

TE Vwgh Erkenntnis 2005/2/28 2004/10/0010

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 28.02.2005

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E1E;
E3L E05100000;
E3L E06100000;
E3L E16300000;
E6j;
L70508 Schischule Vorarlberg;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
59/04 EU - EWR;

Norm

11997E045 EG Art45;
11997E046 EG Art46;
11997E048 EG Art48;
11997E049 EG Art49;
11997E050 EG Art50;
11997E055 EG Art55;
31992L0051 Anerkennungs-RL 02te beruflicher Befähigungsnachweise Art14;
61974CJ0033 Van Binsbergen VORAB;
61978CJ0015 Köstler VORAB;
61985CJ0352 Bond van Adverteerders VORAB;
61989CJ0154 Kommission / Frankreich;
61989CJ0180 Kommission / Italien;
61989CJ0198 Kommission / Griechenland;
61989CJ0288 Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda VORAB;
61993CJ0381 Kommission / Frankreich;
61994CJ0272 Guiot VORAB;
61995CJ0003 Broede / Sandker VORAB;
61996CJ0266 Corsica Ferries France VORAB;
61997CJ0224 Ciola VORAB;
61998CJ0067 Zenatti VORAB;

61998CJ0405 Gourmet International Products VORAB;

AVG §56;

EURallg;

SchischulG VlbG 2002 §13 Abs3;

SchischulG VlbG 2002 §14 Abs2;

SchischulG VlbG 2002 §14 Abs3;

SchischulG VlbG 2002 §14;

SchischulG VlbG 2002 §17 Abs1 lit a;

SchischulG VlbG 2002 §17 Abs1 lit b;

SchischulG VlbG 2002 §17 Abs1 lit c;

SchischulG VlbG 2002 §17;

SchischulG VlbG 2002 §22 Abs3;

SchischulG VlbG 2002 §22;

SchischulG VlbG 2002 §42 Abs1 lit j;

VwGG §41 Abs1;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Präsident Dr. Jabloner und die Hofräte Dr. Novak, Dr. Mizner, Dr. Stöberl und Dr. Köhler als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Hofer, über die Beschwerde der Ski- und Snowboardschule K GmbH in S, vertreten durch Baier Lambert Rechtsanwälte OEG in 1010 Wien, Kärntner Ring 12, gegen den Bescheid der Vorarlberger Landesregierung vom 14. Juli 2003, Zl. IVb-261-2003/0002, betreffend Feststellung nach dem Vorarlberger Schischulgesetz, zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Vorarlberg hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1.1. Die beschwerdeführende Ski- und Snowboardschule hat ihren Sitz in S. Sie ist nach ihren Angaben seit Jahrzehnten in D, Vorarlberg, in Ausübung ihres Gewerbes tätig. Sie veranstaltet sogenannte "Skifreizeiten" in einem eigenen Sportheim in O.

Mit Schreiben vom 11. März 2003 ersuchte die beschwerdeführende Skischule um Erteilung einer Genehmigung, entgegen der geltenden Fassung des Vorarlberger Schischulgesetzes, LGBl. Nr. 55/2002, Praktikanten in der Skischule im Ausflugsverkehr auf den Skipisten im Skigebiet D einsetzen zu dürfen. Begründend verwies die beschwerdeführende Partei auf ihre langjährige Tätigkeit im Skigebiet D, auf ihren eigenen Grundbesitz und den Umstand, dass der Leiter der Skischule Gesellschafter der D Bergbahnen sei. Es sei nicht die Errichtung einer Niederlassung beabsichtigt, sondern die Skischule wolle sich an die im Gesetz für die Erteilung von Skiunterricht in Ausübung der Dienstleistungsfreiheit nach dem EG-Vertrag enthaltene Beschränkung von 28 Tagen Skiunterricht je Saison halten. Angestrebt werde nur die Tätigkeitserlaubnis für die Praktikanten der Skischule. Nach einem Schriftwechsel in der Angelegenheit, in welchem die Landesregierung im Wesentlichen den Inhalt der §§ 14 und 17 des Schischulgesetzes betont hatte, erging nach Klarstellung seitens der beschwerdeführenden Skischule, ihren Antrag aufrecht zu halten, der angefochtene Bescheid.

1.2. Mit diesem wird dem Antrag keine Folge gegeben. Begründend führt die belangte Behörde aus, nach § 17 Abs. 1 des Schischulgesetzes, LGBl. Nr. 55/2002, dürften Skischulen, die ihren Standort in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union hätten oder nach dem Recht der Europäischen Union gleichgestellt seien, in Skigebieten des Landes im Rahmen eines gelegentlichen Ausflugsverkehrs Skiunterricht erteilen, wenn die Lehrkräfte zumindest als Skilehrer oder bei Skitouren als Diplomskillehrer und Skiführer fachlich befähigt seien. Die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen durch auswärtige Skischulen sei also nur dann zulässig, wenn die Lehrkräfte über eine entsprechende fachliche Befähigung verfügten. Gemäß § 18 Abs. 5 des Schischulgesetzes sei die fachliche Befähigung durch die Prüfungen und Ausbildungen nach den §§ 22 bis 24 oder durch die Anerkennung von Ausbildungen und Prüfungen sowie Berufserfahrung nach den §§ 28 und 29 nachzuweisen. Personen, die im Sinne von § 14 Abs. 2 in der

Ausbildung zum Skilehrer stünden, dürften nach Abs. 3 nur unter Aufsicht und Anleitung und nur auf Skipisten im Skigebiet der eigenen Skischule zum Skiunterricht verwendet werden. Der Gesetzgeber habe diese räumliche Beschränkung auf die Skipisten im eigenen Skischulgebiet im Interesse der Sicherheit der Skischüler für erforderlich erachtet (Hinweis auf XXVII. LT: RV 11/2002, Seite 16). Nur wenn die Praktikanten ausschließlich in Gebieten eingesetzt werden dürften, die ihnen vertraut seien und die ein geringes Gefahrenpotential aufwiesen, könne der mit dem Schischulgesetz angestrebte hohe Sicherheitsstandard erreicht und eine qualitativ hochstehende Ausbildung der Skischüler gewährleistet werden. Praktikanten seien den gesamten Winter - also mindestens vier Monate - durchgehend in der Skischule beschäftigt und auf Grund ihres kontinuierlichen Aufenthaltes vor Ort sowohl mit den Skipisten ihrer Skischule als auch mit den Schneesverhältnissen entsprechend vertraut. Auswärtige Praktikanten, die im Rahmen des Ausflugsverkehrs (also nur an einzelnen Tagen und maximal 28 Tage pro Saison) ein bestimmtes Skigebiet in Vorarlberg aufsuchten, könnten nie dieselben Erfahrungen sammeln und dieses Maß an Vertrautheit erwirken. Eine entsprechende Ausnahmeregelung für ausländische Skischulen würde den oben dargelegten Zielsetzungen zuwiderlaufen und sei daher im Gesetz nicht vorgesehen.

Auch nach den Bestimmungen des Schischulgesetzes in der Fassung vor der Novelle des Jahres 2002 sei gemäß § 3 Abs. 1 die entgeltliche Erteilung von Skiunterricht grundsätzlich den Skischulen im Sinne des Vorarlberger Schischulgesetzes vorbehalten gewesen. Ausländische Skischulen aus einem Skischulgebiet, das an jenes von Skischulen nach dem Schischulgesetz angrenze, hätten in Vorarlberg nur im Rahmen eines gelegentlichen Ausflugsverkehrs Skiunterricht erteilen dürfen. Ein regelmäßig wiederkehrender Ausflugsverkehr sei jedenfalls nicht als gelegentlich zu qualifizieren gewesen. Entsprechend dazu habe sich in § 42 Abs. 1 lit. d des Gesetzes eine Verwaltungsstrafnorm befunden, der zufolge derjenige eine Verwaltungsübertretung begangen habe, der im Rahmen des Ausflugsverkehrs einer auswärtigen Skischule nach § 3 Abs. 3, die das Landesgebiet nicht nur gelegentlich, sondern regelmäßig wiederkehrend aufsucht, Skiunterricht erteilt habe.

Das im Jahr 2002 novellierte und neu kundgemachte Schischulgesetz LGBl. Nr. 55/2002 unterscheide sich von der früheren Rechtslage nur insofern, als hinsichtlich der im Ausflugsverkehr verwendeten Lehrkräfte bestimmt werde, dass diese entsprechend fachlich befähigt sein müssten. Der Einsatz von Praktikanten im Ausflugsverkehr sei jedenfalls unzulässig. Weiters sei eine zeitliche Grenze (maximale Dauer von 14 Tagen, insgesamt maximal 28 Tage pro Saison) fixiert worden. Zudem sei die Einschränkung auf Skischulen aus benachbarten Skigebieten weggefallen.

Ob das Skigebiet der Skischule der Antragstellerin als angrenzendes Skigebiet im Sinne der wiedergegebenen Ausführungen bezeichnet werden könne, sei eher fraglich. Aber selbst wenn diese Frage bejaht werden könne und diese Skischule - für den Fall, dass kein regelmäßig wiederkehrender Ausflugsverkehr stattgefunden habe - bislang rechtmäßig im Skigebiet von D Skiunterricht erteilt habe, sei eine Ausnahmegenehmigung, wie sie beantragt werde, im Gesetz nicht vorgesehen. In Ermangelung einer nach dem Vorarlberger Schischulgesetz genehmigten bestehenden Skischule der Antragstellerin scheide auch ein "Bestandschutz" jedenfalls schon begrifflich aus. Die Skischule der Antragstellerin sei vielmehr als ausländische Skischule zu qualifizieren, die bisher im Rahmen des Ausflugsverkehrs - und damit nicht der Bewilligungspflicht des Schischulgesetzes unterliegend - gelegentlich in Vorarlberg Skiunterricht erteilt habe. Sie unterscheide sich von anderen ausländischen Skischulen nur insofern, als sie über viele Jahre relativ häufig ausschließlich das Skigebiet von D aufgesucht habe, was aber rechtlich keinen Unterschied mache.

Es sei daher wie im Spruch zu entscheiden gewesen.

1.3. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende, zunächst an den Verfassungsgerichtshof erhobene und von diesem nach Ablehnung ihrer Behandlung an den Verwaltungsgerichtshof abgetretene Beschwerde, in der die Verletzung im Recht auf Zulassung zur Erteilung von Skiunterricht im Ausflugsverkehr im Sinn des § 17 Abs. 1 Vorarlberger Landesgesetz über die Erteilung von Skiunterricht sowie über das Führen und Begleiten beim Skilaufen (Schischulgesetz), LGBl. Nr. 55/2002, unter Verwendung von Praktikanten und Praktikantinnen im Sinne des § 14 Abs. 2 Vorarlberger Schischulgesetz und eventualiter auf Feststellung, dass die Beschwerdeführerin zur Erteilung von Skiunterricht im Ausflugsverkehr im Sinn des § 17 Abs. 1 Vorarlberger Schischulgesetz unter Verwendung von Praktikanten und Praktikantinnen im Sinne des § 14 Abs. 2 Vorarlberger Schischulgesetz einer behördlichen Bewilligung oder Zulassung nicht bedürfe, geltend gemacht wird. In der Beschwerde wird aus dem verfahrenseinleitenden Antrag vom 11. März 2003 hervorgehoben, dass der Geschäftsführer der Beschwerdeführerin, Herr K, staatlich geprüfter Skilehrer sei und langjährig in D Skikurse durchgeführt habe. Als einer der "großen Gesellschafter der D Seilbahnen" seien die "ausgewiesenen Skipisten" auch "eigenes Skigebiet". Die

Beschwerdeführerin habe überdies Bestandschutz bzw. Vertrauensschutz "für die vor der Änderung des Vorarlberger Schischulgesetzes rechtlich zulässige Tätigkeit ihrer nicht ortsansässigen Skischule" reklamiert. Nach Wiedergabe des weiteren Verwaltungsgeschehens und des Inhaltes des angefochtenen Bescheides wird einerseits die Verletzung von Bestimmungen des österreichischen Rechts, andererseits ein Verstoß gegen Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts geltend gemacht. Als Verletzung von Bestimmungen des österreichischen Rechts wird geltend gemacht, dass die belangte Behörde auf Grund einer systematischen Interpretation und Anwendung des Gemeinschaftsrechts bei Prüfung des Antrages gemäß § 17 Vorarlberger Schischulgesetz nicht zur Anwendung hätte bringen dürfen. Für den Fall, dass der Verwaltungsgerichtshof § 17 Vorarlberger Schischulgesetz als anwendbar betrachte, wird dessen Verfassungswidrigkeit geltend gemacht und angeregt, ein Gesetzesprüfungsverfahren beim Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Unter dem Gesichtspunkt der Verletzung von Gemeinschaftsrecht wird ein Verstoß gegen die Gewährleistungen der Dienstleistungsfreiheit nach Art. 49 ff EG geltend gemacht. In der Beschwerde wird eingehend dargelegt, aus welchen Gründen § 17 Vorarlberger Schischulgesetz für gemeinschaftsrechtswidrig gehalten wird. Dabei wird insbesondere ausgeführt, dass die Beschränkungen des Schischulgesetzes nicht geeignet seien, die Skischüler vor Risiken zu schützen.

Geltend gemacht wird auch, dass die Beschränkung der Aufenthaltsdauer diskriminierend sei.

1.4. Die belangte Behörde hat die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet, in der die kostenpflichtige Abweisung der Beschwerde beantragt wird.

II.

2. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

2.1. §§ 14 und 17 Vorarlberger Gesetz über die Erteilung von Schiunterricht sowie über das Führen und Begleiten beim Skilaufen (Schischulgesetz), LGBl. Nr. 55/2002, lauten:

"§ 14

Lehrkräfte

(1) Als Lehrkräfte in einer Schischule dürfen nur Diplomschilehrer und Schilehrer verwendet werden. Die Führung von Schitouren hat durch Schiführer oder Bergführer zu erfolgen.

(2) Zur Unterstützung der Schilehrer und Diplomschilehrer dürfen auch Personen verwendet werden, welche die erste Teilprüfung der Schilehrerprüfung (§ 22 Abs. 3) längstens vor vier Jahren abgelegt haben. Der Schilehrerverband kann bewilligen, dass diese Praktikanten für vier weitere Jahre verwendet werden dürfen, wenn sie

- a) in den letzten beiden Jahren in einer Schischule erfolgreich verwendet wurden,
- b) einen vom Schilehrerverband durchgeführten Fortbildungskurs (§ 30 Abs. 2) absolviert haben und
- c) ihre Verlässlichkeit nachweisen.

(3) Die Praktikanten sind vom Leiter der Schischule oder einem Diplomschilehrer, den der Leiter schriftlich beauftragt hat, besonders zu beaufsichtigen und anzuleiten. Sie dürfen nur zum Unterrichten von Schülern auf Schipisten im Schigebiet der eigenen Schischule und nur entsprechend ihrem Ausbildungsniveau verwendet werden.

Ausflugsverkehr

§ 17

(1) Schischulen, die ihren Standort in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union haben oder nach dem Recht der Europäischen Union gleichgestellt sind, dürfen in Schigebieten des Landes im Rahmen eines gelegentlichen Ausflugsverkehrs Schiunterricht erteilen, wenn

- a) die Lehrkräfte zumindest als Schilehrer oder bei Schitouren als Diplomschilehrer und Schiführer fachlich befähigt sind,
 - b)
- die Schüler nicht in Vorarlberg aufgenommen wurden und

c)

die Dauer des einzelnen Aufenthaltes in Österreich jeweils 14 Tage und die Dauer des Aufenthaltes der Schischule in Österreich in einer Wintersaison insgesamt 28 Tage nicht übersteigt.

(2) Der Leiter der auswärtigen Schischule hat dem Schilehrerverband die beabsichtigte Erteilung von Schiunterricht spätestens vier Wochen vor dem Beginn anzuzeigen. Die Anzeige hat die für die Beurteilung des Vorhabens erforderlichen Angaben zu enthalten. Wenn die Anzeige nicht vollständig ist oder wenn die Voraussetzungen nach Abs. 1 nicht erfüllt sind, ist die beabsichtigte Tätigkeit unzulässig. Der Schilehrerverband hat den Leiter der auswärtigen Schischule darüber unverzüglich zu informieren und ihm die Gründe mitzuteilen.

(3) Für die mit der Unterweisung betrauten Lehrkräfte gilt der § 15 Abs. 2 bis 6.

(4) Die Abs. 1 lit. a und b, 2 und 3 gelten sinngemäß auch für Schischulen aus anderen Bundesländern.

(5) Wer im Rahmen des Ausflugsverkehrs Schiunterricht erteilt, hat die entsprechenden Umstände auf Verlangen eines Pistenwächters nachzuweisen. Ist zweifelhaft, ob die Tätigkeit im Rahmen des gelegentlichen Ausflugsverkehrs zulässig ist, hat der Pistenwächter die betreffende Person zum Nachweis der Identität aufzufordern und dem Schilehrerverband Meldung zu erstatten. Der schriftlichen Aufforderung des Schilehrerverbandes, die erforderlichen Nachweise vorzulegen, ist binnen zwei Wochen zu entsprechen.

§ 22

Schilehrerprüfung

(1) Durch die Prüfung für Schilehrer ist festzustellen, ob die Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers für die fachkundige Erteilung von Unterricht im Schilauf ausreichen.

...

(3) Die Prüfung für Schilehrer besteht aus zwei Teilprüfungen. Durch die erste Teilprüfung ist festzustellen, ob die Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers ausreichen, um Grundkenntnisse des Schilaufes zu vermitteln. Durch die zweite Teilprüfung ist zu ermitteln, ob die Kenntnisse und Fertigkeiten im Sinne des Abs. 1 ausreichen."

Das Vorarlberger Schischulgesetz, LGBl. Nr. 55/2002, ist die Neukundmachung des Schischulgesetzes, LGBl. Nr. 35/1990 in der Fassung (zuletzt) LGBl. Nr. 31/2002. Die §§ 14 und 17 erhielten ihre Fassung durch die zuletzt genannte Novelle.

Der in § 17 Abs. 3 des Gesetzes verwiesene § 15 regelt die Pflichten der Lehrkräfte bei Ausübung der Unterrichtstätigkeit.

2.2. Beschwerdegegenständlich ist die Abweisung des Antrags der Beschwerdeführerin auf Feststellung, dass sie berechtigt sei, Praktikanten einzusetzen, wenn diese unter Aufsicht eines "höchstdiplomierten Skilehrers" stünden und nur auf den Skipisten des D Skigebiets tätig würden.

Die belangte Behörde hat diesen Antrag mit dem angefochtenen Bescheid mit der oben wiedergegebenen Begründung, also insbesondere unter Hinweis auf § 17 Vorarlberger Schischulgesetz bzw. darauf, dass es keine Norm gäbe, die die Verwendung von Praktikanten im Ausflugsverkehr ermögliche, abgewiesen.

Das Vorarlberger Schischulgesetz kennt keine Erteilung einer Genehmigung zur Verwendung von Praktikanten im Ausflugsverkehr.

Der Antrag der beschwerdeführenden Partei stellt daher im Ergebnis einen Antrag auf Erlassung eines Feststellungsbescheides (gerichtet auf die Feststellung der Zulässigkeit der Verwendung von Praktikanten) dar.

Nach Lehre und Rechtsprechung kann mangels besonderer gesetzlicher Anordnung eines Feststellungsbescheides ein solcher nur über Rechte oder Rechtsverhältnisse ergehen, wenn dies von einer Partei beantragt wird, diese ein rechtliches Interesse an der Feststellung hat und es sich um ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung handelt oder wenn die Feststellung im öffentlichen Interesse liegt (vgl. z. B. das hg. Erkenntnis vom 18. April 1986, Zl. 86/17/0069); dies jeweils unter der Voraussetzung, dass die maßgeblichen Rechtsvorschriften eine Feststellung dieser Art nicht ausschließen (vgl. zur Zulässigkeit eines Feststellungsbescheides beispielsweise weiters die hg. Erkenntnisse vom 4. November 1992, Zl. 86/17/0162 - verstärkter Senat,

Slg. Nr. 13.732/A, vom 6. September 1995, Zl. 95/12/0074, vom 23. April 1996, Zl. 93/05/0238, 0239, oder vom 20. Dezember 1996, Zl. 93/17/0008). Eine Feststellung in diesem Sinn ist dann nicht ein notwendiges, letztes und einziges Mittel zweckentsprechender Rechtsverteidigung, wenn über die im Feststellungsbescheid behandelte Rechtsfrage in einem eigenen Verfahren abzusprechen ist (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 26. April 2002, Zl. 2000/06/0205, oder vom 18. Oktober 1999, Zl. 94/17/0336, mit Hinweis auf die Erkenntnisse vom 20. Dezember 1996, Zl. 93/17/0008, und vom 22. November 1996, Zl. 92/17/0207, oder das hg. Erkenntnis vom 27. November 1995, Zl. 95/10/0134, für den Fall eines Wiederherstellungsauftrages und eines Strafverfahrens bezüglich Maßnahmen, die zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Erlassung eines Feststellungsbescheides bereits gesetzt waren, sodass die begehrte Feststellung eine Rechtsfrage betraf, die im Verfahren über den Wiederherstellungsauftrag bzw. im Verwaltungsstrafverfahren zu klären war). Ein derartiges Verfahren sieht das Vorarlberger Schischulgesetz jedoch nicht vor (vgl. für den Fall der Feststellung einer Bewilligungspflicht das hg. Erkenntnis vom 25. März 2004, Zl. 2000/07/0253).

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seiner Rechtsprechung auch betont, dass im Zusammenhang mit dem Kriterium, ob dem Antragsteller ein anderer Rechtsweg offen stünde, auch zu prüfen sei, ob die Beschreitung dieses Rechtsweges auch zumutbar sei (vgl. das hg. Erkenntnis vom 1. Juli 1993, Zl. 90/17/0116; zur Bedachtnahme auf das Moment der Zumutbarkeit auch das bereits zitierte hg. Erkenntnis eines verstärkten Senates vom 4. November 1992, Zl. 86/17/0162).

Gemäß § 42 Abs. 1 lit. j Vorarlberger Schischulgesetz wäre der Verantwortliche der Skischule wegen Übertretung des § 17 Vorarlberger Schischulgesetz verwaltungsstrafrechtlich verantwortlich, wenn entgegen § 17 Schischulgesetz im Ausflugsverkehr Praktikanten eingesetzt würden. Die Feststellung betrifft im vorliegenden Fall auch nicht eine Maßnahme, die bereits gesetzt wurde, sodass etwa über ihre Zulässigkeit in einem bereits anhängigen Verwaltungsstrafverfahren zu entscheiden gewesen wäre.

Im Hinblick auf die genannte Strafbestimmung des Vorarlberger Schischulgesetzes ist das Interesse der beschwerdeführenden Partei an der begehrten Feststellung zu bejahen. Es ist dem Rechtsunterworfenen nicht zumutbar, im Falle des Bestehens unterschiedlicher Rechtsauffassungen auf Seiten der Behörde und des Rechtsunterworfenen, entweder die beabsichtigte Maßnahme (die nach Auffassung der Behörde rechtswidrig wäre) zu unterlassen, oder aber die Maßnahme zu setzen und im Rahmen eines allfälligen Verwaltungsstrafverfahrens die Frage der Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit klären zu lassen (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 27. August 2002, Zl. 2000/10/0126).

Die Erlassung eines Bescheides über die beantragte Feststellung war daher zulässig.

2.3. Aus den unter 2.1. wieder gegebenen Bestimmungen des Vorarlberger Schischulgesetzes ergibt sich, dass Skischulen, die nicht in Vorarlberg ansässig sind, den Beschränkungen des § 17 Schischulgesetz unterliegen (wobei für Skischulen aus anderen österreichischen Ländern die zeitliche Beschränkung gemäß § 17 Abs. 1 lit. c des Gesetzes nicht gilt; die im Beschwerdefall insbesondere bedeutsame Einschränkung betreffend die Verwendung von Praktikanten gilt jedoch für Skischulen aus anderen Bundesländern ebenfalls bzw. gilt diese Beschränkung gemäß § 14 Vorarlberger Schischulgesetz auch für Vorarlberger Skischulen, soweit sie nicht in ihrem eigenen Skigebiet tätig sind; vgl. dazu § 13 Abs. 3 des Vorarlberger Schischulgesetzes, dem zu Folge der

"Schiunterricht ... grundsätzlich in jenem Schigebiet zu erfolgen

(hat), zu dem der Standort der Schischule gehört"). Daher können nicht ortsansässige Skischulen insbesondere keine Praktikanten (§ 14 Abs. 2) einsetzen, die die erste Teilprüfung der Skilehrerprüfung vor längstens vier Jahren abgelegt haben (wobei für die Vorarlberger Skischulen für in den letzten beiden Jahren tatsächlich verwendete Praktikanten unter den näheren Voraussetzungen des § 14 Abs. 2 des Gesetzes eine Verlängerung der zulässigen Dauer der Verwendung dieser Praktikanten um weitere vier Jahre möglich ist).

Die Beschwerdeführerin erblickt in dieser Beschränkung eine unzulässige Einschränkung der Ausübung der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG. Nach ihren im Verwaltungsverfahren gemachten Angaben strebt sie lediglich eine vorübergehende Ausübung der Tätigkeit in Vorarlberg im Rahmen der vom Vorarlberger Schischulgesetz für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit gezogenen Grenzen an. Es erübrigt sich daher im Beschwerdefall, näher auf die Problematik der Abgrenzung zwischen Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit einzugehen (vgl. hierzu etwa Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 50, Rn 4, sowie Jähnel, Die EG-Niederlassungsfreiheit und ihre

Auswirkungen auf das österreichische Gewerberecht, WBl. 1990, 253 (254), und beispielsweise EuGH, 30. 11. 1995, Rs C-55/94, Gebhard, Rdnr. 27).

2.4. Gemäß Art. 49 EG sind die Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Staat der Gemeinschaft als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verboten. Gemäß Art. 50 Abs. 1 EG sind Dienstleistungen im Sinne des Vertrages Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen. Art. 50 Abs. 2 EG zählt bestimmte Tätigkeiten auf, die insbesondere als Dienstleistungen gelten. Gemäß Art. 50 Abs. 3 EG kann der Leistende unbeschadet des Kapitels über die Niederlassungsfreiheit zwecks Erbringung seiner Leistungen seine Tätigkeit vorübergehend in dem Staat ausüben, in dem Leistung erbracht wird, "und zwar unter den Voraussetzungen, welche dieser Staat für seine eigenen Angehörigen vorschreibt".

Die von der Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit des Erteilens von Skiunterricht gegen Entgelt stellt eine entgeltliche Tätigkeit im Sinne des Art. 50 EG dar. Die Beschwerdeführerin erbringt die Dienstleistung mit bei ihr beschäftigten Skilehrern (vgl. für die Tätigkeit von Fremdenführern, die von Reisebüros mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat beschäftigt werden, EuGH 26. Februar 1991, Rs C-154/89, Kommission/Frankreich, Rdnr. 6 f., EuGH 26. Februar 1991, Rs C-180/89, Kommission/Italien, und EuGH 26. Februar 1991, Rs C-198/89, Kommission/Griechenland (Fremdenführer), oder für die Annahme von Wetten in einem anderen Mitgliedstaat als jenem des Sitzes einer Unternehmung EuGH 21. Oktober 1999, Rs C-67/98, Zenatti; zum Dienstleistungsbegriff Holoubek, in:

Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 50, Rn 4, oder Jahnel, Die EG-Niederlassungsfreiheit und ihre Auswirkungen auf das österreichische Gewerberecht, WBl. 1990, 253 (254)). Der grenzüberschreitende Charakter ist im Hinblick auf die vorübergehende Erteilung des Unterrichts in einem anderen Mitgliedsstaat als dem Staat der Ansässigkeit der Skischule gegeben. Art. 49 EG greift unabhängig vom Niederlassungsort der Empfänger der Leistung ein (EuGH 26. Februar 1991, Rs C-154/89, Kommission/Frankreich (Fremdenführer), Rdnr. 10, und mit Hinweis darauf Holoubek, a.a.O., Rn 27). Es ist daher nicht ausschlaggebend, dass im konkreten Fall die Kunden der beschwerdeführenden Partei (die zu unterrichtenden Skifahrer) "nicht in Vorarlberg aufgenommen wurden" (§ 17 Abs. 1 lit. b Vorarlberger Schischulgesetz). Die von der Beschwerdeführerin ausgeübte Tätigkeit fällt daher in den Anwendungsbereich des Art. 49 EG.

2.5. Wenn die belangte Behörde in der Gegenschrift ausgehend von dem im Verfahren vorgelegten Gutachten feststellt, dass im Falle der Ausübung der Skilehrertätigkeit "allein auf die Wintersaison, also auf drei Monate" abzustellen sei, und sich jemand, der während dieser ganzen Zeit die Skilehrertätigkeit ausübe, niedergelassen habe, entfernt sie sich von dem von ihr im Verfahren festgestellten und zu beurteilenden Sachverhalt. Der Antrag der Beschwerdeführerin bezieht sich ausschließlich auf die vorübergehende Ausübung der Erteilung von Skiunterricht in der Höchstdauer von 28 Tagen pro Saison.

Im Verwaltungsverfahren ist die belangte Behörde auch dementsprechend davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Beschwerdeführerin grundsätzlich in den Anwendungsbereich des § 17 Vorarlberger Schischulgesetz falle, dass also sachverhaltsmäßig eine vorübergehende Ausübung der Unterrichtstätigkeit vorliege.

2.6. Weiters ist zum Vorbringen in der Gegenschrift, das von der Beschwerdeführerin vorgelegte Gutachten von Prof. Dr. Rudolf Streinz und Dr. Christoph Herrmann versuche, über die Bildung eines Unternehmenstypus der "Reiseschischule" dem "Teil Schischule" "den Anwendungsbereich der Grundfreiheiten zu eröffnen" (vgl. Streinz/Herrmann/Kraus, Ärger um die weiße Pracht - Schischulgesetze der Alpenländer auf dem Prüfstand, EWS 2003, 537, die den Begriff der Reiseschischule bzw. des Reiseunternehmens, das Skireisen mit integriertem Skikursangebot grenzüberschreitend anbietet, ebenfalls verwenden) darauf hinzuweisen, dass die Erteilung von Skiunterricht nach dem Vorgesagten grundsätzlich als eine von Art. 49 EG erfasste Dienstleistung anzusehen ist, sodass es nicht der Kombination mit einer anderen Tätigkeit bedarf, um sich hinsichtlich der Tätigkeit des Erteilens von Skiunterricht auf die Dienstleistungsfreiheit berufen zu können. Es trifft daher schon insoweit nicht zu, dass die Beschwerdeführerin - wie in der Gegenschrift behauptet wird - keine Gesellschaft wäre, die sich gemäß Art. 48 iVm Art. 55 EG auf die Dienstleistungsfreiheit berufen könnte. Darüber hinaus ist auch zu diesem Vorbringen darauf hinzuweisen, dass die belangte Behörde damit Sachverhaltsannahmen der Gutachter offenbar stillschweigend zur Grundlage der rechtlichen

Beurteilung im Beschwerdefall macht und sich insoweit von den Sachverhaltsannahmen, die sie dem angefochtenen Bescheid zu Grunde gelegt hat, entfernt. Abgesehen davon, dass auf derartige neue Sachverhaltsannahmen im Hinblick auf § 41 Abs. 1 VwGG nicht einzugehen wäre, trifft auch die rechtliche Schlussfolgerung der belangten Behörde auf der Basis dieser Sachverhaltsannahme nicht zu. Unabhängig davon, ob die Unterrichtstätigkeit von einer eigenen Unternehmung, die vom Reiseveranstalter unabhängig ist, angeboten wird, oder die Dienstleistung der Beschwerdeführerin in einer Kombination von Leistungen (Organisation der Reise und Erteilung des Unterrichts als Gesamtpaket) besteht, ist für die Dienstleistung der Erteilung von Skiunterricht von der Anwendbarkeit des Art. 49 EG auszugehen.

Es ist daher hinsichtlich der beschwerdeführenden Skischule als einer Gesellschaft im Sinn des Art. 48 EG (iVm Art. 55 EG) zu prüfen, welche Bedeutung die sich aus Art. 49 EG ergebenden Rechte eines solchen Unternehmens bei der Anwendung des Vorarlberger Schischulgesetzes haben.

2.7. Art. 49 und Art. 50 EG sind nach der Rechtsprechung des EuGH unmittelbar anwendbar (vgl. EuGH 3. Dezember 1974, Rs. 33/74, van Binsbergen, Slg. 1974, 1299, Rdnr. 18 ff, und etwa Budischowsky in: Mayer (Hrsg.), EU- und EG-Vertrag, Kommentar, Rz 3 zu Art. 49 EG). Im Falle eines Widerspruchs zu den Anforderungen, die sich aus Art. 49 und Art. 50 EG ergeben, sind innerstaatliche Rechtsvorschriften gegebenenfalls im Hinblick auf den Vorrang des Gemeinschaftsrechts unangewendet zu lassen (vgl. EuGH 29. April 1999, Rs. C-224/97, Ciola, und Budischowsky a.a.O., Rz 3 zu Art. 49 EG, sowie das hg. Erkenntnis vom 18. November 2004, Zl. 2001/07/0166). Es ist daher zunächst zu prüfen, ob die von der belangten Behörde angewendeten Bestimmungen des Vorarlberger Schischulgesetzes mit dem Gemeinschaftsrecht, insbesondere den Art. 49 und 50 EG, vereinbar sind.

2.8. Nach der Rechtsprechung des EuGH sind unter den unter Art. 49 EG fallenden Beschränkungen zu unterscheiden:

-

offene Diskriminierungen,

-

versteckte Diskriminierungen und

-

sonstige Beschränkungen, die dem aus Art. 49 EG abgeleiteten immanenten Rechtfertigungsvorbehalt unterliegen (vgl. Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 49, Rn 63 und 64).

Während offene Diskriminierungen, die explizit auf Grund der Staatsangehörigkeit unterscheiden oder eine Ansässigkeit im Ausübungsstaat erfordern, jedenfalls verboten sind, soweit nicht eine ausdrückliche vertragliche Ausnahmeregelung wie insbesondere Art. 45 und Art. 46 EG in Verbindung mit Art. 55 EG, der diese Regelungen auch für die Dienstleistungsfreiheit für anwendbar erklärt, eingreift, und dies auch für versteckte Diskriminierungen gilt, sind sonstige Beschränkungen, auch wenn sie undifferenziert auf inländische wie ausländische Leistungserbringer angewendet werden, darauf hin zu untersuchen, ob sie nach den in der Rechtsprechung des EuGH entwickelten Kriterien gerechtfertigt werden können (Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 49, Rn 63, sowie EuGH 29. April 1999, Rs C-224/97, Ciola, Rdnr. 16, mit Hinweis auf EuGH 26. April 1988 Rs 352/85, Bond van Adverteerders u. a., Slg. 1988, 2085, Rdnr. 32). Auch solche unterschiedslos angewendete Regelungen, die eine Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit bedeuten, sind nur zulässig, wenn sie im EG-Vertrag ausdrücklich zugelassen sind oder entsprechend der Rechtsprechung des Gerichtshofes aus zwingenden Gründen des Gemeinwohls gerechtfertigt werden können (EuGH 21. Oktober 1999, Rs C-67/98, Zenatti, Rdnr. 28).

2.9. Die in Rede stehende Regelung gilt nicht nur für in einem anderen Mitgliedsstaat der EU ansässige Skischulen, sondern auch für Skischulen aus anderen österreichischen Ländern und für Vorarlberger Skischulen, soweit sie nicht in ihrem eigenen Skigebiet tätig werden. Sie stellt insofern einen Sonderfall einer Differenzierung (in einer Berufsausübungsregelung) nach dem Sitz des Unternehmens dar, weil sie nicht am Umstand des Sitzes in einem anderen Mitgliedstaat anknüpft, sondern durch die Privilegierung der in der unmittelbaren Nähe des Ortes der Leistungserbringung nieder gelassenen Unternehmen in- und ausländische "nicht-ortsansässige" Unternehmen gleichermaßen betrifft. Sie differenziert zwischen ortsansässigen Skischulen und nicht ortsansässigen, wobei es für die Anwendung des hier primär interessierenden § 17 Abs. 1 lit. a Vorarlberger Schischulgesetz bei den letzteren nicht darauf ankommt, ob es sich um Skischulen aus einem anderen Mitgliedsstaat der EU oder um österreichische, nicht-

ortsansässige Unternehmen handelt. Wenngleich die Vorschrift somit die Ausübung der Tätigkeit ohne die in Rede stehende Beschränkung nicht an ein Ansässigkeitserfordernis in dem Sinne knüpft, dass an den Sitz in jenem Mitgliedstaat angeknüpft würde, in dem die Tätigkeit ausgeübt werden soll, und somit keine offen diskriminierende Regelung im eigentlichen Sinn darstellt (vgl. zu solchen Beschränkungen Holoubek, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Art. 49, Rn 68 ff, oder auch das Urteil in der Rechtssache Ciola, a.a.O.), trifft sie in einer Vielzahl von Fällen Dienstleister mit Sitz in einem anderen Mitgliedsstaat, die sich auf die Dienstleistungsfreiheit berufen können. Sie trifft somit in einem ganz besonderen Maße Anbieter von Skiunterricht aus anderen EU-Mitgliedstaaten und könnte insofern als eine versteckt diskriminierende Norm angesehen werden (vgl. auch die Rechtsprechung des EuGH zu Werbeverboten für bestimmte Waren, EuGH 8. März 2001, Rs C-405/98, Gourmet, Slg. 2001, I-1795).

Die Differenzierung nach der (unmittelbaren) Ansässigkeit der Skischule in einem bestimmten Gebiet in Vorarlberg (in der Folge mit dem Begriff "ortsansässig" umschrieben) bewirkt jedenfalls, dass die Erbringung von Dienstleistungen durch ausländische Skischulen zumindest mittelbar erschwert wird (vgl. z.B. EuGH Rs C- 381/93, Kommission/Frankreich). Die Regelung bedeutet somit jedenfalls eine Beschränkung, die - wie dies der EuGH in seiner Rechtsprechung ausdrückt - die Erbringung der Dienstleistung "weniger attraktiv" machen kann (vgl. die Urteile des EuGH vom 12. 12. 1996, Rs. C-3/95, Reisebüro Broede, Rdnr. 25, und 28. März 1996 Rs. C-272/94, Guiot). Sie ist nach den Ausführungen des EuGH im bereits genannten Urteil in der Rechtssache Gourmet jedenfalls nur dann aus einem anerkannten Grund des Allgemeininteresses, wie die vom Land Vorarlberg genannten Erwägungen der Sicherheit, gerechtfertigt, wenn sie die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erfüllt (EuGH 8. März 2001, Gourmet, a.a.O., Rdnr. 41).

2.10. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung insofern aus Art. 49 EG ein allgemeines Beschränkungsverbot abgeleitet, welches auch der Erlassung von generell anwendbaren Regelungen entgegensteht, die nicht nach der Staatsangehörigkeit differenzieren, wenn die Vorschriften nicht im Sinn der Rechtsprechung des EuGH gerechtfertigt werden können (vgl. z.B. EuGH 25. Juli 1991, Rs C-288/89, Collectieve Antennevoorziening Gouda, Rdnr. 13 bis 15, und EuGH 21. Oktober 1999, Rs C-67/98, Zenatti, Rdnr. 28).

Der EuGH hat ganz allgemein ausgesprochen, dass Art. 49 EG der Anwendung einer nationalen Regelung entgegen stehe, die die Möglichkeit für einen Dienstleistungserbringer, von dieser Freiheit tatsächlich Gebrauch zu machen, ohne objektive Rechtfertigung beschränke (EuGH 5. 10. 1994, Rs. C-381/93, Kommission/Frankreich, Rdnr. 16, mit Hinweis auf EuGH 25. 7. 1991, Rs. C-288/89, Gouda, und Rs 266/96, Corsica Ferries II). Auch dann, wenn eine Regelung einem in der Rechtsprechung anerkannten zwingenden öffentlichen Interesse dient, ist zu prüfen, ob die Regelung geeignet ist, das angestrebte Ziel zu erreichen, und ob sie nicht über das zur Zielerreichung Erforderliche hinausgeht (Verhältnismäßigkeitsprüfung; vgl. EuGH 21. 10. 1999, Rs C-67/98, Zenatti, Rdnr. 28).

In dem bereits genannten Urteil in der Rechtssache Gourmet hat der EuGH in einem Fall, in dem er im Zusammenhang mit der Prüfung unter dem Gesichtspunkt der Dienstleistungsfreiheit zum Schluss kam, dass nichts darauf hindeute, dass die von den schwedischen Behörden für die Maßnahme ins Treffen geführten Gründe des Gesundheitsschutzes missbraucht und zur Diskriminierung von Waren aus anderen Mitgliedstaaten oder zum mittelbaren Schutz bestimmter nationaler Produktionen verwandt worden wären (a.a.O., Rdnr. 32), ausgesprochen, dass es dem nationalen Gericht obliege, zu beurteilen, ob das in Rede stehende Werbeverbot die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erfülle (a.a.O., Rdnr. 41).

Es kann im Beschwerdefall somit letztlich dahin gestellt bleiben, in welche der oben dargestellten, nach der Rechtsprechung zu unterscheidenden verschiedenen Typen von Regelungen die verfahrensgegenständliche Bestimmung einzuordnen wäre, sofern sie sich jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit als gemeinschaftsrechtswidrig erweisen sollte.

2.11. Der EuGH fordert nämlich ganz allgemein eine "objektive Rechtfertigung", welche dann vorliegt, wenn die Regelung nicht diskriminierend angewendet wird, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses dient und wenn sie verhältnismäßig ist, worunter insbesondere zu verstehen ist, dass die Vorschrift geeignet sein muss, das angestrebte Ziel zu erreichen, und sie auch nur solche Beschränkungen enthält, die zu dieser Zielerreichung erforderlich sind (sie also nicht überschießend ist). Aus diesem Grunde ist somit auch nicht entscheidend, dass in der Gegenschrift darauf hingewiesen wird, der EuGH habe in seinem Urteil in der Rechtssache Köstler, Rs 15/78, Slg. 1978, 1971, festgestellt, dass keine Verpflichtung bestehe, ausländische Dienstleistungserbringer günstiger zu stellen als die

in dem betreffenden Mitgliedstaat ansässigen. Unabhängig davon, dass es zulässig ist, in- und ausländische Unternehmen (hier: alle nicht ortsansässigen) gleich zu behandeln, muss die jeweilige (auch die nicht diskriminierende) Regelung den oben dargestellten Kriterien entsprechen, also insbesondere verhältnismäßig sein.

2.12.1. Zur Frage der Verhältnismäßigkeit der Regelung ist Folgendes zu bedenken:

In den Erläuterungen zur Regierungsvorlage betreffend ein Gesetz über eine Änderung des Schischulgesetzes, Blg. 11 zu den Sitzungsberichten des XXVII. Vlg. LT, 17, wird zur Regelung des Ausflugsverkehrs (§ 17) ausgeführt, dass Voraussetzung für die Ausflugsfähigkeit ausländischer Skischulen die fachliche Befähigung ihrer Lehrkräfte sei. Damit stehe der Aspekt der Sicherheit im Vordergrund. Überlegungen zur Frage, weshalb eine Differenzierung hinsichtlich der fachlichen Qualifikation der Lehrkräfte zwischen ortsansässigen und anderen Skischulen möglich sein sollte, enthalten die Erläuterungen nicht. Es wird lediglich ausgeführt, dass sich die Regelung an der durch das Primärrecht der Europäischen Union garantierten Dienstleistungsfreiheit "orientiere". Sie berücksichtige weiters die Entscheidung der Europäischen Kommission vom 25. Juli 2000, Zl. K (2000) 2274, und das Übereinkommen vom 28. März 2000, das zwischen den Verbänden der Berufsskilehrer in der EU abgeschlossen worden sei. In näherer Ausführung der Überlegungen zur Gewährleistung der Sicherheit wird ausgeführt, dass die vorübergehende Erbringung von Dienstleistungen durch auswärtige Skischulen nur dann zulässig sein solle, wenn die Lehrkräfte über eine entsprechende fachliche Befähigung verfügten (Abs. 1 lit. a). Die fachliche Befähigung ergäbe sich einerseits aus den im Gesetz geregelten Prüfungen bzw. andererseits aus der Anerkennung von Prüfungen, Ausbildungen und der Berufserfahrung. Um einen hohen Sicherheitsstandard zu gewährleisten, sollten Personen mit noch nicht abgeschlossener Skilehrerausbildung nicht im Ausflugsverkehr tätig werden. Dies entspreche § 14 Abs. 2 und 3, dem zufolge Personen, die in der Ausbildung zum Skilehrer stünden, aus Sicherheitsgründen nur unter Aufsicht und Anleitung und nur auf Skipisten im Skigebiet der eigenen Skischule verwendet werden dürften.

2.12.2. Der Landesgesetzgeber dürfte somit daran gedacht haben, dass sich die Beschränkungen, die sich aus § 17 Vorarlberger Schischulgesetz ergeben, mit Art. 46 EG rechtfertigen ließen. Er ist daher möglicherweise selbst davon ausgegangen, dass eine Rechtfertigung im Sinne des Art. 46 EG erforderlich wäre, weil eine "Sonderregelung für Ausländer" vorliege. Nach dem Vorstehenden ist es jedoch unerheblich, ob eine Rechtfertigung im Sinne des Art. 46 EG erforderlich wäre, wenn schon die auch für nicht diskriminierende Regelungen gebotene Rechtfertigung nicht vorliegt. Ungeachtet dieser der Norm möglicherweise zu Grunde liegenden Auffassung des Gesetzgebers (der zu Folge jedenfalls eine versteckte Diskriminierung vorläge, die aber auf einen Rechtfertigungsgrund des Art. 46 EG gestützt werden könnte) muss nämlich auch eine nicht als eine (zumindest versteckte) Diskriminierung zu verstehende Bestimmung objektiv rechtfertigbar im Sinne der wiedergegebenen Rechtsprechung des EuGH sein.

2.12.3. Die belangte Behörde hat sich (im Anschluss an die Erläuterungen zur Regierungsvorlage für die Novelle zum Vorarlberger Schischulgesetz im Jahre 2002) in ihrer Gegenschrift insbesondere auf das auch in den Materialien zitierte (zwischen den Verbänden der Berufsskilehrer geschlossene) Übereinkommen vom 28. März 2000 berufen (vgl. Streinz/Herrmann/Kraus, Schischulgesetze der Alpenländer und EG-Recht, EWS 2003, 537 (538), die im Zusammenhang mit diesem sogenannten "Lyoner Übereinkommen" von einem "unter der Ägide der Europäischen Kommission unternommenen Versuch" sprechen, "eine verbandsmäßige 'gemeinsame Marktordnung' für den Bereich des Skiunterrichts einzuführen"). Die belangte Behörde vermeint, dass sich aus dem Übereinkommen für den nationalen Gesetzgeber "eine gewisse Verbindlichkeit" ergäbe, heiße es doch dort:

"Die Mitgliedstaaten treffen alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus diesem Vertrag oder aus Handlungen der Organe der Gemeinschaft ergeben".

Hiezu ist zunächst zu bemerken, dass Übereinkommen der vorliegenden Art nicht geeignet sind, gemeinschaftsrechtliche Regelungen zu derogieren. Insbesondere kommt aber auch eine Auslegung von Primärrecht, wie etwa des Art. 49 EG, im Lichte derartiger Abkommen nicht in Betracht. Was die wörtlich wiedergegebene Passage aus dem Übereinkommen betreffend die Maßnahmen durch die Mitgliedstaaten anlangt, ist darauf hinzuweisen, dass sich aus Vereinbarungen zwischen Berufsvereinigungen keine Verpflichtungen der Mitgliedstaaten ergeben können und dass solche Vereinbarungen keine Rechtsquelle des Gemeinschaftsrechts darstellen.

2.12.4. Die belangte Behörde weist in ihrer Gegenschrift weiters auf Art. 14 der Richtlinie 92/51/EWG hin, dem zu Folge ein Mitgliedstaat, der dem Antragsteller nicht die Wahl zwischen einem Anpassungslehrgang und einer Eignungsprüfung überlassen möchte, der Kommission unverzüglich den Entwurf der betreffenden Vorschrift zu

übermitteln habe. Die Kommission habe mit der oben zitierten Entscheidung K (2000) 2274 die beantragte Ausnahme bewilligt. Aus einem Sekundärrechtsakt ergäbe sich somit, dass es Gründe gäbe, die Ausnahmen von den Grundfreiheiten rechtfertigten.

Die belangte Behörde übersieht mit diesem Hinweis, dass die genannte Möglichkeit der Mitgliedstaaten, keine Wahlmöglichkeit einzuräumen, sondern nur die Eignungsprüfung vorzusehen, nur die Frage betrifft, welche in anderen EU-Mitgliedstaaten erworbenen Qualifikationen anzuerkennen sind und wie der Nachweis erforderlicher Befähigungen zu erbringen ist. Sie besagt nichts darüber, welche Vorschriften über die Verwendung von Personen mit bestimmten Qualifikationen (gleich wie diese nachzuweisen sind) für die Ausübung der Dienstleistungsfreiheit erlassen werden dürfen. Die beschwerdeführende Partei hat auch keinen Antrag betreffend die Anerkennung bestimmter Ausbildungen der von ihr beschäftigten Skilehrer gestellt, sondern einen auf die Zulässigkeit der Verwendung von Praktikanten, wie sie von ortsansässigen Skischulen eingesetzt werden dürfen, zielenden Feststellungsantrag. Sofern es zulässige Regelungen für den Einsatz bestimmt qualifizierter Personen gibt, ist die Einordnung der Personen gegebenenfalls nach der Vorschrift über die Anerkennung von Qualifikationen vorzunehmen. Die Zulässigkeit einer bestimmten Regelung über die Anerkennung der Qualifikation von Personen besagt jedoch nichts über die Zulässigkeit unterschiedlicher Regelungen betreffend die Verwendung gleich qualifizierter Personen. Die Beschwerdeführerin wollte nicht eine Feststellung, dass sie Skilehrer, die nicht den nach dem Vorarlberger Gesetz aufgestellten Kriterien entsprechen, einsetzen dürfe, sondern eine Feststellung dahin gehend, dass sie gleich qualifiziertes Personal einsetzen könne wie dies ortsansässige Skischulen zulässiger Weise tun können.

2.12.5. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass sich aus der Anerkennung des Sicherheitsaspektes als eines für die Abweichung im Sinn der Richtlinie 92/51/EWG maßgeblichen Gesichtspunktes auch nichts Wesentliches für die Beurteilung des § 17 Abs. 1 lit. a Vorarlberger Schischulgesetz unter dem Blickwinkel der Dienstleistungsfreiheit ergibt.

Dass der Gesichtspunkt der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes ein zwingendes Allgemeininteresse im Sinne der Rechtsprechung darstellt, welches auch nicht diskriminierende Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit rechtfertigen könnte, wäre auch ohne die genannte Entscheidung der Kommission nicht zu bestreiten (vgl. etwa in diesem Sinne EuGH 8. März 2001, Rs C- 405/98, Gourmet, Rdnr. 40). Auch ohne die von der belangten Behörde genannte Spezialregelung für die Anerkennung bzw. Feststellung der fachlichen Qualifikation von Skilehrern ergäbe sich aus der Rechtsprechung des EuGH somit, dass Gesichtspunkte des Gesundheitsschutzes und der Sicherheit der Personen, die Skiunterricht nehmen, als zwingende Gründe des Allgemeininteresses anzuerkennen sind, welche bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen eine beschränkende Regelung rechtfertigen könnten.

Insofern kann der belangten Behörde jedenfalls gefolgt werden, dass die von der Regelung verfolgten Sicherheitsaspekte als zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu qualifizieren sind, die eine Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit grundsätzlich rechtfertigen könnten.

2.12.6. Zu prüfen ist aber, ob die Regelung die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit erfüllt, also ob sie zur Zielerreichung geeignet ist und ob sie sich auf das Erforderliche beschränkt, bzw. ob mit anderen Maßnahmen das angestrebte Ziel ebenfalls erreicht werden könnte (vgl. neuerlich das bereits zitierte Urteil in der Rechtssache Gourmet, Rdnr. 41).

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass eine Vorschrift, nur besonders qualifiziertes Personal zu verwenden, grundsätzlich zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet erscheint. Dies wird man jedenfalls für die Erteilung von Skiunterricht im alpinen Gelände bejahen müssen. Es geht bei den erforderlichen Qualifikationen für die Erteilung von Skiunterricht im alpinen Gelände nicht nur um die für den Skilauf erforderlichen Fertigkeiten und die Fähigkeiten zur Vermittlung dieser Fertigkeiten, sondern auch um die Kenntnisse der mit der Sportausübung in alpinen Regionen verbundenen Gefahren. Fraglich könnte in diesem Zusammenhang allenfalls sein, ob dies auch für die Vermittlung der Grundkenntnisse des Skilaufes (um die es bei der Tätigkeit der Praktikanten gemäß § 22 Abs. 3 Vorarlberger Schischulgesetz nur gehen kann) zutrifft. Diese Frage kann aber angesichts der folgenden Überlegungen zur Rechtfertigung der im Gesetz enthaltenen Differenzierung zwischen ortsansässigen und anderen Skischulen dahin gestellt bleiben, sodass nicht näher zu untersuchen ist, inwieweit der Umstand, dass die Kenntnis und Einschätzung alpiner Gefahren selbst bei der Benützung gesicherter Pisten von Bedeutung ist, eine allgemeine Regelung über das

Verbot der Beschäftigung der hier in Rede stehenden Praktikanten tragen könnte. Zu beurteilen ist nicht eine solche generelle Regelung, sondern die vorliegenden Regelungen, denen zu Folge der Einsatz von Praktikanten nur ortsansässigen Skischulen gestattet ist.

Bei der Beurteilung der Erforderlichkeit der Regelung im Sinne ihrer Notwendigkeit für die Gewährleistung der Sicherheit der Kunden des Dienstleisters muss im vorliegenden Zusammenhang auch ein Vergleich mit der für die ortsansässigen Skischulen geltenden Regelung erfolgen und die diesbezüglich vorgesehene Differenzierung im Hinblick auf ihre Erforderlichkeit hinterfragt werden. Im Falle einer Differenzierung zwischen ortsansässigen und nicht ortsansässigen Skischulen kann im Lichte der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 und 50 EG die für nicht ortsansässige Unternehmen geltende Regelung jedenfalls nur dann als im Sinne der Rechtsprechung zu allgemeinen Beschränkungen gerechtfertigt angesehen werden (auch wenn sie ohne Unterschied nach dem Sitz in einem anderen EU-Mitgliedstaat, also sowohl für österreichische als auch ausländische Skischulen gilt), wenn sich die zusätzlichen Anforderungen, die an nicht ortsansässige Unternehmen gestellt werden, als erforderlich und verhältnismäßig erweisen. Wenn man nämlich die vorliegende Differenzierung zwischen ortsansässigen und nicht ortsansässigen Skischulen nicht bereits wegen der Differenzierung an sich als unzulässige Beschränkung gemäß Art. 49 EG ansieht, sondern die Gesamtregelung (lediglich) als eine allgemeine, im Inland geltende Beschränkung begreift, genügt es nicht, jenen Teil der Regelung, der sich auf die nicht ortsansässigen Unternehmen bezieht, im Hinblick auf die Eignung zur Zielerreichung zu prüfen, sondern ist die Gesamtregelung im Hinblick darauf einer Beurteilung zu unterziehen, ob die für die nicht ortsansässigen Skischulen normierten zusätzlichen Erfordernisse tatsächlich auf sachlichen Unterschieden beruhen, die die Annahme rechtfertigen, dass nur diese zusätzlichen Erfordernisse die Erreichung jenes Sicherheitsniveaus gewährleisten, das durch die weniger strenge Regelung für die ortsansässigen Skischulen erreicht wird. Andernfalls könnte die Regelung nicht als erforderlich im Sinne der zitierten Rechtsprechung des EuGH angesehen werden.

Wenn die belangte Behörde in diesem Zusammenhang darauf verweist, dass die Sicherheit nur gewährleistet sei, wenn die Praktikanten ausschließlich in Gebieten eingesetzt werden dürften, die ihnen vertraut seien, und zwischen Praktikanten der ortsansässigen Skischulen und der Skischulen, die im Ausflugsverkehr tätig werden, insofern einen Unterschied erblickt, als die ersteren eine solche Ortskenntnis durch ihren dauernden Einsatz aufweisen, während sie den letzteren fehle, übersieht sie, dass die anzuwendende Bestimmung in keiner Weise auf diese Ortskenntnis abstellt, schließt sie doch nicht aus, dass einerseits die ortsansässige Skischule auch unerfahrene Praktikanten (allenfalls nur in Spitzenzeiten wie den Hauptferienzeiten auch der europäischen Staaten, aus denen die Gäste kommen, die zu einem großen Teil mit den Semesterferien der österreichischen Universitäten zusammenfallen, sodass die Deckung eines erhöhten Bedarfes an Lehrkräften gerade zu diesen Zeiten mit den hier in Rede stehenden Praktikanten durchaus realistisch erscheint) einsetzen. Andererseits ist es auf Grund der bestehenden Regelung aber ausländischen Skischulen auch untersagt, Praktikanten, die bereits eine ein- oder mehrjährige Erfahrung im Skigebiet aufweisen, einzusetzen. Da § 17 Abs. 1 lit. a Vorarlberger Schischulgesetz, auf den die belangte Behörde die Abweisung des Antrags gestützt hat, schematisch danach unterscheidet, ob die Skischule ortsansässig ist, aber nicht danach, ob der Praktikant tatsächlich Ortskenntnisse hat, kann dahin gestellt bleiben, ob der Antrag der beschwerdeführenden Partei sich - obwohl dies nicht im formulierten Antrag zum Ausdruck kommt, aber durch die Begründung nahe gelegt werden könnte - auf schon bei ihr beschäftigte, konkrete Praktikanten bezog (oder auf alle, auch künftig bei ihr beschäftigte) und ob es in diesem Fall für die gemeinschaftsrechtliche Beurteilung auf die konkreten Ortskenntnisse der Praktikanten ankäme. Die belangte Behörde hat ausgehend von ihrer Rechtsansicht, dass § 17 Abs. 1 lit. a Vorarlberger Schischulgesetz die Abweisung des Antrags ohne derartige nähere Prüfung erfordere, diesbezüglich keine Feststellungen getroffen und keine rechtlichen Überlegungen in diese Richtung angestellt.

Dass - wie in den Materialien ausgeführt wird - die länger verwendeten Praktikanten sich eine solche Ortskenntnis faktisch erwerben werden, mag zutreffen, rechtfertigt aber nicht eine Regelung, die schematisch, also ohne auf die konkrete Ortskenntnis des Praktikanten oder des ihn beaufsichtigenden Personals abzustellen, Skischulen im Ausflugsverkehr generell den Einsatz von Praktikanten verbietet, selbst wenn diese Ortskenntnis haben bzw. das Aufsichtspersonal über die Ortskenntnis verfügt. Die diesbezüglichen Ausführungen der belangten Behörde im angefochtenen Bescheid gehen von der Sachverhaltsannahme aus, dass der von einer ortsansässigen Skischule eingesetzte Praktikant länger tätig sein werde als der von der ausländischen Skischule eingesetzte Praktikant (wobei überdies zu dem in diesem Zusammenhang im angefochtenen Bescheid angeschlossenen Hinweis auf die

Notwendigkeit, die Praktikanten nur in Gebieten mit geringem Gefahrenpotential einzusetzen, zu bemerken ist, dass dieser Aspekt keine Differenzierung der hier in Rede stehenden Art rechtfertigt). Die von der belangten Behörde zu Grunde gelegte Sachverhaltsannahme trifft jedoch keineswegs in jedem Fall zu. Das angestrebte Ziel der entsprechenden Ortskenntnis (auch) der Praktikanten wurde auch nicht ausdrücklich als Voraussetzung in das Gesetz aufgenommen. Wenn es dem Gesetzgeber um die Sicherstellung der von der belangten Behörde als typischerweise gegeben angenommenen Situation gegangen wäre, hätte er eine entsprechende Regelung aufnehmen können, die tatsächlich nur die Verwendung von ortskundigen Praktikanten zulässt. Eine Vorschrift, die den ortsansässigen Skischulen keinerlei Beschränkungen hinsichtlich der Verwendung von Praktikanten auferlegt (also auch den Einsatz von noch nicht mit dem Skigebiet vertrauten Personen zulässt), nicht ortsansässigen Skischulen jedoch den Einsatz von Praktikanten generell untersagt, kann nicht mit Hinweis auf den Sicherheitsaspekt gerechtfertigt werden. Zur Erreichung des im öffentlichen Interesses gelegenen Zieles des Einsatzes ortskundiger Praktikanten wäre eine weniger einschneidende Regelung möglich. Darüber hinaus bedeutet der Umstand, dass die ortsansässigen Skischulen keine rechtliche Verpflichtung trifft, ortskundige Praktikanten einzusetzen, dass auch die Eignung der Gesamtregelung zur Erreichung des von der belangten Behörde angegebenen Zieles fraglich ist, weil die Gewährleistung der als erforderlich angesehenen Umstände im Falle der ortsansässigen Skischulen nicht rechtlich sicher gestellt erscheint, sondern nur bei Zutreffen der faktischen Annahmen des Gesetzgebers.

2.12.7. Zu berücksichtigen ist weiters, dass gemäß § 22 Abs. 3 Vorarlberger Schischulgesetz die (die Qualifikation als "Praktikant" vermittelnde) erste Teilprüfung der Skilehrerprüfung dahin gehend umschrieben ist, dass durch sie festzustellen sei, ob die Kenntnisse und Fertigkeiten des Bewerbers ausreichen, um Grundkenntnisse des Skilaufes zu vermitteln. Gemäß § 14 Abs. 3 Schischulgesetz sind die Praktikanten, abgesehen davon, dass sie nur auf Skipisten im eigenen Skigebiet eingesetzt werden dürfen, nur entsprechend ihrem Ausbildungsniveau zu verwenden.

Dies bedeutet, dass Praktikanten nicht zum Erteilen von Skiunterricht schlechthin, sondern nur zur Vermittlung von Grundkenntnissen des Skilaufes eingesetzt werden dürfen. Der von ihnen erteilte Unterricht hat sich auf den Unterricht auf Skipisten zu beschränken. Er wird somit jedenfalls nur auf gesicherten und für die Skifahrer freigegebenen Pisten und hier auch nur auf Pisten, die im Zuge der Vermittlung von Grundkenntnissen des Skilaufes von den Teilnehmern bewältigt werden können, erfolgen. Die vom Gesetz in § 14 Abs. 3 vorgesehene Aufsicht wird sich insbesondere einerseits auf die Einhaltung dieser Bedingungen, andererseits auf die fachliche Seite der Erteilung des Unterrichts zur Vermittlung von Grundkenntnissen des Skilaufs erstrecken.

2.12.8. Wenn der Gesetzgeber offenbar zur Zielerreichung im Falle der ortsansässigen Skischulen eine entsprechende Aufsicht über die Praktikanten als ausreichend ansieht (§ 14 Abs. 3 Vorarlberger Schischulgesetz), ist schließlich noch zu prüfen, ob dieser Gesichtspunkt die im Gesetz getroffene Differenzierung rechtfertigt. Zu fragen ist, inwieweit eine solche Aufsicht im Falle nicht ortsansässiger Skischulen nicht bzw. nicht in gleichem Maße gewährleistet werden könnte.

Auch die hiebei allenfalls angestellte Überlegung, dass bei ortsansässigen Skischulen eher erwartet werden könnte, dass die Aufsicht unter

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