

VERFASSUNGSGERICHTSHOF

G 49/2013-7

27. November 2013

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz der
Vizepräsidentin
Dr. Brigitte BIERLEIN

und in Anwesenheit der Mitglieder

Dr. Markus ACHATZ,
Mag. Dr. Eleonore BERCHTOLD-OSTERMANN,
Dr. Sieglinde GAHLEITNER,
DDr. Christoph GRABENWARTER,
Dr. Christoph HERBST,
Dr. Michael HOLOUBEK,
Dr. Helmut HÖRTENHUBER,
Dr. Claudia KAHR,
Dr. Georg LIENBACHER,
Dr. Johannes SCHNIZER und
Dr. Ingrid SIESS-SCHERZ

sowie des Ersatzmitgliedes

MMag. Dr. Barbara LEITL-STAUDINGER

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin
Dr. Elke WILDPANNER,

über den Antrag des VERWALTUNGSGERICHTSHOFES, Judenplatz 11, 1010 Wien, § 94 Z 20 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben, in eventu § 94 Z 20 GewO 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben und gemäß Art. 140 Abs. 4 B-VG festzustellen, dass § 150 Abs. 5 GewO 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 111/2002, verfassungswidrig war, in seiner heutigen nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

- I. § 94 Z 20 Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194 idF BGBl. I Nr. 42/2008, wird als verfassungswidrig aufgehoben.
- II. Frühere gesetzliche Bestimmungen treten nicht wieder in Kraft.
- III. Der Bundeskanzler ist zur unverzüglichen Kundmachung dieser Aussprüche im Bundesgesetzblatt I verpflichtet.

Entscheidungsgründe

I. Anlassverfahren, Antrag und Vorverfahren

1. Mit dem vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 erster Satz B-VG gestützten Antrag beehrt der Verwaltungsgerichtshof, die Bestimmung des § 94 Z 20 Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994), BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben, in eventu § 94 Z 20 GewO 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, als verfassungswidrig aufzuheben und gemäß Art. 140 Abs. 4 B-VG festzustellen, dass § 150 Abs. 5 GewO 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 111/2002, verfassungswidrig war. 1

Diesem Antrag liegt folgender Sachverhalt zugrunde: 2

Beim Verwaltungsgerichtshof ist eine Beschwerde gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 14. März 2011 anhängig. 3

Mit der Gewerbebeanmeldung vom 12. Juli 2010 ersuchte der Beschwerdeführer um "das Gewerbe Handwerk des Berufsfotografen (ohne Einschränkung)" in 4

einem näher bezeichneten Standort und legte zum Beweis seiner individuellen Befähigung (unter anderem) ein Gutachten eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen für den Bereich Fotografie vor. In diesem Gutachten wird im Wesentlichen ausgeführt, dass der Beschwerdeführer über die Kenntnisse und Fähigkeiten, die ein Berufsfotograf erbringen müsse, um erfolgreich tätig sein zu können, verfüge. Daher sei nach Ansicht des Sachverständigen seine individuelle Befähigung vorhanden.

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Lienz 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 werde (Spruchpunkt 2.). Gegen diesen Bescheid erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Tirol vom 14. März 2011 wurde die Berufung des Beschwerdeführers gemäß § 66 Abs. 4 AVG als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt 1.) sowie der Eventualantrag, den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Lienz zu beheben und zur neuerlichen Entscheidung an die Behörde erster Instanz zurückzuverweisen, gemäß § 66 Abs. 2 AVG als unbegründet abgewiesen (Spruchpunkt 2.).

In der gegen den angefochtenen Bescheid an den Verwaltungsgerichtshof gerichteten Beschwerde bringt der Beschwerdeführer vor, dass die Einordnung des Gewerbes des Berufsfotografen unter die reglementierten Gewerbe gemäß § 94 Z 20 GewO 1994 und die damit verbundenen Zugangsbeschränkungen vor dem Hintergrund der Erwerbsfreiheit nach Art. 6 StGG, der freien Berufswahl und Berufsausbildung gemäß Art. 18 StGG und dem Gleichheitsgrundsatz nach Art. 2 StGG und Art. 7 B-VG zumindest soweit verfassungswidrig seien, als von diesen Beschränkungen auch die digitale Fotografie erfasst werde. Die Ausübung der Berufsfotografie und jedenfalls die Ausübung der digitalen Fotografie sei – anders als sämtliche anderen in der Bestimmung des § 94 GewO 1994 genannten reglementierten Gewerbe – 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 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 iSd § 150 Abs. 5 GewO 1994. Zudem sei die Ungleichbehandlung der Gewerbeausübung der digitalen Fotografie und der Pressefotografie sachlich nicht zu rechtfertigen.

2. Die Bedenken, die den Verwaltungsgerichtshof zur Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof bestimmt haben, legt dieser wie folgt dar:

8

"Der Gesetz- bzw. der Verordnungsgeber darf auf Grund des Gesetzesvorbehaltes des Art. 6 StGG zweifelsohne Regelungen treffen, mit denen der Erwerbstritt 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 benötigte 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 qualitativollen 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 qualitativollen 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. [...]

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."

3. Zur Präjudizialität der Bestimmung des § 94 Z 20 GewO 1994 führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die beim Verwaltungsgerichtshof anhängige Beschwerde unter anderem die Abweisung eines Antrages auf Feststellung der individuellen Befähigung nach § 19 GewO 1994 für die Ausübung des Gewerbes Berufsfotograf betreffe. Das Erfordernis des Befähigungsnachweises, hier einer individuellen Befähigung, sei nur deshalb gegeben, weil das vom Beschwerdeführer angemeldete Gewerbe gemäß § 94 Z 20 GewO 1994 zu den reglementierten Gewerben zähle. 9

4. Zum Anfechtungsumfang führt der Verwaltungsgerichtshof aus, dass die ausgeführten verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die mit § 94 Z 20 GewO 1994 vorgenommene Zuordnung des Gewerbes (Handwerkes) des Berufsfotografen zu den reglementierten Gewerben bestünden. Aus diesem Grund könne die vom Verwaltungsgerichtshof angenommene Verfassungswidrigkeit allein damit beseitigt werden, diese Bestimmung als verfassungswidrig aufzuheben. 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 GewO 1994 in § 150 Abs. 5 GewO 1994 würde in diesem Fall ins Leere gehen. 10

Für den Fall, dass der Verfassungsgerichtshof davon ausgehe, dass durch die Aufhebung des § 94 Z 20 GewO 1994 der verbleibende § 150 Abs. 5 GewO 1994 eine Veränderung seiner Bedeutung erfahren würde, beantragt der Verwaltungsgerichtshof den Ausspruch, dass diese Regelung in der Fassung BGBl. I 111/2002 verfassungswidrig war. 11

5. Die Bundesregierung gab mit Schriftsatz vom 4. Juni 2013 bekannt, dass sie von der Erstattung einer meritorischen Äußerung absehe. 12

II. Rechtslage

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, lauten (die angefochtene Bestimmung ist hervorgehoben): 13

"4. Besondere Voraussetzungen für die Ausübung von Gewerben 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.

[(3) - (4) ...]

[...]

Befähigungsnachweis für reglementierte Gewerbe

§ 18. (1) Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit hat für jedes reglementierte Gewerbe, hinsichtlich der im § 94 Z 14, 32, 33, 41 und 46 genannten Gewerbe und hinsichtlich des im § 94 Z 42 genannten Gewerbes, soweit es sich um die Tätigkeiten des Piercens und Tätowierens handelt, im Einvernehmen mit dem Bundesminister für soziale Sicherheit und Generationen, durch Verordnung festzulegen, durch welche Belege - für sich allein oder in entsprechender Verbindung untereinander - die Zugangsvoraussetzungen zum betreffenden Gewerbe, gegebenenfalls für dessen eingeschränkte Ausübung, im Hinblick auf die hierfür erforderliche fachliche Befähigung jedenfalls als erfüllt anzusehen sind. Dabei hat der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit zu berücksichtigen, dass bei reglementierten Gewerben, bei denen der Qualifikation auf Grund der Richtlinie 92/51/EWG über eine zweite allgemeine Regelung zur Anerkennung beruflicher Befähigungsnachweise in Ergänzung der Richtlinie 89/48/EWG oder der Richtlinie 89/48/EWG über eine allgemeine Regelung zur Anerkennung der Hochschuldiplome Diplomniveau zukommt, dieses Diplomniveau gewahrt bleibt.

(2) Als Belege im Sinne des Abs. 1 kommen in Betracht

1. Zeugnis über die erfolgreich abgelegte Meisterprüfung bei den im § 94 als Handwerke bezeichneten reglementierten Gewerben oder über eine sonstige Befähigungsprüfung;

[2. - 11. ...]

[(3) - (7) ...]

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 Gewerbeaus-

übung 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.

[...]

Bestimmungen für einzelne Gewerbe 1. Reglementierte Gewerbe

§ 94. Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

[1. - 19. ...]

20. Berufsfotograf (Handwerk)

[21. - 82. ...]

[...]

Rechte einzelner reglementierter Gewerbe

§ 150. [(1) - (4) ...]

(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.

[(6) - (23) ...]"

III. Erwägungen

1. Zur Zulässigkeit des Antrages

1.1. Der Verfassungsgerichtshof ist nicht berechtigt, durch seine Präjudizialitätsentscheidung das antragstellende Gericht an eine bestimmte Rechtsauslegung zu binden, weil er damit indirekt der Entscheidung dieses Gerichtes in der Hauptsache vorgreifen würde. Gemäß der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes darf daher ein Antrag auf Aufhebung einer generellen Norm nur dann wegen mangelnder Präjudizialität zurückgewiesen werden, wenn es offenkundig unrichtig (denk unmöglich) ist, dass die – angefochtene – generelle Norm eine Voraussetzung der Entscheidung des antragstellenden Gerichtes im Anlassfall bildet (vgl. etwa VfSlg. 10.640/1985, 12.189/1989, 15.237/1998, 16.245/2001 und 16.927/2003).

14

1.2. Die Grenzen der Aufhebung einer auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin zu prüfenden Gesetzesbestimmung sind, wie der Verfassungsgerichtshof sowohl für von Amts wegen als auch für auf Antrag eingeleitete Gesetzesprüfungsverfahren schon wiederholt dargelegt hat (VfSlg. 13.965/1994 mwN, 16.542/2002, 16.911/2003), notwendig so zu ziehen, dass einerseits der verbleibende Gesetzesteil nicht einen völlig veränderten Inhalt bekommt und dass andererseits die mit der aufzuhebenden Gesetzesstelle untrennbar zusammenhängenden Bestimmungen auch erfasst werden. 15

Dieser Grundposition folgend hat der Gerichtshof die Rechtsauffassung entwickelt, dass im Gesetzesprüfungsverfahren der Anfechtungsumfang der in Prüfung gezogenen Norm bei sonstiger Unzulässigkeit des Prüfungsantrages nicht zu eng gewählt werden darf (vgl. zB VfSlg. 8155/1977, 12.235/1989, 13.915/1994, 14.131/1995, 14.498/1996, 14.890/1997, 16.212/2002). Unter dem Aspekt einer nicht trennbaren Einheit in Prüfung zu ziehender Vorschriften ergibt sich ferner, dass ein Prozesshindernis auch dann vorliegt, wenn es auf Grund der Bindung an den gestellten Antrag zu einer in der Weise isolierten Aufhebung einer Bestimmung käme, dass Schwierigkeiten bezüglich der Anwendbarkeit der im Rechtsbestand verbleibenden Vorschriften entstünden, und zwar in der Weise, dass der Wegfall der angefochtenen (Teile einer) Gesetzesbestimmung den verbleibenden Rest unverständlich oder auch unanwendbar werden ließe. Letzteres liegt dann vor, wenn nicht mehr mit Bestimmtheit beurteilt werden könnte, ob ein der verbliebenen Vorschrift zu unterstellender Fall vorliegt (VfSlg. 16.869/2003 mwN). 16

1.3. Im Verfahren hat sich nichts ergeben, was am Vorliegen dieser Voraussetzungen zweifeln ließe. Die Bestimmung ist präjudiziell; sie ist vom Verwaltungsgerichtshof bei der Entscheidung über den bei ihm angefochtenen Bescheid anzuwenden. 17

1.4. Da auch sonst keine Prozesshindernisse hervorgekommen sind, erweist sich der Antrag als zulässig. 18

2. In der Sache

2.1. Der Verfassungsgerichtshof hat sich in einem auf Antrag eingeleiteten Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit eines Gesetzes gemäß Art. 140 19

B-VG auf die Erörterung der aufgeworfenen Fragen zu beschränken (vgl. VfSlg. 12.691/1991, 13.471/1993, 14.895/1997, 16.824/2003). Er hat sohin ausschließlich zu beurteilen, ob die angefochtene Bestimmung aus den in der Begründung des Antrages dargelegten Gründen verfassungswidrig ist (VfSlg. 15.193/1998, 16.374/2001, 16.538/2002, 16.929/2003).

Der Antrag ist begründet.

20

2.2. Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (s. zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001, 16.734/2002 und 17.932/2006) 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. Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen. Es steht jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung 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. VfSlg. 11.558/1987 mwH, 11.853/1988, 12.379/1990, 12.481/1990, 13.704/1994, 16.324/2001).

21

2.3. Die in Rede stehende gesetzliche Bestimmung, die zu einer Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe führt, regelt nicht bloß die Erwerbsausübung, sondern den Erwerbsantritt, indem sie im Verein mit anderen Vorschriften der Gewerbeordnung bestimmte persönliche Bedingungen für die gesetzmäßige Aufnahme der gewerblichen Tätigkeit aufstellt. Im Sinne der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes ist der rechtspolitische Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers daher insoweit geringer.

22

2.4. Der Verwaltungsgerichtshof erhebt in seinem Antrag das Bedenken, dass eine Aufrechterhaltung der Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes

23

Gewerbe durch § 94 Z 20 GewO 1994 nicht mehr durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und sonst sachlich zu rechtfertigen sei. Insbesondere führt der Verwaltungsgerichtshof mit Blick auf die Regie-Regierungsvorlage zur Novelle der GewO 1994, BGBl. I 85/2012 (RV 1800 BlgNR 24. GP, 7), aus, dass die für die analoge Fotografie erforderlichen Fähigkeiten und Kenntnisse mittlerweile durch die umfassend verbreitete Technologie der digitalen Fotografie nicht mehr notwendig seien. Es würden auch keine Interessen des Konsumentenschutzes in ausreichendem Umfang bestehen und die Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe aus Gründen einer qualitätsvollen Erbringung von Leistungen im Vergleich zu anderen freien Gewerben sei nicht verhältnismäßig. Der Verwaltungsgerichtshof stellt damit das Bestehen eines öffentlichen Interesses im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe in Frage.

2.5. Die allgemeinen Ziele, denen gewerberechtliche Rechtsvorschriften, welche bestimmte Tätigkeiten reglementieren und damit für den Erwerbsantritt einen Befähigungsnachweis erforderlich machen, dienen, sind der Schutz vor Gefahren für die Gesundheit und Sicherheit sowie der Schutz der Konsumenten (vgl. VfSlg. 9543/1982). Diese Ziele können vertretbarerweise auch hier für die angefochtene Bestimmung angenommen werden. Sie liegen im öffentlichen Interesse.

24

2.6. Die Regelung ist aber – ihre Eignung vorausgesetzt – unter Berücksichtigung der Gegenüberstellung der Schwere des Eingriffs mit dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe nicht verhältnismäßig. Der Berufsfotograf hat zwar trotz des bereits weit verbreiteten technischen Wandels bei der Herstellung von Fotografien und den damit einhergehenden neuen digitalen Techniken, die sich von jenen der klassischen, optochemisch basierten Fotografie unterscheiden, zumindest zum Teil noch den Umgang mit Werkstoffen, wie fotochemischen Lösungen und Fotomaterialien, oder Techniken, wie die Dunkelkammertechnik, die einer sorgfältigen Handhabung bedürfen, zu beherrschen. Die – durch die Digitalfotografie seltener gewordene – Handhabung dieser Mittel und Techniken birgt allerdings keine solchen Gefahren in sich, dass eine Einordnung als reglementiertes Gewerbe bereits allein aus Gründen der Gefahrenabwehr verhältnismäßig wäre. Auch die Fertigkeiten und die Kenntnisse in der Handhabung und Wartung der zu verwendenden Geräte wie Kameras, Blitzanlagen, Studiozubehör oder Hardware sowie Kenntnisse der Beleuchtungsmöglichkeiten und der Lichtsituation verlangen zwar eine sorgfältige Schulung, beziehen sich jedoch nicht

25

auf solche Gefahren, die eine Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe rechtfertigen würden.

2.7. Auch der Schutz der Konsumenten vermag keinen Rechtfertigungsgrund von solchem Gewicht zu bilden, das zum Ergebnis der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs führt. Eine besondere Schutzwürdigkeit der Konsumenten im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme der Dienstleistung eines Berufsfotografen besteht insbesondere deshalb nicht, weil es den Konsumenten durch Vorabbegutachtung der bisher durch den Berufsfotografen angefertigten Fotoaufnahmen und durch einen Vergleich mit Fotoaufnahmen anderer Berufsfotografen in ausreichender Weise möglich ist, die Qualität der Tätigkeit des Berufsfotografen einzuschätzen. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass es sich bei Fotoaufnahmen häufig um Aufnahmen von nicht wiederholbaren Ereignissen handelt, mag dieser Umstand auch das Bedürfnis nach einer hochqualitativen Arbeit des Berufsfotografen verstärken.

26

2.8. Der Umstand, dass die digitale Fotografie dazu geführt hat, dass sich immer mehr Personen autodidaktisch oder im Rahmen von Kursen und privaten Ausbildungen mit der Fotografie auseinandersetzen, und zwar nicht nur im privaten Bereich, sondern unter Umständen auch in einer solchen Weise, dass die Qualität ihrer Tätigkeit mit jener der Berufsfotografen vergleichbar ist, und dass eben diese Personen bei einem Wegfall der Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe auf den Markt drängen könnten, ändert an diesem Ergebnis nichts. Zwar steht es dem Gesetzgeber grundsätzlich offen, zu entscheiden, dass bestimmte Verrichtungen einer handwerksmäßigen Ausbildung unterworfen werden, die auch von Privaten in ihrer eigenen Lebenssphäre ohne wesentliche Schwierigkeiten ausgeübt werden, sofern ein gewisses Maß an Allgemeinbildung oder Geschicklichkeit besteht, wenn sie gewerbsmäßig und daher für andere ausgeübt werden (vgl. VfSlg. 4618/1963). Angesichts der Ausführungen unter 2.6. und 2.7. kann jedoch das Ziel eines (bloßen) Konkurrenzschutzes für sich genommen nicht als legitimes öffentliches Interesse angesehen werden, das für die Rechtfertigung der Einordnung des Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe maßgeblich wäre, und daher auch nichts zur Begründung der Verhältnismäßigkeit des Grundrechtseingriffs beitragen (zur Unmaßgeblichkeit des Konkurrenzschutzes für die Verhältnismäßigkeitsprüfung vgl. VfSlg. 10.932/1986, 11.483/1987, 12.383/1990, 16.538/2002).

27

2.9. Die angefochtene gesetzliche Bestimmung ist somit wegen der Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts auf Freiheit der Erwerbsbetätigung als verfassungswidrig aufzuheben. 28

2.10. Angesichts dessen braucht auf die übrigen Bedenken des Verwaltungsgesichtshofes, die von ihm angefochtene Bestimmung würde gegen das Recht der freien Berufswahl und Berufsausbildung und gegen das Recht auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz verstoßen, nicht eingegangen zu werden. 29

IV. Ergebnis

1. § 94 Z 20 GewO 1994, BGBl. 194 idF BGBl. I 42/2008, ist daher wegen Verstoßes gegen das Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung als verfassungswidrig aufzuheben. Bei diesem Ergebnis erübrigt sich ein Eingehen auf die weiteren im Antrag dargelegten Bedenken. 30

2. Der Ausspruch, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten, beruht auf Art. 140 Abs. 6 erster Satz B-VG. 31

3. Die Verpflichtung des Bundeskanzlers zur unverzüglichen Kundmachung der Aufhebung und der damit im Zusammenhang stehenden sonstigen Aussprüche erfließt aus Art. 140 Abs. 5 erster Satz B-VG und § 64 Abs. 2 VfGG iVm § 3 Z 3 BGBIG. 32

4. Diese Entscheidung konnte gemäß § 19 Abs. 4 erster Satz VfGG ohne mündliche Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung getroffen werden. 33

Wien, am 27. November 2013

Die Vizepräsidentin:

Dr. BIERLEIN

Schriftführerin:

Dr. WILDPANNER