

Verfassungsgerichtshof
Judenplatz 11, 1010 Wien
G 257/07 - 6

30. Okt. 2008

I M N A M E N D E R R E P U B L I K !

Der Verfassungsgerichtshof hat unter dem Vorsitz des
Präsidenten

Dr. H o l z i n g e r ,

in Anwesenheit der Vizepräsidentin

Dr. B i e r l e i n

und der Mitglieder

Dr. B e r c h t o l d -
O s t e r m a n n ,
DDr. G r a b e n w a r t e r ,
Dr. H a l l e r ,
Dr. H e l l e r ,
Dr. H ö r t e n h u b e r ,
Dr. K a h r ,
Dr. L a s s ,
Dr. L i e h r ,
Dr. M ü l l e r ,
Dr. O b e r n d o r f e r ,
DDr. R u p p e und
Dr. S p i e l b ü c h l e r

als Stimmführer, im Beisein der Schriftführerin

Mag. J e r a b e k ,

(10. Oktober 2008)

über den Antrag des ~~_____~~,
~~_____~~, vertreten durch die ~~_____~~
Rechtsanwaltsgesellschaft m.b.H., ~~_____~~, den
§ 14 und den § 45 des Medizinischer Masseur- und
Heilmasseurgesetzes - MMHmG, BGBl. I Nr. 169/2002, zur Gänze als
verfassungswidrig aufzuheben, in seiner heutigen
nichtöffentlichen Sitzung gemäß Art. 140 B-VG zu Recht erkannt:

Der Antrag auf Aufhebung des § 45 des Bundesgesetzes
über die Berufe und die Ausbildungen zum medizinischen Masseur
und zum Heilmasseur (Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz
- MMHmG), BGBl. I Nr. 169/2002, wird zurückgewiesen.

Im Übrigen wird der Antrag abgewiesen.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

1. Das Medizinischer Masseur- und Heilmasseurgesetz -
MMHmG, BGBl. I 169/2002, regelt die Berufe und die Ausbildungen
zum medizinischen Masseur und zum Heilmasseur. Gemäß § 1 Abs. 2
MMHmG dürfen diese Berufe "nur nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes
ausgeübt werden".

Die das Berufsbild und die Berufsausübung der medizi-
nischen Masseure sowie der Heilmasseure regelnden Bestimmungen
der §§ 5, 14, 29 und 45 MMHmG lauten (die angefochtenen Be-
stimmungen sind hervorgehoben):

"Berufsbild - Medizinischer Masseur

§ 5. (1) Der Beruf des medizinischen Masseurs umfasst
die Durchführung von

1. klassischer Massage,
2. Packungsanwendungen,
3. Thermotherapie,
4. Ultraschalltherapie und
5. Spezialmassagen

zu Heilzwecken nach ärztlicher Anordnung unter Anleitung und Aufsicht eines Arztes oder eines Angehörigen des physiotherapeutischen Dienstes.

(2) Bei Blindheit umfasst das Berufsbild des medizinischen Masseurs die Durchführung von

1. klassischer Massage und
2. Spezialmassagen

zu Heilzwecken nach ärztlicher Anordnung unter Anleitung und Aufsicht eines Arztes oder eines Angehörigen des physiotherapeutischen Dienstes.

(3) Die klassische Massage zu Heilzwecken umfasst Heilmassagen

1. manueller und
2. apparativer Art.

(4) Packungsanwendungen umfassen insbesondere

1. Kataplasmen (Munari, Italienische Packung),
2. Wärmepackungen und
3. Kältepackungen.

(5) Die Thermotherapie umfasst die Anwendung von Wärme oder Kälte zu Heilzwecken, wie insbesondere durch

1. Wärmeleitung,
2. Wärmestrahlung,
3. Energietransformation und
4. Wärmeentzug.

(6) Die Ultraschalltherapie ist die Anwendung von Schwingungen mit einer Frequenz von 20 kHz bis 10 GHz zu Heilzwecken.

(7) Spezialmassagen zu Heilzwecken umfassen insbesondere

1. Lymphdrainage,
2. Reflexzonenmassagen und
3. Akupunktmassage.

Berufsausübung als medizinischer Masseur

§ 14. Eine Berufsausübung als medizinischer Masseur darf im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu

1. einem Rechtsträger einer Krankenanstalt oder Kuranstalt oder

2. einem Rechtsträger einer sonstigen unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht stehenden Einrichtung, die der Vorbeugung, Feststellung oder Heilung von Krankheiten oder der Betreuung pflegebedürftiger Menschen dienen, oder

3. einem freiberuflich tätigen Arzt oder einer Gruppenpraxis oder

4. einem freiberuflich tätigen diplomierten Physiotherapeuten
erfolgen.

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.

(3) Der anordnende Arzt trägt die Verantwortung für die Anordnung (Anordnungsverantwortung), der Heilmasseur trägt die Verantwortung für die Durchführung der angeordneten Tätigkeit (Durchführungsverantwortung). Die ärztliche Anordnung hat schriftlich zu erfolgen. Die erfolgte Durchführung der angeordneten Tätigkeit ist durch den Heilmasseur durch Datum und Unterschrift zu bestätigen. Eine Übermittlung der schriftlichen Anordnung per Telefax oder im Wege automationsunterstützter Datenübertragung ist zulässig, sofern die Dokumentation gewährleistet ist.

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 dienen 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."

§ 78 MMHmG normiert folgende Straftatbestände:

"Strafbestimmungen

§ 78. (1) Wer

1. berufsmäßig eine unter dieses Bundesgesetz fallende Tätigkeit ausübt, ohne hiezu berechtigt zu sein, oder jemanden, der hiezu nicht berechtigt ist, zu einer derartigen Tätigkeit heranzieht oder

2.-3.
begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 5 000 Euro zu bestrafen. Der Versuch ist strafbar.

(2) Wer den Anordnungen zuwiderhandelt, die in den auf Grund dieses Bundesgesetzes erlassenen Verordnungen enthalten sind, begeht, sofern die Tat nicht den Tatbestand einer in die Zuständigkeit der Gerichte fallenden strafbaren Handlung bildet, eine Verwaltungsübertretung und ist mit einer Geldstrafe bis zu 5 000 Euro zu bestrafen. Der Versuch ist strafbar."

Die Verordnung des Bundesministers für soziale Sicherheit und Generationen über die Ausbildung zum medizinischen Masseur/zur medizinischen Masseurin und zum Heilmasseur/zur Heilmasseurin (Medizinischer Masseur- und Heilmasseur-Ausbildungsverordnung - MMHm-AV), BGBl. II 250/2003, regelt in ihrem § 30 die Durchführung der praktischen Ausbildung zum medizinischen Masseur:

"Durchführung der praktischen Ausbildung

§ 30. (1) Die praktische Ausbildung hat in Einrichtungen stattzufinden, die die für die Erreichung der Ausbildungsziele erforderliche Sach-, Personal- und Raumausstattung besitzen. Die organisatorische und zeitliche Einteilung der praktischen Ausbildung ist vom fachspezifischen und organisatorischen Leiter der Ausbildung zum medizinischen Masseur festzulegen.

(2) Die praktische Ausbildung ist unter Anleitung und Aufsicht von Fachkräften in Einrichtungen gemäß § 14 MMHmG durchzuführen. Nach Prüfung durch die medizinisch-wissenschaftliche Leitung kann mit Zustimmung der medizinisch-wissenschaftlichen Leitung die praktische Ausbildung auch bei einem freiberuflichen Heilmasseur durchgeführt werden.

(3) Fachkräfte dürfen im Rahmen der praktischen Ausbildung höchstens vier medizinische Masseure in Ausbildung gleichzeitig anleiten.

(4) Bei der Zuteilung der medizinischen Masseure in Ausbildung ist auf die besonderen Gegebenheiten der jeweiligen Praktikumsstelle und des jeweiligen Fachbereichs der praktischen Ausbildung Bedacht zu nehmen.

(5) Im Rahmen der praktischen Ausbildung dürfen die medizinischen Masseure in Ausbildung nur zu Tätigkeiten herangezogen werden, die

1. im unmittelbaren Zusammenhang mit der Ausbildung zum medizinischen Masseur stehen und

2. zur Erreichung der Ausbildungsziele erforderlich sind.

(6) Die medizinischen Masseure in Ausbildung haben im Rahmen der praktischen Ausbildung Aufzeichnungen über die durchgeführten Tätigkeiten zu führen. Diese sind von der betreffenden Fachkraft schriftlich zu bestätigen.

(7) Medizinische Masseure können im Rahmen der praktischen Ausbildung zur Unterstützung der Fachkräfte herangezogen werden. Gleiches gilt für Heilmasseure, die im Rahmen der praktischen Ausbildung nicht als Fachkräfte eingesetzt werden."

2. Der Antragsteller ist ein freiberuflich tätiger Heilmasseur. Mit dem vorliegenden, auf Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG gestützten Antrag begehrt er, § 14 und § 45 MMHmG idF BGBl. I 169/2002 zur Gänze als verfassungswidrig aufzuheben. Begründend wird dazu im Wesentlichen ausgeführt, dass diese Regelungen den Gleichheitsgrundsatz und das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verletzen würden, weil die Berufsausübung als medizinischer Masseur und Heilmasseur nur entweder freiberuflich oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu bestimmten Dienstgebern erfolgen dürfe, nicht aber im Rahmen eines Dienstverhältnisses zu einem Heilmasseur. Es handle sich dabei um eine objektive Beschränkung der Erwerbsbetätigung, weil Heilmasseuren die Beschäftigung von anderen Heilmasseuren oder medizinischen Masseuren untersagt werde. Eine solche Beschränkung sei weder durch ein öffentliches Interesse geboten noch zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich nicht gerechtfertigt. Freiberufliche Heilmasseure dürften gemäß § 30 Abs. 2 MMHm-AV auszubildende Masseure nur dann beschäftigen, wenn sie ihre praktische Ausbildung dort verrichten. Obwohl der Antragsteller angehende medizinische Masseure im Rahmen der Ausbildung beschäftigen dürfe, sei ihm eine Weiterbeschäftigung bereits voll ausgebildeter medizinischer Masseure im Rahmen eines Dienstverhältnisses nicht gestattet. Durch diese Regelung würden Physiotherapeuten sowie Kranken- und Kuranstalten in ungerechtfertigter Weise bevorzugt und deren Erwerbstätigkeit zulasten der freiberuflichen Heilmasseure gefördert.

Seine Antragslegitimation begründet der Einschreiter wie folgt:

"Der Beschwerdeführer würde bei einer Beschäftigung von ausgebildeten Heilmasseuren, die nicht mehr in Ausbildung sind, gegen § 78 Abs. 1 MMHG verstoßen und damit eine Verwaltungsübertretung begehen, die mit einer Geldstrafe von € 5.000,-- zu bestrafen ist.

[...]

Die bekämpfte generelle Norm greift auch direkt in die Rechtsposition des Antragstellers ein, da durch die bekämpfte Norm der Beschwerdeführer in der Ausübung der Erwerbstätigkeit eingeschränkt ist, so musste [er] sogar eine Mitarbeiterin, die er zwar ausbilden durfte, nach Beendigung der Ausbildung kündigen und [sie] durfte nicht weiterbeschäftigt werden. Die rechtlich geschützten Interessen des Antragstellers auf Freiheit der Erwerbstätigkeit und Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes sind daher nicht bloß potenziell, sondern stark aktuell beeinträchtigt.

Im gegenständlichen Fall liegt für den Antragsteller auch kein zumutbarer anderer Weg zur Geltendmachung der Gesetzes[-] und Verfassungswidrigkeit vor, da der Antragsteller keine andere Möglichkeit hat, die gesetzes- und gleichheitswidrige sowie erwerbsfreiheitsbeschränkende Bestimmung über die Berufsausübung als Heilmasseur zu bekämpfen. Ein zumutbarer anderer Weg zur Geltendmachung der behaupteten Verfassungswidrigkeit ist nicht gegeben, da dem Beschwerdeführer die Setzung einer strafbaren Handlung (siehe Verstoß gegen § 78 MMHG) nicht zugemutet werden kann (vgl. VfSlg. 1[6].137/2001 und VfGH 10.10.2002, G 267/01)."

3. Die Bundesregierung hat eine Äußerung erstattet, in der sie den Antrag stellt, den Individualantrag als unzulässig zurückzuweisen bzw. abzuweisen. Inhaltlich führt sie dazu u.a. Folgendes aus:

"Berufsausübungsregelungen für Gesundheitsberufe sind zum Schutz der Patienten/-innen und zur Qualitätssicherung generell restriktiv. In diesem Sinn wird durch die Beschränkung der Dienstverhältnisse von medizinischen Masseuren/-innen und Heilmasseuren/-innen auf die im MMHG ausdrücklich genannten Einrichtungen bzw. Personen ein kurzer Weg für Informationen und Reaktionen zwischen Anordnendem und Durchführendem sicher gestellt. Dabei ist auch der Gedanke maßgeblich, dass eine Anordnungsbefugnis (allenfalls auch eine Anleitungs- und Aufsichtsbefugnis) nur Angehörigen einer Berufsgruppe mit deutlich höherer medizinischer Qualifikation zukommen und sich auch in der rechtlichen Ausgestaltung der Berufsausübung abbilden soll. Darin

liegt die sachliche Rechtfertigung der bekämpften Bestimmungen, die ein Anstellungsverhältnis zwischen einem/einer Heilmasseur/in und einem/einer anderen Heilmasseur/in oder einem/einer medizinischen Masseur/in ausschließen.

Diese Regelung entspricht auch der Gesamtsystematik der Berufsgesetze aller Gesundheitsberufe in Österreich. So dürfen etwa Angehörige der gehobenen medizinisch-technischen Dienste gemäß § 7 MTD-Gesetz, BGBl. Nr. 460/1992, nicht bei anderen Angehörigen ihrer Berufsgruppe angestellt sein, sondern nur freiberuflich oder im Dienstverhältnis zu im Gesetz ausdrücklich genannten Einrichtungen bzw. Personen tätig sein. Hinzuweisen ist auch auf § 35 des Gesundheits- und Krankenpflegegesetz[es] (GuKG), BGBl. I Nr. 108/1997, und auf die Regelungen der §§ 52 ff des Ärztegesetzes 1998 über Ordinationsgemeinschaften und Gruppenpraxen.

... Die Weiterdelegation einer ärztlichen Anordnung durch Heilmasseure/-innen an eine/n weitere/n Heilmasseur/in oder an eine/n medizinische/n Masseur/in wird deswegen nicht ermöglicht, weil sowohl medizinischen Masseuren/-innen als auch Heilmasseuren/-innen das hierfür erforderliche Wissen fehlt. Die im MMHmG für medizinische Masseure/-innen normierte 'Anleitung und Aufsicht' kann ausschließlich durch Angehörige eines Gesundheitsberufes erfolgen, die eine umfassende Ausbildung auf Hochschulniveau absolviert haben, da nur diese über die erforderlichen Kompetenzen verfügen, die eine 'Anleitung und Aufsicht' sowie die Ab- und Einschätzung von Folgen, allfälligen Komplikationen und Nebenwirkungen ermöglichen.

Angehörige des physiotherapeutischen Dienstes, denen im MMHmG ebenfalls die Aufsicht (Anleitung) über medizinische Masseure/-innen und eine Anstellungsmöglichkeit für medizinische Masseure/-innen und Heilmasseure/-innen zugemessen wird, sind auf Grund ihres höheren Ausbildungsniveaus (...) jedenfalls in der Lage, die Risiken zu erkennen und den/die Arzt/Ärztin rechtzeitig zu konsultieren. Die Anordnungsbefugnis für Masseur-tätigkeiten bleibt auch in diesem Fall nach § 5 Abs. 1 und 2 bzw. § 29 Abs. 3 MMHmG Ärzten vorbehalten.

Ergänzend wird angemerkt, dass bei der Entwicklung des MMHmG die Freiberuflichkeit der Heilmasseure/-innen u.a. vor dem Hintergrund ermöglicht wurde, dass es trotz der freiberuflichen Berufsausübung eine enge Koppelung mit dem/der anordnenden Arzt/Ärztin geben soll (...). Die Leistungserbringung durch den/die selbständig tätige/n Heilmasseur/in hat daher in direkter Kommunikation mit dem/der Arzt/Ärztin zu erfolgen. Dieser Hintergrund hat es u.a. gerechtfertigt erscheinen lassen, die Freiberuflichkeit für den/die Heilmasseur/in zu ermöglichen. Würde ein/eine Heilmasseur/in eine/einen medizinische/n Masseur/in bzw. eine/einen Heilmasseur/in anstellen, wäre diese enge Kommunikation zwischen Heilmasseur/in und Arzt/Ärztin unterbrochen.

...

Der Gesetzgeber hat innerhalb der physikalischen Medizin und allgemeinen Rehabilitation bewusst ein abgestuftes gesetzlich normiertes System von Tätigkeitsbereichen und Aufsichtsinstrumenten vorgesehen, welches auch mit der jeweiligen Ausbildungsdauer korreliert, weshalb - ungeachtet dessen, dass die Tätigkeitsbereiche einander zum Teil überschneiden - auch eine unterschiedliche Behandlung, insbesondere im Hinblick auf die Voraussetzungen und Modalitäten der Berufsausübung der einzelnen Gesundheitsberufe in diesem Bereich - Ärzte/Ärztinnen, Physiotherapeuten/-innen, medizinische Masseur/-innen und Heilmasseur/-innen -, gerechtfertigt ist. Dabei ist ... auch der Gedanke maßgeblich, dass eine Anordnungsbefugnis (allenfalls auch eine Anleitungs- und Aufsichtsbefugnis) nur Angehörigen einer Berufsgruppe mit deutlich höherer medizinischer Qualifikation zukommen soll.

Die §§ 14 und 45 MMHmG dienen aus der Perspektive des Antragstellers der Sicherstellung zunächst einer Behandlung unmittelbar durch ihn als Heilmasseur (und nicht durch einen untergeordneten Dritten) und damit verbunden eines möglichst kurzen Kommunikationsweges zwischen ihm und dem/der anordnenden Arzt/Ärztin. Ein kurzer Weg der Informationen und Reaktionen zwischen dem entsprechend qualifizierten Anordnenden und dem Durchführenden erscheint auch im Fall eines Angestelltenverhältnisses zu den in §§ 14 und 45 MMHmG genannten Einrichtungen sichergestellt. Dass auch ein/e Physiotherapeut/in (ohne medizinische Anordnungsbefugnis) zwischen den/die anordnende/n Arzt/Ärztin und den/die Heilmasseur/in oder medizinische/n Masseur/in treten könnte, da Physiotherapeuten/-innen nach § 14 Z 4 bzw. § 45 Z 5 MMHmG ein Dienstverhältnis mit einem/einer medizinischen/-er [gemeint wohl: medizinischen] Masseur/in bzw. Heilmasseur/in begründen können, scheint im Hinblick auf das Ausbildungsniveau von Physiotherapeuten/-innen, das deutlich über jenem der medizinischen Masseur/-innen und Heilmasseur/-innen liegt, ebenfalls sachlich gerechtfertigt. Die Bestimmungen verstoßen daher nach Auffassung der Bundesregierung nicht gegen den verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz.

Es kann aber auch kein Verstoß gegen die Erwerbsausübungsfreiheit gesehen werden: Die im Gesetz geregelten Schranken sind aus Sicht des Patientenschutzes und der Patientensicherheit unabdingbar und liegen daher im öffentlichen Interesse. Sie stellen einen geeigneten Weg zur Erreichung dieses Ziels dar, gleichzeitig ist kein 'gelinderes Mittel' erkennbar. Das öffentliche Interesse an Patientensicherheit und Patientenschutz ist, da bei unsachgemäßer Massagebehandlung regelmäßig auch irreversible oder sogar lebensbedrohliche Folgen drohen, als besonders gewichtig einzustufen, sodass der Grundrechtseingriff, der eine unmittelbare Behandlung durch den mit dem anordnenden Arzt in Verbindung stehenden Heilmasseur sicherstellen will, als verhältnismäßig anzusehen ist."

4. Gemäß Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG erkennt der Verfassungsgerichtshof über die Verfassungswidrigkeit von Ge-

setzen auch auf Antrag einer Person, die unmittelbar durch diese Verfassungswidrigkeit in ihren Rechten verletzt zu sein behauptet, sofern das Gesetz ohne Fällung einer gerichtlichen Entscheidung oder ohne Erlassung eines Bescheides für diese Person wirksam geworden ist. Wie der Verfassungsgerichtshof in seiner mit VfSlg. 8009/1977 beginnenden ständigen Rechtsprechung ausgeführt hat, ist daher grundlegende Voraussetzung für die Antragslegitimation, dass das Gesetz in die Rechtssphäre der betroffenen Person unmittelbar eingreift und sie - im Fall seiner Verfassungswidrigkeit - verletzt.

Ein solcher, die Antragslegitimation begründender Eingriff in die Rechtssphäre einer Person muss jedenfalls nach Art und Ausmaß durch das Gesetz eindeutig bestimmt sein und die rechtlich geschützten Interessen des Betroffenen nicht bloß potentiell, sondern aktuell beeinträchtigen. Hiebei hat der Verfassungsgerichtshof vom Antragsvorbringen auszugehen und lediglich zu prüfen, ob die vom Antragsteller ins Treffen geführten Wirkungen solche sind, wie sie Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG als Voraussetzung der Antragslegitimation verlangt (siehe dazu schon VfSlg. 8062/1977 und 8292/1978, 11.730/1988, 15.863/2000, 16.088/2001, 16.120/2001, 16.426/2002 mwN).

Der Verfassungsgerichtshof bezieht schließlich seit seinem bereits erwähnten Beschluss VfSlg. 8009/1977 den Standpunkt, dass der mit Art. 140 Abs. 1 letzter Satz B-VG eingeräumte Rechtsbehelf dazu bestimmt ist, Rechtsschutz gegen rechtswidrige generelle Normen nur insoweit zu gewähren, als ein anderer zumutbarer Weg zur Abwehr des - behaupteter Weise - rechtswidrigen Eingriffes nicht zur Verfügung steht.

4.1. Der Antragsteller leitet seine unmittelbare Betroffenheit hinsichtlich des § 45 MMHmG ganz undifferenziert daraus ab, dass diese Norm es Heilmasseuren verbiete, in Dienstverhältnissen zu anderen Heilmasseuren tätig zu sein. Der Antragsteller legt aber nicht dar, inwiefern er von dieser Norm aktuell betroffen ist, zumal er weder behauptet, selbst in ein Dienst-

verhältnis zu einem anderen Heilmasseur treten zu wollen, noch aktuell die Beschäftigung eines anderen Heilmasseurs als Dienstnehmer zu beabsichtigen. Damit ist aber offensichtlich nicht dargetan, dass die Rechtsposition des Antragstellers von der die Berufsausübung der Heilmasseure betreffenden Regelung des § 45 MMHmG aktuell betroffen sei (vgl. zB VfSlg. 13.950/1994, 14.500/1996, 16.362/2001, 17.400/2004).

Hinzu kommt, dass der Antragsteller auch nicht darlegt, gegen welchen Teil der Bestimmungen des § 45 MMHmG sich seine Bedenken im Einzelnen richten, zumal die ganze Norm schon im Hinblick auf deren Z 1, welche eine freiberufliche Tätigkeit für Heilmasseure zulässt, von den Bedenken nicht betroffen sein kann.

Der Antragsteller hat damit weder die erforderliche Betroffenheit durch die angegriffene Regelung dargetan noch seine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen diese Bestimmung prozessordnungsgemäß ausgeführt.

Der Antrag ist daher insoweit unzulässig.

4.2. Hinsichtlich der Regelung des § 14 MMHmG hat der Antragsteller eine unmittelbare und aktuelle Betroffenheit jedoch insoweit dargetan, als er ausführt, dass er als Heilmasseur medizinische Masseure zwar ausbilden, nicht aber nach beendeter Ausbildung weiterbeschäftigen darf, und auf einen konkreten Fall des erzwungenen Endes einer solchen Beschäftigung verweist. Daraus kann - gerade noch - abgeleitet werden, dass der Antragsteller auch künftig beabsichtigt, medizinische Masseure nach der praktischen Ausbildungsphase, die bei ihm absolviert werden kann (§ 30 Abs. 2 MMHm-AV), bei sich zu beschäftigen.

§ 14 MMHmG normiert die zulässigen Formen der Berufsausübung als medizinischer Masseur und zählt dabei in abschließender Weise auf, bei welchen Dienstgebern eine unselbständige Beschäftigung als medizinischer Masseur zulässig ist (siehe dazu auch RV 1140 BlgNR 21. GP, 58), wozu nicht die Heilmasseure

zählen. Die Bedenken des Antragstellers richten sich insoweit zulässigerweise gegen die gesamte Norm.

Da - im Unterschied etwa zur beabsichtigten freiberuflichen Berufsausübung als Heilmasseur (vgl. § 46 MMHmG; dazu VfSlg. 17.400/2004) - keine Kompetenz einer Behörde vorgesehen ist, über die Zulässigkeit der unselbständigen Beschäftigung eines medizinischen Masseurs mit Bescheid zu entscheiden, besteht auch kein anderer zumutbarer Weg, auf welchem die Bedenken des Antragstellers an den Verfassungsgerichtshof herangetragen werden könnten.

Im Besonderen ist es dem Antragsteller nicht zuzumuten, eine strafbare Handlung zu setzen, um ein gerichtliches oder verwaltungsbehördliches Strafverfahren zu provozieren (s. etwa VfSlg. 13.822/1994, 17.000/2003, 17.731/2005). Würde der Antragsteller einen medizinischen Masseur beschäftigen, wäre nämlich die Strafnorm des § 78 Abs. 1 Z 1 MMHmG nicht nur auf diesen, sondern auch auf ihn anwendbar (vgl. dazu RV 1140 BlgNR 21. GP, 65: "Erfasst sind auch Überschreitungen der Tätigkeitsbereiche bzw. eine Berufsausübung, die nicht den §§ 14 und 45 entsprechen.").

Der Antrag ist daher, soweit er sich auf § 14 MMHmG bezieht, zulässig.

5. Der in diesem Umfang zulässige Antrag ist jedoch nicht begründet.

5.1. Nach der ständigen Judikatur zum verfassungsgesetzlich gewährleisteten Recht auf Freiheit der Erwerbsbetätigung gemäß Art. 6 StGG (s. zB VfSlg. 10.179/1984, 12.921/1991, 15.038/1997, 15.700/1999, 16.120/2001 und 16.734/2002) sind gesetzliche, die Erwerbs(ausübungs)freiheit beschränkende Regelungen auf Grund des diesem Grundrecht angefügten Gesetzesvorbehaltes nur dann zulässig, wenn sie durch das öffentliche

Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet, adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen sind.

Auch gesetzliche Regelungen, die die Berufsausübung beschränken, sind auf ihre Übereinstimmung mit der verfassungsgesetzlich verbürgten Freiheit der Erwerbsbetätigung zu prüfen und müssen dementsprechend durch ein öffentliches Interesse bestimmt und auch sonst sachlich gerechtfertigt sein. Das bedeutet, dass Ausübungsregeln bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe verhältnismäßig sein müssen. Es steht jedoch dem Gesetzgeber bei Regelung der Berufsausübung ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum offen als bei Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf (den Erwerbsantritt) beschränken, weil und insoweit durch solche die Ausübung einer Erwerbstätigkeit regelnden Vorschriften der Eingriff in die verfassungsgesetzlich geschützte Rechtssphäre weniger gravierend ist, als durch Vorschriften, die den Zugang zum Beruf überhaupt behindern (s. etwa VfSlg. 13.704/1994 und die dort zitierte Vorjudikatur; weiters VfSlg. 16.024/2000 und 16.734/2002).

5.2. Die Berufsausübung medizinischer Masseur ist gemäß § 14 MMHmG nur im Rahmen von Dienstverhältnissen zu den in Z 1 bis 4 dieser Bestimmung genannten medizinischen Einrichtungen, Ärzten oder zu diplomierten Physiotherapeuten zulässig.

5.2.1. Dies wird in den Materialien zu § 14 MMHmG (RV 1140 BlgNR 21. GP, 58) wie folgt begründet:

"Die Beschränkung der Berufsausübung auf Dienstverhältnisse dient der Qualitätssicherung, zumal dadurch die Anleitung und Aufsicht durch einen Arzt/eine Ärztin oder eines diplomierten Physiotherapeuten/einer diplomierten Physiotherapeutin gewährleistet ist."

5.2.2. Der Schutz der Gesundheit von Patienten bei der Durchführung therapeutischer Anwendungen, wie sie auch von medizinischen Masseuren vorgenommen werden dürfen (vgl. § 5

MMHmG), liegt im öffentlichen Interesse. Eine gesetzlich angeordnete ärztliche oder zumindest physiotherapeutische Aufsicht über die Tätigkeit eines medizinischen Masseurs ist zweifellos geeignet, diesem Schutz zu dienen. Der Umstand, dass diese unmittelbare Aufsicht für die praktische (nicht jedoch für die theoretische: vgl. § 29 Abs. 6 MMHm-AV) Ausbildungsphase insoweit mediatisiert werden darf, als diese bei einem freiberuflichen Heilmasseur, dann aber - was der Antragsteller offenbar übersieht - ebenfalls nur "[n]ach Prüfung durch die medizinisch-wissenschaftliche Leitung" und "mit Zustimmung der medizinisch-wissenschaftlichen Leitung" einer in § 14 MMHmG genannten Einrichtung (vgl. dazu § 30 Abs. 2 MMHm-AV) erfolgen darf, ändert nichts an der Zulässigkeit des Ziels und der Geeignetheit der Mittel und liegt - vor dem Hintergrund denkbarer Zwecke einer praktischen Ausbildung - im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

5.2.3. Es ist vor dem Hintergrund des Schutzzwecks auch nicht unverhältnismäßig und auch sonst sachlich gerechtfertigt, wenn die Berufsausübung als medizinischer Masseur daher stets nur unter der Anleitung und Aufsicht von Ärzten oder - mit einem in der Relation zu Heilmasseuren höheren Ausbildungsniveau ausgestatteten (vgl. §§ 13 ff., insb. § 18 des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste [MTD-Gesetz] BGBl. 460/1992 idgF, aus denen sich eine dreijährige Ausbildungsphase in medizinisch-technischen Akademien ergibt) - diplomierten Physiotherapeuten zugelassen ist, nicht aber auch in einem Beschäftigungsverhältnis zu - sich von einem medizinischen Masseur ausbildungsbezogen durch ein Aufschulungsmodul im Ausmaß von 800 Stunden unterscheidenden (§§ 50 ff., im Besonderen § 52 Abs. 1 MMHmG) - Heilmasseuren:

a) Dem Gesetzgeber kommt ein rechtspolitischer Gestaltungsspielraum in der Frage zu, wie er die Patientensicherheit in der Durchführung bestimmter - worauf die Bundesregierung hinweist - durchaus gefahreneigter Anwendungen und Therapien (vgl. dazu im Einzelnen § 5 MMHmG) schützt. Es kann ihm insoweit

jedenfalls nicht entgegen getreten werden, wenn er die Berufsausübungsregeln in Abhängigkeit vom jeweiligen Ausbildungsniveau einer Berufsgruppe ausgestaltet.

b) Wenn also Heilmasseure, die einen höheren Ausbildungsstand aufweisen als medizinische Masseure, diese Tätigkeit freiberuflich aufgrund ärztlicher Anordnung ausüben dürfen und dabei nur einer entsprechenden unverzüglichen Informationspflicht "über nicht dem Therapieverlauf entsprechende sowie für die weitere Behandlung bedeutsame gesundheitliche Auffälligkeiten" (vgl. § 33 MMHmG) gegenüber dem anordnenden Arzt unterliegen, ist es nicht unsachlich, wenn der Gesetzgeber bei einem geringeren Ausbildungsstand, wie jenem der medizinischen Masseure, nicht nur das Erfordernis einer ärztlichen Anordnung, sondern auch der Anleitung und Aufsicht eines Arztes oder eines Angehörigen des physiotherapeutischen Dienstes, wie sie implizit nicht nur durch § 14 MMHmG, sondern explizit vor allem durch § 5 Abs. 1 leg.cit. angeordnet wird, für notwendig erachtet hat.

c) Aber auch der Ausschluss einer unselbständigen Beschäftigung eines medizinischen Masseurs bei einem Heilmasseur fügt sich dabei widerspruchsfrei in das Gesamtsystem, wenn der nicht freiberuflich auszuübende Beruf des medizinischen Masseurs nur in einem Beschäftigungsverhältnis zu solchen Einrichtungen zulässig ist, welche die nach Auffassung des Gesetzgebers erforderliche Aufsicht sicherzustellen vermögen. Eben dies wäre bei einem Dienstverhältnis eines medizinischen Masseurs zu einem Heilmasseur nicht der Fall, zumal Heilmasseure ihrerseits einen niedrigeren Ausbildungsstand aufweisen als die zur Aufsicht über die medizinischen Masseure berufenen medizinischen Berufe und auch nicht über jene Ressourcen verfügen, die bei Krankenanstalten oder Kuranstalten vorausgesetzt werden können. Hinzu kommt, dass Heilmasseure selbst nur einer Informationspflicht, nicht aber der Anleitung und Aufsicht eines Arztes unterliegen, so dass bei der Zulassung eines Dienstverhältnisses von medizinischen Masseuren zu Heilmasseuren die Aufsichtskette deutlich geschwächt und mediatisiert würde.

5.3. Der Antragsteller wird daher durch die angegriffene Norm nicht in seinem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit verletzt.

5.4. Der Gleichheitsgrundsatz bindet auch den Gesetzgeber (s. etwa VfSlg. 13.327/1993, 16.407/2001). Er setzt ihm insofern inhaltliche Schranken, als er verbietet, sachlich nicht begründbare Regelungen zu treffen (vgl. zB VfSlg. 14.039/1995, 16.407/2001). Innerhalb dieser Schranken ist es dem Gesetzgeber jedoch von verfassungswegen durch den Gleichheitsgrundsatz nicht verwehrt, seine politischen Zielvorstellungen auf die ihm geeignet erscheinende Art zu verfolgen (s. etwa VfSlg. 16.176/2001, 16.504/2002).

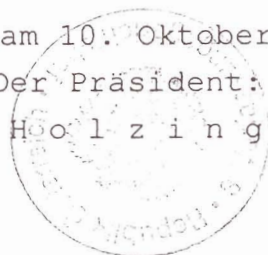
Aufgrund des zur Zulässigkeit des Eingriffs in die Erwerbsfreiheit Gesagten ist es von vornherein auch ausgeschlossen, dass die angegriffene Norm mit dem Gleichheitssatz in Widerspruch stünde.

6. Der Antrag war daher - soweit er sich auf § 45 MMHmG bezieht - zurückzuweisen, im Übrigen jedoch - also im Hinblick auf § 14 MMHmG - abzuweisen, was ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen werden konnte (§ 19 Abs. 3 Z 2 lit. e und Abs. 4 erster Satz VfGG).

Wien, am 10. Oktober 2008

Der Präsident:

Dr. Holzinger



Schriftführerin:

Mag. J e r a b e k

Für die Richtigkeit
der Ausfertigung:

Weiss