

stellen, dass diese Bestimmung anscheinend keinerlei Probleme bereitet hat, sodass darüber nicht einmal debattiert werden musste. Mitte bzw Ende des letzten Jahrhunderts scheint also klar gewesen zu sein, was unter der Ausübung der schönen Künste bzw einer eigenschöpferischen Tätigkeit in einem Kunstzweig zu verstehen ist.

Deshalb sollen nun etwaige Kommentare und Gerichtsentscheidungen aus dieser Zeit näher betrachtet werden, um ein Bild des damaligen Verständnisses zu zeichnen. Als eine wichtige Quelle möchte ich zuerst die »Sammlung von Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerberechte nach amtlichen Quellen« aus dem Jahr 1894–1937 von *Frey/Maresch*²⁶¹ heranziehen.

VI. Abgrenzung von künstlerischer und gewerblicher Tätigkeit im Gewerberecht

A. Analyse historischer Verwaltungsentscheidungen

Bei der Betrachtung der Abgrenzung zwischen Kunst und Gewerbe soll auch die Ebene der Verwaltung mit einbezogen werden. Verwaltungsentscheidungen im Gewerberecht ergehen gegenüber Einzelpersonen meist in der Form des Bescheides und damit als individuelle Rechtsakte. Aufgrund dieser Form erlangen sie somit äußerst selten die gleiche Öffentlichkeit wie Gerichtsentscheidungen. Bei der Betrachtung des Gewerberechts hat man aber das Glück, auf eine historische Quelle mit einer Vielzahl solcher Einzelentscheidungen zugreifen zu können.

Bei der Sammlung von Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerberechte handelt es sich um Verwaltungsentscheidungen, die systematisiert in sieben Bänden ab dem Jahr 1894 bis 1937 herausgegeben wurden. Sie sollten der Verwaltung eine Entscheidungsgrundlage liefern und werden auch heute noch gerne für die Auslegung des Gewerbebegriffs herangezogen.

Eine vergleichbare publizierte Sammlung aktueller Verwaltungsentscheidungen gibt es heute nicht. Am ehesten sind mit den Gutachten bei *Frey/Maresch* die Protokolle der staatlichen Gewerbeferrentagungen zu vergleichen, die aber erst seit 2016 nicht veröffentlicht

261 *Friedrich Frey/Rudolf Maresch*, Sammlung von Gutachten und Entscheidungen über den Umfang der Gewerberechte, 7 Bd (1894–1937).

werden²⁶² und davor nur beschränkt zugänglich sind. Teilweise werden diese in den Gewerberechtskommentaren, wie bei *Grabler/Stolzlechner/Wendl* zitiert, aufgrund der mangelnden Publizität allerdings ohne Nachprüfungsmöglichkeit.

Die in den Gutachten unter dem Stichwort »Kunst« auffindbaren Entscheidungen sind höchst unterschiedlich, was den Grund sicherlich in den dahinterstehenden realen Sachverhalten haben mag.

Nach der Einschätzung der Beamten zählt als künstlerische Tätigkeit bzw Gewerbe:

- ▷ Das künstliche[s] Ciselieren²⁶³ fertiger Einbände und das ornamentale Zeichnen als künstlerische Tätigkeit.²⁶⁴
- ▷ Bei der Herstellung von »Schnitzwaaren aus Bein und Elfenbein, Po-cale, Reliefbilder, Dolchgriffe, Brochen ohne die Methode des Drehens kann es sich [muss es sich aber nicht, Anm CS-K] um Kunst handeln.²⁶⁵
- ▷ Die Tätigkeit der »Faßmalerei« als künstlerische Tätigkeit²⁶⁶ – allerdings mit der Einschränkung auf den »Verfertiger«: »Wird die Faßmalerei von einem Künstler (Maler, Bildhauer etc, der eine akademische Ausbildung genossen hat) ausgeübt, so muß auch diese Thätigkeit als eine zu den schönen Künsten gehörige Beschäftigung gerechnet, und sie kann daher nicht als »Gewerbe« angesehen werden[...]. Wird hingegen die Faßmalerei von einem aus dem Gewerbe herausgegangenen Gewerbetreibenden selbständig gewerbsmäßig betrieben, so ist dieses Gewerbe als ein freies anzusehen, weil dasselbe sich seinem Ziele und Wesen nach als ein künstlerische Zwecke verfolgender Zweig der Decorationsmalerei im weitesten Sinne darstellt und bei demselben volles Verständniß des Styles, richtige Auffassung über die Vertheilung von Licht und Schatten seitens der Gewerbetreibenden, also nicht blos [sic!] eine manuelle Fertigkeit

262 <<https://www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/Protokolle-der-Gewerbe-referententagung.aspx>> [Stand 15.04.2018].

263 Cislieren, (heutige Schreibweise Ziselieren) bezeichnet eine alte Form der Bearbeitung von Metall, bei dem Ornamente oder Buchstaben nicht in das Metall geschnitten, sondern mit verschiedenen Werkzeugen zB einem Hammer eingearbeitet werden. Vgl *Dudenredaktion* (Hg), *Duden Fremdwörterbuch?* (2001) 1053: »ziselieren: Metall mit Grabstichel, Meißel, Feile ua Bearbeiten; Figuren u Ornamente aus Gold od Silber Herausarbeiten.«

264 *Frey/Maresch*, *Umfang der Gewerberechte*, Bd1, Nr 167.

265 *Frey/Maresch*, *Umfang der Gewerberechte*, Bd1, Nr 195.

266 Faßmalerei bezeichnet die Bemalung und Vergoldung von Holzplastiken.

vorausgesetzt werden muß, und durch eine längere Verwendung im Gewerbe allein nicht erlernt werden kann.«²⁶⁷

- ▷ Glockengießen als künstlerische Tätigkeit: Das Gewerbe des Glockengießens sei mit dem Metallgießer nicht identisch, da es besondere Aufgabe des Glockengießers sei, den richtigen Ton für die Glocken zu treffen, »weil die Glocken bei einem ganzen Geläute einen musikalischen Accord bilden müssen und die Nachhilfe in der Stimmung schwierig und dem Klang nicht vortheilhaft ist. In Folge dessen erfordert das Glockengießergewerbe neben einer besonderen technischen Fertigkeit auch musikalische Kenntnisse, und es ist somit klar, daß mit dem Befähigungsnachweise für das Metallgießer- oder anderer handwerksmäßiger Gewerbe allein dasjenige des Glockengießers noch nicht ausgeübt werden könnte. [...] Ganz einheitlich ist die Entscheidung aber auch hier nicht, zwar wird darauf hingewiesen, dass »das Glockengießergewerbe, [...] bereits durch ein Hofrescript vom 7. April 1784 als freie Kunst erklärt wurde«, aber dennoch sei dieses »als freies Gewerbe zu betrachten.«²⁶⁸
- ▷ Holzschnitzerei, dann, wenn sie als Kunst betrieben wird. Sonst ist die Holzschnitzerei als Kunstgewerbe zu qualifizieren, »welches nicht bloß höhere Anforderungen in Betreff der manuellen Fertigkeit, sondern auch rücksichtlich des Geschmackes stellt.« Die (nicht künstlerische) Holzschnitzerei soll somit als ein selbständiges freies Gewerbe gleich dem Kunstgewerbe der Bildhauerei qualifiziert werden.²⁶⁹
- ▷ Anfertigung von Ölportraits: Dieser Verwaltungsentscheidung ist zweierlei zu entnehmen. Einerseits wird auf einen »Erlaß des Staatsministeriums vom 27. April 1864« verwiesen, in dem festgehalten wurde, dass »die Photographie als freies Gewerbe angesehen und behandelt werden soll«. Andererseits sei auch die »gewerbsmäßige Ausführung von Oelportraits unter der Benützung der im photographischen Wege gewonnenen Bilder« ein freies Gewerbe.²⁷⁰ In einer weiteren Entscheidung wird allerdings wieder dahingehend differenziert, dass auch eine Qualifikation die-

267 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 248.

268 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 368.

269 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 514 und 515.

270 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 715.

ser Werke als künstlerische Tätigkeit möglich sei. »[E]ine generelle Entscheidung über die künstlerische Qualification einer bestimmten Thätigkeit [ist] nicht leicht möglich. Bei allen jenen Berufen, hinsichtlich derer diese Frage überhaupt gestellt werden kann, wird es immer auf die Persönlichkeit und die künstlerische Befähigung des die betreffende Thätigkeit Ausübenden, sowie auf die Art ankommen, in welcher er von seinen Kenntnissen und Fähigkeiten Gebrauch macht: da aber beides am unzweifelhaftesten in dem betreffenden Produkte zum Ausdrucke komme, so wird es [...] im speciellen Falle nach der Beschaffenheit dieses zu beurteilen sein, ob sich die Thätigkeit der betreffenden Person als Ausübung einer freien Kunst oder eines Gewerbes darstellt; daß dann wenn die Herstellung der Portraits nicht im Wege der Handcolorirung, das ist mit dem Pinsel oder Farbestift, sondern auf irgend einem mechanischen Wege erfolgt, ein concessionspflichtiges Gewerbe vorliegt, ist zweifellos.«²⁷¹

- ▷ Anfertigen von Stuckatur: auch bei der Anfertigung von Stuck kommt in Betracht, »daß die Herstellung von Stuccaturarbeiten vielfach als ein Zweig der bildenden Kunst betrieben wird, sohin auf diese Thätigkeit gemäß der Bestimmungen des Art V. des K.P. zur G.O vom Jahre 1859 die Bestimmungen derselben keine Anwendung zu finden haben.«²⁷²
- ▷ Zimmer- und Decorationsmaler in besonderen Fällen als künstlerische Tätigkeit: »Der Begriff der Decorationsmalerei wird hierlands sehr weitgehend aufgefaßt und mit diesem Namen sehr häufig jene gewerbliche Beschäftigung bezeichnet, welche gemeiniglich als Zimmermalerei bekannt ist. Wenngleich die Decorationsmalerei hier und da auf das Gebiet der Kunst hinübergreift, so kann doch in der Regel angenommen werden, daß sie alle Merkmale in sich schließt, welche das Gesetz mit dem Begriffe der handwerksmäßigen Gewerbe verbindet. – Die eigentliche Kirchenmalerei dagegen, worunter gewöhnlich die Anfertigung von Frescogemälden verstanden wird, wäre aber zweifellos in die Reihe der Kunstgewerbe zu stellen.«²⁷³

271 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 716.

272 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 1265.

273 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd1, Nr 1518.

- ▷ Die Kunststickerei ist unabhängig von ihrer Machart (per Hand oder als Maschinenstickerei) eine gewerbliche Tätigkeit.²⁷⁴
- ▷ Die Erzeugung von Monumenten ist eine künstlerische Tätigkeit.²⁷⁵
- ▷ Porzellanmalerei ist dann eine künstlerische Tätigkeit, wenn sie »in artistischer Weise ausgeübt wird.«²⁷⁶
- ▷ Ein Zimmermaler, der »ohne Benützung von Schablonen Figuren, Figurengruppen und Landschaftsbilder auf Zimmerdecken und Wände malt«, übt dann eine künstlerische Tätigkeit aus, wenn er eine Qualifikation als Künstler nachweisen kann und wenn er »eigene Entwürfe von künstlerischem Werthe auszuführen befähigt ist. Dies wird in der Regel nur dann zutreffen, wenn er künstlerische Ausbildung genossen, also insbesondere Kunstlehranstalten besucht hat.«²⁷⁷

Diese Entscheidung ist auch deshalb interessant, weil in dem konkreten Fall dem Zimmermaler und seiner Ausführung die Qualifikation als künstlerische Tätigkeit deshalb abgesprochen wurde, weil er nicht nur Bildergruppen an die Wand gemalt hatte sondern auch das Ausmalen der Zimmer übernommen hatte. Diese Entscheidung stellt quasi ein Gegenbeispiel zur einleitenden Entscheidung des VwGH²⁷⁸ zur Restaurierung der kaiserlichen Hofburg dar, bei dem umgekehrt die gesamte Tätigkeit als künstlerische Tätigkeit qualifiziert wurde, gerade weil auch ein Teil des Gesamtauftrages künstlerisches Geschick erforderte.

In der Entscheidung 3891 aus 1887 wird »zur Frage, ob Bildhauer, Schnitzer, Modelleure, Ciseleure und Stuccateure als Künstler oder als Gewerbeleute anzusehen sind«, zusammengefasst:

»Was zunächst die Unternehmer, und zwar die Holzschnitzer, Modelleure, Ciseleure und Stuccateure betrifft, so sind dieselben im Allgemeinen als Gewerbetreibende zu beachten. Es kann allerdings bei diesen, wie auch bei anderen Gewerben, z.B. bei den Graveuren, Goldschmieden, Tischlern u.s.w. vorkommen, daß einzelne Arbeiten derselben die gewöhnlichen handwerksmäßigen Leistungen

274 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd3, Nr 3893.

275 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd3, Nr 3971.

276 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd3, Nr 4010.

277 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd 3, Nr 4274.

278 VwGH 25.1.2011, 2008/04/0035 = VwSlg 18022 A/2011.

weit überragen und ausgesprochen künstlerischen Werth besitzen. Aber soferne die der Regel nach Gebrauchswaaren für den Bedarf des täglichen Lebens producieren, soferne sie mehr oder weniger künstlerisch gestaltete Arbeiten hauptsächlich blos vervielfältigen und diese Reproduktionen geschäftsmäßig vertreiben, soferne sie endlich zu diesen Vervielfältigungsarbeiten gewerbliche Gehilfen verwenden, welche keine künstlerischen Qualitäten besitzen, sind die keine Künstler, sondern Gewerbetreibende. Die Bezeichnung »Kunstgewerbetreibende«, welche diese Unternehmer füglich in Anspruch nehmen können, ändert nichts an ihrer gewerberechtiglichen Stellung. Die Bildhauer sind, soferne hierunter die Erzeuger von plastischen, insbesondere Gipsfiguren und Ornamenten, hauptsächlich im Wege der Reproduktion, zu verstehen sind, gleichfalls als Kunstgewerbetreibende und nur, wenn sie die Ausführung von Sculpturen nach eigenen Entwürfen betreiben, als Künstler im Sinne des Art. Va. Lit. C des K.P. anzusehen.«²⁷⁹

Auf den Punkt gebracht bedeutet dies, dass die Entscheidungen der Verwaltung etwa 50 Jahre nach der Entstehung der Gewerbeordnung folgende Merkmale voraussetzten, um eine Tätigkeit als künstlerische zu qualifizieren:²⁸⁰

- ▷ Kunstvolle (»artistische«) Bearbeitung – die künstlerischen Tätigkeiten müssen handwerkliche Tätigkeiten weit überragen
- ▷ Herstellung durch einen Künstler
 - ▶ Ein Künstler zeichnet sich durch eine akademische Ausbildung aus (künstlerische Ausbildung an den Kunstlehranstalten)
 - ▶ aber auch durch Persönlichkeit und künstlerische Befähigung
Die künstlerische Qualifikation muss nachweisbar sein
- ▷ Es muss sich um eine Tätigkeit handeln, bei der besondere technische Fertigkeiten allein nicht ausreichend sind (besonderer Stil, besonderer Geschmack)
- ▷ Künstlerischer Wert
- ▷ Eigene Entwürfe

279 Frey/Maresch, Umfang der Gewerberechte, Bd 3, Nr 3891.

280 Eine zusammenfassende Darstellung der in diesem Kapitel zitierten Verwaltungsentscheidungen finden sich auch in *Ernst Mayrhofer/Anton Pace*, Handbuch für den politischen Verwaltungsdienst³, Bd 6 (1900) 806, sowie *Egon Praunegger*, Das österreichische Gewerberecht (1924) 22.

Folgende Merkmale schlossen eine künstlerische Tätigkeit jedenfalls aus:

- ▷ Ausübung durch einen Gewerbetreibenden
- ▷ Erzeugung auf mechanischem Wege
- ▷ Dürfen keine Gebrauchswaren für den täglichen Bedarf sein
- ▷ Keine Reproduktionen (schon gar nicht durch »nicht-künstlerische«) Gehilfen

B. Diskussion in ausgewählten historischen Quellen vor 1945

Bereits in der historischen Literatur war man sich der Schwierigkeit der Abgrenzung bewusst. So schrieb *Kulisch* bereits 1912 in seinem »System des Österreichischen Gewerberechts«:

»Es kann nicht geleugnet werden, daß es im Einzelfall sehr schwierig sein mag, zu entscheiden, ob eine »schöne Kunst« oder ein Gewerbe ausgeübt wird. Der Takt allein kann da entscheiden.«²⁸¹

Der besondere Blick auf den »Takt« also vielleicht auf die Art der Musik findet sich auch bei der älteren Judikatur im Steuerrecht wieder. Ein heute etwas veralteter Ansatz, der auf die Art der Musik, die »Werkhöhe« bzw die »Stimmung« aus der heraus die Musik stattfindet, abstellt.²⁸²

In weiteren historischen Kommentaren sind Aussagen zur Ausnahme der schönen Künste eher rar. *Heilingner* hält fest, dass, wenn Gebrauchsartikel produziert werden, diese unter die Bestimmung der Gewerbeordnung fallen, auch wenn einzelne Leistungen künstlerischen Wert besitzen.²⁸³ In späteren Auflagen weitet er seine allgemeinen Aussagen dahingehend aus, als dass die Ausnahme für Künstler nur dann zum Tragen kommen sollte, wenn sie die künstlerische Tätigkeit ausschließlich ausüben.²⁸⁴ Eine Feststellung, die auf einem Judikat aus dem Jahre 1893 basiert.²⁸⁵

281 *Kulisch*, Gewerberecht 199.

282 Dazu später in Kapitel 4.V.B.

283 *Alois Heilingner*, Österreichisches Gewerberecht, Bd 1 (1894) 16 f.

284 *Alois Heilingner*, Österreichisches Gewerberecht³ (1909), ebenso *Praunegger*, Gewerberecht 21.

285 k.k VwGH 8.11.1893, Budw 7503.

Ich denke, diese Auffassung war schon damals falsch, weil sie nicht, wie es wörtlich in der Gewerbeordnung festgeschrieben ist, an der Tätigkeit, sondern (nur) an den Ausübenden anknüpft. Mit dieser Feststellung ist für die Abgrenzung nichts gewonnen. Wenn nämlich jemand ohnehin nur künstlerische Tätigkeiten ausübt, wird die Qualifikation als Künstler kein Problem darstellen.

Kulisch greift in seiner Darstellung wiederum bereits bekannte Aspekte auf: nur die Ausübung »schöner« Künste ist umfasst – nicht die Kunst überhaupt, die Kunst muss »frei schaffend« sein und ästhetischen, nicht rein praktischen Bedürfnissen dienen und die Kunst darf nicht vorwiegend mechanisch oder nachbildend entstanden sein und der individuelle Charakter muss spürbar sein.²⁸⁶

Eine weitere Herangehensweise der wissenschaftlichen Literatur greift einen anderen Aspekt auf: das Zusammenspiel mehrerer Personen in einem Unternehmen. *Kulisch* ist der Ansicht, dass sich die Unterscheidung zwischen gewerblicher Tätigkeit und künstlerischer auch an der »rechtlichen Stellung der Gehilfen« veranschaulichen lässt:

»Ist das Unternehmen ein gewerbliches, dann sind auch alle in ihm wirkenden Gehilfen gewerbliche, mögen auch die Leistungen einzelner als künstlerische erscheinen. Fällt das Unternehmen unter den Begriff der Ausübung einer »schönen Kunst«, so sind alle in demselben beschäftigten Personen von den Bestimmungen der Gewerbeordnung befreit, selbst wenn die Tätigkeit des Einzelnen keine künstlerische ist. Das letztere gilt zum Beispiel von Konzertunternehmungen, Kunstgalerien u. s. w.«²⁸⁷

Dieser historischen Ansicht ist heute nur noch wenig abzugewinnen. Speziell in punkto Kunstgalerien ist es meines Erachtens in der Systematik falsch, ihre Tätigkeit als Ausübung der schönen Künste zu sehen, denen entsprechende Privilegien zugutekommen sollen. Schließlich lässt sich weder in der Zusammenstellung einer Ausstellung noch im Verkauf von Bildern eine »eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig« erkennen. Die Verkaufstätigkeit wird deshalb jedenfalls als gewerbliche zu sehen sein und ebenso die der Zusammenstellung von Ausstellungen oder eines Konzertprogramms.

286 *Kulisch*, Gewerberecht 199.

287 *Kulisch*, Gewerberecht 200.

Hier zeigt sich deutlich der Unterschied zwischen dem Begriff der Ausübung der schönen Künste und der Kunstfreiheitsgarantie. Während Ausstellung und Verkauf vermutlich durch die in Art 17a StGG garantierte Kunstfreiheit geschützt wären, als Ausprägung des sogenannten Wirkbereiches, ist der Verkauf fremder Werke zB durch die ausstellende Galerie an sich eine gewerbliche Tätigkeit und unterliegt somit der Gewerbeordnung. Dafür ist eine Anmeldung des freien Handelsgewerbes erforderlich.

Wenn auch in der Literatur keine abschließende Definition abgegeben wurde, so war man sich zumindest darüber klar, dass Kunst kein Gewerbe sein konnte. *Praunegger* zählt die Ausnahme der künstlerischen Tätigkeit zu jener Gruppe der Ausnahmen aus der GewO, »welche zwar schon nach dem Sprachgebrauche nicht als Gewerbe gelten, bei denen es aber der größten Bestimmtheit und der sicheren Handhabung des Gesetzes willen doch rätlich schien, ausdrücklich zu erklären, daß sie nicht unter die Wirksamkeit des Gewerbegesetzes fallen.«²⁸⁸

Auch in Deutschland wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts eine Gewerbeordnung erlassen, bei der die »wissenschaftlich, künstlerische und schriftstellerische Tätigkeit höherer Art« nicht als Gewerbe angesehen wurden.²⁸⁹ Auffallend ist hierbei, dass die Abgrenzungskriterien bzw Formulierungen und Beispiele sich wörtlich mit der österreichischen Diskussion decken:

»Entscheidend für die Abgrenzung vom Gewerbe ist im einzelnen Fall die Qualität und der ausschließlich wissenschaftliche oder künstlerische Charakter der Leistungen. Ein Photograph ist in der Regel Gewerbsmann, ein Kupferstecher Künstler; unter Umständen ist aber auch der letztere Gewerbetreibender, insbesondere wenn er unter Verwendung von Gehilfen Marktware herstellt. Ein Kapellmeister mit seiner Kapelle fällt dann nicht unter die GO, wenn er nur Produktionen höherer Art veranstaltet; wenn er aber die Kapelle auch bei Bällen, Banketten und sonstigen Vergnügungen Musik machen läßt, ist er Gewerbetreibender. Denn die Veranstaltung oder Aufführung von Vorträgen und Produktionen ohne daß ein

288 *Praunegger*, Gewerberecht 12.

289 Zitiert nach *Robert Landmann-Rohmer*, Kommentar zur Gewerbeordnung¹⁰ (1952) Bd 1, 36. Der Entwurf der deutschen Gewerbeordnung ist nur um einige Jahre jünger als die österreichische GewO und stammt aus dem Jahr 1868.

höheres Interesse der Kunst oder Wissenschaft dabei obwaltet, ist Gewerbebetrieb.«²⁹⁰

Zusammenfassend gleicht die ältere Literatur und Judikatur der Einschätzung der Verwaltung zur Abgrenzung von Kunst und Gewerbe. Betont werden die Elemente Kunst als ausschließliche Tätigkeit, die eine Tätigkeit »höherer Art« und ästhetisch ansprechend sein muss. Keine Kunst liegt bei (auch wenn künstlerisch gestalteten) Gebrauchsartikel, Nachbildungen oder mechanisch hergestellten Dingen vor.

C. Neuere Literatur – Neue Ansätze zur Abgrenzung

Betrachtet man die neuere Literatur, so fällt erst einmal auf, dass sich die Grenzen ein wenig gelockert haben. Es wird alles nicht mehr ganz so streng gesehen. »Künstlerisch« muss nicht mehr ausschließlich sein, um in den Genuss einer Ausnahme zur Gewerbeordnung zu kommen. Es reicht vielmehr ein Überwiegen der künstlerischen Merkmale. Diese Ansicht wird bereits seit der großen Gewerberechtsnovelle 1973 vertreten, seit der die GewO, wie bereits erläutert, selbst eine Definition anbietet.²⁹¹

Auch die Literatur greift diese Linie auf. So hält *Winkler* (mit Verweis auf die Erläuterungen der Novelle) fest, dass die Ausübung der schönen Künste und da insbesondere das Element »eigenschöpferische Tätigkeit« nicht zu streng auszulegen sei:

»der kopierende Maler, der Bildhauer ebenso wie der Schauspieler, der Sänger oder der Dirigent würden sonst nicht unter die Ausnahmebestimmung fallen. Die Grenze wird in der ›Vervielfältigung‹ gesehen, wobei Vervielfältigung dem Wortsinn nach eben die Hervorbringung von vielfachen gleichartigen Produkten bedeutet.«²⁹²

Ebenso stellt die GewO 1973 erstmals im Gesetz klar, dass die Restaurierung von Kunstwerken ebenfalls von der Gewerbeordnung ausgenommen ist, wenn für die Tätigkeit des Wiederherstellens eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erforderlich ist.

290 *Robert Landmann-Rohmer*, Kommentar zur Gewerbeordnung¹⁰ (1952) Bd 1, 36.

291 Es handelte sich dabei um die erste große Novellierung der GewO 1859.

292 *Winkler*, Gewerbebegriff 16 f oder auch *Wallner/Fialka*, GewO, § 2, 30.

Dass es dem Künstler zusteht, seine Werke auch zu verkaufen²⁹³, ist meines Erachtens eine Selbstverständlichkeit. Eine gegenläufige Ansicht, etwa, dass dafür eine Handelsberechtigung erforderlich sei, wäre völlig verfehlt. Welchen Zweck sollte es haben, die Produktion der Kunstwerke zwar freizustellen, den Verkauf durch den Produzenten selbst aber wieder der Gewerbeordnung zu unterwerfen? Dies würde der Systematik der GewO selbst grundlegend widersprechen. Schließlich wird in § 1 GewO davon ausgegangen, dass eine gewerbliche Tätigkeit vorliegt, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht, einen Ertrag zu erzielen, ausgeübt wird. Um einen solchen Ertrag zu erzielen, müssen die selbständig erzeugten Produkte aber natürlich auch verwertet werden. Die Ausnahme aus der GewO spricht der künstlerischen Tätigkeit nicht ab, dass es sich dabei um eine selbständige, regelmäßige und in Ertragserzielungsabsicht ausgeübte Tätigkeit handelt, sondern nimmt sie nur vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung aus. Ein entsprechender Kommentar, dass der Künstler beispielsweise die von ihm erzeugten Bilder auch verkaufen darf, ist also entbehrlich.

Auch die Bemerkung bei *Kinscher/Sedlak*, dass »[d]ie Zurverfügungstellung der für die von der GewO ausgenommenen Verkaufsausstellungen benutzen Räume durch Versicherungsunternehmen oder Banken«²⁹⁴ nicht unter die Gewerbeordnung fällt, bringt für die Abgrenzung keinen Mehrwert. Es handelt sich hier um keine Frage, die im Zusammenhang mit der Ausübung einer künstlerischen Tätigkeit steht. Es geht dabei vielmehr um eine andere (generelle) Ausnahme.

Nun soll im Detail auf mögliche neue Definitionsmerkmale eingegangen werden, die in der Kommentarliteratur entwickelt wurden.

1. Gestaltungsweise – Gestaltungsprinzipien

Grabler/Stolzlechner/Wendl sind in ihrem Kommentar eine der Wenigen, die sich ausführlicher mit der Ausnahme der »Ausübung der schönen Künste« auseinandersetzen. Ihre Kommentare finden sich dann in der Folge (nahezu wortwörtlich) auch bei *Wallnöfer*²⁹⁵ wieder. Zusätz-

293 Der Judikatur des VwGH 26.6.1984, 84/04/0067, folgend: *Walter Kinscher/Robert Sedlak*, GewO⁶ (1996) § 2 GewO Fn 27, *Klaus Wallnöfer*, § 2 GewO in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO Rz 36 mwN; Vgl *Andreas Hanusch*, Kommentar zur Gewerbeordnung, 20. Lfg (Juli 2013) § 2 Rz 31.

294 *Kinscher/Sedlak*, GewO § 2 GewO Fn 27; siehe auch *Hanusch*, GewO § 2 Rz 31.

295 *Wallnöfer* in Ennöckl/Raschauer/Wessely, § 2, Rz 35–37.

lich zum Verweis auf die ohnehin im Gesetz enthaltene Legaldefinition bringen sie als Definitionsmerkmal der Ausübung der schönen Künste die »Gestaltungsweise« ins Spiel. Die Ausübung der schönen Künste bedeute die »eigenschöpferische Gestaltung der Wirklichkeit mithilfe von Gestaltungsmitteln«. ²⁹⁶ Als Beispiele für diese Gestaltungsmittel nennen sie Sprache, Farbe, Klang ²⁹⁷ oder auch Mimik, Bewegung, Töne, ²⁹⁸ wobei als eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig, sowohl die Schaffung des Kunstwerks als auch dessen Wiedergabe als eigenschöpferische Leistungen zu qualifizieren sei. ²⁹⁹

Diese Definition scheint sich auf den ersten Blick im Wesentlichen mit der gesetzlichen Definition zu decken. Es ist jedoch zu bemerken, dass hier zwei wesentliche weitere Punkte angesprochen sind: zum einen die »Gestaltung der Wirklichkeit mit Hilfe von Gestaltungsmitteln« und zum anderen, dass nicht nur die Schaffung eines Kunstwerks selbst, sondern auch die Wiedergabe eines Kunstwerks eine eigenschöpferische Leistung ist und damit Ausübung der schönen Künste ist.

Der erste Punkt der Gestaltung der Wirklichkeit mithilfe von Gestaltungsmitteln stellt auf eine Veränderung ab. Diese Feststellung ist aber durchaus nicht unproblematisch. »Gestaltung« dem Wortsinn nach bedeutet, »einer Sache ein gewisses Aussehen geben.« ³⁰⁰ Dabei stellt sich natürlich die Frage, inwieweit zB die Fotografie dieser Anforderung gerecht wird. ³⁰¹ »Mit Hilfe von Gestaltungsmitteln« muss aber gleichermaßen bedeuten, dass ein Medium oder eine Bearbeitung zwischen der Wirklichkeit und dem künstlerischen Endprodukt geschaltet wird. Um beim Beispiel der Fotografie zu bleiben: eine Kamera. Diese allein macht die Gestaltung der Wirklichkeit aber noch nicht zu einem künstlerischen Bild. Sonst wäre die Unterscheidung zwischen gewerblichem Bild und künstlerischem nicht möglich. Man kommt also wiederum zur Erkenntnis, dass es sich um eine in irgendeiner Art »besondere« Gestaltung handeln muss. Dies wird von *Grabler/Stolzlechner/Wendl* dann auch weiter ausgeführt indem sie festhalten, dass das maßgebliche Kriterium für die Frage Kunst oder Gewerbe die Art und Weise der Gestaltung ist. ³⁰²

296 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO § 2 Rz 160, 177.

297 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO § 2 Rz 160, 177.

298 *Wallnöfer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, § 2, Rz 36.

299 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO § 2 Rz 160, 177.

300 <<http://www.duden.de/rechtschreibung/gestalten>> [Stand 15.04.2018].

301 Dazu mehr bei der Fotografie in Kapitel 4.II.F.1.

302 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO § 2 Rz 161, 178.

»Erfolgt sie nach Gestaltungsprinzipien, die für ein umfassendes Kunstwerk – zB Malerei, Bildhauerei, Architektur – charakteristisch sind, oder ist sie auf die selbe Stufe zu stellen, wie diese, weil die Tätigkeit eine vergleichbar weit reichende künstlerische Ausbildung und Begabung erfordert, dann ist eine derart gestaltete Tätigkeit als die eines Künstlers anzusehen.«³⁰³

Wallnöfer³⁰⁴ benennt diese Frage nach dem »Wie« bzw den dafür notwendigen Vergleich, welche Voraussetzungen für die künstlerische Tätigkeit gegeben sein müssen als »Gestaltungsprinzipien«. Decken sich die »Gestaltungsprinzipien«, die für ein umfassendes Kunstwerk charakteristisch sind bei der in Frage stehenden Tätigkeit mit einer künstlerischen Tätigkeit – auch an die obige Definition anschließend in Punkto Ausbildung und Begabung – liegt eine Ausübung der schönen Künste vor.

Die Feststellung, ob die Tätigkeit nach künstlerischen Gestaltungsprinzipien erfolgt ist, zielt, wie das Zitat zeigt, auf einen Vergleich ab. Dies ist mE als zweiter Schritt einer Prüfung zu sehen. Stellt man fest, dass eine Tätigkeit mithilfe von (an sich künstlerischen) Gestaltungsmitteln ausgeführt wurde, sind sie sodann in Verhältnis mit anderen Tätigkeiten zu setzen. Es wird also ein Bezug zu anderen künstlerischen Tätigkeiten und damit zum Markt hergestellt. Der Übergang zu den anderen Merkmalen, wie Künstlerbegriff und Wettbewerbsfähigkeit sind fließend.

2. »Begünstigte« – Künstlerbegriff

Der Begriff des Künstlers tritt bei der Definition nach der GewO eher in den Hintergrund. Da es auf die schaffende Tätigkeit ankommt, steht die Person des Künstlers in den Kommentaren nur dort zur Diskussion, wo es um Abgrenzungsfragen geht. Die oben zitierte Definition von *Grabler/Stolzlechner/Wendl* wonach »Schaffung des Kunstwerks als auch dessen Wiedergabe als eigenschöpferische Leistungen zu qualifizieren sei« verdeutlicht dies. Es soll damit abgegrenzt werden, wer die Ausnahme (noch) für sich in Anspruch nehmen kann. Neben den ursprünglich schaffenden Künstlern fallen für *Grabler/Stolzlechner/Wendl*

303 *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, Kommentar zur GewO § 2 Rz 161, 178.

304 *Wallnöfer* in *Ennöckl/Raschauer/Wessely*, § 2, Rz 36.

»der Tondichter (Komponist), aber auch Sänger, Dirigent und Orchester, die eine Tondichtung eigenschöpferisch wiedergeben; der Sprachdichter (Romanschriftsteller, Lyriker, Dramatiker etc), aber auch der (Theater-)Schauspieler sowie (Opern- oder Operetten-)Sänger; Ballettkünstler; Zeichen-, Mal- und Grafikkünstler; Bildhauer, Kunstfotografen; Architekten; Filmregisseure und Schauspieler«³⁰⁵

unter den Tatbestand des § 2 Abs 1 Z 7 GewO.

Einige der von ihnen genannten Berufsgruppen haben sogar das Privileg »doppelt« von der Gewerbeordnung ausgenommen zu sein. Wie in späteren Kapiteln noch zu zeigen sein wird, ist alles, was der Unterhaltung dient, unabhängig davon, ob es sich um künstlerisch anspruchsvolle Darbietung oder bloße Unterhaltung handelt, von der GewO ausgenommen.

3. Künstlerische Anerkennung

Ob ein Künstler anerkannt ist oder nicht, ist eine nahezu unmöglich zu beantwortende Frage, die bereits seit Loslösung des Künstlers vom Handwerker diskutiert wird. Für die gewerberechtliche Beurteilung ist ein künstlerischer Ruf zwar nicht Voraussetzung, aber sicherlich hilfreich bei der Beurteilung: »die Tatsache, dass ein Werk breite (nicht notwendigerweise positive) Beachtung findet, [wird] bei der Beurteilung ein positives Indiz bilden.«³⁰⁶ Die Grenze ist weniger bei gut oder schlecht als bei »besonders« und »anders« zu sehen. Wesentliches Unterscheidungsmerkmal ist, so *Handig*, die Abgrenzung zum Alltäglichen:

»Ein Kunstwerk wird sich idR vom Alltäglichen absetzen und schon deshalb mehr Beachtung erhalten als gewöhnliche alltägliche Gegenstände. Würde man im Alltäglichen in seiner üblichen Verwendung bzw seinem gewöhnlichen Rahmen bereits Kunstwerke erblicken, würde der Begriff »Kunst« so inflationär angewendet, dass er jeglichen Inhalt verlöre.«³⁰⁷

305 Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO § 2 Rz 160, 177.

306 Christian Handig, Kunst oder Kommerz – eine gewerberechtliche Abgrenzung, RdW 2005, 680 (683).

307 Handig, Kunst oder Kommerz 683.