sicherung einer herausragenden Monopolstellung, sowie eine Abgrenzung von und Privilegierung gegenüber anderen, „*niederen*“ Berufen. Freiberufler würden eine besondere Macht besitzen, weil ein Laie bzw ein Konsument sich in bestimmten Lebenslagen einem Fachmann anvertrauen muss, deren Kompetenz er prima facie nicht beurteilen kann. Dies führe, so Teile der soziologischen Literatur, bisweilen zu einer Mystifizierung<sup>35</sup>, ja zu „*Allmachtsgefühlen*“<sup>36</sup> der Experten: „*Unsere großen Institutionen haben die beängstigende Eigenschaft, gerade jene Zwecke, für die sie ursprünglich geplant und finanziert werden, ins Gegenteil zu verkehren. Unter der Führung hochangesehener Experten produzieren unsere institutionellen Werkzeuge hauptsächlich paradoxe Kontraproduktivität – nämlich die systematische Entmündigung des Staatsbürgers. [...] Warum aber gibt es keine Rebellion gegen die*

*Entwicklung der Industriegesellschaft zu einem einzigen riesigen, entmündigenden Dienstleistungssystem? Die Erklärung dafür müssen wir hauptsächlich in der Illusionen erzeugenden Kraft dieses Systems suchen*“<sup>37</sup>.

Aus der anderen Perspektive gibt der Magister Musicae bei Hermann Hesse<sup>38</sup> im Hinblick auf die freien Berufe zu bedenken: „*Die Freiheit beschränkt sich auf den einen, einzigen Akt der Berufswahl. Nachher ist es mit der Freiheit zu Ende. Schon bei den Studien an der Hochschule ist der Arzt, der Jurist, der Techniker in einen sehr starren Lehrgang gezwängt, der mit einer Reihe von Prüfungen endet. Hat er sie bestanden, dann bekommt er sein Patent und kann nun, wieder in scheinbarer Freiheit, seinem Beruf nachgehen. Er wird damit aber ein Sklave niedriger Mächte, er hängt vom Erfolg, vom Geld, von seinem Ehrgeiz, seiner Ruhmsucht, vom Gefallen ab, das die Menschen an ihm finden oder nicht finden. Er muß sich Wahlen unterziehen, er muß Geld verdienen, er nimmt teil am rücksichtslosen Kampf der Kasten, der Familien, der Parteien, der Zeitungen. Dafür hat er die Freiheit, erfolgreich und wohlhabend zu werden und von den Erfolgllosen gehasst zu werden oder umgekehrt.*“

Eben diese kritischen Ansichten waren für die Verkehrsauffassung, für die soziologische und rechtliche aktuelle Realität der freien Berufe ebenso bildend wie die bereits in der Antike verbreitete Ansicht, den freien Berufen sei ein ganz zentrales altruistisches Element gemein.

Mag. Peter Melicharek,  
Rechtsanwalt in Wien

<sup>33</sup> Poll, die Haftung der Freien Berufe zwischen standesrechtlicher Privilegierung und europäischer Orientierung – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen Rechtskreises und des Common Law am Beispiel des Rechtsanwalts; in Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Bd 71, S 25, mit Verweis auf *Bernhard Shaw*.

<sup>34</sup> Shaw zitiert nach *Geisler*, Der mündige Patient ist ein Phantom, AOK-Forum "Gesundheit und Gesellschaft", 9/2003, S 3, wobei Shaw generell meinte, die Berufsausübung, nicht nur der freien Berufe, stelle sich laienfeindlich dar.

<sup>35</sup> Eine solche wohl nicht ganz unbeabsichtigte Mystifizierung der freien Berufe findet sich bisweilen noch heute, man denke etwa an das Ritual der Angelobung von Rechtsanwälten durch Gelöbnis in die Hand des Präsidenten der RAK oder an den von Ärzten zu schwörende hippokratische Eid.

<sup>36</sup> *Illich*, Entmündigung durch Experten. Zur Kritik der Dienstleistungsberufe, S 7.

<sup>37</sup> *Illich*, aaO, S 26.

<sup>38</sup> *Hesse*, Das Glasperlenspiel, zitiert nach *Ahrens*, Das besondere Verhältnis der rechtsberatenden freien Berufe zu ihren Klienten, NZ 1991, 288.

Ende Teil 1. Im nachfolgenden zweiten Teil des Aufsatzes sollen an Hand der in der Literatur genannten dogmatischen Merkmale möglichst verlässliche Abgrenzungskriterien herausgearbeitet werden. Der Fokus wird auf die Aspekte des altruistischen Berufsbildes, der Interessenswahrungspflicht sowie der Ausübung eigener Funktion im öffentlichen Interesse gerichtet.

## Zum Selbstverständnis der freien Berufe, Teil II

von Mag. Peter Melicharek

Nachdem im ersten Teil dieses Aufsatzes ein historischer Ausschnitt der Entwicklung der freien Berufe und deren ethisch-soziale Anforderungen betrachtet wurde, sollen nun die verschiedenen in der Literatur genannten dogmatischen Qualitätsmerkmale einer kritischen Prüfung unterzogen werden. Den Beginn macht die schon seit der Antike vertretene Idee, Freiberufler müssten als Wesensmerkmal eine besondere altruistische Gesinnung aufweisen.

### 2.4. Altruistisches Berufsbild: „Wissen ist Macht, Macht aber ist Pflicht“<sup>1</sup>

Der Vorstellung, dass beispielsweise der Rechtsanwalt einen freien Beruf und kein Gewerbe ausübt, kann eine gewisse Kontinuität nicht abgesprochen werden. Gewerbliche Tätigkeit galt (und gilt trotz UGB noch immer) nämlich typischerweise gewinnorientiert, während gerade die freiberufliche Tätigkeit im Wesentlichen ein zentrales altruistisches, fremd- und gemeinnütziges Element aufweisen soll. Bereits im Codex Justinianus<sup>2</sup> wurde dies für den Rechtsanwaltsstand eindringlich formuliert wie folgt: „Ferner soll ein Advokat mit der Partei, der er seinen Beistand zu leisten übernommen hat, keinen Vertrag eingehen und keine Verabredung treffen.“ Durch die rechtsfreundliche Vertretung sollen die Anwälte keine „Gelegenheit zu schändlichem Gewinn und widrigem Vorteil“ ergreifen, „sondern eine Vergrößerung ihres Ruhmes“ suchen. „Sollten sie sich durch Gewinn und Geld fesseln lassen, so sind sie als Entartete und Schlechte zu den gemeinsten Menschen zu suchen“. Andererseits sei es aber nicht verächtlich, wenn dem Anwalt „einmal für seine Bemühungen aus freiem Ermessen etwas geschenkt“ werde. Aus diesem Ehrengeschenk, dem „honorarium“, leitet sich etymologisch der heutige Begriff des „Honorars“ ab. Ähnlich wohl bei den Gesundheitsberufen, bei denen es ebenso unerwünscht war, dass der häufig als Beistand oder Retter in der Not fungierende Freiberufler aus dieser Not Kapital schlägt.

Ganz in diesem Sinne normierte auch das österreichische ABGB, nicht nur in seiner Stammfassung, sondern bis ins 20. Jahrhundert hinein (!) es als verbotenes und sittenwidriges Geschäft nach § 879 Abs 2, „wenn ein Wundarzt oder was immer für ein Arzt sich von dem Kranken für die Übernehmung der Kur“ und nach Abs 3 „wenn ein Rechtsfreund sich für die Übernahme eines Prozesses eine bestimmte Belohnung bedingt“<sup>3</sup>.



Ebendiese idealistisch-altruistische Orientierung, die einem Gewinnstreben mit gewissem Misstrauen gegenübersteht, hat sich im Bereich der freien Berufe bis heute erhalten. Dabei ist es zwar heute anerkannt, dass auch Freiberufler ihre Zeit einsetzen müssen, um ihre ökonomische Existenz zu gewährleisten. Natürlich nehmen etwa Ärzte und Rechtsanwälte am Wettbewerb teil. Aber ist es tatsächlich so, dass sich keine tatsächlichen Unterschiede zwischen Dienstleistungen gewerblicher und freiberuflicher Art mehr ausmachen lassen? Steht auch bei den Freiberuflern „naturgemäß“ gleichermaßen das Gewinnstreben im Vordergrund<sup>4</sup>? Findet eine dies leugnende Idealisierung und Überhöhung der Dienstleistungen freier Berufe statt, die schon lange nicht mehr den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen? Dieses Thema ist rechts- und standespolitisch an vielen Fronten umstritten. Hellwig etwa berichtet von einer Sitzung der International Bar Association Mitte der 90er Jahre, auf der die Teilnehmer besprachen, dass sie sich der Konkurrenz der großen Accounting Firms ausgesetzt sehen und daher strategische Zusammenschlüsse und Partnerschaften bilden, sowie berufsrechtliche Hindernisse aus dem Weg schaffen müssten. Als erster Redner eröffnete der Vertreter Jamaikas, ein älterer und beeindruckend anzusehender Rechtsanwalt mit: „Shame on you! You betray the law. You are not lawyers, you are traders, traders who sell their knowledge of the law like a commodity“<sup>5</sup>. Der britische Vorsitzende soll diese Wortmeldung bloß lakonisch mit „thank you for this voice from the wilderness“ quittiert haben.

Mit dem Wandel vom HGB zum UGB in Österreich wurde nicht gerade wenig Öl in das Feuer der Diskussion gegossen, ob das idealistische Element der Freiberuflichkeit eine rechtliche Privilegierung rechtfertigen kann, und ob historisch gewachsene standesrechtliche „Andersbehandlungen“ zu entfallen haben. Die Lehre kritisiert jedenfalls bis jetzt ziemlich einhellig<sup>6</sup>, dass der Gesetzgeber den Schritt der Einbeziehung der

<sup>1</sup> Feuchtwanger, zitiert nach Poll, aaO.

<sup>2</sup> Zitiert nach Kandelhard, Das neue Berufsbild des Rechtsanwalts – Kontinuität im Wandel, BRAK-Mitt 5/2002, 203, dieser nach Härtel/Kaufmann, Codex Justinianus, S 56 f.

<sup>3</sup> Kraus in Ehrenreich, Österreichische Gesetzeskunde 1 (1911), S 362.

<sup>4</sup> Deutscher Industrie- und Handelstag in der Beantwortung der Fragen der Derulierungskommission vom 11. Jänner 1989.

<sup>5</sup> Zitiert nach Hellwig, The Legal Profession in Europe: Achievements, Challenges and Chances, German Law Journal 3/2005.

<sup>6</sup> Dehn, das neue Unternehmensgesetzbuch; Krejci in Krejci/Dehn, das neue UGB, S 20; Krejci, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67.

Freiberufler ins professionelle Unternehmerrecht nicht vollzogen hat.

Diese Kritik vorausgeschickt, findet sich in der Literatur dennoch die überwiegende Ansicht, das Erwerbsdenken solle – auch wenn es heute nicht mehr völlig verpönt ist – zumindest nicht das erste Ziel der freien Berufe sein<sup>7</sup>. Ohne einer bestimmten freien Berufsgruppe nahe treten zu wollen, ist das oft genannte Kriterium der altruistischen Orientierung ohne jegliche empirische Überprüfbarkeit wohl kein brauchbares Abgrenzungskriterium. Zudem erscheint es problematisch, die Zugehörigkeit zur Gruppe der Freiberufler im Wesentlichen von einer inneren Gesinnung, die sich zum im Lauf der Berufsausübung in die eine oder andere Richtung wandeln könnte, abhängig zu machen. Wenn auch ein (zumindest teilweise) altruistisches Berufsideal bei so manchem freien Beruf nicht nur vom Verkehr als gegeben angenommen und im Selbstverständnis so mancher Berufsgruppe gewiss keine unbedeutende Rolle spielt, so kann eine idealistische Orientierung höchstens ein Indiz, aber kein unerlässliches Merkmal für das Vorliegen der Freiberuflichkeit sein.

## 2.5. Wahrung fremder Interessen: Zwang zur Loyalität

Im Anschluss an das oben Ausgeführte lässt sich aber als typisches Merkmal für zahlreiche freie Berufe ausdrücken, dass der Freiberufler als Dienstleister regelmäßig im fremden Interessenkreis seines Auftraggebers tätig wird und dessen Interessen zu wahren hat<sup>8</sup>. In den rechtsberatenden Berufen werden dies häufig vermögensbezogene Interessen sein, doch kann es auch um personenbezogene, ideelle Interessen gehen. Aus dieser übernommenen Besorgung einer fremden Angelegenheit folgen gewisse berufliche Pflichten, die gerade und ganz typischer Weise im freiberuflichen Bereich weit über die für einen bloßen gewerblichen Vertrag wie beispielsweise einen Handelskauf oder einen unternehmerischen Werkvertrag üblichen Haupt- und Nebenpflichten hinausgehen. So wird nach der Judikatur<sup>9</sup> ein Rechtsanwalt nicht einmal durch die Beendigung des Mandatsverhältnisses von seiner Pflicht entbunden, sondern er hat „*Nachteile für seinen Mandanten für die Zeit nach der Beendigung des Vertragsverhältnisses abzuwenden*“<sup>10</sup>. Es liegen also sachlich und

auch zeitlich teilweise sehr weit reichende Interessenwahrungspflichten vor, und zwar dies bei einer Vielzahl von freien Berufen.

Die Fremdnützigkeit der Leistung der Freiberufler zwingt also zur Loyalität, die ihrerseits in Grad und Inhalt sowohl von dem Maß an Vertrauen abhängt, das der Auftraggeber gezwungener Maßen entgegenbringen muss, als auch von der Reichweite des Einblicks in die Verhältnisse des Auftraggebers<sup>11</sup>. Als Folge ergibt sich die Interessenwahrungspflicht vieler Freiberufler, und als deren Ausformung oft eine Warn- und besondere Fürsorgepflicht gegenüber den Auftraggebern, sowie eine strenge Schweigepflicht gegenüber Dritten.

Bisweilen ist der an den Tag zu legende Loyalitätsgrad standesrechtlich ausdrücklich normiert, so beispielsweise bei der Rechtsanwaltschaft. Nr 2.7 der Standesregeln der Rechtsanwälte der Europäischen Gemeinschaft (CCBE) vom 28. Oktober 1988 lautet: „*Vorbehaltlich der gesetzlichen und standesrechtlichen Vorschriften ist der Rechtsanwalt verpflichtet, seinen Mandanten in solcher Weise zu vertreten und/oder zu verteidigen, dass das Mandanteninteresse dem Interesse des Rechtsanwaltes, eines Kollegen oder der Kollegenschaft insgesamt vorgeht*“. Dem entsprechend statuiert bekanntlich auch § 10 der österreichischen RL-BA für Rechtsanwälte: „*Vornehmste Berufspflicht des Rechtsanwaltes ist die Treue zu seiner Partei. Interessen des Rechtsanwaltes und Rücksichten auf Kollegen haben im Widerstreit zurückzutreten.*“

Auch beim ärztlichen Behandlungsvertrag wird mit Selbstverständnis davon ausgegangen, dass der Arzt sich nicht von eigennützigem, auf Gewinnerzielung gerichteten Motiven leiten lassen darf. Dies entspricht den (berechtigten) Erwartungen des Patienten. Im Rahmen eines Behandlungsvertrages entsteht ein besonderes Vertrauensverhältnis, das anders zu beurteilen ist als andere Vertragsverhältnisse, bei denen der Patient typischer Weise das Bewusstsein hat, auf ökonomischer Basis am Wirtschaftsleben teilzunehmen. Aus dem Behandlungsvertrag folgt, dass der Arzt, abgesehen vom Honorar, aus der Behandlung keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil ziehen darf. Der Hintergrund dieser Werthaltung ist sicherlich auch jener, dass dem Arzt vorbeugend der Anreiz genommen werden soll, medizinisch nicht indizierte Behandlungsmaßnahmen zu setzen<sup>12</sup>.

<sup>7</sup> *Loebenstein*, aaO; *Ahrens*, aaO.

<sup>8</sup> ob diese Interessensvertretung auch oder nur aus altruistischen Motiven stattfindet, oder ob der Freiberufler sich für seine Treue, Loyalität und letztlich für ein nicht zu unterschätzendes Haftungspotential ein entsprechendes Entgelt abbedungen hat, tritt dem gegenüber in den Hintergrund.

<sup>9</sup> LG ZRS Wien vom 18.2.2004, 12 Cg 208/94k (nicht veröffentlicht).

<sup>10</sup> Die zitierte Entscheidung (an welcher der Autor beteiligt war) stützt sich im Wesentlichen auf die in *ecolex* 1997, 494 veröffentlichte Entscheidung des OGH in 4 Ob 2319/96 z vom 26. November 1996; bei dieser ging es um ein dauerhaftes Mandatsverhältnis zwischen dem betroffenen Rechtsanwalt und dem Mandanten, welches erst nach zwölf Jahren im Jahr 1986 aufgelöst wurde. Bei der unter der vorangegangenen FN 47 zitierten

Entscheidung hat der betroffene Rechtsanwalt auf Grund ausdrücklicher Instruktionen des Mandanten lediglich eine einzige (!) Vertretungshandlung gesetzt.

<sup>11</sup> *Ahrens*, Das besondere Verhältnis der rechtsberatenden freien Berufe zu ihren Klienten, NZ 1991, 288.

<sup>12</sup> Ein besonders eindrucksvolles Beispiel hierfür ist der vom Supreme Court of California im Jahr 1990 entschiedene Rechtsstreit *Moore vs Regents of University of California* ) Zitiert nach *Ahrens*, Das besondere Verhältnis der rechtsberatenden freien Berufe zu ihren Klienten, NZ 1991, 288.): Der leukämiekranke Kaufmann John Moore ließ sich aus zwingenden therapeutischen Gründen die Milz entfernen. Eine Untersuchung der Milzzellen durch das Ärzteteam ergab, dass diese wegen ihrer Seltenheit ein wertvolles medizinisch-biologisches Forschungsgut verkörperten. In Folge entwickelten die Ärzte aus den entnommenen Zellen ein patentiertes Arzneimittel, welches ihnen, der Universität und

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass bei vielen und wichtigen freiberuflichen Tätigkeiten eine entweder standesrechtlich normierte, oder aber von der Verkehrsauffassung vorausgesetzte Pflicht des Freiberufers besteht, seine eigenen Interessen hinter jene seines Mandanten/Patienten/Auftraggebers zurückzusetzen. Vergleichbare Pflichten sind im gewerblichen, unternehmerisch - „kaufmännischen“ Bereich nicht zu finden<sup>13</sup>. Es ist mE durchaus wünschenswert, ein solches „Dienstideal“ der freien Berufe in ihrer Ausprägung als Rechtspflicht bestehen zu lassen<sup>14</sup> und als Bestandteil der Rechtsordnung zu respektieren.

## 2.6. Funktion im öffentlichen Interesse

Das soeben beschriebene Dienstideal vieler freier Berufe geht jedoch über den Bereich der Besorgung fremder Interessen typischerweise hinaus. So bestimmt etwa der Deutsche Presskodex<sup>15</sup> unter Ziffer 1: „Die Achtung vor der Wahrheit, die Wahrung der Menschenwürde und die wahrhaftige Unterrichtung der Öffentlichkeit sind oberste Gebote der Presse“. Auch nach österreichischem journalistischem Selbstverständnis liefert der Journalismus im Interesse der Öffentlichkeit die Kritik, mit welcher als „vierte Gewalt“ die Mächtigen kontrolliert werden; die Journalistische Funktion müsse durch Distanz nach allen Seiten und Unabhängigkeit bestechen und auf Kreativität und Ethik basieren<sup>16</sup>.

Die österreichische Notariatskammer beschreibt ihr Berufsethos wie folgt: „Der Beruf des Notars dient nicht nur der Rechtswahrung, er erfüllt auch eine soziale und friedenserhaltende Funktion durch Beratung, Interessenausgleich und öffentliche Urkunden“<sup>17</sup>.

---

zwei Pharmaunternehmen bis zur gerichtlichen Entscheidung Erlöse von etwa drei Milliarden US-Dollar einbrachte. Als die behandelnden Ärzte zum Zweck der Entwicklung des Arzneimittels Zellnachschieb aus dem Körper von John Moore benötigten, bestellten sie diesen mehrfach unter dem Vorwand der Nachuntersuchung ein und beschafften sich so mehr Zellmaterial. John Moore kam später auf die wirtschaftliche Verwertung und initiierte ein gerichtliches Verfahren, um an der kommerziellen Verwertung teilzuhaben. Der Supreme Court of California stellte mit seiner Entscheidung klar, dass diagnostische und therapeutische Eingriffe, die nur aus Gewinnstreben des behandelnden Arztes vorgenommen werden, mangels Zustimmung des unzureichend informierten Patienten rechtswidrig sind.

<sup>13</sup> In diesem Sinne: Scheuba, Gedanken zur Einbeziehung der Rechtsanwälte ins HGB – Ist das, was gesetzlich machbar erscheint, auch politisch wünschenswert?, AnwBl 2003, 75.

<sup>14</sup> Ebenso Ahrens, aaO.

<sup>15</sup> Presskodex des Deutschen Presserats in Zusammenarbeit mit den Presseverbänden, beschlossen und Bundespräsident Heineemann am 12. Dezember 1973 in Bonn überreicht, idF 2. März 2005

<sup>16</sup> Petermichl/Ortmayer, Journalismus und Politik, Internet-Veröffentlichung 2001 (<http://www.unet.univie.ac.at/~a9947245/publizistik>)

<sup>17</sup> Homepage der österreichischen Notariatskammer (<http://www.notar.at/de/portal/dernotar/service/begriffslexikon/b/berufsethos>)

Während der Rechtsanwalt etwa in Deutschland nach § 1 der Bundesrechtsanwaltsordnung ausdrücklich als „unabhängiges Organ der Rechtspflege“ mit öffentlichem Charakter institutionalisiert ist, beruft sich die österreichische Rechtsanwaltschaft auf die Privatautonomie, um ihre Funktion im öffentlichen Interesse zu betonen. Die Vorbemerkungen der Vertreterversammlung zu den RL-BA für Rechtsanwälte fassen dies wie folgt zusammen: „Der Rechtsanwalt ist der durch seine rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Ausbildung, seine Verschwiegenheit, seine Vertrauenswürdigkeit, seine Unabhängigkeit, durch die Bindung an sein Gewissen, sowie durch seine soziale Kompetenz ausgezeichnete Berater, Beistand oder Vertreter seiner Partei in allen ihren öffentlichen und privaten Angelegenheiten, im besonderen auch als Verteidiger in Strafsachen. Darüber hinaus ist der Rechtsanwalt berufen, engagiert für die Erhaltung von Freiheit und Rechtsfrieden einzutreten, zu der Vermeidung und außergerichtlichen Lösung von Konflikten beizutragen und als Vertreter individueller Interessen und Anliegen, die mit rechtmäßigen Mitteln verwirklicht werden können, beizustehen. Die so verstandene Rechtsanwaltschaft ist für den Rechtsstaat unentbehrlich“.

Das Bundeskomitee Freie Berufe Österreichs definiert allgemein: „Angehörige Freier Berufe<sup>18</sup> erbringen auf Grund besonderer Qualifikation persönlich eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistige Leistungen im Interesse ihrer Auftraggeber und der Allgemeinheit. Ihre Berufsausübung unterliegt spezifischen berufs- und standesrechtlichen Bedingungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung und des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welche Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende besondere Vertrauensverhältnis gewährleisten und fortentwickeln.“

Notare zählen zu den Trägern der öffentlichen Verwaltung. Tierärzte verfolgen bei Seuchenbekämpfung und Fleischschau einen öffentlichen Auftrag. Ärzte führen im Interesse der Allgemeinheit Vorsorgeuntersuchungen durch. Von Ziviltechnikern ausgestellte öffentliche Urkunden sind gleich von Verwaltungsbehörden ausgestellte öffentliche Urkunden zu behandeln<sup>19</sup>. Sowohl nach traditionellem Selbstverständnis als auch nach der aktuellen faktischen Position zahlreicher freier Berufe lässt sich also eine Gemeinwohlverpflichtung erblicken<sup>20</sup>, oftmals mit einer wichtigen ordnungspolitischen Funktion öffentlich-rechtlicher Natur. Wenn man einem gewissen Pathos nicht abgeneigt ist, lässt sich ohne weiteres sagen: „Das Interesse des Konsumenten bestimmt als oberste Maxime das Handeln des Freiberufers vor allen wirtschaftlichen Eigeninteressen. Die Freien Berufe stehen für Rechtsstaatlichkeit, Bürgernähe, hohe Gesundheits- und Qualitätsstandards und Verbraucherschutz. Sie spielen als wichtiger Teil der Zivilgesellschaft – als Mittler zwi-

---

<sup>18</sup> man bemerke die Großschreibung, wohl in Anlehnung an die Schreibweise in Deutschland, siehe FN 25 oben.

<sup>19</sup> Buchinger, aaO, S 13.

<sup>20</sup> Buchinger, Freie Berufe – Regulierungssystem, Veröffentlichung des BMWA 1999, S9.

schen Bürger und Staat, als Meinungsbildner und Dienstgeber – eine bedeutende gesellschaftspolitische Rolle.“<sup>21</sup>

Zusammenfassend lässt sich zu Recht die Meinung vertreten, dass man die Bedeutung der freien Berufe nicht ausschließlich nach wirtschaftlichen Maßstäben beurteilen kann. In vielen Berufsordnungen wird festgelegt, und es wird vom Publikum oftmals vorausgesetzt und verlangt, dass der Freiberufler nicht nur den Interessen seines Patienten/Mandanten/Auftraggebers vor seinen eigenen Interessen Vorrang einzuräumen hat, sondern auch den öffentlichen Interessen<sup>22</sup>.

## 2.7. Weitere bisweilen genannte Abgrenzungsmerkmale

Als typisches Merkmal der freiberuflichen Struktur wird oft genannt, die Freiberufler wären oft in kleinbetrieblichen Strukturen organisiert. Dies ist statistisch gesehen sicherlich zutreffend, so beschäftigt ein österreichischer Freiberufler im Schnitt nur drei Unselbständige, einschließlich der in Ausbildung befindlichen Berufskandidaten<sup>23</sup>. Auch in Deutschland stellt sich die Situation ähnlich dar, so sind beispielsweise nur 6,7 % der deutschen Rechtsanwälte in überörtlichen Sozietäten organisiert, davon weniger als 1 % in Sozietäten mit mehr als 30 Partnern<sup>24</sup>. Das Kriterium der Kleinbetrieblichkeit mag rechtspolitisch gesehen vielleicht einen gewissen Schutzbedarf erklären, der allein jedoch nicht eine Andersbehandlung etwa gegenüber kleinen Gewerbetreibenden rechtfertigt.

Das ebenso oft genannte Charakteristikum<sup>25</sup> der akademischen Ausbildung (rund 78% der Freiberufler haben einen akademischen Abschluss) bildet ebenfalls kein taugliches Abgrenzungskriterium. Zu Recht wird diesem Kriterium nämlich entgegen gesetzt, auch gewerbliche Tätigkeiten bedürfen oftmals einer umfassenden Ausbildung. Und auch im spezialisierten professionellen Gewerbe wird wohl die lange akademische Ausbildungsdauer höhere volkswirtschaftliche Kosten nach sich ziehen, was dafür in einer entsprechend höheren Wertschöpfung der Tätigkeit (bei Freiberuflern wird rund ein Drittel mehr Bruttowertschöpfung erwirtschaftet) resultiert<sup>26</sup>.

Die Organisation von Freiberuflern in Kammern kann auch nicht zur Abgrenzung von gewerblicher Tätigkeit herangezogen werden. Kammern sind Körperschaften öffentlichen Rechts, die auf Grund gesetz-

licher Ermächtigung im Rahmen ihres übertragenen Wirkungsbereichs mit hoheitlichen Befugnissen über ihre Mitglieder ausgestattet sind. Etliche wichtige freie Berufe sind in Kammern zusammengefasst; es gibt aber auch unstrittig zahlreiche von der Verkehrsan-schauung anerkannte freie Berufe, die nicht kammermäßig organisiert sind (dies wurde bereits in Punkt 2.1 kurz angerissen).

Der Hinweis, Freiberufler würden typischerweise einem speziellen Berufs- und Standesrecht unterliegen, muss einerseits wegen der keinen gesonderten berufsrechtlichen Regelungen unterstellten Freiberufler, andererseits wegen der starken Regulierungstendenzen, die zunehmend auch das Gewerbe treffen, ins Leere gehen. Auch weil der Versuch, die Anwendbarkeit von Spezialnormen auf Grund persönlicher Zugehörigkeit zu einer Berufsgruppe als Kriterium zu nennen einen unzulässigen Zirkelschluss darstellt (schließlich muss vor Anwendung der entsprechenden Norm zuerst die Berufszugehörigkeit gegeben sein), gelangt dieses Argument wohl nicht zum Durchbruch.

Die Leistungen der Freiberufler allgemein als persönliche, nicht reproduzierbare Dienstleistungen als Abgrenzungskriterium heranzuziehen, wäre ebenso verfehlt<sup>27</sup>. Ob eine nicht reproduzierbare Leistung erbracht wird oder nicht, obliegt nämlich allein der Vereinbarung der Parteien im Rahmen der Privatautonomie. Und obwohl das Charakteristikum der Höchstpersönlichkeit hier nicht *per se* abgetan werden soll, ist es doch mittlerweile durchaus üblich, dass etwa ein Rechtsanwalt einem Kollegen Substitutionsvollmacht erteilt, und sich Freiberufler im Allgemeinen fachlich vorgebildeter Gehilfen bedienen können, um ihre Aufgaben zu erledigen<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> aA Adler, aaO.

<sup>28</sup> Für die freien Berufe gilt in diesem Zusammenhang nach herrschender abgabenrechtlicher Ansicht (*Quantschnigg/Schuch*, ESt-HB, RZ 6.1 zu § 22; *Krejci*, HGB-Reform und freie Berufe, AnwBl 2003, 67) die so genannte „eingeschränkte Vervielfältigungstheorie“ (im Gegensatz zu der „uneingeschränkten Vervielfältigungstheorie“, welche auf Einkünfte aus sonstiger selbständiger, nicht-freiberuflicher, Tätigkeit Anwendung findet). Der freiberuflich Tätige muss stets auf Grund seiner eigenen Fachkenntnisse (i) leitend und (ii) eigenverantwortlich tätig sein, wenn er sich fachlich vorgebildeter Arbeitskräfte bedient und somit seine eigene Arbeitskraft „vervielfältigt“. Von einer solchen leitenden Tätigkeit ist dann auszugehen, wenn die Mitarbeiter des Freiberuflers unter dessen Anleitung und Kontrolle ihre Tätigkeit entfalten. Nach der Judikatur des deutschen Bundesfinanzhofes, deren Ratio auch auf die österreichische Rechtslage durchaus anwendbar ist, muss der Freiberufler persönlich durch seine Initiative das Bild seines Betriebes prägen und Fachkenntnis über den gesamten Bereich der Berufstätigkeit haben: In BFH BStBl 1981, 170 (zitiert nach *Quantschnigg/Schuch*) wurde befunden, der Leiter einer Fremdsprachenschule müsse sämtliche unterrichtete Fremdsprachen soweit beherrschen, dass er die Fähigkeit seiner Lehrkräfte kontrollieren könne. Das zweite Merkmal der eigenverantwortlichen Tätigkeit bezeichnet, dass der Freiberufler nicht nur für die Tätigkeit seiner Angestellten Verantwortung tragen muss, sondern auch eine eigene Tätigkeit entwickeln muss, deren Folgen er dann unmittelbar selbst zu verantworten hat: So auch der österreichische VwGH in 2759/77 vom 11. November 1980: Der Inhaber einer Fahrschule muss, auch wenn ihm die kraftfahrrechtliche Befähigung mangelt, selbst unterrichtende Tätigkeiten ausüben, um als Freiberufler zu

<sup>21</sup> Oberndorfer, ÖAZ Aktuell 15/2003.

<sup>22</sup> Ahrens, aaO.

<sup>23</sup> Schwarzl, Freie Berufe, Studie im Auftrag des BMWA, September 1998, zitiert nach Buchinger.

<sup>24</sup> Filges, Rechtskaufmann oder Rechtspflegeorgan – einige Gedanken zum Strukturwandel in der Anwaltschaft, Rede vor der Mitgliederversammlung des Hamburgischen Richtervereins am 2. März 2000.

<sup>25</sup> Schmidt, Die Eigenständigkeit der Freien Berufe im Binnenmarkt der EG, NZ 1990, 197.

<sup>26</sup> Buchinger, aaO S 17.

### 3. Conclusio

Im Bewusstsein, dass die Judikatur auf die Verkehrsansicht abstellt, um Freiberuflichkeit von Gewerbe abzugrenzen, bringt dennoch die Zusammenschau der in der Literatur mE bislang noch nicht überzeugend widerlegten dogmatischen Abgrenzungskriterien einen gewissen Erkenntnisgewinn. Die Verkehrsanschauung orientiert sich nämlich nicht zuletzt auch an dogmatischen Kriterien, und diese wiederum müssen auf einem gewissen Substrat der tatsächlichen Realität fußen, um bestehen zu können. Es kam und kommt sohin zu einer Wechselwirkung zwischen Theorie und Praxis, wie in vielerlei Disziplinen der Juristerei der Fall.

Zugegebener Maßen bleiben bei hinreichend kritischer Betrachtung der verschiedenen bislang vertretenen Merkmale nicht viele Kriterien über. Sobald die betreffende Person selbständig kumulativ

- (i) verantwortlich die Wahrung fremder Interessen besorgen muss, und
- (ii) ihre Funktion auch im öffentlichen Interesse ausübt,

wird mE nach der Verkehrsanschauung eine freiberufliche Tätigkeit vorliegen, es sei denn, es handelt sich um eine beamtete Tätigkeit (was leicht festzustellen ist, ohne auf weitere *questiones mixtae* auszuweichen).

Wenn diese Merkmale vorliegen und ansonsten die Tätigkeit der betreffenden Person auf die Erzielung eines dauerhaften Erwerbs durch ihre Tätigkeit ausgerichtet ist, kann von einem freien Beruf gesprochen werden.

Eben diese Postulate, nämlich dass der Freiberufler seine Interessen auf Grund berufsrechtlicher Normen oder aber auf Grund der Erwartungshaltung seines Auftraggebers/Mandanten/Patienten sowohl hinter deren Interessen, als auch hinter den Interessen der Öffentlichkeit zurückzustellen hat, rechtfertigen *de lege lata* im Allgemeinen sehr wohl eine besondere rechtliche Behandlung der freien Berufe. Im Interesse der rechtssuchenden Bevölkerung und eines funktionierenden Rechtsstaates, im Interesse der Informations- und Meinungsfreiheit, im Interesse der Volksgesundheit und der Volksbildung ist sohin ein gewisser Schutz der freien Berufe angebracht, ja geboten. Dieser Schutz muss sich notwendiger Weise sowohl auf die (a) wirtschaftliche und kulturelle Berufsfunktion an sich, auf (b) den freien Berufsstand als Gruppe und (c) auch auf den individuell freiberuflich Tätigen erstrecken, da er sonst völlig zahnlos wäre.

Im Gegenzug für diese besondere Behandlung sollen und müssen wir Freiberufler täglich danach streben, den Erwartungen, welche die Bevölkerung an unser Berufsbild knüpft, zu entsprechen und diese wenn möglich sogar zu übertreffen.

*Mag. Peter Melicharek,  
Rechtsanwalt in Wien*

---

gelten. Ausnahmen von dieser Pflicht zur persönlichen Tätigkeitsentfaltung bestehen lediglich im Fall einer vorübergehenden Verhinderung (*Margreiter*, Mitunternehmerschaft – Anmerkungen zur Abgrenzung gewerbliche und nicht gewerbliche Tätigkeit, FJ 1993, 58).