

# TE Vwgh Erkenntnis 2005/6/28 2005/11/0002

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.06.2005

## Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;  
10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG);  
10/10 Grundrechte;  
82/03 Ärzte Sonstiges Sanitätspersonal;

## Norm

B-VG Art140 Abs1;  
B-VG Art140 Abs7;  
B-VG Art7 Abs1;  
MMHmG 2002 §84 Abs1;  
MMHmG 2002 §84 Abs2;  
MMHmG 2002 §84 Abs7 idF 2003/I/066;  
MMHmG 2002 §84 Abs7 idF 2004/I/141;  
StGG Art6 Abs1;  
VwRallg;

## Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn): 2005/11/0069 E 26. Juli 2005 2005/11/0053 E 26. Juli 2005 2005/11/0050 E 26. Juli 2005  
2005/11/0067 E 26. Juli 2005 2005/11/0051 E 26. Juli 2005 2005/11/0007 E 26. Juli 2005 2005/11/0008 E 26. Juli 2005  
2005/11/0009 E 26. Juli 2005 2005/11/0006 E 26. Juli 2005 2005/11/0005 E 26. Juli 2005 2005/11/0010 E 26. Juli 2005  
2005/11/0004 E 26. Juli 2005 2005/11/0003 E 26. Juli 2005

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Waldner und die Hofräte Dr. Gall, Dr. Schick, Dr. Grünständl und Mag. Samm als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Runge, über die Beschwerde des P in W, vertreten durch Dr. Helmuth Hackl, Mag. Michaela Fattinger und Mag. Christian Premm, Rechtsanwälte in 4020 Linz, Hauptplatz 23/II, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates des Landes Oberösterreich vom 17. November 2003, Zl. VwSen-580127/3/WEI/Ta/Ni, betreffend Untersagung der freiberuflichen Ausübung der Tätigkeit als Heilmasseur, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## **Begründung**

Mit im Instanzenzug ergangenen Bescheid vom 17. November 2003 untersagte der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich (UVS) dem Beschwerdeführer die Tätigkeit als Heilmasseur freiberuflich auszuüben. Begründend führte der UVS nach Wiedergabe der Begründung des erstinstanzlichen Bescheides und des Berufungsvorbringens aus, es gehe im Falle des Beschwerdeführers um die künftige freiberufliche Tätigkeit als Heilmasseur durch einen bislang bloß nach der Gewerbeordnung zugelassenen Masseur. Gemäß der Begriffsbestimmung in § 84 Abs. 1 des Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetzes (MMHmG) seien unter gewerblichen Masseuren Personen zu verstehen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure auf Grund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen haben und das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig selbstständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben. Darüber hinaus gelten Personen als gewerbliche Masseure, die vor dem Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig selbstständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben und die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage ohne Absolvierung einer entsprechenden fachlichen Prüfung rechtmäßig erlangt haben und bis zum Ablauf des vierten dem Inkrafttreten folgenden Jahres die Befähigungsprüfung gemäß § 2 der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure erfolgreich absolvieren. Der Beschwerdeführer habe weder die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage auf Grund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen (seine Gewerbeberechtigung datiere vom 28. Juli 1981) noch die Befähigungsprüfung gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure erfolgreich absolviert. Es mangle ihm somit schon gemäß § 84 Abs. 1 und 2 MMHmG an der Berechtigung zur Aufschulung zum Heilmasseur. Da der Gesetzgeber in § 84 Abs. 7 MMHmG auf gewerbliche Masseure entsprechend der Definitionen in den Abs. 1 und 2 des § 84 MMHmG abstelle, der Beschwerdeführer im Sinne dieser Begriffsbestimmungen jedoch kein gewerblicher Masseur sei, könne die Ausnahmeregelung des § 84 Abs. 7 MMHmG bei ihm nicht zur Anwendung gelangen. Damit fehle es im gegenständlichen Fall gleichzeitig auch an dem gemäß § 46 Abs. 1 Z. 1 MMHmG geforderten Qualifikationsnachweis. Der Beschwerdeführer habe während des gesamten Verfahrens auch nicht vorgebracht, über einen Nachweis im Sinne der §§ 38 oder 39 MMHmG zu verfügen.

Gegen diesen Bescheid er hob der Beschwerdeführer zunächst Beschwerde gemäß Art. 144 Abs. 1 B-VG vor dem Verfassungsgerichtshof.

Mit Beschluss vom 6. Oktober 2004, ua. B 2/04, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde ab. Begründend wurde ausgeführt, der Verfassungsgerichtshof habe mit Erkenntnis vom 30. September 2004, G 21/04 ua., Teile des § 84 Abs. 7 MMHmG aufgehoben. Angesichts der im angefochtenen Bescheid getroffenen Feststellung sei es aber ausgeschlossen, dass die Anwendung der als verfassungswidrig erkannten Gesetzesstelle für die Rechtsstellung des Beschwerdeführers nachteilig gewesen sei. Aus der Begründung des angefochtenen Bescheides sei nämlich zu ersehen, dass der Beschwerdeführer die Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 MMHmG nicht erfülle, was allein die angefochtenen Bescheide auch vor dem Hintergrund der bereinigten Rechtslage zu tragen vermöchte. Soweit die Beschwerde aber in diesem Zusammenhang die Verletzung näher bezeichneter verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte behauptet, wären diese Rechtsverletzungen zum erheblichen Teil nur die Folge einer - allenfalls grob - unrichtigen Anwendung des einfachen Gesetzes.

Die Beschwerde wurde vom Beschwerdeführer ergänzt.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete eine Gegenschrift, in der sie die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde als unbegründet beantragt.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über die Beschwerde erwogen:

1.1. Das Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz-MMHmG (Art. I des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 169/2002) lautete in der Stammfassung (auszugsweise):

"2. Hauptstück

## Medizinischer Masseur

...

### Berufsberechtigung - Medizinischer Masseur

§ 8. (1) Zur Ausübung des Berufs des medizinischen Masseurs sind Personen berechtigt, die

...

4. einen Qualifikationsnachweis (§§ 9, 10 und 11) erbringen.

(2) Zur Ausübung des Berufs des medizinischen Masseurs sind auch folgende Personen berechtigt:

...

2. Heilmasseure.

...

### Qualifikationsnachweis - Medizinischer Masseur - Inland

§ 9. Als Qualifikationsnachweis gemäß § 8 Abs. 1 Z 4 gilt ein Zeugnis gemäß

1.

§ 24 Abs. 3,

2.

§ 26 Abs. 3 oder

3.

§ 27 Abs. 5.

...

### Kommissionelle Prüfung zum medizinischen Masseur

§ 24.

...

(3) Personen, die die kommissionelle Prüfung mit Erfolg abgelegt haben, ist ein Prüfungszeugnis, in dem der Prüfungserfolg sowie die Berufsbezeichnung 'Medizinischer Masseur'/'Medizinische Masseurin' anzuführen sind, auszustellen.

...

### Verkürzte Ausbildung für Masseure

§ 26. (1) Personen, die

1. die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure, BGBI. Nr. 618/1993, auf Grund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen haben und

2. die zur Erfüllung der Berufspflichten als medizinischer Masseur erforderliche körperliche und geistige Eignung sowie Vertrauenswürdigkeit besitzen,

sind berechtigt, eine verkürzte Ausbildung zum medizinischen Masseur zu absolvieren.

(2) Die Ausbildung besteht aus einer praktischen Ausbildung im Rahmen der Ausbildung zum medizinischen Masseur im Gesamtumfang von 875 Stunden.

(3) Personen, die die praktische Ausbildung gemäß Abs. 2 mit Erfolg abgelegt haben, ist durch den fachspezifischen und organisatorischen Leiter der Ausbildung ein Zeugnis, in dem der Erfolg sowie die Berufsbezeichnung 'Medizinischer Masseur'/'Medizinische Masseurin' anzuführen sind, auszustellen.

...

### 3. Hauptstück

Heilmasseur

...

Berufsbild - Heilmasseur

§ 29. (1) Der Beruf des Heilmasseurs umfasst die eigenverantwortliche Durchführung von

1.

klassischer Massage,

2.

Packungsanwendungen,

3.

Thermotherapie,

4.

Ultraschalltherapie und

5.

Spezialmassagen zu Heilzwecken

nach ärztlicher Anordnung.

(2) Bei Blindheit umfasst das Berufsbild des Heilmasseurs die eigenverantwortliche Durchführung von

1.

klassischer Massage und

2.

Spezialmassagen

zu Heilzwecken nach ärztlicher Anordnung.

...

Berufsberechtigung - Heilmasseur

§ 36. Zur Ausübung des Berufs des Heilmasseurs sind Personen berechtigt, die

...

4. einen Qualifikationsnachweis (§§ 38, 39 und 41) erbringen oder

5. zur Ausübung des physiotherapeutischen Dienstes berechtigt sind.

...

Qualifikationsnachweis - Heilmasseur - Inland

§ 38. Als Qualifikationsnachweis gemäß § 36 Z 4 gilt ein Zeugnis gemäß § 54 Abs. 2.

...

Berufsausübung als Heilmasseur

§ 45. Eine Berufsausübung als Heilmasseur darf

1.

freiberuflich oder

2.

im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu einem Rechtsträger einer Krankenanstalt oder Kuranstalt oder

- 3. im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu einem Rechtsträger einer sonstigen unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht stehenden Einrichtung, die der Vorbeugung, Feststellung oder Heilung von Krankheiten oder der Betreuung pflegebedürftiger Menschen dient, oder
- 4. im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu einem freiberuflich tätigen Arzt oder einer Gruppenpraxis oder
- 5. im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu einem freiberuflich tätigen diplomierten Physiotherapeuten erfolgen.

#### Freiberufliche Berufsausübung - Berufssitz

§ 46. (1) Die beabsichtigte Aufnahme einer freiberuflichen Berufsausübung als Heilmasseur ist der auf Grund des in Aussicht genommenen Berufssitzes zuständigen Bezirksverwaltungsbehörde zu melden, wobei folgende Unterlagen vorzulegen sind:

1. ein Qualifikationsnachweis, der zur Berufsausübung als Heilmasseur in Österreich berechtigt,

...

(2) Anlässlich der Meldung gemäß Abs. 1 hat die Bezirksverwaltungsbehörde das Vorliegen der Voraussetzungen für die Berufsausübung zu prüfen und die freiberufliche Berufsausübung unverzüglich, längstens binnen drei Monaten zu untersagen, sofern eine oder mehrere Voraussetzungen für die freiberufliche Berufsausübung nicht vorliegen. Im Falle der Untersagung der freiberuflichen Berufsausübung ist unverzüglich ein Verfahren gemäß § 47 einzuleiten. Im Falle der Nichtuntersagung ist die freiberufliche Berufsausübung durch die Bezirksverwaltungsbehörde in den Berufsausweis einzutragen.

(3) Eine Untersagung gemäß Abs. 2 kann durch Berufung unmittelbar beim unabhängigen Verwaltungssenat im jeweiligen Land angefochten werden.

...

#### Aufnahme in die Ausbildung zum Heilmasseur

§ 50. (1) Voraussetzungen für die Aufnahme zur Ausbildung zum Heilmasseur ist eine Berufsberechtigung als 'Medizinischer Masseur'/'Medizinische Masseurin'.

...

#### Aufschulungsmodul

§ 52. (1) Die Ausbildung zum Heilmasseur besteht aus einem Aufschulungsmodul, das eine theoretische Ausbildung einschließlich praktischer Übungen im Gesamtumfang von 800 Stunden umfasst.

...

#### Kommissionelle Abschlussprüfung zum Heilmasseur

§ 54.

...

(2) Personen, die die kommissionelle Abschlussprüfung mit Erfolg abgelegt haben, ist ein Abschlussprüfungszeugnis, in dem der Prüfungserfolg sowie die Berufsbezeichnung 'Heilmasseur'/'Heilmasseurin' anzuführen sind, auszustellen.

...

#### 6. Hauptstück

Strafbestimmungen, gewerberechtliche Bestimmungen sowie

Übergangs- und Schlussbestimmungen

...

#### Gewerbliche Masseure

§ 84. (1) Personen, die zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes

1. die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure, BGBl. Nr. 618/1993, auf Grund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen haben und

2. das reglementierte Gewerbe der Massage (§ 94 Z 48 GewO 1994) tatsächlich und rechtmäßig selbstständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben,

sind berechtigt, bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eine Aufschulung zum Heilmasseur gemäß diesem Bundesgesetz zu absolvieren.

(2) Personen, die

1. vor dem In-Kraft-Treten dieses Bundesgesetzes das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig selbstständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben und

2. die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage ohne Absolvierung einer entsprechenden fachlichen Prüfung rechtmäßig erlangt haben und

3. bis zum Ablauf des vierten dem In-Kraft-Treten folgenden Jahres die Befähigungsprüfung gemäß § 2 der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseure, BGBl. Nr. 618/1993, erfolgreich absolvieren,

sind berechtigt, bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eine Aufschulung zum Heilmasseur gemäß diesem Bundesgesetz zu absolvieren.

(3) Die Aufschulung gemäß Abs. 1 und 2 besteht aus

1. einer theoretischen Ausbildung in der Dauer von 360 Stunden und einer praktischen Ausbildung in der Dauer von 80 Stunden sowie

2. der kommissionellen Abschlussprüfung (§ 54).

(4) Personen, die die kommissionelle Abschlussprüfung gemäß Abs. 3 Z 2 mit Erfolg abgelegt haben, ist ein Zeugnis, in dem jedenfalls die gesetzliche Grundlage für die Antrittsberechtigung, der Prüfungserfolg sowie die Berufsbezeichnung 'Heilmasseur'/'Heilmasseurin' anzuführen sind, auszustellen.

(5) Die Ausbildung und die kommissionelle Abschlussprüfung gemäß Abs. 3 dürfen zweimal wiederholt werden. Wird die zweite Wiederholungsprüfung nicht erfolgreich absolviert, ist die Absolvierung der verkürzten Ausbildung zum medizinischen Masseur gemäß § 26 und in weiterer Folge die Absolvierung des Aufschulungsmoduls zum Heilmasseur zulässig.

(6) Ein Zeugnis gemäß Abs. 4 gilt als Qualifikationsnachweis gemäß § 36 Z 4.

(7) Gewerbliche Masseure, deren qualifizierte Leistungserbringung durch Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes nachgewiesen ist, können auch ohne Aufschulung eine Tätigkeit als Heilmasseur ausüben."

Der Allgemeine Teil der Erläuterungen zur Regierungsvorlage des MMHmG, 1140 BlgNR 21. GP, 38, lautet (auszugsweise):

"Einen weiteren Eckpunkt der Reform bildet die Durchlässigkeit zwischen den neuen Gesundheitsberufen 'Medizinischer Masseur'/'Medizinische Masseurin' sowie 'Heilmasseur'/'Heilmasseurin' und den gewerblichen Masseuren/Masseurinnen. Durch wechselseitige Anerkennung der Ausbildung bzw. von Ausbildungsteilen und ergänzende Ausbildung im jeweils anderen Bereich soll durch die Ausbildung im Gesundheitswesen auch eine Berufsausübung auf dem gewerblichen Sektor (Wellnessbereich) und gewerblichen Masseuren/Masseurinnen eine Berufsausübung im Gesundheitsbereich ermöglicht werden."

Der Besondere Teil der Erläuterungen, aaO, 66, lautet (auszugsweise):

"Zu Art. I § 84:

Inhalte und Umfang der Aufschulung von gewerblichen Masseuren/gewerblichen Masseurinnen zu Heilmasseuren/Heilmasseurinnen im Rahmen der Übergangsbestimmungen wurden nach Prüfung durch die vom Herrn Bundesminister eingesetzten Experten/Expertinnen und durch die amtlichen Sachverständigen nach dem Stand

der medizinischen Wissenschaft und der Erfahrung für erforderlich erachtet."

1.2. Durch Z. 2 des Bundesgesetzes BGBI. I Nr. 66/2003 wurde in § 84 Abs. 7 MMHmG nach der Wortfolge "Leistungserbringung durch" das Wort "direkte" eingefügt.

§ 84 Abs. 7 MMHmG lautete demnach in der Fassung dieser Novelle:

"§ 84.

...

(7) Gewerbliche Masseure, deren qualifizierte Leistungserbringung durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes nachgewiesen ist, können auch ohne Aufschulung eine Tätigkeit als Heilmasseur ausüben."

1.3. Mit Erkenntnis vom 30. September 2004, G 21/04 ua., hob der Verfassungsgerichtshof in § 84 Abs. 7 MMHmG in der Fassung des Bundesgesetzes BGBI. I Nr. 66/2003 die Wortfolge "durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern" als verfassungswidrig auf. Weiters sprach der Verfassungsgerichtshof aus, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten und die aufgehobene Wortfolge nicht mehr anzuwenden ist (vgl. die Kundmachung des Bundeskanzlers BGBI. I Nr. 141/2004).

1.3.1. In der Begründung seines Erkenntnisses gab der Verfassungsgerichtshof zunächst die Begründung seines amtswiegigen Einleitungsbeschlusses (B 1396/03) wieder:

"... Der Verfassungsgerichtshof hegt zunächst das Bedenken, dass § 84 Abs 7 MMHmG dem - auch den Gesetzgeber bindenden - Gleichheitsatz widersprechen dürfte, und hat daher von Amts wegen ein Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmung eingeleitet:

... § 84 Abs 1 und 2 MMHmG erlaubt es Personen, die das reglementierte Gewerbe der Massage ausüben ('gewerbliche Masseure'), bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eine ergänzende Ausbildung ('Aufschulung') zum Heilmasseur im Umfang von insgesamt 440 Stunden zu absolvieren. Das Zeugnis über die erfolgreich abgelegte kommissionelle Abschlussprüfung zu dieser Ausbildung 'gilt' als Qualifikationsnachweis, der dazu berechtigt, eine Tätigkeit als Heilmasseur auszuüben (§ 84 Abs 4 MMHmG).

Ist die kommissionelle Abschlussprüfung zwei Mal - ohne Erfolg - wiederholt worden, so kann der gewerbliche Masseur zunächst die 'verkürzte Ausbildung' zum medizinischen Masseur (§ 26 MMHmG; Umfang: 875 Stunden) und danach die Aufschulung medizinischer Masseure zu Heilmasseuren im Umfang von 800 Stunden (§ 52 Abs 1 MMHmG) absolvieren.

... Die Aufschulung gemäß § 84 MMHmG ist jedoch nicht jedem gewerblichen Masseur zugänglich, sondern nur jenen, welche die Befähigung zur Ausübung des Gewerbes der Massage auf Grund einer Befähigungsprüfung nachgewiesen haben (§ 84 Abs 1 Z 1 MMHmG) oder diese Prüfung bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 erfolgreich ablegen § 84 Abs 2 Z 3 MMHmG). Personen, die das Massagegewerbe ohne Absolvierung der entsprechenden Befähigungsprüfung ausüben, ist daher die Aufschulung zum Heilmasseur gemäß § 84 MMHmG ebenso verschlossen wie die 'verkürzte Ausbildung' zum medizinischen Masseur gemäß § 26 MMHmG.

Die Aufschulung zum Heilmasseur gemäß § 84 MMHmG setzt überdies voraus, dass das Gewerbe der Massage vor Inkrafttreten des MMHmG mit 1. April 2003 durch mindestens sechs Jahre tatsächlich und rechtmäßig selbstständig ausgeübt worden ist (§ 84 Abs 1 Z 2 und Abs 2 Z 1 MMHmG).

... Gemäß § 84 Abs 7 MMHmG können gewerbliche Masseure, deren 'qualifizierte Leistungserbringung' durch 'direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern' zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG (dh. mit 1. April 2003) 'nachgewiesen' ist, eine Tätigkeit als Heilmasseur auch ohne Aufschulung ausüben.

... Der Verfassungsgerichtshof stimmt dem belangten unabhängigen Verwaltungssenat - vorläufig - darin zu, dass § 84 Abs 7 MMHmG an die übrigen Bestimmungen des § 84 MMHmG anknüpft:

Gewerbliche Masseure, die ihre Leistungen mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern - 'direkt' - abrechnen, dürften nur dann berechtigt sein, auch ohne weitere Ausbildung eine Tätigkeit als Heilmasseur auszuüben, wenn sie nach den Bestimmungen des § 84 Abs 1 oder 2 MMHmG an sich berechtigt wären, eine Aufschulung gemäß § 84 MMHmG zu absolvieren.

... Vorausgeschickt sei, dass eine Regelung, die gewerbliche Masseure zum - neu geschaffenen - Gesundheitsberuf des Heilmasseurs erst nach Absolvierung einer ergänzenden Ausbildung zulässt, aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken erweckt. Soweit der Gesetzgeber aber hievon Ausnahmen vorsieht, muss das System dieser Ausnahmen in sich sachlich sein.

Dies dürfte hier nicht der Fall sein: Die Bestimmung des § 84 Abs 7 MMHmG greift nämlich aus dem von § 84 Abs 1 und 2 MMHmG erfassten Personenkreis eine Gruppe heraus und begünstigt sie dadurch, dass sie es den Angehörigen dieser Gruppe erlaubt, eine Tätigkeit als Heilmasseur auch ohne jede weitere Ausbildung ('Aufschulung') auszuüben. Diese Differenzierung scheint jedoch der sachlichen Rechtfertigung zu entbehren:"

1.3.2. In der Sache vertrat der Verfassungsgerichtshof im Erkenntnis G 21/04 sodann die Auffassung, er hege an sich keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen eine Regelung, durch die im Zusammenhang mit neuen gesetzlichen Anforderungen, die an eine Berechtigung zur Ausübung eines bestimmten Berufes gestellt werden, im Übergangsrecht Sonderregelungen für Personen geschaffen werden, von denen der Gesetzgeber mit Grund annehmen kann, dass sie schon bisher über hinreichende, den neuen gesetzlichen Anforderungen im Wesentlichen entsprechende Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen. Dieser Personenkreis müsse jedoch von jenen Personen, die den strengerem Bestimmungen unterliegen, nach sachlichen Kriterien abgegrenzt sein. Das alleinige Anknüpfen an das Bestehen eines Kassenvertrages bzw. an das Bestehen eines - direkten oder indirekten - Abrechnungsverhältnisses mit einem Sozialversicherungsträger sei dafür kein geeignetes Differenzierungskriterium. Es werde daher im Ergebnis nur eine Gruppe aus dem in Betracht kommenden Personenkreis gleicher fachlicher Qualifikation begünstigt, der durch das strittige Differenzierungsmerkmal nicht annähernd vollständig erfasst werde. Die in Prüfung stehende Bestimmung des § 84 Abs. 7 MMHmG widerspreche daher insoweit sowohl dem (auch die Gesetzgebung bindenden) Gleichheitsgebot als auch dem Recht auf Freiheit der Erwerbsausübung.

1.3.3. Zum Umfang der Aufhebung vertrat der Verfassungsgerichtshof (auszugsweise) folgende Auffassung:

"Wie das Gesetzesprüfungsverfahren ergeben hat, bedarf es zur Beseitigung der aufgezeigten Verfassungswidrigkeit nicht der Aufhebung der in Prüfung gezogenen Norm zur Gänze: Zur Herstellung einer verfassungskonformen Rechtslage genügt es vielmehr, die Wortfolge 'durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern' in § 84 Abs 7 MMHmG aufzuheben.

Der Verfassungsgerichtshof ließ sich hiebei von der Überlegung leiten, dass der nach Entfall der aufgehobenen Wortfolge verbleibende Rest des § 84 Abs 7 MMHmG weder einen völlig veränderten, dem Gesetzgeber nicht mehr zusinnbaren Inhalt annähme noch gänzlich unbestimmt wäre, sondern vielmehr einer Auslegung im Sinne des Gesetzes und damit einer dem Rechtsstaatlichkeitsgebot entsprechenden Vollziehung zugänglich ist:

a) § 84 Abs 3 MMHmG sieht eine gegenüber dem allgemeinen Ausbildungsweg verkürzte 'Aufschulung' vor, die als Übergangsregelung den in § 84 Abs 1 und 2 MMHmG genannten Personenkreisen unter den dort jeweils näher umschriebenen Voraussetzungen offen steht. § 84 Abs 7 MMHmG in der bisherigen Fassung enthielt eine zusätzliche Ausnahme von dem Erfordernis einer 'Aufschulung' unter der Voraussetzung der oben näher beschriebenen Rechtsbeziehungen zu einem Krankenversicherungsträger.

b) Auch in der bereinigten Fassung besteht - im Falle des Nachweises einer entsprechend qualifizierten Leistungserbringung (als Masseur) - eine Ausnahme von der Verpflichtung zur 'Aufschulung'; diese Ausnahme ist jedoch - weiterhin - an das Vorliegen der in § 84 Abs 1 und Abs 2 MMHmG genannten allgemeinen Voraussetzungen geknüpft.

Damit kann aber dem Anliegen des Gesetzes, ein möglichst hohes Qualitätsniveau zu gewährleisten, weiterhin Rechnung getragen werden, und es ist auch die Beurteilung einer 'qualifizierten Leistungserbringung' anhand der dem Gesetz (allenfalls auch unter Heranziehung von Gesetzesmaterialien) zu entnehmenden Wertungen in einer rechtsstaatlich einwandfrei nachvollziehbaren Weise im Einzelfall möglich."

2. Die Beschwerde ist unbegründet.

2.1. Für die Prüfung des angefochtenen Bescheides ist aufgrund des Ausspruchs des Verfassungsgerichtshofes nach Art. 140 Abs. 7 B-VG in seinem Erkenntnis G 21/04 das MMHmG in der durch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes bereinigten Fassung, somit unter Entfall der Wortfolge "durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern" in § 84 Abs. 7, maßgeblich.

2.2. Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die seiner Ansicht nach verfehlte Auffassung des Verfassungsgerichtshofes, § 84 Abs. 7 MMHmG eröffne nur denjenigen gewerblichen Masseuren ohne weitere Ausbildung die Ausübung der Tätigkeit als Heilmasseur, die nach den Bestimmungen des § 84 Abs. 1 bzw. 2 MMHmG an sich berechtigt wären, eine Aufschulung gemäß § 84 MMHmG zu absolvieren. Im Gegensatz dazu vertritt der Beschwerdeführer die Auffassung, § 84 Abs. 7 MMHmG stelle eine zusätzliche (eigenständige) Übergangsbestimmung für gewerbliche Masseure dar, wonach diese auch ohne die Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 oder 2 MMHmG zu erfüllen eine Tätigkeit als Heilmasseur ausüben dürften, wenn sie - entsprechend Abs. 7 in der bereinigten Fassung - ihre qualifizierte Leistungserbringung zum Zeitpunkt des (ursprünglichen) Inkrafttretens des MMHmG nachgewiesen hätten. Der Beschwerdeführer bringt ausdrücklich vor, der Verwaltungsgerichtshof sei an die Auslegung des Verfassungsgerichtshofes nicht gebunden.

Das Beschwerdevorbringen verkennt mit diesem Vorbringen freilich die Funktion des Verfassungsgerichtshofes als "negativer Gesetzgeber" im Falle einer Gesetzesaufhebung nach Art. 140 B-VG.

Wie sich aus den oben unter 1.3.3. wieder gegebenen Ausführungen des Verfassungsgerichtshofes ergibt, stand dieser angesichts seiner verfassungsrechtlichen Bedenken gegen § 84 Abs. 7 MMHmG, die sich im Zuge des Gesetzesprüfungsverfahrens als zutreffend erwiesen haben, vor der Wahl, entweder - wie von den unabhängigen Verwaltungssenaten der Länder Niederösterreich, Salzburg und Steiermark beantragt - § 84 Abs. 7 MMHmG zur Gänze aufzuheben und damit jegliche Berufsausübung von gewerblichen Masseuren als Heilmasseur ohne Aufschulung zu unterbinden oder aber die Möglichkeit einer Berufsausübung ohne Aufschulung von gewerblichen Masseuren als Heilmasseur - gleichheitskonform - offen zu halten, ohne jedoch den vom MMHmG intendierten Qualitätsstandard zu senken. Der Verfassungsgerichtshof entschied sich für die letztgenannte Alternative und begründete seine Auffassung, es genüge für die Beseitigung der von ihm erblickten Verfassungswidrigkeit, die Wortfolge "durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern" in § 84 Abs. 7 MMHmG aufzuheben und damit die Möglichkeit einer Berufsausübung ohne Aufschulung von gewerblichen Masseuren als Heilmasseur aufrecht zu halten, damit, dass in der von ihm durch die Aufhebung der genannten Wortgruppe hergestellten bereinigten Fassung zwar weiterhin eine Ausnahme von der Verpflichtung zur "Aufschulung" bestehe, diese Ausnahme jedoch - "weiterhin" - an das Vorliegen der in § 84 Abs. 1 und Abs. 2 MMHmG genannten allgemeinen Voraussetzungen geknüpft sei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bei der Überprüfung des angefochtenen Bescheides daher davon auszugehen, dass der Verfassungsgerichtshof nur deswegen von der Aufhebung des gesamten § 84 Abs. 7 MMHmG absehen zu können vermeinte, weil - abgesehen vom erforderlichen Nachweis einer qualifizierten Leistungserbringung - durch das bestehende Erfordernis, die Kriterien des § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 MMHmG zu erfüllen, eine ausreichende Qualitätssicherung auch ohne Aufschulung gewährleistet ist.

Entgegen dem weitwendigen Beschwerdevorbringen ist folglich § 84 Abs. 7 MMHmG in der bereinigten Fassung im Lichte der unzweifelhaften Absicht des Verfassungsgerichtshofes so auszulegen, dass eine Berufsausübung als Heilmasseur durch gewerbliche Masseure ohne Aufschulung nur dann in Frage kommt, wenn diese (neben dem Nachweis einer qualifizierten Leistungserbringung) die Voraussetzungen des § 84 Abs. 1 bzw. Abs. 2 MMHmG erfüllen (vgl. dazu auch das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 6. Oktober 2004, B 1390/03 ua.). Diesem mit dem Text der bereinigten Fassung vereinbaren Auslegungsergebnis kann auch nicht, wie das die Beschwerde versucht, entgegen gehalten werden, dass dabei ein gleichheitswidriges Ergebnis bewirkt würde, weil gerade dieses Ergebnis vom zur Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen allein zuständigen Verfassungsgerichtshof, wie gezeigt, bei der Bestimmung des Umfangs der Aufhebung ausdrücklich herbeigeführt wurde.

Der Beschwerdeführer behauptet auch in der ergänzten Beschwerde nicht in sachverhaltsbezogener Weise, die in § 84 Abs. 1 oder 2 MMHmG für die Zulässigkeit einer Aufschulung bis zum 31. Dezember 2007 umschriebenen Kriterien zu erfüllen. Damit scheidet für den Beschwerdeführer eine Berufsausübung als Heilmasseur auf Basis der Übergangsbestimmung des § 84 Abs. 7 MMHmG aus. Eine Berufsausübung als Heilmasseur käme für den Beschwerdeführer daher gemäß § 36 Z. 4 MMHmG nur dann in Betracht, wenn er einen Qualifikationsnachweis (vor allem nach § 38 oder § 39 MMHmG) erbracht hätte. Die (mit dem Inhalt des vorgelegten Verwaltungsaktes übereinstimmende) Feststellung der belangten Behörde, der Beschwerdeführer habe im gesamten Verwaltungsverfahren nicht vorgebracht, über einen Nachweis im Sinne der §§ 38 oder 39 MMHmG zu verfügen, wird in der Beschwerde jedoch nicht bestritten. Der Beschwerdefall unterscheidet sich dadurch von dem dem Gesetzesprüfungsverfahren zu Grunde liegenden Anlassfall, in dem der Verfassungsgerichtshof mit Erkenntnis vom

4. Oktober 2004, B 1396/03, den bei ihm angefochtenen Bescheid aufgehoben hat, weil alle Voraussetzungen des§ 84 Abs. 1 MMHmG erfüllt waren und es daher nicht von vornherein ausgeschlossen war, dass die Anwendung der als verfassungswidrig erkannten Gesetzesstelle für die Rechtsstellung des Betroffenen nachteilig war.

Die mit dem angefochtenen Bescheid ausgesprochene Untersagung der beabsichtigten Aufnahme einer freiberuflichen Berufsausübung als Heilmasseur auf Grund des Fehlens eines Qualifikationsnachweises, der zur Berufsausübung als Heilmasseur in Österreich berechtigt, kann im Hinblick auf das Fehlen der Voraussetzungen nach § 84 Abs. 1 bzw. 2 MMHmG demnach nicht als rechtswidrig erkannt werden.

Die Beschwerde war aus diesen Erwägungen gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen.

3. Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. Juni 2005

#### **Schlagworte**

Anzuwendendes Recht Maßgebende Rechtslage VwRallg2

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2005:2005110002.X00

#### **Im RIS seit**

02.08.2005

#### **Zuletzt aktualisiert am**

07.10.2008

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

© 2026 JUSLINE

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

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