Einführung in das Gewerberecht – 1. Teil

Lit.: *Guckelberger*, Einführung in das Gewerberecht, Jura 2007, 598; siehe ferner die regelmäßigen Berichte im GewArch z.B. von *Fischer* (Aktuelle Fragen des Gewerberechts, GewArch 2006, 109 ff.), *Hahn*, Das Wirtschaftsverwaltungsrecht in der Rspr. des BVerwG ab Dezember 2006, GewArch 2008, 265 ff.) und *Schönleiter* (Herbstsitzung 2008 des Bund-Länder-Ausschusses „Gewerberecht“, GewArch 2009, 1 ff.; Frühjahr 2009, GewArch 2009, 294 ff.; Herbst 2009, GewArch 2010, 61 ff., Frühjahr 2010, GewArch 2010, 294 ff.; Herbst 2010, GewArch 2011, 67ff.; Frühjahr 2011, GewArch 2011, 346 ff.; Frühjahr 2012, GewArch 2012, 65 ff.).

§ 1 Gewerbebegriff

Lit.: siehe vorstehende Nachweise; *Pauly/Brehm*, GewArch 2000, 51 ff.; *Pinegger*, GewArch 1999, 463/466 (jeweils Praxisbeispiele).

A. Definition für das Gewerberecht

Gewerbe ist jede erlaubte, auf Gewinnerzielung gerichtete und auf Dauer angelegte selbständige Tätigkeit, ausgenommen Urproduktion, freie Berufe (freie wissenschaftliche, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art sowie persönliche Dienstleistungen „höherer Art“, d.h. die eine höhere Bildung erfordern) und bloße Verwaltung und Nutzung eigenen Vermögens.

So unlängst BVerwG, NJW 2008, 1974 – Berufsbetreuer.

B. Abgrenzung: Gewerbebegriff in anderen Regelungsmaterien

I. Zivilrecht – z.B. § 1 HGB (Kaufmann)

II. Strafrecht – z.B. § 243 I 2 Nr. 3 StGB (gewerbsmäßiger Diebstahl)

III. Baurecht – z.B. § 6 II BauNVO

IV. Steuerrecht – z.B. § 15 II EStG

Einkünfte aus Gewerbebetrieb

(2) Eine selbständige nachhaltige Betätigung, die mit der Absicht, Gewinn zu erzielen, unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt, ist Gewerbebetrieb, wenn die Betätigung weder als Ausübung von Land- und Forstwirtschaft noch als Ausübung eines freien Berufs noch als eine andere selbständige Arbeit anzusehen ist. Eine durch die Betätigung verursachte Minderung der Steuern vom Einkommen ist kein Gewinn im Sinne des Satzes 1. Ein Gewerbebetrieb liegt, wenn seine Voraussetzungen im Übrigen gegeben sind, auch dann vor, wenn die Gewinnerzielungsabsicht nur ein Nebenzweck ist.

Die Gewerbebegriffe anderer Gesetze dürfen nicht unbesehen auf das Gewerbeamt übertragen werden. Namentlich die Rechtsprechung des BFH zu § 15 II EStG bietet aber auch Hinweise zum Verständnis des Gewerbebegriffs im Gewerbeamt.

C. Der gewerberechtliche Gewerbebegriff – Einzelheiten

I. Positive Merkmale des Gewerbebegriffs (Gewerbsmäßigkeit)

1. Dauerhaftigkeit: planmäßiges Handeln von gewisser Nachhaltigkeit

Problem: einmalige Tätigkeiten, die einen längeren Zeitraum andauern (siehe hierzu VG Berlin, MMR 2009, 794/795: Gewinnspiel, dessen Lose über mehrere Monate hinweg verkauft werden sollen: dauerhaft [+]).

2. Gewinnerzielungsabsicht (mindestens Nebenziel)

Probleme:

(a) Gemeinnützige Anbieter (z.B. e.V.): Maßgeblich ist nicht der Verwendungszweck des Gewinns, sondern, ob die konkrete Tätigkeit auf Gewinnerzielung oder nur auf (max.) Kostendeckung gerichtet ist; hierzu *Fischer*, GewArch 2006, 109, teils kritisch – mit Blick auf § 30 GewO – *Leisner*, GewArch 2006, 188 ff.).

(b) Zur Gewerbetätigkeit von Religionsgemeinschaften siehe VGH BW, BWGZ 2008, 235/237; BayVGH, NVwZ-RR 2003, 244 f.; OVG Bremen, GewArch 1997, 290 f. (Scientology – Gewerbe [+]; eine ausschließlich wirtschaftliche Zielsetzung als nicht erwiesen erachtend VGH BW, BWGZ 2008, 235 f.) sowie *Pauly/Brehm*, GewArch 2000, 50/51 (Friseurbetrieb eines Moscheevereins – Gewerbe [+]); *Vollmöller*, in: Schmidt/ders., Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 3. Aufl. 2007, § 8 Rn. 7: Obdachlosen-Suppenküche einer Kirche: kein Gewerbe (da kein Gewinn erstrebt, sondern Defizit in Kauf genommen wird).

(c) Öffentliche Hand: Tätigkeiten der öffentlichen Hand im Rahmen der Daseinsvorsorge (z.B. Altenheim): keine Gewinnerzielungsabsicht (*Fischer*, GewArch 2006, 109), ebenso bei Gefängnisdruckerei o.Ä. (*Schönleiter*, GewArch 2007, 108/110), anders bei Staatsbrauerei.

3. *Selbständigkeit*

Selbständig ist, wer auf eigene Rechnung und eigene Gefahr nach außen im eigenen Namen auftritt und im Innenverhältnis in persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit eigene Verantwortung trägt.

Zum Strohmann siehe BVerwG, NVwZ 2004, 103 f.

4. *Erlaubtsein der Tätigkeit*

a) Gesetzliches Verbot: Gewerbe (-)

b) Sozial unwertige Tätigkeiten?

Strittig ist insb. die Einordnung der Prostitution – auch nach Erlass des ProstG vom 20.12.2001 (BGBl. I 3983).

Lit.: *Gurlit*, Das Verwaltungsrecht im Lichte des Prostitutionsgesetzes, VerwArch 2006, 409 ff.; *dies.*, Das Gewerberecht als Regelungsregime der Prostitution, GewArch 2008, 426 ff.; *Hinrichs*, Prostitution und Gewerberecht, VR 2003, 257 ff.; *Lehmann*, Prostitution und gaststättenrechtliche Unsittlichkeit im Wandel der Zeit, NVwZ 2009, 888 ff.; *Renzikowski*, Plädoyer für eine gewerberechtliche Reglementierung der Prostitution, GewArch 2008, 432 ff.

Pro Wandel der Wertanschauungen jüngst BVerwG, NVwZ 2009, 909/910.

Contra Gewerbe bei Prostitution z.B. BLA „GewR“, GewArch 2009, 294/295; GewArch 2010, 61/62.

Kein „erlaubtes“ Gewerbe ist die kommerzielle Sterbehilfe, so VG Hamburg, MedR 2009, 550.

II. Negative Merkmale des Gewerbebegriffs (Gewerbefähigkeit)

1. *Urproduktion: Land- und Forstwirtschaft, Weinbau, Gartenbau, Fischerei und Bergbau etc. (siehe auch § 6 S. 2 GewO)*

2. *Freie Berufe: z.B. Rechtsanwalt, Arzt*

Lit.: *Hahn*, Das Recht der freien Berufe in der jüngeren Rspr. des BVerwG, GewArch 2008, 49 ff.

- a) Warum die Unterscheidung?

- b) Was ist ein freier Beruf? „soziologischer Begriff“, „Typus“
BVerfGE, 10, 354/364; OVG Nds. GewArch 2008, 34 f.

- aa) Z.T. ausdrückliche Anordnung durch Gesetzgeber, z.B. § 2 I BRAO.

- bb) Siehe ferner § 1 II 1 PartGG sowie § 18 I Nr. 1 EStG
§ 1 II 1 PartGG: Freie 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.

- cc) Insb.: künstlerische Tätigkeit – Gewerbe (-);

siehe aber VG Freiburg, NJW 2002, 1285: *Verkaufsausstellung selbst hergestellter und fremder Ikonen ist Gewerbe.*

dd) Insb.: Dienstleistungen höherer Art – Gewerbe (-);

siehe hierzu OVG NRW, GewArch 2001, 293: Yoga-Schule ist Gewerbe);

Promotionsberater = Gewerbe (BFH, NJW 2009, 797);

Berufsbetreuer = Gewerbe (BVerwG, GewArch 2008, 301);

Unternehmensberater = Gewerbe (so Rspr., a.A. Haake, GewArch 2010, 60 f.).

3. *Bloße Nutzung und Verwaltung eigenen Vermögens (Hintergrund: Ausklammerung von Bagatell-Fällen)*

Zur „Drei-Objekte-Grenze“ siehe BVerfG, NJW 2005, 3060; BFH, NJW 2003, 1622; siehe ferner VG Ansbach, GewArch 1998, 70/71; VG Braunschweig, GewArch 2000, 485/486;

siehe unlängst BFH, BB 2011, 2209 ff. (mit Anm. *Hartrott*):

„Danach liegt in der Regel ein gewerblicher Grundstückshandel vor, sofern mehr als drei Objekte innerhalb eines engen zeitlichen Zusammenhangs von in der Regel fünf Jahren zwischen Anschaffung und Verkauf veräußert werden ... Entsprechendes gilt bei der Bebauung von Grundstücken... Trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze ist ein gewerblicher Grundstückshandel nicht anzunehmen, wenn eindeutige Anhaltspunkte gegen eine von Anfang an bestehende Veräußerungsabsicht sprechen, die derartig gewichtig erscheinen, dass einer im Grunde stets bestehenden bedingten Veräußerungsabsicht keine Bedeutung zukommt... Der Drei-Objekt-Grenze kommt allerdings nur Indizwirkung zu.“

Problem: Gilt dies auch für juristische Personen – z.B. für eine KG, die das Grundstück einer GmbH verwaltet, oder für eine GmbH, die das gemeinsame Erbe (Mietshaus) mehrerer Erben verwaltet? Str., nach h.L. wohl (+), näher *Fischer*, GewArch 2006, 109/110 f.