

Stellungnahme der Rp-Abteilung der Wirtschaftskammer Österreich (Univ. Doz. Dr. Hanreich) zum Erkenntnis des VfGH vom 30. September 2004, G 21/04 ua, betreffend die Aufhebung einer Wortfolge in § 84 Abs 7 MMHmG

## I. Rechtslage

§ 84 des Bundesgesetzes über die Berufe und Ausbildungen zum medizinischen Masseur und zum Heilmasseur (Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz - MMHmG), BGBl I Nr. 169/2002 idF BGBl. I Nr. 66/2003, lautete wie folgt:

### „Gewerbliche Masseur

§ 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 Masseur, 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 selbständig 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 selbständig 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 Masseur, 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 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.“

Mit Erkenntnis vom 30. September 2004, G 21/04 ua, hob der VfGH die Wortfolge „durch direkte Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern“ in § 84 Abs 7 MMHmG als verfassungswidrig auf und sprach unter einem aus, dass frühere gesetzliche Bestimmungen nicht wieder in Kraft treten und dass die aufgehobene Wortfolge nicht mehr anzuwenden ist. Diese Aussprüche des VfGH wurden mit BGBl I Nr. 141/2004, ausgegeben am 13. Dezember 2004, kundgemacht. Zusage des Art 140 Abs 5 B-VG ist damit die Aufhebung mit Ablauf des 13. Dezember 2004 in Kraft getreten. § 84 Abs 7 MMHmG hat damit seither den folgenden Wortlaut:

„(7) Gewerbliche Masseure, deren qualifizierte Leistungserbringung zum Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens dieses Bundesgesetzes nachgewiesen ist, können auch ohne Aufschulung eine Tätigkeit als Heilmasseur ausüben.“

## II. Konsequenzen

§ 84 MMHmG - er steht in dem mit „Übergangsbestimmungen“ überschriebenen 3. Abschnitt des Gesetzes - regelt das Verhältnis gewerblicher Masseure, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG als Masseure gearbeitet haben, zur Tätigkeit des Heilmasseurs. Er legt die Voraussetzungen fest, unter denen am 1. April 2003, dem Datum des Inkrafttretens der meisten Bestimmungen des MMHmG (vgl das Kundmachungsdatum des MMHmG - dabei handelt es sich um den 23. Dezember 2002 - iVm § 89 Abs 1 MMHmG), tätige gewerbliche Masseure als Heilmasseure tätig werden dürfen, ohne die volle Ausbildung zum Heilmasseur absolvieren zu müssen. Dabei bildet er durch ausdrückliche Regelung drei Gruppen von gewerblichen Masseuren, für die jeweils ein unterschiedliches Regime gilt, und unausdrücklich durch Nichterfassung der Personen, die das reglementierte Gewerbe der Massage durch weniger als sechs Jahre (oder unrechtmäßig) ausgeübt haben, eine vierte. Auf dem Boden der in Rede stehenden Vorschrift sind damit die folgenden Gruppen zu unterscheiden:

1. Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseur, BGBl. Nr. 618/1993, aufgrund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen haben und das reglementierte Gewerbe der Massage (§ 94 Z 48 GewO 1994) tatsächlich und rechtmäßig selbständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben. Die angehörigen dieser Gruppe sind dazu berechtigt, bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eine Aufschulung zum Heilmasseur gemäß dem MMHmG zu absolvieren (§ 84 Abs 1 MMHmG).
2. Personen, die vor dem Inkrafttreten des MMHmG das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig selbständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben, die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage ohne Absolvierung einer entsprechenden fachlichen Prüfung rechtmäßig erlangt haben und 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 Masseur, BGBl. Nr. 618/1993, erfolgreich absolvieren. Auch diese Personen sind berechtigt, bis zum Ablauf des 31. Dezember 2007 eine Aufschulung zum Heilmasseur gemäß dem MMHmG zu absolvieren (§ 84 Abs 2 MMHmG).
3. Gewerbliche Masseur, deren qualifizierte Leistungserbringung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG nachgewiesen ist. Diese Personen können auch ohne Aufschulung eine Tätigkeit als Heilmasseur ausüben (§ 84 Abs 7 MMHmG).
4. Personen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig selbständig über weniger als sechs Jahre ausgeübt haben. Für diese Personen besteht, da sie von den Übergangsregelungen des § 84 nicht erfasst werden, kein erleichterter Zugang zur Heilmasseurstätigkeit. Die Möglichkeit einer Aufschulung ist für sie nicht vorgesehen. Sie müssen daher den vollen Ausbildungsweg nach dem MMHmG absolvieren.

Ein Problem wirft die dritte Gruppe auf. In der vom VfGH aufgehobenen Fassung des (§ 84 Abs 7 MMHmG) war definiert gewesen, wie der ihr angehörende Personenkreis ermittelt werden kann. Das dessen Bestimmung leistende Kriterium der direkten Abrechnung mit den gesetzlichen Krankenversicherungsträgern ist jedoch aus dem Rechtsbestand ausgeschieden worden. § 84 Abs 7 MMHmG ordnet nunmehr lediglich an, dass jene gewerblichen Masseur, deren qualifizierte Leistungserbringung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes nachgewiesen ist, einer Aufschulung nicht bedürfen, um eine Tätigkeit als Heilmasseur entfalten zu können; ihm allein kann aber nicht mehr entnommen werden, wie das Vorliegen einer qualifizierten Leistungserbringung nachgewiesen werden kann.

Es lässt sich nun darüber streiten, ob § 84 Abs 7 MMHmG in der ihm durch den VfGH verliehenen Gestalt wegen Widerspruchs gegen des Bestimmtheitsgebot des Art 18 B-VG mit Verfassungswidrigkeit belastet ist oder doch im Wege einer systematischen Interpretation einer verfassungskonformen Deutung zugeführt werden kann. Versucht man eine solche Interpretation, so muss diese jedenfalls ihren Ausgang von der inneren Systematik des § 84 Abs 7 MMHmG nehmen. Im Blick auf diese, d.h. im Zusammenhalt des Abs 7 mit den Abs 1 und 2 des § 84 MMHmG zeigt sich, dass dann, wenn selbst gewerbliche Masseur, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG die Befähigung für das reglementierte Gewerbe der Massage gemäß der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene

Gewerbe der Masseur, BGBl. Nr. 618/1993, aufgrund einer erfolgreich abgelegten Prüfung nach dem 1. Oktober 1986 nachgewiesen haben und das reglementierte Gewerbe der Massage (§ 94 Z 48 GewO 1994) tatsächlich und rechtmäßig selbständig über einen Zeitraum von mindestens sechs Jahren ausgeübt haben, einer umfangreichen Aufschulung bedürfen, der Nachweis einer qualifizierten Leistungserbringung jedenfalls eine Leistungserbringung durch mehr als sechs Jahre hindurch wird umfassen müssen. Darüber hinaus wird wohl einerseits das Vorliegen einer Befähigung, die der mit der Verordnung über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Masseur, BGBl. Nr. 618/1993, geforderten Befähigung äquivalent ist, und andererseits die Absolvierung von Lehrgängen und Kursen, die in etwa den für die in die ersten beiden Gruppen fallenden Personen vorgesehenen Aufschulungsmodulen (§ 84 Abs 3 MMHmG) vergleichbar sind, belegt werden müssen.

Diese Deutung deckt sich im Wesentlichen mit der Auffassung des VfGH. Dieser ist in seinem aufhebenden Erkenntnis davon ausgegangen, dass der Abs 7 des § 84 MMHmG an die übrigen Absätze dieses § 84 anknüpft, und hat deshalb die Möglichkeit einer Auslegung des Abs 7 nach Entfall der aufgehobenen Wortfolge im Sinne des Gesetzes und damit einer dem Rechtsstaatlichkeitsgebot entsprechenden Vollziehung bejaht. Der VfGH hat dazu konkret ausgeführt:

„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.“

Damit aber gewährt - was ohnedies unter dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes bedenklich wäre - § 84 Abs 7 MMHmG keinen wesentlich erleichterten Zugang zur Heilmasseurstätigkeit. Auch nach § 84 Abs 7 müssen die Voraussetzungen des § 84 Abs 1 und 2 jedenfalls erfüllt sein. Und um die Aufschulungsnotwendigkeit nach den Abs 1 und 2 nicht völlig obsolet zu machen, muss in den nunmehr geltenden Abs 7 wohl das Erfordernis des Nachweises der Absolvierung einer zusätzlichen qualifizierenden Ausbildung hineingelesen werden.

Der Anwendungsbereich des § 84 Abs 7 MMHmG ist darüber hinaus ein hinsichtlich seines persönlichen Geltungsbereiches begrenzter: Er erfasst - seinem Charakter als Teil einer Übergangsbestimmung entsprechend - allein solche gewerblichen Masseure, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des MMHmG, also am 1. April 2003, eine qualifizierte Leistungserbringung nachweisen können. Nur diesem Personenkreis gestattet er die Ausübung der Heilmasseurstätigkeit ohne Aufschulung. Personen, die erst nach diesem Zeitpunkt das reglementierte Gewerbe der Massage tatsächlich und rechtmäßig auszuüben beginnen oder bei denen die qualifizierte Leistungserbringung erst nach dem 1. April 2003 nachgewiesen ist, werden durch diese Vorschrift nicht von der Aufschulung dispensiert. § 84 Abs 7 MMHmG hat damit nur die Übergangsphase bis zur vollen Wirksamkeit des MMHmG zum Gegenstand und eröffnet folglich keinen dauernden alternativen Zugang zur Tätigkeit als Heilmasseur.