

Wirtschaftsverwaltungsrecht

§ 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

B) Gewerbebegriff

Univ.-Prof. Dr. Ulrich Stelkens

Lehrstuhl für Öffentliches Recht,
insbesondere deutsches und europäisches
Verwaltungsrecht



§ 2 Gewerberecht der Gewerbeordnung

- A) Grundsatz der Gewerbefreiheit (§ 1 GewO)
- B) Gewerbebegriff**
- C) Stehendes Gewerbe (§§ 14 ff. GewO)**
- D) Reisegewerbe (§§ 55 ff. GewO)**
- E) Marktgewerbe (§ 60b, §§ 64 ff. GewO)**
- F) Gewerberecht für EU-Ausländer**
- G) Verwaltungsverfahrenrechtliche Besonderheiten im Gewerberecht**

B) Gewerbebegriff

Gewerbe i. S. d. GewO ist jede (vier positive Merkmale, sog. „Gewerbsmäßigkeit“)

- **erlaubte** (bzw. nicht sozial unwertige, str.),
- **auf Gewinnerzielung gerichtete**,
- **fortgesetzte** (= auf eine gewisse Dauer / Intensität angelegte),
- **selbstständige** (= Handeln im eigenen Namen und auf eigene Rechnung, unter Übernahme des Unternehmensrisikos bei persönlicher und fachlicher Unabhängigkeit)

Tätigkeit. Ausgenommen sind (drei negative Merkmale, sog. „Gewerbsfähigkeit“):

- **Urproduktion**
- **freie Berufe**
- **bloße Verwaltung des eigenen Vermögens**

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

1. Grenzfälle: „erlaubt / sozial unwertig“

a) Verbotene Tätigkeiten

Parallelproblem:

- Inwieweit erfasst Berufsbegriff des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) nur „erlaubte“ Tätigkeiten? (BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 68, 227, 281)
- Keine Umdefinierung des Schutzbereichs des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) durch einfaches Gesetz (BVerwGE 22, 286, 288)
- Herausnahme solcher Tätigkeiten aus Gewerbebegriff als „unerlaubt“, die allgemein verboten sind (so VGH München, NJW 1987, 727 [für gewerbliches Vornehmen rechtswidriger Schwangerschaftsabbrüche]; OVG Münster, NJW 1986, 2783 [für gewerbliches Beigeben von Diethylenglykol in Wein])
- Teilweise Ablehnung einer solchen Einschränkung des Schutzbereichs des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) (so etwa *Berg*, GewArch 1977, 249 ff.; *Bleckmann*, Staatsrecht II - Die Grundrechte, 4. Aufl. 1997, § 33 Rn. 15; *Suerbaum*, DVBl. 1999, 1690 ff.)

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

1. Grenzfälle: „erlaubt / sozial unwertig“

b) Sozial unwertige Tätigkeiten

- **Früher:** Ausnahme sog. „sozial unwertiger Tätigkeiten“ aus dem Gewerbebegriff durch BVerwG (vgl. [BVerwGE 22, 286, 289](#) [Prostitution])
- **Heute:** „Soziale Unwertigkeit“ wird geprüft, jedoch hinsichtlich Prostitution u. ä. wegen Inkrafttreten des Prostitutionsgesetzes verneint:
[BVerwG, v. 6.11.2002 – 6 C 16/02 – NVwZ 2003, 603 ff.](#) (Betrieb eines Swinger-Clubs); [BVerwG v. 23.3.2009 – 8 B 2/09 = NVwZ 2009, 911 ff.](#) (Anbahnungs-gaststätte in Bordell)
- **(Straßen-)Prostitution** als Problem (vgl. [§ 55, § 55e](#) GewO):
Friauf, in: Friauf, GewO, § 1 Rn. 136 ff.; *Gurlit*, GewArch 2008, 426 ff.; *Schöbener/Rafii*, KSzW 2012, 172 ff.; zur Haltung der Verwaltung *Mäurer*, ZRP 2010, 253 ff.; *Schönleiter/Stenger*, GewArch 2009, 294, 295.

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

1. Grenzfälle: „erlaubt / sozial unwertig“

b) Sozial unwertige Tätigkeiten

- **Betteln als Problem:** *Kahl*, in: Landmann/Rohmer, GewO, Einl. Rn. 46 (soziale Unwertigkeit);
- a. A. *Friauf*, in: Friauf, GewO, § 1 Rn. 151: Fehlen einer Teilnahme am allgemeinen Wirtschaftsverkehr, da Bettler keine Gegenleistung erbringe: planmäßig-nachhaltige Entgegennahme von Geschenken begründe keine Nachhaltigkeit

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

2. Grenzfälle: „Auf Gewinnerzielung gerichtet“

- Zweck: Ausnahme altruistischer Tätigkeiten (Caritas, Deutsches Rotes Kreuz)
- Bagatellfälle (BVerwGE 19, 61, 64 f.)
- Entscheidend ist nur die **Absicht** der Gewinnerzielung
- Abgrenzungsprobleme: vgl. BVerwG, NVwZ 1999, 296 ff. (Scientology)
- Problem: Tätigkeiten der öffentlichen Hand

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

3. Grenzfälle: „fortgesetzt / auf Dauer angelegt“

Ausnahme einmaliger und gelegentlicher Vorgänge aus dem Gewerbebegriff

- Gelegentliche An- und Verkäufe bei Ebay;
- Mitnahme zahlender Mitfahrer (BVerwGE 19, 61 ff.)
- Babysitten

Problem: Große einmalige wirtschaftliche Projekte

I. Vier positive Merkmale (Gewerbsmäßigkeit)

4. Grenzfälle: „selbstständig“

Entscheidend für Selbständigkeit ist Handeln **im eigenen Namen** und auf **eigene Rechnung**, unter Übernahme des Unternehmerrisikos bei **persönlicher und fachlicher Unabhängigkeit**.

- **Arbeitnehmer:** Nichts selbständig
- **Scheinselbständige?**
- **Vertreter** (angesprochen in [§ 45 GewO](#)): Kein Gewerbetreibender, da im Namen eines Dritten handelnd: Selbständiges Handeln im fremden Namen
- **Juristische Personen:** Nur diese selbst sind selbständig
- **Personengesellschaften:** Nur die (geschäftsführenden) Gesellschafter sind selbständig ([OVG Lüneburg v. 31.07.2008 - 7 LA 53/08 – NVwZ-RR 2009, 103 f.](#))

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

1. Keine Urproduktion

- Angedeutet in [§ 6](#) GewO, im Übrigen gewohnheitsrechtlicher Bestandteil des Gewerbebegriffs;
- **Land- und Forstwirtschaft**, Garten- und Weinbau, das Sammeln wilder Früchte, die Tierzucht, Jagd, Fischerei und der Bergbau, auch Baumschulen;
- Nach [§ 6 S. 2](#) GewO: „Viehzucht“ vom Gewerbebegriff auch bei vollständiger „Industrialisierung“ ohne Verbindung zum Grund und Boden ausgenommen; anders z. B. Landwirtschaftsbegriff des [§ 201](#) BauGB oder des [§ 13](#) EStG

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

2. Kein „freier Beruf“

§ 1 Abs. 2 Partnerschaftsgesellschaftsgesetz

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. Ausübung eines Freien Berufs im Sinne dieses Gesetzes ist die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker, Krankengymnasten, Hebammen, Heilmasseure, Diplom-Psychologen, Mitglieder der Rechtsanwaltskammern, Patentanwälte, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer (vereidigte Buchrevisoren), Steuerbevollmächtigten, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Lotsen, hauptberuflichen Sachverständigen, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer und ähnlicher Berufe sowie der Wissenschaftler, Künstler, Schriftsteller, Lehrer und Erzieher.

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

2. Kein „freier Beruf“

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 Einkommensteuergesetz

Zu der freiberuflichen Tätigkeit gehören die selbständig ausgeübte wissenschaftliche, künstlerische, schriftstellerische, unterrichtende oder erzieherische Tätigkeit, die selbständige Berufstätigkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Rechtsanwälte, Notare, Patentanwälte, Vermessungsingenieure, Ingenieure, Architekten, Handelschemiker, Wirtschaftsprüfer, Steuerberater, beratenden Volks- und Betriebswirte, vereidigten Buchprüfer, Steuerbevollmächtigten, Heilpraktiker, Dentisten, Krankengymnasten, Journalisten, Bildberichterstatter, Dolmetscher, Übersetzer, Lotsen und ähnlicher Berufe.

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

2. Kein „freier Beruf“

Beschreibung des Berufsverbandes freie Berufe (zit. nach BRAK-Mitt. 1995, 157):

"Angehörige Freier Berufe erbringen auf Grund 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 berufsrechtlichen 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."

- Versuche der Umschreibung des freien Berufs in Zusammenhang mit dem 68. DJT, vgl. z. B. *Breuer DVBl.* 2010, 1010 ff.; *Kluth JZ* 2010, 844 ff.

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

2. Kein „freier Beruf“

Zwei Arten freier Berufe:

- wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit „höherer Art“;
- Dienstleistung „höherer Art“, die eine höhere Bildung, d. h. grundsätzlich ein abgeschlossenes Hochschul- oder Fachhochschulstudium, erfordert.

Beispiele für Abgrenzungsprobleme:

- **Berufsbetreuer:** [BVerwG v. 11.03.2008 – 6 B 2.08](#) – NJW 2008, 1074 f.; [OVG Münster, A 812/09 v. 20.12.2011, Abs. 30 ff.](#) = GewArch 2012, 209; (*a. A. für Steuerrecht:* [BFH v. 15. 6. 2010 – VIII R 10/09](#) – NJW 2011, 108 ff.; [BFH v. 15. 6. 2010 – VIII R 14/09](#) – NJW 2011, 110 f.)
- **Unternehmensberater:** VG Freiburg GewArch 2009, 490 f.; *Haake*, GewArch 2010, 60 ff.

II. Drei negative Merkmale (Gewerbsfähigkeit)

3. Keine Verwaltung eigenen Vermögens

- Letztlich „Bagatellgrenze“, bei der Gewerbeaufsicht als nicht notwendig erscheint.
- Maßgeblich ist, ob eine Tätigkeit ihrem Gesamtbild nach den allgemeinen Vorstellungen von einem Gewerbe im Wesentlichen gleich kommt oder nicht
- Indizien für eine gewerbliche Tätigkeit: Beschäftigung von Hilfspersonen, die Höhe des Kapitaleinsatzes, Dauer und Umfang der Tätigkeit, der Organisationsaufwand, Auftreten im Rechtsverkehr