

Verwaltungsgerichtshof

Zl. A 2013/0001-1

(2011/04/0105)

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Mayr als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag.^a Zirm, in der Beschwerdesache des X in Y, vertreten durch Dr. Monika Linder, Rechtsanwältin in 1070 Wien, Bernardgasse 28/1, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 14. März 2011, Zl. IIa-55007-10/1, betreffend Feststellung der individuellen Befähigung für die Ausübung eines Gewerbes, den

B e s c h l u s s

gefasst:

Der Verwaltungsgerichtshof stellt gemäß Art. 140 Abs. 1 iVm Art. 89 Abs. 2 und Art. 135 Abs. 4 B-VG an den Verfassungsgerichtshof den

A n t r a g

§ 94 Z. 20 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben,

in eventu

§ 94 Z. 20 GewO 1994, BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben und gemäß Art. 140 Abs. 4 B-VG festzustellen, dass § 150 Abs. 5 GewO 1994, BGBl. Nr. 194 in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2002, verfassungswidrig war.

(8. Mai 2013)

B e g r ü n d u n g :

1. Ausgangsverfahren:

1.1. Beim Verwaltungsgerichtshof ist zur Zl. 2011/04/0105 eine Beschwerde gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol (der belangten Behörde) vom 14. März 2011, Zl. IIa-55007-10/1, anhängig.

1.2. Mit Gewerbeanmeldung vom 12. Juli 2010 "ersuchte" der Beschwerdeführer "um das Gewerbe Handwerk des Berufsfotografen (ohne Einschränkung)" in einem näher bezeichneten Standort und legte zum Beweis seiner individuellen Befähigung (unter anderem) ein Gutachten des allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für (u.a.) den Bereich Fotografie Prof. K vom 5. Juli 2010 vor.

In diesem Gutachten wird im Wesentlichen ausgeführt, der Beschwerdeführer habe die Fotografie autodidaktisch erlernt und beliefere seit dem Jahr 2005 die Kreativabteilung einer Tiroler Werbeagentur laufend mit Bildmaterial. Weiters fotografiere der Beschwerdeführer freiberuflich seit mehreren Jahren für einen der bedeutendsten deutschen Verlage. 2007 und 2008 habe er eine "renommierte private Wiener Fotoschule" (fotoschule.at) in zwei Semestern mit anschließender Diplomprüfung absolviert. Seit Juli 2008 besitze der Beschwerdeführer einen Gewerbeschein als Pressefotograf. Der Beschwerdeführer verfüge über eine umfangreiche fotografische Praxis, jedoch über keine offizielle fotografisch orientierte künstlerische Ausbildung. Der Beschwerdeführer habe überdies keine Probleme mit den heute in der professionellen Fotografie gängigen Digital-Computertechniken. Bei seiner fotografischen Tätigkeit wende der Beschwerdeführer ausschließlich digitale Techniken an, seine Kenntnisse auf dem Gebiet der analogen Fotografie müssten hingegen als äußerst dürftig bezeichnet werden. Auch in den von ihm betretenen künstlerischen Bereichen der Fotografie arbeite der Beschwerdeführer konsequent digital. Sein theoretisches Wissen reiche aus, um den Beruf eines Fotografen ausüben zu können. So sei die Farbenlehre für den Beschwerdeführer "kein Mysterium". Auch mit dem Begriff

"Colour-Management" habe der Beschwerdeführer "absolut keine Probleme" gehabt. Mit dem wichtigsten Thema der Berufsfotografie, nämlich jenem des Lichts, habe sich der Beschwerdeführer beschäftigt. Auch beim Thema Kamerakunde habe der Beschwerdeführer bewiesen, dass er sich auskenne. Die Bilder des Beschwerdeführers müssten sowohl inhaltlich als auch handwerklich-technisch als erstklassig bezeichnet werden. Der Beschwerdeführer verfüge daher über die Kenntnisse und Fähigkeiten, die ein Berufsfotograf erbringen müsse, um erfolgreich tätig sein zu können. Daher sei nach Ansicht des Sachverständigen seine individuelle Befähigung vorhanden.

Diesem Gutachten waren eine Kopie des Abschlussprüfungszeugnisses des Beschwerdeführers an der Handelsschule Lienz sowie das Diplom der "fotoschule.at" aus 2008 mit den vom Beschwerdeführer absolvierten Theoriekursen und Workshops angeschlossen.

1.3. Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft L (BH) vom 16. August 2010 wurde festgestellt, dass der Beschwerdeführer die individuelle Befähigung für die Ausübung des Gewerbes mit dem Wortlaut "Berufsfotograf gemäß § 94 Z 20 Gewerbeordnung 1994" gemäß § 19 GewO 1994 nicht erbringe (Spruchpunkt 1.) und die gesetzlichen Voraussetzungen zur Ausübung des genannten Gewerbes gemäß § 339 Abs. 1 GewO 1994 iVm § 340 Abs. 3 und § 16 Abs. 1 GewO 1994 mangels Vorliegens der Befähigung nicht vorlägen, sodass die Ausübung des Gewerbes untersagt wurde (Spruchpunkt 2.).

1.4. Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung und beantragte in dieser, seine individuelle Befähigung als Berufsfotograf festzustellen und ihm die volle Gewerbeberechtigung zu erteilen bzw. die Gewerbeberechtigung auf den digitalen Bereich einzuschränken, eventuell die Angelegenheit wegen mangelhaften Ermittlungsverfahrens an die erste Instanz zurückzuverweisen. Der Berufung war ein Ergänzungsgutachten des genannten Sachverständigen vom 22. August 2010 beigelegt, in dem einerseits diverse Begriffe der Fotografie erklärt werden und andererseits im Hinblick auf den Beschwerdeführer im Wesentlichen ausgeführt wird, der Sachverständige sei der Meinung, dass die nichtoffizielle

Ausbildung des Beschwerdeführers auf Grund seiner umfangreichen Praxis keine Rolle spielen sollte. Der Beschwerdeführer sei Autodidakt und habe die Fotografie im Selbststudium sowie durch den Kontakt mit anderen Fotografen erlernt. In der Handelsschule habe er sich auch wichtige EDV-Kenntnisse aneignen können und habe daher auch mit der neuen digitalen Technik keine Probleme. Die kaufmännischen Kenntnisse des Beschwerdeführers überstiegen mit Sicherheit jene eines Meisterprüfungskandidaten. Letztlich habe der Beschwerdeführer in zwei Semestern an einer privaten Ausbildungsstätte seine fotografischen Kenntnisse erweitert und verfeinert.

1.5. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde die Berufung des Beschwerdeführers gegen den Bescheid der BH vom 16. August 2010 gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt 1.) sowie der Eventualantrag, den Bescheid der BH vom 16. August 2010 zu beheben und zur neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen, gemäß § 66 Abs. 2 AVG als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt 2.).

Begründend verwies die belangte Behörde nach Darstellung des Verfahrensganges und Feststellung des maßgeblichen Sachverhaltes zunächst auf die Berufsfotografen-Verordnung, BGBl. II Nr. 45/2003 in der Fassung BGBl. II Nr. 399/2008, und weiters auf die Verordnung der Bundesinnung der Fotografen über die Meisterprüfung für das Handwerk Berufsfotograf (Berufsfotograf-Meisterprüfungsordnung).

Sodann führte die belangte Behörde in rechtlicher Hinsicht im Wesentlichen aus, die angeführte Zugangsverordnung für Berufsfotografen bzw. die Berufsfotografen-Meisterprüfungsordnung bildeten den Entscheidungsmaßstab für die Beurteilung des Vorliegens der individuellen Befähigung.

Wenngleich die belangte Behörde nicht grundsätzlich die Kenntnisse und Fähigkeiten des Beschwerdeführers in Zweifel zu ziehen beabsichtige, so sei doch zu beurteilen, ob der Beschwerdeführer das Ausbildungsziel in gleicher Weise verwirklicht habe wie jene in den erwähnten Vorschriften.

Die Berufsfotografen-Meisterprüfungsordnung bestehe aus mehreren Modulen. Nach dieser Meisterprüfungsordnung seien für den Berufsfotografen umfassende detaillierte praktische und theoretische Kenntnisse im Rahmen mehrerer Module zu absolvieren. Das vom Beschwerdeführer vorgelegte Gutachten im Zusammenhalt mit dem zweisemestrigen Lehrgang an der fotoschule.at sowie die vorgelegten Nachweise über seine fachlich praktischen Tätigkeiten könnten wohl Kenntnisse und Fähigkeiten auf dem Gebiet der Fotografie bescheinigen, jedoch nicht in dem Ausmaß und auf dem Niveau, wie in den gesetzlichen Vorschriften verlangt.

Betrachte man den absolvierten Lehrgang im Ausmaß von zwei Semestern, so sei festzuhalten, dass damit zwar ein Nachweis erbracht werde, dass der Beschwerdeführer in einzelnen Gebieten der Fotografie eine theoretische Ausbildung absolviert habe, jedoch könne angesichts der Anzahl der Fächer im Vergleich zum sehr eingeschränkten zeitlichen Umfang des Lehrganges gesagt werden, dass diese Ausbildung das Ausbildungsziel auf dem Niveau wie in den gesetzlichen Zugangsvoraussetzungen normiert nicht annähernd zu erreichen vermöge. Darüber hinaus ergäben sich weder aus dem Gutachten noch aus dem Diplom über den facheinschlägigen Lehrgang an der Fotoschule Hinweise zu Themen wie beispielsweise facheinschlägige Chemie und Physik, optische Grundgesetze, Polarisation, Kenndaten von optischen Systemen, technische Ausstattung und Materialkunde sowie Studioteknik oder fachliche Sondervorschriften, Herstellen der erforderlichen chemischen Lösungen (Umgang mit Giftstoffen), fachliche Sondervorschriften wie die Behandlung gefährlicher Stoffe und gefährlicher Zubereitungen, Behandlung gefährlicher Abfälle und Entsorgung, auch über Fachrechnung und Kalkulation seien keine Angaben enthalten sowie nur dürftige Angaben zum Thema Werkstoffkunde.

Das Gutachten bestehe aus nicht sehr konkreten Schlussfolgerungen des Sachverständigen wie etwa, dass dem Beschwerdeführer der "Begriff" Colour-Management "keine Probleme bereitet" und die "Farbenlehre kein Mysterium" sei. Auch halte der Gutachter dezidiert fest, dass die Kenntnisse des

Beschwerdeführers "auf dem Gebiet der analogen Fotografie als äußerst dürftig bezeichnet werden müssen".

Auch die freiberufliche Tätigkeit des Beschwerdeführers als Pressefotograf seit dem Jahre 2008 vermöge nicht die Befähigung für den Berufsfotografen zu ersetzen. Die vom Beschwerdeführer vorgelegte Bestätigung der Grafikwerkstatt bestätige zwar die Zufriedenheit des Auftraggebers mit der Qualität der Bilder, gebe aber nicht genügend Aufschluss über Art und Umfang der geleisteten Arbeiten.

Daher habe der Beschwerdeführer den Nachweis der für die Gewerbeausübung des Berufsfotografengewerbes erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen in dem Ausmaß und auf dem Niveau wie in den gesetzlichen Vorschriften verlangt nicht erbracht.

Der Antrag auf Zurückverweisung an die erstinstanzliche Behörde sei abzuweisen gewesen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen nach § 66 Abs. 2 AVG nicht gegeben seien.

Hinsichtlich des Antrages des Beschwerdeführers, allenfalls die Gewerbeberechtigung auf den digitalen Bereich einzuschränken, sei festzuhalten, dass die belangte Behörde als Berufungsbehörde gemäß § 66 Abs. 4 AVG immer in der Sache selbst zu entscheiden habe. Die "Sache" sei jene Angelegenheit, die im Spruch des angefochtenen Bescheides erledigt worden sei. Da die erste Instanz über die uneingeschränkte Befähigung des Beschwerdeführers abgesprochen habe, habe dies auch die gegenständliche Sache der Berufungsentscheidung zu sein.

2. Beschwerdevorbringen:

In der gegen diesen Bescheid an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde wird unter anderem vorgebracht, die Einordnung des Gewerbes des Berufsfotografen unter die reglementierten Gewerbe gemäß § 94 Z. 20 GewO 1994 und die damit verbundenen Zugangsbeschränkungen seien vor dem Hintergrund der Erwerbsfreiheit nach Art. 6 StGG, der freien Berufswahl und -ausbildung gemäß Art. 18 StGG und dem Gleichheitsgrundsatz nach Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG

zumindest soweit verfassungswidrig, als von diesen Beschränkungen auch die digitale Fotografie erfasst werde.

Anders als in sämtlichen anderen im § 94 GewO 1994 genannten reglementierten Gewerben sei die Ausübung der Berufsfotografie, jedenfalls aber die Ausübung der digitalen Fotografie, mit keinerlei besonderen Gefahren für die physische oder psychische Gesundheit von Personen, für Sachwerte oder Vermögensgegenstände, für den Konsumentenschutz oder die öffentliche Sicherheit verbunden. Auch sei kein berechtigtes öffentliches Interesse erkennbar, den Zugang zur gewerblichen Ausübung der digitalen Fotografie von strengeren Voraussetzungen abhängig zu machen als etwa den Zugang zum freien Gewerbe der Pressefotografie im Sinne des § 150 Abs. 5 GewO 1994. Zudem sei die Ungleichbehandlung der Gewerbeausübung der digitalen Fotografie und der Pressefotografie sachlich nicht zu rechtfertigen.

3. Rechtslage:

Die für den Verwaltungsgerichtshof im Beschwerdefall (ausgehend von der Sach- und Rechtslage bei Erlassung des angefochtenen Bescheides) maßgeblichen Bestimmungen der GewO 1994, lauten (die vom vorliegenden Antrag erfassten Wortfolgen sind unterstrichen; § 94 Z. 20 GewO 1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 42/2008 und § 150 Abs. 5 GewO 1994 in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2002):

"Befähigungsnachweis

Allgemeine Bestimmungen

§ 16. (1) Voraussetzung für die Ausübung von reglementierten Gewerben und von Teilgewerben ist ferner der Nachweis der Befähigung. Kann der Einschreiter diesen Nachweis nicht erbringen, so hat er einen Geschäftsführer (§ 39) zu bestellen. Dies gilt nicht für das Gewerbe der Rauchfangkehrer (§ 94 Z 55). § 9 Abs. 2 gilt in diesen Fällen mit der Maßgabe, dass die Bestellung des neuen Geschäftsführers binnen einem Monat zu erfolgen hat.

(2) Unter Befähigungsnachweis ist der Nachweis zu verstehen, daß der Einschreiter die fachlichen einschließlich der kaufmännischen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzt, um die dem betreffenden Gewerbe eigentümlichen Tätigkeiten selbständig ausführen zu können.

...

Individueller Befähigungsnachweis

§ 19. Kann der nach § 18 Abs. 1 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Gewerbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. § 373c Abs. 7 ist sinngemäß anzuwenden.

...

1. Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

...

20. Berufsfotograf (Handwerk)

...

Rechte einzelner reglementierter Gewerbe

§ 150. ...

(5) Fotografen (§ 94 Z 20) sind auch zur Herstellung von Videofilmen berechtigt. Unbeschadet der Rechte der Fotografen ist die Pressefotografie kein gebundenes Gewerbe gemäß § 94 Z 20.

..."

§ 150 Abs. 5 GewO 1994 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 85/2012

(die im Beschwerdefall noch nicht anwendbar ist) lautet:

"(5) Berufsfotografen (§ 94 Z 20) sind auch zur Herstellung von Videofilmen berechtigt. Unbeschadet der Rechte von Berufsfotografen ist das Gewerbe Pressefotografie und Fotodesign kein reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 20. Pressefotografen und Fotodesigner dürfen für Unternehmer, Träger der Selbstverwaltung und Gebietskörperschaften tätig werden, sofern ihre Fotografien ausschließlich zur Nutzung im Rahmen der selbständigen wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers oder des Aufgabenbereichs des Trägers der Selbstverwaltung bzw. der Gebietskörperschaft bestimmt sind."

4. Präjudizialität:

Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Prüfung des angefochtenen Bescheides gemäß Art. 130 Abs. 1 lit. a iVm Art. 131 Abs. 1 Z. 1 B-VG die angefochtenen Bestimmungen anzuwenden:

Die beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerde betrifft unter anderem die Abweisung eines Antrages auf Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994 für die Ausübung des Gewerbes Berufsfotograf. Das Erfordernis eines Befähigungsnachweises nach § 16 GewO 1994, hier einer individuellen Befähigung gemäß § 19 GewO 1994, ist nur deshalb gegeben, weil das vom Beschwerdeführer angemeldete Gewerbe gemäß § 94 Z. 20 GewO 1994 zu den reglementierten Gewerben zählt.

5. Verfassungsrechtliche Bedenken:

Der Verwaltungsgerichtshof hat aus folgenden Erwägungen Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der im Spruch angeführten Bestimmungen:

5.1. Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art. 6 StGG) und Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit (Art. 18 StGG):

5.1.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. Bei Regelung der Berufsausübung steht dem Gesetzgeber ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (vgl. aus der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes etwa das Erkenntnis vom 14. Juni 2012, G 66/11, mwN).

Der Gesetz- bzw. der Verordnungsgeber darf auf Grund des Gesetzesvorbehaltes des Art. 6 StGG zweifelsohne Regelungen treffen, mit denen der Erwerbsantritt von der Absolvierung bestimmter Berufsausbildungsgänge einschließlich entsprechender fachlicher Tätigkeiten abhängig gemacht wird; also

von fachlichen Tätigkeiten, die geeignet sind, die Erfahrungen und Kenntnisse zu vermitteln, die für einen bestimmten Beruf erforderlich sind und die daher im öffentlichen Interesse gelegen, zu dessen Verwirklichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich gerechtfertigt sind. Zur GewO 1994 (idF vor der Novelle BGBl. I Nr. 111/2002) hat der Verfassungsgerichtshof ausgeführt, dass das damit normativ verwirklichte System zur Erreichung eines bestimmten Standards gewerblicher Leistungen, der durch eine entsprechende Befähigung der Gewerbeberechtigten sichergestellt werden soll, im öffentlichen Interesse gelegen ist und daher gegen das normative Erfordernis einer fundierten Berufsvorbildung sowie einer ausreichenden praktischen Tätigkeit prinzipiell keine verfassungsrechtlichen Bedenken bestehen (vgl. das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 27. November 2002, V 27/02, VSlg. 16.734, mwN).

5.1.2. Im Zuge der Novelle zur GewO 1994 BGBl. I Nr. 85/2012, die im Beschwerdefall noch nicht anwendbar ist, wurde auch erwogen, die Reglementierung für Berufsfotografen in § 94 Z. 20 GewO 1994 entfallen zu lassen.

In der Regierungsvorlage wurde dies damit begründet, dass ein Festhalten am Befähigungsnachweis der Berufsfotografen nicht mehr sachlich zu begründen ist. Konkret wurde dazu wie folgt ausgeführt (RV 1800 BlgNR 24. GP, 7):

"Entfall der Reglementierung für Berufsfotografen:

Die Bundesländer haben im Rahmen der Ländervorschläge zur Deregulierung von Bundesrecht eine Deregulierung im Bereich der reglementierten Gewerbe gefordert (Punkt 157a des Länderpakets).

Die Reglementierung eines Gewerbes ist nur dann rechtfertigbar, wenn die Ausübung des Gewerbes mit Gefahren für die Gesundheit oder die Sicherheit verbunden ist oder der Befähigungsnachweis für den Schutz der Kunden vor Vermögensschäden erforderlich ist.

Für die Ausübung der analogen Fotografie waren noch bestimmte Fähigkeiten und Kenntnisse notwendig, um korrekt entwickelte Abzüge mit Hilfe von Chemikalien auf Fotopapier bringen zu können. Dies trifft auf die mittlerweile umfassend verbreitete Technologie der digitalen Fotografie nicht mehr zu. Die Herstellung von (guten) Bildern und ihre Verbreitung sind daher auch technisch nicht mehr mit hohen Anforderungen verbunden. So ist schon derzeit die Pressefotografie ein freies Gewerbe, das von ca. 1 300 gewerblich tätigen Pressefotografen ohne das Erfordernis eines Befähigungsnachweises erfolgreich ausgeübt wird, obwohl es in

handwerklicher Hinsicht keinen Unterschied bedeutet, ob ein Fotograf für einen Medienverlag oder einen sonstigen Kunden tätig ist.

Ein Festhalten am Befähigungsnachweis der Berufsfotografen ist vor diesem Hintergrund nicht mehr sachlich zu begründen."

Auch im Ausschussbericht zu dieser Novelle der GewO 1994 wurde diese Intention des Gesetzesentwurfes zunächst wiedergegeben (vgl. AB 1874 BlgNR 24. GP, 2).

Sodann wurde im Ausschussbericht auf einen (im Zuge der Debatte eingebrachten) Abänderungsantrag hingewiesen, in welchem wie folgt ausgeführt wurde (vgl. AB 1874 BlgNR 24. GP, 4):

"Zu Z 3 und Z 7 bis 9:

Der mit der Regierungsvorlage beabsichtigten Liberalisierung des Berufsfotografengewerbes soll unter besonderer Berücksichtigung des Erhalts des Handwerks und der Meisterprüfung entsprochen werden.

Es soll daher vorgesehen werden, dass das Pressefotografengewerbe zukünftig Pressefotografie und Fotodesign lautet und der Kundenkreis erweitert wird.

Gleichzeitig wird die Möglichkeit in Aussicht genommen, dass Pressefotografen und Fotodesigner sowie Berufsfotografen mit eingeschränktem Berechtigungsumfang nach Ausübung dieser Tätigkeiten für eine Zeit von drei Jahren das Berufsfotografengewerbe mit vollem Berechtigungsumfang ohne weitere Restriktion anmelden können. Hiezu soll entsprechende Vorsorge in der Berufszugangsverordnung gemäß § 18 Abs. 1 GewO 1994 getroffen werden."

Vom Ausschuss wurde der in der Regierungsvorlage enthaltene Gesetzesentwurf unter Berücksichtigung des oben angeführten Abänderungsantrages beschlossen und enthielt den Entfall des § 94 Z. 20 GewO 1994 nicht mehr. Dementsprechend zählt die letztlich verabschiedete Novelle zur GewO 1994 BGBl. I Nr. 85/2012 das Gewerbe des Berufsfotografen nach wie vor zu den reglementierten Gewerben (§ 94 Z. 20).

5.1.3. Angesichts der eindeutigen Ausführungen der Regierungsvorlage, wonach ein Festhalten am Befähigungsnachweis des Berufsfotografen im § 94 Z. 20 GewO 1994 nicht mehr sachlich zu begründen ist, hat der Verwaltungsgerichtshof Bedenken, ob die trotzdem erfolgte Beibehaltung der Reglementierung dieses Gewerbes vor dem Hintergrund der in der ständigen Rechtsprechung des

Verfassungsgerichtshofes aufgestellten Anforderungen noch durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist. Insbesondere sind für den Verwaltungsgerichtshof öffentliche Interessen, die für eine Beibehaltung der Beschränkung des Berufsganges zum Berufsfotografen ins Treffen geführt werden können (vgl. nachstehend die Ausführungen zum Konsumentenschutz) jedenfalls nicht als so gewichtig erkennbar, um die Reglementierung dieses Berufsganges rechtfertigen zu können.

Auch der beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerdefall und das vor dem Verwaltungsgerichtshof erstattete Beschwerdevorbringen zeigen, dass die in der Regierungsvorlage angeführten Argumente gegen ein Festhalten am Befähigungsnachweis zutreffen. So findet insbesondere der in der Regierungsvorlage enthaltene Hinweis auf die mittlerweile umfassend verbreitete Technologie der digitalen Fotografie im Vorbringen des Beschwerdeführers vor dem Verwaltungsgerichtshof und vor der belangten Behörde seinen Niederschlag.

Lediglich angemerkt sei, dass auch die im Zuge der Beibehaltung des § 94 Z. 20 GewO 1994 durch die Novelle BGBl. I Nr. 85/2012 erfolgte (im Beschwerdefall vor dem Verwaltungsgerichtshof aber noch nicht anwendbare) Neufassung des § 150 Abs. 5 GewO 1994 nichts an den verfassungsrechtlichen Bedenken ändern kann: So begründet die dort normierte Erweiterung des Kundenkreises des Gewerbes des Pressefotografen (nunmehr Pressefotografie und Fotodesign) und die Möglichkeit für diese Gewerbetreibenden, nach drei Jahren das Berufsfotografengewerbe ohne weitere "Restriktion" anmelden zu können (so die obzitierten Ausführungen des Ausschussberichtes), keine sachliche Rechtfertigung für die Beibehaltung des Befähigungsnachweises für den Berufsfotografen. Vielmehr wird dadurch nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes die bestehende Ungleichbehandlung des Gewerbes des Pressefotografen mit dem Gewerbe des Berufsfotografen nur noch weiter verstärkt.

Auch Interessen des Konsumentenschutzes können die verfassungsrechtlichen Bedenken nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes

nicht entkräften (vgl. zu diesen als öffentliches Interesse das obzitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 30. September 1996, G 115/96, VfSlg. 14.611):

So wurde im Begutachtungsverfahren betreffend den in Aussicht genommenen Entfall der Reglementierung des Gewerbes des Berufsfotografen (vgl. Ministerialentwurf einer Änderung der GewO 1994, 380/ME, unter "http://www.parlament.gv.at/PAKT/VHG/XXIV/ME/ME_00380/index.shtml") zwar ausgeführt, der Konsument müsse darauf vertrauen können, dass unwiederbringliche Ereignisse professionell abgebildet würden. Demgegenüber wurde aber ausgeführt, die Beurteilung der Qualität eines Fotografen erfolge heutzutage über Websitegestaltung und Fotoauswahl im Internet. Die Bundesarbeitskammer hob in dieser Hinsicht hervor, mehr Wettbewerb in dieser Branche würde zu geringeren Kosten für KonsumentInnen führen, was gegen die Beibehaltung der Reglementierung aus Interessen des Konsumentenschutzes spricht.

Die Wirtschaftskammer Österreich hat im Begutachtungsverfahren die Interessen des Konsumentenschutzes nicht ausdrücklich erwähnt, jedoch gegen die Einstufung des Gewerbes des Berufsfotografen eingewendet, der Fotograf im Handwerk benötige erweiterte Kenntnisse, um einen Kundenauftrag zur Zufriedenheit nach geltenden Qualitätsnormen erfüllen zu können. Selbst wenn in dieser Hinsicht Interessen des Konsumentenschutzes bestünden, so ist darauf hinzuweisen, dass die Erwartung der qualitätsvollen Erfüllung von Kundenaufträgen auf alle Gewerbe zutrifft (sodass - sähe man den Konsumentenschutz als das entscheidende öffentliche Interesse - weit mehr Gewerbe als derzeit reglementiert sein müssten). Vor dem Hintergrund der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes, wonach bei Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern, ein strengerer Maßstab anzulegen ist und dem Gesetzgeber ein kleinerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zukommt als bei Berufsausübungsregeln (vgl. das obzitierte Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 14. Juni 2012, G 66/11, mwN), ist für den Verwaltungsgerichtshof nicht zu sehen, dass die Reglementierung eines Gewerbes für den Berufsantritt aus Gründen

einer qualitativ vollen Erbringung von Leistungen im Vergleich zu anderen freien Gewerben verhältnismäßig wäre.

Die Wirtschaftskammer Österreich hat im Begutachtungsverfahren weiters eingewendet, der Befähigungsnachweis sei für den Schutz des Kunden vor Vermögensschaden dann erforderlich, wenn "fotografische Arbeiten für die Werbewirtschaft, Industrie sowie Handel und Gewerbetreibende durchgeführt werden. Durch eine fachlich ungenügende Ausführung können erhebliche materielle Schäden entstehen, durch Zeitverlust, Neuvergabe sowie Wertminderung durch Terminverlust". Für den Verwaltungsgerichtshof ist einerseits nicht zu sehen, warum dies für das freie Gewerbe des Pressefotografen, der (so die Stellungnahme weiter) "als tagesaktueller Bildlieferant von modernen Informationsmedien, Internetmedien, Fernsehen bzw klassischen Printmedien" tätig ist, nicht gleichermaßen zuträfe. Gerade dieser Hinweis auf das freie Gewerbe der Pressefotografen war aber ein entscheidendes Argument in der genannten Regierungsvorlage, warum ein Festhalten am Befähigungsnachweis nicht mehr sachlich zu begründen ist.

5.2. Gleichheitssatz (Art. 7 Abs. 1 B-VG und Art. 2 StGG):

Vor dem Hintergrund des in der genannten Regierungsvorlage dargestellten Vergleiches zwischen dem freien Gewerbe des Pressefotografen und dem reglementierten Gewerbe des Berufsfotografen ist für den Verwaltungsgerichtshof auch keine sachliche Rechtfertigung für die mit § 150 Abs. 5 GewO 1994 (in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 85/2012, welche im Beschwerdefall ausgehend von der im Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden und maßgeblichen Sach- und Rechtslage noch anzuwenden ist) bewirkte Ungleichbehandlung dieser beiden Gewerbe im Hinblick auf den Befähigungsnachweis zu sehen.

6. Anfechtungsumfang:

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der Umfang der vom Verfassungsgerichtshof zu prüfenden und im Falle ihrer Rechtswidrigkeit aufzuhebenden Bestimmungen derart abzugrenzen, dass einerseits

nicht mehr aus dem Rechtsbestand ausgeschieden wird, als Voraussetzung für den Anlassfall ist, dass aber andererseits der verbleibende Teil keine Veränderung seiner Bedeutung erfährt; da beide Ziele gleichzeitig niemals vollständig erreicht werden können, hat der Verfassungsgerichtshof in jedem Einzelfall abzuwägen, ob und inwieweit diesem oder jenem Ziel der Vorrang vor dem anderen gebührt. Die Grenzen der Aufhebung einer in Prüfung stehenden Gesetzesbestimmung müssen so gezogen werden, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle in einem untrennbaren Zusammenhang stehenden Bestimmungen auch erfasst werden (vgl. etwa das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 12. Dezember 2006, G 4/06 u.a., VfSlg. 18.033, mwN).

In der vorliegenden Beschwerdesache bestehen die ausgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die mit § 94 Z. 20 GewO 1994 vorgenommene Zuordnung des Gewerbes (Handwerkes) des Berufsfotografen zu den reglementierten Gewerben, welche das Erfordernis eines Befähigungsnachweises (im Beschwerdefall des individuellen Befähigungsnachweises nach § 19 GewO 1994) mit sich bringt. Daher kann die vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Verfassungswidrigkeit alleine damit beseitigt werden, dass diese Bestimmung als verfassungswidrig aufgehoben wird. Diese Aufhebung würde den sonstigen Katalog der reglementierten Gewerbe in § 94 GewO 1994 nicht berühren. Die einzige Bezugnahme der GewO 1994 auf § 94 Z. 20 leg. cit. in § 150 Abs. 5 GewO 1994 würde in diesem Fall ins Leere gehen und nicht mehr als die Aussage beinhalten, dass das (nach Aufhebung des § 94 Z. 20 GewO 1994) freie Gewerbe des Fotografen auch zur Herstellung von Videofilmen berechtigt und die Pressefotografie (wie auch das Gewerbe des Fotografen an sich) kein "gebundenes" (gemeint: reglementiertes) Gewerbe sei.

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof davon ausgeht, dass durch die Aufhebung des § 94 Z. 20 GewO 1994 der verbleibende § 150 Abs. 5 GewO 1994 eine Veränderung seiner Bedeutung erfahren würde, wird eventualiter auch der

Ausspruch, dass diese Regelung (in der Fassung BGBl. I Nr. 111/2002) verfassungswidrig war, beantragt.

7. Aus diesen Gründen stellt der Verwaltungsgerichtshof die eingangs formulierten Anträge.

W i e n , am 8. Mai 2013