

Mag. Thomas Loos
Rechtsanwalt
Schönauerstraße 7
4400 Steyr
ADVM R 408545



An das
Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
per e-mail

Steyr, am 18.5.2012

Stellungnahme zum Ministerialentwurf betreffend ein Bundesgesetz, mit dem die Gewerbeordnung 1994 geändert wird

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zum Gesetzesentwurf für eine Änderung der Gewerbeordnung erstatte ich nachstehende Stellungnahme mit dem Ersuchen um Kenntnissnahme und Berücksichtigung:

Einer der Punkte des Entwurfes ist die Abschaffung des Gewerbes der Berufsfotografen als reglementiertes Gewerbe. Dieser Vorschlag ist uneingeschränkt zu begrüßen. Der Schritt erscheint sowohl aus rechtlicher als auch rechtspolitischer Sicht längst als überfällig.

1. Aus rechtlicher Sicht erscheint die bisherige Regelung ohnedies fragwürdig. Beschränkungen des Grundrechts auf Erwerbsausübungsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie durch das öffentliche Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind. Keines dieser Tatbestandsmerkmale des Gesetzesvorbehalts erscheint bei Berufsfotografen gegeben. Anders als im Falle von Architekten, Bäckern oder Ärzten etc. gibt es keinen Grund die Allgemeinheit durch eine Prüfung zu schützen. Hierbei ist auch zu bemerken, dass das oft vorgetragene Argument, dass eine Ausbildung und Kenntnisse notwendig und sinnvoll seien den Tatbestand des Gesetzesvorbehalts verfehlt – bei der Beurteilung ist nicht relevant, ob aus Sicht eines Fotografen Ausbildung und Kenntnisse sinnvoll sind, sondern ob die zwingende Vorschreibung einer Befähigungsprüfung einem legitimen Allgemeininteresse dient (und dann die weiteren Eingriffsvoraussetzungen erfüllt). Der Schutz einzelner Fotografen vor Konkurrenz dient aus verfassungsrechtlicher Sicht per se nicht einem legitimen Allgemeininteresse – ganz im Gegenteil: die Verfassung geht von einer marktwirtschaftlichen Wirtschaft mit Konkurrenz aus und sieht die Einschränkung dieses Prinzips als rechtfertigungsbedürftige Ausnahme an.

Soweit grenzüberschreitende Sachverhalte betroffen sind, erscheint die derzeitige Regelung auch im Hinblick auf eine allenfalls unzulässige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit zu hinterfragen. Es ist zwar grundsätzlich richtig, dass die Mitgliedstaaten bei der

Niederlassungsfreiheit ihre eigene Regelungsautonomie behalten und dass die GewO Anerkennungsregelungen vorsieht, dennoch kann eine unzulässige und unverhältnismäßige Beschränkung der Niederlassungsfreiheit in gewissen Fällen vorliegen, insbesondere unterwirft die RL 2006/123/EG die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit für Dienstleistungserbringer (worunter aus EU-rechtlicher Sicht auch Fotografen fallen) auch dem Verhältnismäßigkeitsprinzip im Sinne des Allgemeininteresses, ähnlich wie das österreichische Grundrecht auf Erwerbsausübungsfreiheit.

Aus Sicht des Gleichheitssatzes erscheint die Differenzierung zwischen der gewerblichen Herstellung bewegter Bilder als freies Gewerbe und der gewerblichen Herstellung unbewegter Bilder (Fotos) als reglementiertes Gewerbe vom Standpunkt der Sachlichkeit her fraglich.

2.

- a. Historisch sei zunächst angemerkt, dass die Befähigungsprüfung von Berufsfotografen nie dem Schutz der Allgemeinheit diene und auch nicht zu diesem Zweck eingeführt wurde. Sie hat auch nichts mit Kenntnissen der Analogfotografie zu tun. Die Einführung erfolgte 1934 im Zuge der Errichtung des Ständestaates – zuvor war Fotografie, trotz wesentlich komplizierterer technischer Abläufe, ein freies Gewerbe.
- b. Es ist grundsätzlich richtig, dass die Digitalfotografie die Herstellung wirklich guter Fotos nicht automatisch leichter gemacht hat. (Dabei sei aber auch erwähnt, dass die Herstellung eines Fotos rein vom technischen Standpunkt her weder im digitalen noch im analogen Workflow besonders schwierig ist.) Der Unterschied zwischen guten und weniger guten Fotos liegt anderswo – insofern ist es richtig, dass die digitale Fotografie nicht automatisch dazu führt, dass nun Jedermann in der Lage ist gute Fotos zu machen. Dieses Argument trägt aber dennoch nicht das Erfordernis einer Befähigungsprüfung. Wie schon oben aus rechtlicher Sicht ausgeführt, ist das Gewerbe des Berufsfotografen kein gefahreneigetes Gewerbe, sodass es keinerlei Grund gibt, mit einer Befähigungsprüfung den Marktzugang zu behindern. Ein allgemeiner Zugang birgt nicht nur die Möglichkeit der Nutzung großen kreativen Potentials, sondern bietet auch den Konsumenten – sowohl unternehmerischen als auch privaten – eine größere Auswahl. Es ist ein Wunsch vieler dieser Auftraggeber mehr Auswahlmöglichkeiten zu haben.
- c. Was die digitale Revolution jedoch geändert hat ist zweierlei: erstens ist die Hemmschwelle wesentlich niedriger sich auch ernsthaft (!) mit Fotografie auseinanderzusetzen. Es ist eine erfreuliche Tatsache, dass sich immer mehr Menschen ernsthaft mit diesem interessanten und kreativen Medium auseinandersetzen. Zweitens ist es für Jedermann günstig und einfach möglich Fotos zu dokumentarischen Zwecken anzufertigen. Die Kombination dieser beiden Faktoren bewirkt, dass die traditionelle Struktur der Berufsfotografen, wie wir sie noch vor zwanzig Jahren gekannt haben, von ihrer Zeit eingeholt wurde. Das ist eine unabänderliche Tatsache, die nicht durch Marktzutrittsbarrieren aufgehalten werden kann (und soll). Beide Faktoren sind auch Grund für den starken Preisdruck nach unten.

Aufträge für dokumentarische Fotos werden an Berufsfotografen oft nicht mehr vergeben, weil sie ohnehin mit kleinen Digicams geknipst werden – hohe

Qualitätsansprüche werden hier oft nicht gestellt, sind oft nicht gewünscht und werden deswegen natürlich auch nicht gezahlt.

Die niedrigere Hemmschwelle des Zugangs zur Fotografie durch die Digitalfotografie bewirkt nicht nur, dass die Zahl der Knipser steigt, es steigt auch die Anzahl ernsthafter Fotografen. Es widerspricht jeglicher Lebenserfahrung, dass nichtgeprüfte Fotografen alle Knipser seien, die keine Fotos machen könnten. Ganz im Gegenteil, die Zahl derjenigen, die sich ernsthaft mit Fotografie beschäftigen, steigt und viele der besten Fotografen in unserem Lande sind solche ohne Meisterprüfung. Dieses kreative Potential vom Markt auszuschließen schadet der Gesellschaft und Wirtschaft.

- d. Das Ergebnis der bisher künstlich durch das Erfordernis der Befähigungsprüfung (und die weiteren Missstände in der Verwaltung, siehe dazu unten) aufrecht erhaltenen Struktur ist ein großer und völlig unbekämpfbarer Schwarzmarkt an Fotografen ohne angemeldetes Gewerbe, die sowohl für private Konsumenten als auch für Unternehmen Fotos erstellen. Das Erfordernis eines Befähigungsnachweises bewirkt daher nicht nur keinen Schutz der Allgemeinheit, sondern zwingt die Allgemeinheit auf bestimmte meistergeprüfte Fotografen zurückzugreifen, obwohl die Allgemeinheit dies nicht will und es keinerlei Grund gibt, diese Allgemeinheit zu ihrem eigenen Schutz zwangszubeglücken. Es wirkt schon etwas merkwürdig, wenn Befürworter des Befähigungsnachweises den Schutz von Unternehmen vor Schäden als Grund für die Reglementierung anführen, während es gleichzeitig nicht unüblich ist, dass Unternehmen Aufträge an ausländische Berufsfotografen oder schwarz an inländische Fotografen vergeben (und dabei keine Dumpingwerklöhne bezahlen!).
 - e. Oft werden erforderliche Kenntnisse analoger Fotografie als Argument für die Befähigungsprüfung ins Treffen geführt. Der Autor dieser Zeilen ist selbst überzeugter Analogfotograf ohne Meisterprüfung – analoge Fotografie existiert natürlich auch heute und spielt eine nicht unbedeutende Rolle im künstlerischen Bereich sowie im Bereich engagierter Fotoamateure. Im Bereich der Berufsfotografen ist die Rolle der analogen Fotografie jedoch sehr sehr gering und spielt nur in bestimmten Spezialbereichen eine Rolle oder aber für wenige Berufsfotografen, die dies als Spezialität anbieten um sich von der Masse der Digitalfotografen abzuheben. Um aber Fotografie zu erlernen und den Berufs auszuüben, sind Kenntnisse der Analogfotografie heutzutage aber keinesfalls notwendig.
3. Die berufliche Praxis in der Rechtsberatung und –vertretung zeigt außerdem erhebliche Missstände in der Verwaltung, die mit der derzeitigen Regelung in Verbindung zu bringen sind. Es ist zwar nun grundsätzlich richtig, dass Missstände in der Verwaltung nicht mit der Rechtslage zu verwechseln sind, jedoch fördert die derzeitige Rechtslage diese Missstände.

Rechtlich existiert die Möglichkeit des formellen Befähigungsnachweises durch einschlägige Berufspraxis als Alternative zur Meisterprüfung. Ebenso existiert der individuelle Befähigungsnachweis. Die Vollziehung dieser Bestimmungen ist jedoch äußerst mangelhaft.

Die Praxis zeigt beispielsweise, dass die Behörden nicht wie im Gesetz vorgesehen auf Basis des AVG Beweise frei und sachlich würdigen und entsprechend den individuellen Befähigungsnachweis erteilen, sondern die Entscheidung erfolgt auf Grundlage politischer „Verbandelung“: einen individuellen Befähigungsnachweis erhält nur, wer den Sanktus der Innung oder einer innungsnahen Fotoschule erhält. Es ist z.B. weitverbreitete Praxis einen individuellen Befähigungsnachweis nicht zu erteilen, wenn zwar ein ständig beeideter gerichtlicher Sachverständiger für Fotografie ein positives Privatsachverständigengutachten erstellt, das sogar den Ansprüchen ZPO oder StPO genügen würde, wenn dieser Sachverständige nicht innungsfreundlich ist und die Innung sich bei der Behörde gegen eine Anerkennung ausspricht. Umgekehrt genügt aber ein positives bloßes Schreiben der Innung oder Innungsvertreters, das überhaupt keinen Anforderungen eines Sachverständigengutachtens entspricht, um die Behörde zu einer positiven Entscheidung zu bringen. Hiefür gibt es rechtlich keine Grundlage.

Zur Folge hat dies, dass die Innung sowie innungsnahe Fotografen und Fotoschulen in der Lage auf fragwürdige Art ihre Leistung zu verkaufen – können sie doch – selbstverständlich gegen nicht zu geringes Entgelt – eine Leistung verkaufen, die dem Bewerber den individuellen Befähigungsnachweis mehr oder weniger garantiert, weil die Behörde den Empfehlungen dieser praktisch automatisch folgt. Man muss sich dies vor Augen führen: ist jemand so qualifiziert, dass er ständig beeideter gerichtlicher Sachverständiger ist, akzeptieren die Behörden dessen Gutachten nicht, wenn ihn die Innung nicht mag. Wenn jemand auf der Kunstuniversität Fotografie unterrichten darf, akzeptieren dies die Behörden ebenso nicht. Hat aber jemand den Sanktus der Innung der Berufsfotografen, akzeptieren die Behörden dessen Meinung völlig automatisch – das ist ein völlig unseriöses und illegitimes Zubrot für einzelne Berufsfotografen, sind diese doch dadurch faktisch in der Lage ohne irgendeine Rechtsgrundlage einen individuellen Befähigungsnachweis zu verkaufen und andere davon auszuschließen.

Es ist gerade diese Clique an Berufsfotografen, die die Befähigungsprüfung unter der Fassade des Allgemeinwohls verteidigt, die an solch unhaltbaren Missständen persönlich verdient. Derartige Missstände gehören sofort abgestellt und sie wären sofort abgestellt, wird das Gewerbe des Berufsfotografen ein freies Gewerbe.

Abschließend sei auch noch erwähnt, dass auch unter einem großen Teil der Berufsfotografen die Ansicht herrscht, dass das Gewerbe freigegeben werden solle.

Ich ersuche höflich um Berücksichtigung.

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Thomas Loos (cmp)