

Gelbe Erläuterungsbücher

Gewerbeordnung: GewO

Kommentar

von

Prof. Dr. Rolf Wank, Prof. Dr. Jörg Ennuschat, Dr. Harald Sieg, Werner Leifermann, Prof. Dr. Peter J. Tettinger

8. Auflage

Gewerbeordnung: GewO – Wank / Ennuschat / Sieg / et al.

schnell und portofrei erhältlich bei beck-shop.de DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

Gewerberecht



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

www.beck.de

ISBN 978 3 406 61410 1

die Genehmigung nur dem Staat erteilt werden kann (so z. B. im Bereich der Veranstaltung und Vermittlung von Sportwetten; vgl. § 33 h Rdn. 22), liegt aus Sicht eines privaten Gewerbetreibenden, der Sportwetten veranstalten oder vermitteln will, kein generelles Verbot und damit Gewerbe vor (*VGH BW VBIBW* 2007, 471 [472]; so wohl auch *Hahn*, in: Friauf, § 33 h Rdn. 3; **a. A.** *Heß*, in: Friauf, § 14 Rdn. 30 und § 15 Rdn. 3; siehe unten § 14 Rdn. 29, § 15 Rdn. 10, § 33 h Rdn. 58).

bb) Soziale Unwertigkeit. Nach ganz überwiegender Auffassung kann 41 eine Tätigkeit auch dann als unerlaubt gelten, wenn ihr kein ausdrückliches Verbot entgegensteht (*Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 41). Dies betrifft sozial unwertige Tätigkeiten, d. h. solche, die den allgemein anerkannten sittlichen und moralischen Wertvorstellungen zuwiderlaufen. Derartige Erwerbsarten unterfallen also nicht dem Gewerbebegriff und unterliegen nicht der Anwendung der GewO. Das Unwerturteil muss sich auf die Tätigkeit als solche – und nicht nur auf einzelne Ausübungsformen – erstrecken (*VGH BW VBIBW* 2007, 471 [472]).

Soziale Unwertigkeit wurde mit Blick auf **Prostitution** herkömmlich 42 bejaht und ein Gewerbe dementsprechend verneint (*BVerwG GewArch* 1981, 140; *OLG Stuttgart NVwZ* 1987, 86 [87]; *HambOVG. NVwZ* 1990, 286 [287]; *HessVGH GewArch* 1996, 210 ff.; dazu ausführlich v. *Ebner GewArch* 1979, 177 ff.; ebenso zum Telefonsex *LG Mannheim NJW* 1995, 3398). Dies schloss und schließt nicht aus, dass Prostitution in anderem rechtlichen Zusammenhang als Gewerbe betrachtet wurde und wird (so etwa im Bauplanungsrecht *BVerwG NVwZ-RR* 1996, 84; *BayVGH ZfBR* 2008, 600; zur Gesetzesakzessorietät des Gewerbebegriffs siehe oben Rdn. 5). Im Laufe der Zeit mehrten sich die Zweifel, ob diese Wertung aufrecht erhalten werden kann: Stellt man auf die Mehrheitsüberzeugung ab, ist auf einen erheblichen Wandel der gesellschaftlichen Moralvorstellungen hinzuweisen, legt man einen normativen Maßstab an, ist zu berücksichtigen, dass nach der mittlerweile beinahe vier Jahrzehnte zurückliegenden Liberalisierung des Sexualstrafrechts im Jahre 1973 zwischenzeitlich durch das Gesetz zur Regelung der Rechtsverhältnisse der Prostituierten (**Prostitutionsgesetz** – ProstG) v. 20. 12. 2001 (BGBl I S. 3983) eine gewisse normative Anerkennung der Prostitution erfolgt ist. Das Prostitutionsgesetz entfaltet zwar keinen unmittelbaren Einfluss auf die Wertungen des Gewerberechts (deshalb weiter für Sittenwidrigkeit der Prostitution z. B. *Pauly GewArch* 2002, 217 [218]; *Kurz GewArch* 2002, 142 [145]; *Stühler GewArch* 2005, 129 [131]; Bund-Länder-Ausschuss „Gewerberecht“, bei *Schönleiter/Stenger GewArch* 2009, 294 [295] u. 2010, 61 [62]), markiert immerhin einen weiteren Wandel der gesellschaftlichen Wertvorstellungen (*BGH NJW* 2006, 3490 [3491]). Mittlerweile überwiegt in Rspr. und Lit. die Auffassung, dass Prostitution auch im Sinne des Gewerberechts **nicht als sittenwidrig** und folglich als **Gewerbe** einzustufen ist (siehe etwa *BVerwG NVwZ* 2009, 909 [910] – zum GastG; *BayVGH NVwZ* 2002, 1393 [1394]; *VG Stuttgart GewArch* 2005, 431 [432 f.]; *Marcks*, in: Landmann/Rohmer I, § 14 Rdn. 15 a; *Pielow*, in: BeckOK, § 1 Rdn. 169; *Stober* Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. 2007, S. 16 f.; *Arndt*, in: Steiner, BesVwR, 8. Aufl. 2006, VI Rdn. 205; *Ehlers*, in: Achterberg/

§ 1

Titel I. Allgemeine Bestimmungen

Püttner/Würtenberger, BesVwR I, 2000, § 2 Rdn. 12; *Gurlit* VerwArch 2006, 409 [422]; *dies.* GewArch 2008, 426 [427]; *Hinrichs* VR 2003, 257 [259]; *Hösch*, GewArch 2001, 112 [117]; *Lehmann* NVwZ 2009, 888 [890]; *Renzikowski* GewArch 2008, 432 [434]).

- 43 Obgleich ein grundlegender Auffassungswandel empirisch nur schwer zu belegen sein mag und die Bevölkerung mehrheitlich gegenüber der Prostitution womöglich weniger liberal eingestellt sein könnte als der durch die Medien vermittelte Eindruck erwarten lässt, ist nicht zuletzt vor dem Hintergrund des Prostitutionsgesetzes von einem normativen Wertewandel auszugehen. Die Prostitution als solche ist daher nicht als schlechthin sittenwidrig anzusehen und kann deshalb Gewerbe sein. Das Idealbild der selbstbestimmten Prostituierten dürfte in der Realität jedoch selten sein. Die neue gewerberechtliche Bewertung von Prostitution darf daher nicht dazu führen, die Augen vor den Gefahren zu verschließen, die mit der Prostitution und ihrem spezifischen Milieu sowohl für die Prostituierte als auch für deren Kunden verbunden sind. Welche Mittel zur Gefahrenabwehr – einschließlich der Möglichkeit von Verboten – ergriffen werden, unterfällt der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers.
- 44 Zu Recht abgelehnt wegen sozialer Unwertigkeit wird ferner die Zuordnung zum Gewerbe beim **Betteln** (*Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 46) und bei der **kommerziellen Sterbehilfe** (*VG Hamburg* MedR 2009, 550). Ob die Einrichtung einer gewerblichen **Samenbank** „wegen eines möglichen Verstoßes gegen die guten Sitten“ bereits generell a priori als unerlaubt auszuschließen hat (so *Stober* NJW 1986, 2613 [2618]; siehe auch *LG Berlin* RuS 2004, 203 [204]), ist so sicher nicht, zumal das EmbryonenschutzG v. 13. 12. 1990 (BGBl. I S. 2746) kein diesbezügliches Verbot enthält. Vgl. auch *Schweizer. Bundesgericht* EuGRZ 1989, 370 (379) u. EuGRZ 1994, 223 (234): Ein generelles Verbot von Samendepots sei verfassungswidrig; zulässig sei zumindest die Konservierung von Spermazellen zwecks späterer eigener Verwendung.
- 45 Soziale Unwertigkeit wurde verneint und ein **Gewerbe bejaht** bei: **Betrieb eines Dirnenwohnheims**, soweit sich der Inhaber auf die Gewährung von Unterkunft und die damit üblicherweise verbundenen Nebenleistungen beschränkt (*BVenwG* GewArch 1974, 201; **a. A. Kahl**, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 47). Nach der Streichung des § 180 a I Nr. 2 StGB a. F. sind auch Bordelle weder als verboten noch als sittenwidrig anzusehen (*Gurlit* VerwArch 2006, 409 [422]; *Schönleiter* GewArch 2002, 319 [320]), oder eines **Swingerclubs** (vgl. *BVenwG* NVwZ 2003, 603 f.; *BayVGH* GewArch 2002, 296 f.; *VG Berlin* GewArch 2000, 125 f.; *Haferkorn* GewArch 2002, 145 [146 ff.]; *Pauly/Brehm* GewArch 2000, 50 [58 f.]); Wahrsagen, **Astrologie** und Hellsehen (*BVenwGE* 22, 286 [295]; *BayVGH* GewArch 1990, 172; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 46; *Frotscher/Kramer* Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 5. Aufl. 2008, Rdn. 255); Veranstaltung und Vermittlung von **Glücksspielen** (*VGH BW* VBIBW 2007, 471 [472]; *VG Stuttgart* GewArch 2004, 201 [202]; siehe auch Rdn. 25).
- 46 Trotz dieser Kasuistik ist es im Einzelfall schwierig zu bestimmen, wann eine Tätigkeit als sozial unwertig einzustufen ist. Während manche als Maß-

stab für die soziale (Un-)Wertigkeit einer Tätigkeit die generelle Billigung oder Ablehnung einer Erwerbsart durch die Gesamtheit oder zumindest überwiegende Mehrheit der Staatsbürger vorschlagen (*Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 43), kommt es nach anderer Ansicht auf demoskopische Umfrageergebnisse gerade nicht an, da ein normativer Maßstab gelte (*OVG Nds. GewArch* 1995, 109; vgl. auch *BVenwG NJW* 1996, 1423 [1424]).

Bemerkenswert ist ferner, dass § 33 a II Nr. 2 das Zusammenfallen von 47
Gewerbsmäßigkeit und Sittenwidrigkeit kennt (näher § 33 a Rdn. 32). Dies bedeutet, dass nicht jede Sittenwidrigkeit die Gewerbsmäßigkeit ausschließt: Die Sittenwidrigkeit des „Wie“ der Tätigkeit führt nicht zwingend zur sozialen Unwertigkeit des „Ob“ und lässt dann die Gewerbsmäßigkeit nicht entfallen (Rdn. 41).

Zu betonen ist schließlich, dass die einfachgesetzliche Orientierung an der 48
sozialen Unwertigkeit keine unmittelbare Bedeutung für die Bestimmung des Schutzbereiches von Art. 12 I GG hat. Zumindest auf Verfassungsebene ist mit Rücksicht auf den umfassenden individualbezogenen Schutzzweck des Grundrechts und die Gefahr definitorischer Missbräuche in einer pluralistischen Ordnung auf einem neutraleren Verständnis hinsichtlich der Sozialwertigkeit menschlicher Betätigungen zu bestehen (Einl. Rdn. 45). Selbst wenn eine Tätigkeit wegen sozialer Unwertigkeit kein Gewerbe i. S. d. § 1 ist, kann sie also noch vom Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst sein. Dies ist namentlich für die Prostitution von Bedeutung (Einl. Rdn. 44; vgl. auch *A. Rabe* Die Probleme des § 180 a I Nr. 2 StGB unter besonderer Berücksichtigung des Selbstbestimmungsrechts der Prostituierten, Diss. Bochum 1998, S. 71).

3. Negative Merkmale des Gewerbebegriffs

Traditionell werden die Urproduktion, die freiberufliche Tätigkeit und die 49
bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens von dem Gewerbebegriff (negative Merkmale des Gewerbebegriffs, sog. Gewerbefähigkeit) ausgenommen (*BVenwG DÖV* 1995, 644; *VGH BW NVwZ-RR* 1996, 22; so auch *Friauf*, in: ders., § 1 Rdn. 59; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, § 1 Rdn. 3).

a) Urproduktion. aa) Allgemeines. Nicht zum Gewerbe gerechnet 50
wird zunächst die sog. Urproduktion, die der Erzeugung roher Naturprodukte dient. Dazu zählen Land- und Forstwirtschaft, Garten- und Weinbau, das Sammeln wilder Früchte, die Tierzucht, Jagd, Fischerei und der Bergbau, auch Baumschulen (*Diefenbach GewArch* 1991, 281). Diese Exemption ist mittlerweile gewohnheitsrechtlich verfestigt (*OLG Koblenz GewArch* 1991, 147 [148]; *Friauf*, in: ders., § 1 Rdn. 153; *Kahl*, in: Landmann/Rohmer I, Einl. 62).

Hintergrund ist eine vom Gewerberecht völlig verschiedene Interessenlage. 51
So ist die Landwirtschaft wegen ihrer Abhängigkeit von Grund und Boden sowie Witterung und Jahreszeiten vom Anwendungsbereich der GewO ausgenommen (*OLG Koblenz GewArch* 1991, 147 [148]). Ein weiterer Grund für die Exemption der Urproduktion lag in der Nichtanwendbarkeit der arbeitsrechtlichen Vorschriften, insb. des Sonntagsbeschäftigungsverbot

§ 1

Titel I. Allgemeine Bestimmungen

(§ 105 a S. 1 a. F.) auf landwirtschaftliche Arbeitsbedingungen (*v. Ebner GewArch 1983, 1 [8]*). Einzelne Vorschriften der GewO sind aber auch auf Betriebe der Urproduktion anwendbar (vgl. § 6 S. 2).

- 52 Diese Anknüpfung an Grund und Boden, Witterung und Jahreszeiten besteht bei modernen Agrarbetrieben häufig nicht mehr. Dies gilt etwa für moderne Tiermastbetriebe, bei denen Tiere und Futter gekauft und die Tiere bei Schlachtreife verkauft werden; ebenso für Hühnererzeuger. Vor diesem Hintergrund ist die Einordnung dieser Betriebe als Gewerbe (*VGH BW GewArch 1971, 252; Fröhler/Kormann § 1 Rdnr. 5; Arndt, in: Steiner, BesVwR, 8. Aufl. 2006, VI Rdn. 215; Friauf, in: ders., § 1, Rdn. 165*) oder Urproduktion (*Marcks, in: Landmann/Rohmer I, § 14 Rdn. 21*) umstritten. Letztlich ist dieser Streit aber kaum von praktischer Bedeutung, da § 6 S. 2 die Viehzucht ohnedies weitgehend vom Geltungsbereich der GewO ausnimmt.
- 53 **bb) Von der Urproduktion erfasste Folgetätigkeiten.** Über die eigentliche Gewinnung der Produkte hinaus umfasst die Urproduktion auch einige damit zusammenhängende Folgetätigkeiten, so z. B. **Zubereitung, Verarbeitung und Verkauf von Bodenerzeugnissen**. Voraussetzung ist dabei, dass diese Folgetätigkeiten mit dem eigentlichen Gewinnungsprozess nach der Verkehrsanschauung eine natürliche Einheit bilden (*VG Schleswig GewArch 2001, 373 [374]; LG Offenburg NStZ 2005, 416*). Nur in diesem Fall liegt mit Blick auf die Folgetätigkeit eine vom Gewerberecht völlig unterschiedliche Interessenlage vor.
- 54 Dies kann etwa **bejaht** werden für die Verarbeitung von Früchten zu Saft oder Wein, die Schlachtung von Vieh etc. (*Kahl, in: Landmann/Rohmer I, Einl. 63*). Selbst ein **Nebenbetrieb** – mit einer gewissen organisatorischen Verfestigung der Folgetätigkeit – zählt noch zur Urproduktion, wenn dieser Betrieb nur eine untergeordnete und dienende Funktion hat, ohne den Hauptbetrieb (= die eigentliche Gewinnung) nicht eigenständig weitergeführt werden kann (*Stober Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 14. Aufl. 2007, S. 22*) und in dem betreffenden Betriebszweig verkehrsblich ist (*Friauf, in: ders., § 1, Rdn. 158; Kahl, in: Landmann/Rohmer I, Einl. 64*). Von der Urproduktion erfasst ist so der **Verkauf vor Ort** (z. B. Erdbeeren auf dem Feld, Eier auf dem Hof) – sofern kein besonderes Ladenlokal genutzt wird (unten Rdn. 55), aber auch die Lieferung selbstgewonnener Bodenerzeugnisse an den Handel oder sogar an Endverbraucher, z. B. von selbst gepflanzten Tannen zu Weihnachten (vgl. zu Gärtnereien *Kahl, in: Landmann/Rohmer I, Einl. Rdn. 64*), und der **Probeausschank** von Wein und selbst erzeugten Schnäpsen, sofern er nicht unter gaststättenähnlichen Bedingungen vorgenommen wird (vgl. *Pauly/Brehm GewArch 2000, 50 [52] m. w. N.*). Urproduktion wurde so bejaht für den Verkauf selbst gebackenen Brotes in kleinen Mengen durch Landwirte (*BayObLG GewArch 1970, 127 [128]*), den Verkauf selbst gezogener Pflanzen (*BayObLG GewArch 1980, 65 [66]*), die Fleischerei bei Schweinemast (vgl. *OVG NRW GewArch 1977, 196*). Wenn diese Aktivitäten jedoch den in der Landwirtschaft üblichen Umfang überschreiten, liegt insoweit eine gewerbliche Tätigkeit vor (*Marcks, in: Landmann/Rohmer I, § 14 Rdn. 21; LG Offenburg NStZ 2005, 416*). Siehe dazu

Grundsatz der Gewerbefreiheit

§ 1

auch *Jung* Gewerbe- und straßenrechtliche Probleme der landwirtschaftlichen Direktvermarktung, 2001.

cc) Von der Urproduktion nicht erfasste Folgetätigkeiten. Sobald 55
der Nebenbetrieb die Akzessorietät zum Hauptbetrieb verliert, wird er zum selbstständigen Gewerbebetrieb. Letzteres ist jedenfalls anzunehmen bei einem vom Hof örtlich getrennten **Ladenlokal**, in dem neben selbst gewonnenen Erzeugnissen auch Drittprodukte verkauft werden (*BayObLG GewArch* 1961, 179; *LG Offenburg NStZ* 2005, 416). Aber schon die Einrichtung eines besonderen Ladenlokals oder Verkaufstandes, selbst bei räumlicher Verbindung zur Urproduktionsstätte und ausschließlichem Verkauf von Eigenprodukten, führt zur Unterstellung dieses Nebenbetriebs unter das Gewerberecht, da dann die Abhängigkeit von Witterung und Jahreszeiten – Grund für die Herausnahme der Urproduktion aus dem Gewerbebegriff – nicht mehr besteht (*VG Schleswig GewArch* 1998, 474 u. *GewArch* 2001, 373 f.; vgl. *Kahl*, in: *Landmann/Rohmer I*, Einl. Rdn. 64; **a. A.** *Pauly/Brehm GewArch* 2000, 50 [51]; *LG Offenburg NStZ* 2005, 416). Aus denselben Gründen ist die **Lagerung von Obst** nach der Ernte zum Zwecke des einige Monate später erfolgenden Verkaufs nicht mehr von der Urproduktion erfasst (*OLG Koblenz GewArch* 1991, 147 [148]).

Ein dem Gewerberecht unterfallender Nebenbetrieb ist ferner in der regel- 56
mäßigen **Zimmervermietung durch Landwirte** („Ferien auf dem Bauernhof“; *Kahl*, in: *Landmann/Rohmer I*, Einl. 63; **a. A.** *Friauf*, in: *ders.*, § 1 Rdn. 161, bei Eingliederung der Gäste in den Hofbetrieb) sowie in der **Haltung von Pensionspferden** (*Fuchs GewArch* 2000, 105 [108]) zu sehen. Um Gewerbe handelt es sich bei **Handelsgärtnereien**, d. h. bei Betrieben, welche gärtnerische Erzeugnisse von Dritten vertreiben, und bei Landwirtschaftsgärtnereien, d. h. bei Betrieben, welche Gärten für Dritte anlegen und pflegen (*BVerwG GewArch* 1990, 128; *VGH BW GewArch* 1975, 373; *BayObLG GewArch* 1980, 65 [67]; *Marcks*, in: *Landmann/Rohmer I*, § 14 Rdn. 22). Liegt eine gewerbliche Landschaftsgärtnerei vor, dann zählt auch das dazugehörige Einpflanzen selbst gezogener Pflanzen für Dritte zum Gewerbe (*BVerwG GewArch* 1990, 128). Zur Abgrenzung des gewerblichen Garten- und Landschaftsbaus zum Straßenbauerhandwerk siehe *Berg GewArch* 1982, 73 ff.; *Mörtel GewArch* 1982, 188 ff.

b) Freie Berufe. Ebenfalls keine gewerbliche Tätigkeit i. S. d. GewO ist 57
die Ausübung eines freien Berufs (kritisch zur Ausklammerung der freien Berufe aus dem Gewerbebegriff *Henssler ZHR* 161 [1997], 13 [24 f.]). In anderen Gesetzen kann unter den Begriff „Gewerbe“ auch die freiberufliche Tätigkeit zu subsumieren sein (z. B. § 183 ZPO; so *VerfGH Berlin LKV* 1998, 313; vgl. oben Rdn. 5).

Als freiberuflich gilt gängigerweise eine wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit „höherer Art“ sowie eine Dienstleistung „höherer Art“, die eine höhere Bildung, d. h. grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium (mindestens [akademischer] Bachelor), erfordert (*BVerwG GewArch* 1976, 293 [294]; *OVG NRW GewArch* 2001, 293; *OVG Nds. GewArch* 2002, 293 f.). Es handelt sich dabei um einen **Typusbegriff** (näher *OVG Nds. GewArch* 2008, 34 [36];

§ 1

Titel I. Allgemeine Bestimmungen

Mann NJW 2008, 121 [122 ff.]). Abzustellen ist daher auf die Tätigkeit als solche, auf ihren Typus (z. B.: Erfordert diese einen Hochschulabschluss?), nicht auf die tatsächlich vorhandene individuelle Formalqualifikation (*OVG Nds. GewArch* 2008, 34 [35]) oder die konkrete Ausübung in Unabhängigkeit und Eigenverantwortung (so aber *VG Freiburg GewArch* 2009, 490 [491]).

58 In einigen Fällen erfolgt die **Zuordnung** einer Tätigkeit zu den freien Berufen **durch den Gesetzgeber**, so etwa für Rechtsanwälte (§ 2 I BRAO), Ärzte (§ 1 II BÄO), Wirtschaftsprüfer (§ 1 II WPO), Patentanwälte (§ 2 I PatAnwO) und Seelotsen (§ 21 I des Gesetzes über das Seelotsenwesen i. d. F. v. 13. 9. 1984 [BGBl. I S. 1213]; m. nachf. Änd.); vgl. ferner § 4 II UAG i. d. F. v. 4. 9. 2002 (BGBl. I S. 3490): Der Umweltgutachter übt keine gewerbsmäßige Tätigkeit aus. Bei solchen Einstufungen hat der Gesetzgeber einen weiten Gestaltungsspielraum (*BVerfGE* 46, 224 [241 f.]).

In den übrigen Fällen ist die Zuordnung nur schwer zu bestimmen. Einen gewissen Anhaltspunkt kann zunächst die Aufzählung in **§ 18 I Nr. 1 EStG** bieten, ohne dass allerdings diese steuerrechtliche Vorschrift für die gewerberechtliche Beurteilung verbindlich wäre (*BVerwG GewArch* 1970, 125 [127]; vgl. oben Rdn. 5).

Eine gesetzliche Definition findet sich in **§ 1 II 1 PartGG** (eingefügt durch Gesetz v. 22. 7. 1998 [BGBl. I S. 1878]): Danach haben freie Berufe 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. Der Gesetzgeber will durch diese Umschreibung den freien Beruf in seiner Gemeinwohlverpflichtung und Bedeutung betonen und die Grenze zur gewerblichen Tätigkeit ziehen. Durch die Formulierung „im Allgemeinen“ soll zum Ausdruck gebracht werden, dass es sich um eine offene Definition in Form einer Typusbeschreibung handelt (vgl. BT-Drs. 13/10955, S. 12 f.). Diese Definition gilt – wie sich aus § 1 II 2 PartGG ergibt („im Sinne dieses Gesetzes“) – zunächst lediglich für das PartGG, soll aber erkennbar auf die generelle Begriffsbestimmung des freien Berufs ausstrahlen.

59 Zum **Begriff des freien Berufs**, der in der wiss. Lit. weitenteils lediglich als Antipos zum Gewerbebegriff fungiert und ansonsten – abgesehen von Dissertationen – eher selten thematisiert wird, näher *Tettinger* Zum Tätigkeitsfeld der Bundesrechtsanwaltskammer, 1985, S. 121 ff.; *ders.* Kammerrecht, 1997, S. 2 f. u. 130 f.; *Taupitz* Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 11 ff. u. passim. Das *BVerfG* sah bereits anfangs der 60er Jahre in dieser Bezeichnung keinen eindeutigen Rechtsbegriff, sondern einen **soziologischen Begriff** (*BVerfGE* 10, 354 [364]; *OVG Nds. GewArch* 2008, 34 [35]; *Hahn GewArch* 2006, 129). So kann es nicht überraschen, dass – unbeschadet des neuen Ansatzes in § 1 II 1 PartGG – bis heute eine einigermaßen präzise und allgemein anerkannte Begriffsbestimmung fehlt; vgl. immerhin die vom Bundesverband der Freien Berufe (BFB) mehrheitlich beschlossene Deskription (zit. nach BRAK-Mitt. 1995, 157): „Angehörige Freier Berufe erbringen aufgrund besonderer beruflicher Qualifikation persönlich, eigenverantwortlich und fachlich unabhängig geistig-ideelle Leistungen im Interesse ihrer

Auftraggeber und der Allgemeinheit. Ihre Berufsausübung unterliegt in der Regel spezifischen berufrechtlichen Bindungen nach Maßgabe der staatlichen Gesetzgebung oder des von der jeweiligen Berufsvertretung autonom gesetzten Rechts, welches die Professionalität, Qualität und das zum Auftraggeber bestehende Vertrauensverhältnis gewährleistet und fortentwickelt.“ Für die Zwecke des § 1 kommt es auf zwei Aspekte an: Als freiberuflich werden herkömmlich folgende Tätigkeiten angesehen: Kunst, Unterricht, Rechtsberatung, ärztliche Tätigkeit. Eine Bereichsausnahme von der GewO gilt allerdings nur dann, wenn diese Berufe nicht anstaltlich ausgeübt werden (*Wank Handels- und Gesellschaftsrecht*, 2. Aufl 2010, 1. Kap. Rdn. 32; siehe auch unten Rdn. 68).

aa) Künstlerische Tätigkeit. Kein Gewerbe ist die freie künstlerische Tätigkeit. Bei der Einordnung künstlerischer Aktivitäten ist abzugrenzen zwischen „freier“ künstlerischer Tätigkeit einerseits und andererseits Kunstgewerbe und Kunsthandwerk (dazu ausführlich *Roemer-Blum GewArch* 1986, 9 ff.). Unter Geltung der Kunstfreiheitsgarantie ist hierbei zunächst auf die zu Art. 5 III GG entwickelten Umreibungen des Begriffs „Kunst“ zurückzugreifen (dazu näher *Bethge*, in: *Sachs, GG*, Art. 5 Rdn. 182 ff; *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth, GG*, Art. 5 Rdn. 106 f.). Manche stellen im Wesentlichen auf den Willen des Künstlers ab, eine geistig-eigenschöpferische Leistung zu erbringen (*Pielou*, in: *BeckOK*, § 1 Rdn. 180; *Roemer-Blum GewArch* 1986, 9 [12]); dieser Wille muss sich aber objektiv erkennbar niedergeschlagen haben. Daneben sind für die Einstufung aber auch das Vermarktungsinteresse des Produzenten, die Art der Betriebsstätte, der Produktionsprozess, die Qualität des Produktes u. Ä. zu berücksichtigen (*Böttger GewArch* 1986, 14 [16]). Zur Abgrenzung von Kunst und Gewerbe siehe umfassend *Maafßen, Kunst oder Gewerbe?*, 3. Aufl. 2001.

Handelt es sich um Kunst, fällt auch deren Vermarktung durch den Künstler in den Bereich künstlerischer freiberuflicher Tätigkeit, ist also von der Anwendung der GewO ausgenommen (*Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer I*, § 55 Rdn. 22 f.; vgl. Rdn. 62). Demgegenüber ist der Handel mit fremden Kunstwerken dem Gewerbe zuzuordnen (*VG Freiburg NJW* 2002, 1285 [1286]; *Schönleiter*, in: *Landmann/Rohmer I*, § 55 Rdn. 23). Dies gilt unabhängig davon, ob die kommerzielle Verbreitung der Kunst vom Schutzbereich der Kunstfreiheit erfasst wird (vgl. zur Parallele der Religionsfreiheit oben Rdn. 21).

Künstlerische Tätigkeit wurde **bejaht** bei der Anfertigung von **Scherenschnitten** in Fußgängerzonen gegen Entgelt (*VGH BW GewArch* 1988, 370 [371]), dem **Musizieren** in der Fußgängerzone (*v. Ebner GewArch* 1994, 393 [400]), bei Photo-Designern (*VG Sigmaringen GewArch* 1995, 485). Stellt ein freischaffender Künstler nebenher in geringem Umfang Gebrauchskeramik her, übt er keine vom freien Künstlerberuf zu trennende gewerbliche Tätigkeit aus (*VG Augsburg GewArch* 1986, 133).

Künstlerische Tätigkeit wurde in folgenden Fällen **verneint**: Die Tätigkeit eines **Trauerredners** ist dann nicht freiberuflich (künstlerisch), wenn der Redner in der Masse der Fälle nach Redeschablonen verfährt (*BFH BStBl. II* 1982, 22; dazu *Sprenger-Richter*, in: *Robinski, Gewerberecht*, 2. Aufl. 2002,

§ 1

Titel I. Allgemeine Bestimmungen

B. Rdn. 56). Die Ausführung von Auftragsarbeiten im Bereich der **Portrait-Photographie** ist nicht als freie künstlerische, sondern als handwerkliche Tätigkeit anzusehen (*OLG München* GewArch 1993, 204; *KG* GewArch 1983, 301). Die Restauration alter Möbel ist Gewerbe (*VGH BW* GewArch 1984, 64).

- 64 bb) Unterrichtstätigkeit.** Unterrichtstätigkeit (vgl. § 6 Rdn. 12) ist nicht gewerblich, sondern freiberuflich, wenn sie als Dienstleistung höherer Art einzustufen ist. Nötig ist insoweit höhere Bildung als Voraussetzung der Befähigung zur Unterrichtstätigkeit. Unter höherer Bildung ist grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium (mindestens [akademischer] Bachelor) zu verstehen (*BVerwGE* 78, 6; *Diefenbach* GewArch 1991, 281). Abzustellen ist auf das Erfordernis der Hochschulbildung für die Tätigkeit, nicht auf die tatsächliche individuelle Formalqualifikation (Rdn. 57).
- 65** Im Unterrichtswesen ist die Tätigkeit eines **Repetitors**, der Studierende auf Examina vorbereitet, als freiberuflich anzusehen (*OVG NRW* GewArch 1969, 181 [182]). Dagegen sind **Nachhilfeunterricht** und Hausaufgabenbetreuung für Schüler keine Dienstleistung höherer Art (*OVG Nds.* GewArch 1977, 368; *OVG Nds.* GewArch 2002, 293 f.). Diese Tätigkeiten erfordern keine höhere Bildung, da sie auch durch ältere Schüler oder Studierende ausgeübt werden können. Insoweit handelt es sich also bei einer entsprechenden längerfristigen Aktivität (Bsp.: von Dipl.-Pädagogen geleitetes Schüler-Betreuungsstudio) um eine gewerbliche Tätigkeit (*Diefenbach* GewArch 1991, 281), für die allerdings § 6 zu beachten ist (dort Rdn. 18; zur strittigen Frage eines wettbewerbsrechtlich begründeten Rechtsschutzes solcher Gewerbetreibender gegen kommunale Initiativen zur Hausaufgabenbetreuung siehe *OLG Düsseldorf* NWVBl. 1997, 353 [m. abl. Anm. *Moraing*]; *Tettinger* NJW 1998, 1373 f.; *Otting* SächsVBl. 1998, 93 ff.). Das Gleiche gilt für Reit-, Tanz-, Yoga- und **Fahrschullehrer** (*BayVGH* GewArch 1981, 37; *OVG NRW* GewArch 2001, 293) und grundsätzlich auch für den Betrieb eines Fitness-Studios (*BFH* SpuRt 1996, 209 [210]). Wenn dort aber die individuelle Betreuung der Kunden durch den Studioinhaber über die Einweisung in die Funktionen der Geräte hinausreicht, kann u. U. eine freiberufliche – unterrichtende – Tätigkeit vorliegen (*BFH* SpuRt 1996, 209 [210]).
- 66 cc) Sachverständige.** Problematisch ist die Abgrenzung freier Beruf/Gewerbe bei Architekten (dazu *Knemeyer* NJW 1983, 249 ff.) und Sachverständigen (unten § 36). Bei Schriftsachverständigen (Graphologen) bejahte *BVerwGE* 45, 235 (238) eine freiberufliche Tätigkeit mit Blick auf die wissenschaftliche Ausbildung und Arbeit auf wissenschaftlicher Grundlage. Dagegen soll ein Kfz-Gutachter gewerblich tätig sein. Bei freiberuflichen Elementen liegt trotzdem Gewerbe vor, wenn die gewerblichen Elemente dominieren (*VGH BW* GewArch 1972, 271).
- 67 dd) Weitere Einzelfälle.** Den **freien Berufen** zugeordnet wird – unabhängig von der Qualität der zu übersetzenden Texte – die Tätigkeit eines **Übersetzers**, die als schriftstellerisch einzuordnen ist und zudem eine qualifizierte Ausbildung erfordert (*VG Darmstadt* GewArch 1996, 476 f.).