

# TE Vwgh Erkenntnis 1991/12/10 91/04/0129

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.12.1991

## Index

50/01 Gewerbeordnung;

## Norm

GewO 1973 §1 Abs2 idF 1988/399;

GewO 1973 §2 Abs1 Z7;

GewO 1973 §31;

GewO 1973 §94 Z17 idF 1988/399;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Mag. Kobzina und die Hofräte Dr. Weiss und DDr. Jakusch als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Paliege, über die Beschwerde des A in W, vertreten durch die zur Verfahrenshilfe bestellte Dr. E, Rechtsanwalt in W, gegen den Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 17. Jänner 1991, Zl. MA 63-M 10/90/Str, betreffend Übertretung der Gewerbeordnung 1973, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von S 3.035,- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Mit Straferkenntnis des Magistrates der Stadt Wien vom 15. Dezember 1989 wurde der Beschwerdeführer schuldig erkannt, er habe am 16. Juli 1989 in Wien I, am rechtsseitigen Donaukanalufer insofern das Fotografenhandwerk ausgeübt, als er von Kunden Sofortbilder, und zwar mit einer Polaroid Sk-70 Land Camera, Supercolor Autofocus, angefertigt und diese Fotos dann den Kunden gegen ein Entgelt von S 40,- pro Foto ausgehändigt habe, obwohl er keine diesbezügliche Gewerbeberechtigung besitze. Er habe dadurch eine Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z. 1 GewO 1973 begangen. Gemäß § 366 Einleitungssatz GewO 1973 wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe in der Höhe von S 1.000,- (Ersatzfreiheitsstrafe 2 Tage) verhängt.

Zur Begründung wurde ausgeführt, die dem Einspruch gegen die Strafverfügung vom 16. August 1989 beigelegten Fotos seien betrachtet und es sei festgestellt worden, daß diese nicht Gegenstand der Anzeige vom 19. Juli 1989 seien. Die beiden Sofortbilder, die auf dem Blitzgerät aufgesteckt gewesen seien, hätten "gewöhnliche" Portraitfotos gezeigt. Ferner sei der Beschwerdeführer eine Stunde lang beobachtet worden, wie er Besucher, Touristen, Händler und Künstler angesprochen, seine Dienste als Fotograf angeboten, von Kunden "gewöhnliche" Sofortbilder (Portraits und

Gruppenfotos) geschossen und diese gegen ein Entgelt von S 40,-- pro Bild ausgehändigt habe. Dieser Geschäftsvorfall habe sich mindestens zehnmal in dieser Stunde wiederholt. Die angelastete Verwaltungsübertretung sei auf Grund des durchgeführten Beweisverfahrens erwiesen.

Dagegen erhob der Beschwerdeführer Berufung.

Mit Bescheid des Landeshauptmannes von Wien vom 17. Jänner 1991 wurde das Straferkenntnis in der Schuldfrage bestätigt, die Strafe wurde jedoch in Anwendung des § 51 Abs. 4 VStG 1950 auf S 500,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 24 Stunden) herabgesetzt.

Zur Begründung wurde ausgeführt, der Beschwerdeführer habe nach Rechtsbelehrung durch den Referenten der Erstbehörde vorgebracht, zur Tatzeit ein künstlerisches Foto und drei konventionelle Portraits an Kunden verkauft zu haben. Die dem Akt angeschlossenen Fotos seien solche, die von den Kunden nicht angenommen worden seien; die künstlerischen Fotos seien durch Aufstecken einer Linse auf die im Spruch genannte Kamera verfremdet worden. Dadurch erscheine die Rechtfertigung im erstbehördlichen Verfahren widerlegt, derzufolge der Beschwerdeführer ausschließlich künstlerisch verfremdete Portraits verkauft hätte. Daß der Beschwerdeführer das Fotografenhandwerk und keine künstlerische Tätigkeit ausgeübt habe, werde schon durch die zeugenschaftliche Aussage des Anzeigenlegers bewiesen, der den Verkauf von ausschließlich konventionellen Personenaufnahmen ohne jede künstlerische Ausgestaltung beobachtet habe. Für die Richtigkeit dieser Wahrnehmung spreche neben der Erfahrung des Marktbeamten auch der Umstand, daß der Berufungswerber selbst eine konventionelle Portraitaufnahme vorgelegt habe, welche einen lediglich abgeschnittenen Kopf zeige und daher nicht als künstlerisch verändert, sondern als schlechthin mißlungen zu bezeichnen sei.

Dagegen richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsstrafverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift mit dem Antrag auf Abweisung der Beschwerde.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof erachtet sich der Beschwerdeführer in dem Recht verletzt, bei der gegebenen Sach- und Rechtslage der ihm zur Last gelegten Verwaltungsübertretung nicht schuldig erkannt und nicht dafür bestraft zu werden.

Er trägt in Ausführung dieses Beschwerdepunktes vor, daß er, wie sich aus dem Akt ergebe, von insgesamt zwei Organen der Marktpolizei aufgehalten und beanstandet worden sei, die belangte Behörde bzw. die Erstbehörde habe jedoch nur einen der beiden als Zeugen vernommen, sodaß das Verfahren in dieser Hinsicht jedenfalls mangelhaft geblieben sei.

Im gegenständlichen Verfahren hätte die belangte Behörde vor allem zu klären gehabt, ob der Beschwerdeführer tatsächlich das Fotografengewerbe unbefugt ausgeübt oder ob es sich bei seiner Tätigkeit um Kunst gehandelt habe. Der Beschwerdeführer habe während des gesamten Verwaltungsverfahrens mehrfach vorgebracht, daß er die Fotografien mittels seiner Polaroid-Kamera angefertigt habe, jedoch bestrebt gewesen sei, keine realistischen Portraitfotografien, sondern vielmehr künstlerische Werke anzufertigen. Zu diesem Zweck habe er entweder vor das Objektiv der Polaroid-Kamera eine weitere Linse gesteckt oder vor Ende der Entwicklungszeit die Folie von dem Foto abgezogen und die Farben mittels eines Kugelschreibers vermischt. Die belangte Behörde habe im angefochtenen Bescheid diesem Vorbringen nur entgegengehalten, daß die Fotos nicht als künstlerisch verändert, sondern als schlechthin mißlungen zu bezeichnen seien. Dem sei zu entgegnen, daß man dieser Rechtsansicht folgend auch beschädigte römische Statuen nicht als Kunstwerke bezeichnen könnte, sondern schlicht und einfach als mißlungen oder beschädigt. Darüber hinaus übersehe die belangte Behörde, daß namhafte Künstler (beispielsweise Claus Schöner aus dem Kreis um Wolfgang Bauer in Graz) eben dadurch, daß sie Polaroid-Fotos vor Ende der Entwicklungszeit von der Folie befreit hätten und mit einem Kugelschreiber oder ähnlichen Materialien über das Foto gefahren seien, es durchaus zustande gebracht hätten, als namhafte Künstler anerkannt zu werden. Claus Schöner habe seine Polaroid-Bilder, die im nachhinein verfremdet worden seien, nicht nur österreich- und europaweit ausgestellt, sondern sei auch in den USA bekannt geworden, wo er unter anderem in der Galerie von Andy Warhol mehrere Vernissagen veranstaltet habe. Daß die belangte Behörde die Behauptung des Einschreiters, es habe sich um künstlerische Fotos gehandelt, kurz und bündig mit dem Einwand, die Fotos seien mißlungen, beantworte, bewei-

nicht nur, daß die belangte Behörde über keine entsprechenden Kunstkenntnisse verfüge, sondern darüber hinaus, daß aufgrund des mangelnden Kunstverständnisses der erkennenden Behörde ein Sachverständiger aus dem Kunstfach hätte beigezogen werden müssen. Es seien nämlich keine wie immer gearteten Erhebungen darüber angestellt worden, in welcher Weise die Fotografien verändert worden seien und inwieweit dieses vom Beschwerdeführer beabsichtigt gewesen sei. Im übrigen sei jedenfalls davon auszugehen, daß die Beurteilung, ob ein geschaffenes Werk künstlerisch sei oder nicht, jedenfalls so schwierig zu beantworten sei, daß es eines Sachverständigenbeweises bedürfe. Insofern sei das Verfahren der erkennenden Behörde mangelhaft geblieben. Im übrigen werde hiebei auf die im Akt erliegenden Fotografien verwiesen, welche künstlerisch verfremdet seien, im Nachhang zur Beschwerde würden einige Fotos vorgelegt werden. Es könne außer Streit gestellt werden, daß es sich bei einer derartigen Veränderung von Fotos um nicht reproduzierbare Einzelstücke handle, und die Frage, ob es sich um Kunst handle oder nicht, jedenfalls diskutierenswert sei.

Selbst wenn man der Verantwortung des Beschwerdeführers, es habe sich um eine künstlerische Tätigkeit gehandelt, nicht folge, so könne dennoch nicht außer Acht gelassen werden, daß der Beschwerdeführer angegeben habe, grundsätzlich nur verfremdete (und somit künstlerische) Fotografien verkaufen zu wollen. Darüber hinaus ergebe sich aus dem gesamten Aktvorgang, daß der Beschwerdeführer mit seinen "Kunden" keinen Werkvertrag, sondern vielmehr einen Glücksvertrag abgeschlossen habe. Es seien nämlich nur Fotos verkauft worden, die der Kunde anzunehmen bereit gewesen sei. Der Beschwerdeführer habe eine Fotografie angefertigt, diese verfremdet oder auch nicht und erst danach hätten "die Objekte" bekannt gegeben, ob sie die Fotografien kaufen wollten oder nicht. Diese Vorgangsweise könne jedoch keinesfalls geeignet sein, um den Vorwurf der unbefugten Gewerbeausübung aufrecht zu erhalten, vielmehr handle es sich hiebei um einen Glücksvertrag im Sinne des ABGB, welcher beispielsweise den Versicherungsverträgen gleichzuhalten sei.

Selbst wenn man dieser Verantwortung des Beschwerdeführers nicht folgen wolle und nach wie vor davon ausgehe, daß es sich um eine unbefugte Gewerbeausübung gehandelt habe, sei zu bedenken, daß der Verwaltungsgerichtshof ebenso wie die Erläuternden Bemerkungen zur Gewerbeordnung 1973 ausdrücklich darauf hinweisen, daß das Bereitstellen einer Einrichtung zum Selbstfotografieren mit "Fotomatik-Automaten" Gegenstand eines freien Gewerbes sein könne (Mache-Kinscher, Die Gewerbeordnung sowie die gewerberechtlichen Nebengesetze und Verordnungen,

5. Auflage, Wien 1982, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, S. 362, Fußnote 33). Anknüpfend an diese Judikatur bzw. diese Erläuternden Bemerkungen habe der Bundesminister für Handel, Gewerbe und Industrie als letzte Instanz in gewerberechtlichen Sachen (im administrativen Instanzenzug) in ständiger Rechtsprechung die Meinung vertreten, daß auch das Anfertigen von Paßfotografien dann Gegenstand eines freien Gewerbes sein könne, wenn der Abstand zwischen dem fotografierten Objekt und der Kamera vorgegeben und fix eingestellt sei. Es habe sich nämlich nach der ständigen Rechtsprechung um eine Verrichtung gehandelt, welche aufgrund der Einfachheit einen Teilbereich des Handwerkes des Fotografen darstelle und nicht unter den Vorbehaltsbereich falle. Nunmehr stehe aber im gegenständlichen Fall vollkommen außer Streit, daß der Beschwerdeführer sich einer Kamera der Marke Polaroid Modell Sk-70, Land Camera, Supercolor Autofocus bedient habe. Es dürfe als bekannt vorausgesetzt werden, da sich dies mehrfach täglich der Radio- und Fernsehwerbung ebenso entnehmen lasse wie diversen an der Wohnungstür abgegebenen Werbungen der bekannten Fotohändler (z.B. Herlango, Niedermayer, Hartlauer, Nettig etc.), daß "Autofocus" nichts anderes bedeute, als daß die Kamera selbständig und ohne Zutun des Bedieners die Brennweite, Blende und Belichtungszeit mittels Infrarot einstelle. Es müsse daher als Allgemeinwissen angesehen werden, daß bei einer Kamera, welche bereits im Markennamen die Bezeichnung "Autofocus" führe, von seiten des Bedieners keine wie immer gearteten anderen Handgriffe notwendig seien, als die Kamera auf das zu fotografierende Objekt zu richten und in weiterer Folge den Auslöser zu betätigen.

Halte man sich nun vor Augen, daß in ständiger Judikatur das Anfertigen von Portraitfotografien, um nichts anderes handle es sich bei Paßfotos, dann zum Gegenstand eines freien Gewerbes erklärt worden sei, wenn der Abstand zwischen der Kamera und dem Objekt fix voreingestellt sei, erhebe sich die Frage, inwieweit eine andere rechtliche Beurteilung zulässig sei, wenn die Entfernung zwischen Kamera und Objekt zwar nicht fix eingestellt sei, aber selbständig von der Kamera ohne Zutun des Benutzers bestimmt werden könne. Die Antwort liege auf der Hand: In beiden Fällen bedürfe es seitens des Bedieners der Kamera keiner weiteren Handlung als der Betätigung des Auslösers. Es müsse nämlich in rechtlicher Hinsicht vollkommen egal sein, ob eine Kamera, welche den Abstand zwischen Linse und Objekt nicht ausmessen könne, in einer fixen Entfernung zum Objekt montiert sei, oder ob eine

Kamera, welche mit Infrarot oder Laserstrahlsystem arbeite, imstande sei, die Entfernung zum Objekt zu erkennen und danach Blende, Belichtungszeit etc. selbständig durch Einsatz hochwertiger Elektronik auszurichten. In beiden Fällen bedürfe es lediglich der Betätigung des Auslösers, um scharfe und akzeptable Portraitaufnahmen zu erhalten. Die belangte Behörde hätte daher jedenfalls während des Verfahrens klären müssen, ob der Beschwerdeführer tatsächlich das Fotografenhandwerk unbefugt ausgeübt habe oder ob es sich lediglich um die unbefugte Ausübung eines freien Gewerbes, nämlich um das Anfertigen von Portraitaufnahmen mit einer Autofocus-Kamera unter Ausschluß jeder an einen Befähigungsnachweis gebundene Tätigkeit, gehandelt habe. Dies wäre der belangten Behörde schon deshalb zumutbar gewesen, weil der Anzeigeleger als Zeuge angegeben habe, selbst Besitzer einer bauartgleichen Kamera zu sein. Überdies könne aufgrund der flächendeckenden Werbung davon ausgegangen werden, daß jeder österreichische Staatsbürger, der des Hörens und des Lesens kundig sei, mittlerweile wisse, was eine Autofocus-Kamera könne. Da die belangte Behörde diesen Umstand nicht geklärt habe, habe sie ihren Bescheid einerseits mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und andererseits mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet. Dem Strafverfahren liege nämlich der Grundsatz der materiellen Wahrheitsfindung zugrunde, das bedeute, die belangte Behörde müsse aus eigenem sämtliche Umstände, die zu Lasten aber auch zu Gunsten des Beschuldigten sprechen, wahrnehmen und müsse einen objektiven Sachverhalt ermitteln.

Der Klärung, ob es sich um ein freies Gewerbe oder um ein Handwerk (Fotografen) handle, komme umso mehr Bedeutung zu, als der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 26. Mai 1976, Slg. N.F. Nr. 9067/A, ausgesprochen habe, daß die Qualifikation einer Tätigkeit als freies Gewerbe im Strafverfahren bei der Beurteilung des Unrechtsgehaltes der Tat oder deren Tatbestandsmäßigkeit von Relevanz sein könne. Darüber hinaus komme dem Spruch eines Straferkenntnisses gemäß § 44a VStG 1950 ebenfalls entscheidende Bedeutung zu. Es wäre also erforderlich gewesen, daß die belangte Behörde geklärt hätte, ob die angeblich unbefugt ausgeübte Gewerbstätigkeit, welche, wie zuvor aufgezeigt, in Wahrheit eine künstlerische gewesen sei, als unbefugte Ausübung des Fotografengewerbes oder eines näher zu definierenden freien Gewerbes anzusehen sei.

Mit diesem Vorbringen vermag der Beschwerdeführer keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

Gemäß § 366 Abs. 1 GewO 1973 begeht eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu S 50.000,-- zu bestrafen ist, wer (Z. 1) ein Anmeldegewerbe (§ 5 Z. 1) ausübt, ohne die erforderliche Gewerbeberechtigung erlangt zu haben.

Nach § 94 Z. 17 GewO 1973 zählt das Gewerbe der Fotografen zu den Handwerken, also zu den Anmeldegewerben.

Das in Ansehung des Schuldspruches im Verwaltungsrechtszug bestätigte Straferkenntnis bezeichnet die Anfertigung von Sofortbildern mittels eines Fotoapparates "... Autofocus" und deren Aushändigung an Kunden gegen ein Entgelt von S 40,-- als Tathandlung. In der Begründung des Straferkenntnisses wurde dargetan, daß es sich bei diesen Waren um "'gewöhnliche' Sofortbilder (Portraits und Gruppenfotos)" gehandelt habe. Die belangte Behörde übernahm diese Sachverhaltsfeststellung der Erstbehörde. Die in der vorliegenden Beschwerde enthaltenen Ausführungen über Tätigkeiten des Beschwerdeführers, die er als Ausübung der schönen Künste im Sinne des § 2 Abs. 1 Z. 7 GewO 1973 ansieht, gehen somit am Inhalt des angefochtenen Bescheides vorbei.

Im Grunde des § 31 GewO 1973 sind einfache Tätigkeiten von Handwerken oder gebundenen Gewerben, deren ordnungsgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten.

Die belangte Behörde durfte davon ausgehen, daß die Aufnahme fotografischer Bilder (Portraits und Gruppenfotos) unter der Voraussetzung der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 2 GewO 1973 Gegenstand des Handwerks der Fotografen ist. Im Beschwerdefall spielt es keine Rolle, ob die Aufnahme solcher Bilder in den Vorbehaltsbereich oder im Sinne des § 31 GewO 1973 lediglich in den Berechtigungsbereich dieses Handwerks fällt, weil vom Beschwerdeführer weder im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens noch in der vorliegenden Beschwerde geltend gemacht wurde, daß ihm die Berechtigung zur Ausübung eines - freien - Gewerbes zustünde, in Ansehung dessen es etwa strittig sein könnte, ob davon die ihm zur Last gelegte gewerbliche Tätigkeit erfaßt sein könnte. Mit der in der Beschwerde vertretenen Auffassung, die Aufnahme der Bilder hätte lediglich der Betätigung des Auslösers bedurft, vermag der Beschwerdeführer somit keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides darzutun.

In den in der Beschwerde enthaltenen Ausführungen darüber, daß die Entgelte vom Beschwerdeführer durch Abschluß von "Glücksverträgen" erzielt worden seien, wird nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes lediglich zum Ausdruck gebracht, daß der Beschwerdeführer die ihm zur Last gelegte Tätigkeit im Sinne des § 1 Abs. 3 GewO 1973

auf eigene Rechnung und Gefahr, d. h. selbständig, ausgeübt habe. Mit diesem Beschwerdevorbringen wird also nicht dargetan, daß die belangte Behörde nicht vom Vorliegen der Merkmale der Gewerbsmäßigkeit ausgehen hätte dürfen.

Im Bericht des Anzeigelegers vom 25. Oktober 1989 wurde ausgeführt, daß auch der zweite anwesende Marktamtsbeamte Zeuge der Revision gewesen sei. Im Verwaltungsstrafverfahren gegen den Beschwerdeführer wurde lediglich der Anzeigeleger als Zeuge vernommen (Niederschrift vom 9. März 1990). Der Beschwerdeführer selbst vermag nicht aufzuzeigen, welche Tatsache er zu seiner Entlastung durch eine Einvernahme des zweiten Marktamtsbeamten unter Beweis stellen hätte können. Vielmehr hatte der Beschwerdeführer im Zuge des Verwaltungsstrafverfahrens etwa selbst zugestanden, "natürlich auch konventionelle" Bilder zu machen, weil der "Geist und die Neugier für eine neue Art Lichtbilder zu produzieren" "nicht immer vorhanden" sei (Schriftsatz vom 5. Dezember 1989); ferner, daß er am 16. Juli 1989 u.a. drei konventionelle Fotos gemacht und den Kunden gegen ein Entgelt von je S 40,-- ausgehändigt habe (siehe die Niederschrift vom 4. April 1990). Angesichts dieser Verfahrenslage war es nicht rechtswidrig, wenn der zweite Marktamtsbeamte nicht als Zeuge einvernommen wurde.

Die vorliegende Beschwerde erweist sich somit zur Gänze als unbegründet. Sie war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen

Die Entscheidung über den Aufwändersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBl. Nr. 104/1991.

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:1991:1991040129.X00

**Im RIS seit**

10.12.1991

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)