



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

2 R 56/17w

Im Namen der Republik

Das Oberlandesgericht Wien hat als Berufungsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Dallinger (Vorsitzender), den Richter Mag. Hofmann und den Kommerzialrat Hye in der Rechtssache der klagenden Partei **WIWE-Schutzverband zur Förderung lauterer Wettbewerbs**, Imbergstraße 17 5020 Salzburg, vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in Salzburg, wider die beklagte Partei **Elisabeth Jahn**, Scheffelstraße 16/2/19, 1210 Wien, vertreten durch AnwaltGmbH Rinner Teuchtmann in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert EUR 32.000) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert EUR 3.000, Gesamtstreitwert EUR 35.000), über die Berufung der beklagten Partei (Berufungsinteresse - restlich richtig - EUR 33.000) gegen das Urteil des Handelsgerichtes Wien vom 16. Februar 2017, 19 Cg 77/16v-6, in nicht öffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

1. Der Antrag der beklagten Partei auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art 267 AEUV wird zurückgewiesen.

2. Der Berufung wird **nicht Folge** gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit EUR 2.832,72 (darin EUR 472,12 USt) bestimmten Kosten des Berufungsverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Der Wert des Entscheidungsgegenstandes übersteigt

EUR 30.000.

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Entscheidungsgründe:

Die Beklagte hat im Internet unter <http://www.ernaehrungs-weise.at/leistungen-ernaehrungstraining/> diverse - auf Seiten 2 bis 3 der erstgerichtlichen Urteilsausfertigung näher dargestellte - Dienstleistungen angeboten.

Der Kläger ist ein Verband zur Wahrung und Förderung der Interessen der in Österreich tätigen Unternehmen und zur Bekämpfung der Erscheinungsformen des unlauteren Wettbewerbs. Er macht im Wesentlichen Rechtsbruch nach § 1 UWG geltend, weil die Beklagte auf ihrer Homepage ohne ausreichende Qualifikation Leistungen anbiete, die nach § 119 Gewerbeordnung dem gebundenen Gewerbe der Ernährungsberatung (Lebens- und Sozialberatung) vorbehalten seien. Hiezu erhob er das Unterlassungs- (samt korrespondierendem Veröffentlichungs-)begehren, der Beklagten werde verboten, *in Österreich Dienstleistungen anzubieten, die dem Gewerbe der Ernährungsberatung vorbehalten sind, ohne hierfür über die notwendigen Berechtigungen zu verfügen, wie hier beispielsweise das Anbieten von Training, Coaching, Schulung oder ähnliche bezeichnete Ernährungsberatung zu den Themen Gewichtsmanagement (wie hier beispielsweise „Gesund und dauerhaft Übergewicht abbauen“), „Ernährung bei Allergien und Unverträglichkeiten“, „optimale Nährstoffversorgung bei veganer und vegetarischer Lebensweise“, „Ernährung und Sport“, „Ernährung im Alter“, „Kinderernährung“ oder zu anderen Aspekten der Ernährung.*

Die Beklagte bestritt - soweit für das Berufungsverfahren noch relevant - einen Gesetzesverstoß, weil die (kurz) Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) eine

richtlinienkonforme einschränkende Auslegung des § 119 GewO gebiete. Auch habe sie die wettbewerbsbeeinflussende Erheblichkeitsschwelle nicht überschritten, weil sie nur einen einzigen Kunden gewonnen und nur EUR 180 lukriert sowie ihre Website bis zur Klärung der Rechtslage stillgelegt habe.

Mit dem angefochtenen Urteil gab das Erstgericht dem Unterlassungsbegehren vollinhaltlich und dem Veröffentlichungsbegehren - vom Kläger unangefochten - in eingeschränktem Umfang statt. Es traf die auf Seiten 4 bis 5 der Ausfertigung ersichtlichen Feststellungen, auf die verwiesen wird. In rechtlicher Hinsicht führte es zusammengefasst aus, die von der Beklagten angebotene Auswahl, Zusammenfassung und Berechnung der Kost für Einzelpersonen und Personengruppen und das an bestimmte Bedürfnisse angepasste persönliche Ernährungstraining zähle zum gebundenen Gewerbe der Ernährungsberatung. Diese höchstgerichtliche Rechtsauffassung sei von der (späteren) Dienstleistungsrichtlinie unberührt, weil sie gemäß Art 2 Abs 2f die gegenständlichen privaten gesundheitsbezogenen Dienstleistungen gar nicht umfasse. Überdies erlaube Art 45 Abs 3 AEUV den Mitgliedsstaaten, den freien Dienstleistungsverkehr zu beschränken, wenn dies - wie hier - dem Interesse der Gesundheit entspricht. Somit stelle die Ausübung von Tätigkeiten, welche in den Geltungsbereich eines Gewerbes entfallen, ohne dass die Beklagte über die für eine Gewerbeberechtigung erforderlichen besonderen Qualifikationen (Studium der Ernährungswissenschaften oder Diätassistenten-Ausbildung) erfordere, eine unlautere Geschäftspraktik im Sinne des § 1 Abs 1 UWG dar. Zwar müsse gemäß § 1 UWG das unlautere Verhalten geeignet sein, den Wettbewerb oder das Verhalten der Verbraucher

zu beeinflussen. Hiefür sei eine tatsächliche negative Auswirkung zum Nachteil von anderen Unternehmen nicht notwendig. Das Verhalten müsse grundsätzlich geeignet sein, zu einer nicht bloß unerheblichen Nachfrageverlagerung zu führen. Dies sei bei einer nicht nur völlig unbedeutende Bevölkerungsgruppen interessierenden und österreichweit im Internet beworbenen Leistung zu bejahen. Auf die der Beklagten tatsächlich zugeführten Kunden komme es somit nicht an.

Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung mit dem Abänderungsantrag, das Klagebegehren abzuweisen; hilfsweise wurde ein Aufhebungsantrag gestellt.

Der Kläger beantragt, der Berufung nicht Folge zu geben.

Die Berufungswerberin beantragte auch eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften gemäß Artikel 267 AEUV.

Dieser Antrag ist zurückzuweisen, weil das Gericht von Amts wegen zu entscheiden hat, ob ein Vorabentscheidungsersuchen erforderlich ist; die Parteien können dies nur anregen (stRsp, 4 Ob 71/17w mwN).

Die Berufung ist nicht berechtigt.

1. Spürbarkeit

In ihrer Rechtsrüge macht die Berufungswerberin geltend, dass keine ins Gewicht fallende Nachfrageverlagerung und damit keine erhebliche Beeinflussung des Wettbewerbs zum Nachteil von Unternehmen im Sinne des § 1 Abs 1 Z 1 UWG stattgefunden habe. Dem ist entgegenzuhalten:

1.1. Die Eignung eines Rechtsbruchs zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich - ausgehend vom Regelungszweck der verletzten Norm und von den typischen

Auswirkungen des Rechtsbruchs - schon aus dem (Wiederholungsgefahr indizierenden) Normverstoß als solchem ergeben. Dabei ist unerheblich, welche Wirkung das konkret beanstandete Verhalten in der Vergangenheit tatsächlich gehabt hat. Vielmehr ist zu fragen, ob eine Wiederholung nach der Art des Verhaltens eine Wettbewerbsverzerrung bewirken kann (RIS-Justiz RS0123243 T2 und T3).

Offensichtlicher Zweck einer Norm, die die Befugnis zu einer Tätigkeit an eine bestimmte Ausbildung knüpft, ist, dass nur Absolventen einer solchen Ausbildung diese Tätigkeit auch tatsächlich verrichten. Die Beklagte hat eine solche Ausbildung nicht. Dennoch bewarb sie mit dem inkriminierten Internetauftritt Geschäftsabschlüsse hiezu, zielte also gerade auf jenen Effekt hin, den die Verbotsnorm verhindern will. Sowohl vom Normzweck als auch von den typischen Auswirkungen ihrer zu verbietenden Werbung her ist die Eignung ihres Rechtsbruchs zur spürbaren Wettbewerbsbeeinflussung somit zu bejahen.

1.2. Im Übrigen sieht § 1 UWG unterschiedliche Erheblichkeitsschwellen im B2B- und im B2C-Bereich vor. Nur im Verhältnis zwischen Mitbewerbern („B2B“ - Z 1) geht es um die Beeinflussung der Marktverhältnisse. Nur noch darauf nimmt die Berufungswerberin Bezug, nicht aber - wie etwa noch in ihrer Klagebeantwortung (ON 2, 7) - auf das Verhältnis zu Verbrauchern („B2C“ - Z 2 leg cit) und die Unlauterkeit einer Geschäftspraktik, wenn sie geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers zu beeinflussen (Burgstaller/Frauenberger/Handig/Heidinger/Wiebe in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 Rz 128). Auch hiebei kommt es - wie schon das Erstgericht zutreffend dargelegt hat - nicht darauf an, ob die verpönten Auswirkungen tatsächlich eingetreten sind. Viel-

mehr reicht wiederum die Eignung hiezu (Burgstaller ua aaO Rz 166). Dass ein derartiger Internetauftritt geeignet ist, von einem Verbraucher wahrgenommen und für einen geschäftlichen Kontakt zur Beklagten über Leistungen zum Anlass genommen zu werden, obwohl ihr die Befugnis zur Leistungserbringung fehlt, liegt auf der Hand.

Das Erstgericht hat diesen Einwand der Beklagten somit zutreffend verworfen. Dass das Lauterkeitsrecht zugleich Unternehmer-, Verbraucher- und allgemeine Interessen schützt, sodass das Klagerecht von Mitbewerbern nicht nur dem Schutz ihrer eigenen Interessen dient (RIS-Justiz RS0071831 T2), bleibt anzumerken.

2. Befugnis zur Ernährungsberatung

2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen lauten, soweit hier relevant:

2.1.1. § 119 Abs 1 GewO

Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung (§ 94 Z 46) bedarf es für die Beratung und Betreuung von Menschen [...]. Personen, die das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung ausüben, sind auch zur Ausübung von Ernährungsberatung berechtigt, wenn sie die erfolgreiche Absolvierung der Studienrichtung Ernährungswissenschaften an einer inländischen Universität oder die erfolgreiche Ausbildung zum Diätassistenten/zur Diätassistentin nachweisen. [...]

Nach den Materialien hiezu soll die Ernährungsberatung einen Teilbereich des Lebens- und Sozialberatungsgewerbes bilden und deren Ausübung an die erfolgreiche Absolvierung der Studienrichtung Ernährungswissenschaften an einer inländischen Universität bzw die erfolgreiche Ausbildung zum Diätassistenten/zur Diätassistentin gebunden werden. Personen, die den Befähigungsnachweis für das

Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung erbringen, sind sohin zur Ernährungsberatung nur dann berechtigt, wenn sie auch die hierfür erforderliche Befähigung besitzen. Personen, die nur die Befähigung zur Ernährungsberatung besitzen, haben das Lebens- und Sozialberatungsgewerbe eingeschränkt auf Ernährungsberatung zu begründen. (Gruber/Pallege-Barfuß, GewO⁷ § 119 FN 5 unter Hinweis auf EBGRNov 2002).

2.1.2. § 94 Z 46 GewO

Folgende Gewerbe sind reglementierte Gewerbe:

Lebens- und Sozialberatung

2.1.3. § 2 Abs 1 Z 11 GewO

Dieses Bundesgesetz ist [...] auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:

[...] die medizinisch-technischen Dienste

2.1.4. § 1 Z 4 des Bundesgesetzes über die Regelung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste (MTD-Gesetz)

Die gehobenen medizinisch-technischen Dienste sind: der Diätdienst und ernährungsmedizinische Beratungsdienst

2.1.5. § 2 Abs 4 MTD-Gesetz (Berufsbild)

Der Diätdienst und ernährungsmedizinische Beratungsdienst umfasst [...] ohne ärztliche Anordnung die Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung der Kost für gesunde Personen und Personengruppen oder Personen und Personengruppen unter besonderen Belastungen (zB Schwangerschaft, Sport) einschließlich der Beratung dieser Personenkreise über Ernährung.

2.1.6. § 4 Abs 1 MTD-Gesetz

Eine Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-techni-

schen Diensten darf für den Bereich der Humanmedizin berufsmäßig nur von Personen ausgeübt werden, die nach den Bestimmungen dieses Gesetzes hiezu berechtigt sind. Die Gewerbeordnung 1994, BGBl. Nr. 194, findet auf die berufsmäßige Ausübung der gehobenen medizinisch-technischen Dienste keine Anwendung.

2.1.7. Anlage 4 der FH-MTD-Ausbildungsverordnung

Fachlich-methodische Kompetenzen des Diätologen oder der Diätologin [...] Die Absolventen oder Absolventinnen haben gelernt, [...] Ernährungsberatung und Schulung von Gesunden in der Gesundheitsförderung und Prävention durchzuführen.

Der Absolvent oder die Absolventin kann [...] 14. Ernährungsinformationen für Einzelpersonen und Gruppen von Personen aufbereiten, diätologische Prozesse sowie Ernährungsberatung im Rahmen der Gesundheitsförderung und Prävention durchführen [...]

2.2. Die Beklagte bot Beratung diverser Personengruppen und -kreise (Übergewichtige, Allergiker, Veganer, Sportler, Alte, Kinder) über Ernährung im Sinne § 2 Abs 4 MTD-Gesetz und somit einen gehobenen medizinisch-technischen Dienst, nämlich Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst gemäß § 1 Z 4 MTD-Gesetz an. Dass sie über eine diesbezügliche Ausbildung (vgl. Anlage 4 der FH-MTD-Ausbildungsverordnung) verfügen würde, behauptet sie selbst gar nicht.

Die dargestellte Normenlage ergibt zwar ein gewisses Spannungsverhältnis: einerseits handelt es sich um Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst gemäß § 1 Z 4 MTD-Gesetz, und ist die Gewerbeordnung gemäß ihrem § 2 Abs 1 Z 11 - sowie gemäß § 4 Abs 1 MTD-Gesetz - auf derartige medizinisch-technische Dienste gar nicht

anzuwenden. Andererseits findet sich in der Gewerbeordnung gar nicht (mehr) ein Gewerbe „Ernährungsberatung“, sondern nur jenes der Lebens- und Sozialberatung nach § 94 Z 46 GewO, welches unter gewissen Voraussetzungen auch zur Ernährungsberatung berechtigt. Nähere Ausführungen zur Konsistenz dieser Regelungsweise einschließlich der erläuternden Sichtweise des Gesetzgebers hiezu können allerdings dahingestellt bleiben. Die Beklagte erfüllt nämlich auch diese Voraussetzungen (Ernährungswissenschafts-Studium oder Diätassistenten-Ausbildung) keineswegs, sodass sie Dienstleistungen auf dem Gebiet der Ernährungsberatung jedenfalls ohne entsprechende Befugnis anbot (vgl. auch VwGH 2003/11/0249 noch zu § 261 Abs. 1 GewO 1994, wonach diese Bestimmung keine Berechtigung zur Ausübung der Ernährungsberatung vermittele und im Übrigen kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung [§ 2 Abs. 1 Z. 11] die GewO 1994 auf die medizinisch-technischen Dienste nicht anzuwenden sei).

Dass dieses befugnislose Anbieten von Ernährungsberatung einen Verstoß gegen § 1 UWG verwirklicht, entspricht auch insbesondere der hiezu ergangenen Leitentscheidung des OGH 9 Ob 64/04h (die Folgeentscheidung 4 Ob 61/14w weist zwar auch in diese Richtung, stützt sich letztlich aber nicht auf Rechtsbruch nach § 1 UWG, sondern auf Irreführung nach § 2 leg cit).

Die Berufungswerberin erachtet diese Leitentscheidung für nicht mehr anwendbar und wiederholt ihr Argument, dass die inzwischen ergangene Dienstleistungsrichtlinie (2006/123/EG) eine einschränkende Auslegung des § 119 GewO gebiete. Den erstgerichtlichen Rechtsausführungen hält sie entgegen, dass Ernährungsberatung sehr wohl in den Anwendungsbereich der Richtlinie falle, weil sie

von der Ausnahme des Art 2 Abs 2 lit f („Gesundheitsdienstleistungen“) nicht umfasst sei. Es müsse sich nach Erwägungsgrund 22 nämlich um einen im Mitgliedsstaat reglementierten Gesundheitsberuf handeln, also um einen solchen nach § 1 Abs 1 Ausbildungsvorbehaltsgesetz wie [...] - Z 6 - „gehobener medizinisch-technischer Dienst“ (sic!).

Wie das Berufungsgericht oben dargelegt hat, entspricht die von der Beklagten angebotene „Ernährungsberatung“ inhaltlich vollauf dem „Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst“ nach § 2 Abs 4 MTD-Gesetz. Es handelt sich also gemäß § 1 Z 4 MTD-Gesetz sehr wohl um einen medizinisch-technische Dienst im Sinne der von der Berufungswerberin selbst ins Treffen geführten Gesetzesbestimmung. Dass Zweifel an der Ausnahme eines solcherart reglementierten Gesundheitsberufes vom Richtlinien-Anwendungsbereich bestünden und auch hiezu eine Klärung durch den EuGH erforderlich wäre, ist weder der Berufung zu entnehmen, noch dem Berufungsgericht sonst erkennbar.

Dieser erstgerichtliche Begründungsweg ist somit jedenfalls zu teilen, sodass der Berufung schon deshalb ein Erfolg versagt bleiben muss.

Der Vollständigkeit halber auszuführen bleibt:

Art 9 der Dienstleistungs-RL erlaubt ausdrücklich Genehmigungsregelungen (hier: sei es nach § 119 GewO, sei es nach § 4 Abs 1 MTD-Gesetz), und zwar wenn

- a) die Genehmigungsregelungen für den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend sind;
- b) die Genehmigungsregelungen durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt sind;
- c) das angestrebte Ziel nicht durch ein milderes

Mittel erreicht werden kann, insbesondere weil eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.

Die Berufungswerberin hat dies auch erkannt und postuliert, es gebe kein schützenswertes Allgemeininteresse. Auch fragt sie, „welche theoretisch mögliche Folge könnte eintreten, dass die nachträgliche Kontrolle zu spät käme?“ Dabei sei noch zu berücksichtigen, dass die "trainierte" Person frei entscheide, ob sie den Trainingsplan einhält - oder nicht. „Ersteres wäre wohl besser; Warum sollte hier die nachträgliche Kontrolle (durch die Behörde) zu spät kommen?“

Dem Berufungsgericht verschließt sich die Stringenz dieser Argumentationskette. Dass das Gewährleisten einer der Gesundheitsförderung und Prävention dienenden Ernährung bzw. umgekehrt das Vermeiden von zu gesundheitlichen Beeinträchtigungen führenden Ernährungsfehlern das Kriterium eines schützenswerten Allgemeininteresses erfüllt, liegt auf der Hand. Gerade wenn sich der Beratene im Vertrauen auf die Expertise eines - allerdings unzureichend geschulten - Beraters über einen längeren Zeitraum zu einer Fehl-Ernährung verleiten ließe und deshalb eine ernährungsbedingte Gesundheitsbeeinträchtigung erlitte, käme eine erst hiedurch veranlasste nachträgliche behördliche Kontrolle zu spät und könnte den bereits verwirklichten Schaden nicht mehr wirksam verhindern. Die hier in Betracht kommenden Genehmigungsregelungen sind somit im Lichte des Art 9 der Richtlinie offensichtlich unbedenklich.

3. Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 50, 41 ZPO. Das Berufungsinteresse verringert sich um die unangefochtene Teilabweisung in Ansehung des Veröffentli-

chungsbegehrens, das das Erstgericht sowohl hinsichtlich der Dauer der Online-Bereithaltung, als auch - wirtschaftlich besonders bedeutsam - hinsichtlich des weiters beantragten auflagenstarken Printmediums abgewiesen hat. Dem verbliebenen Veröffentlichungsbegehren ist daher - ganz im Sinne des Erstgerichtes (S 7 unten der Urteilsausfertigung) - nur noch ein Streitwert von EUR 1.000 zuzuordnen, woraus sich eine Bemessungsgrundlage von restlich insgesamt EUR 33.000 ergibt.

Der verzeichnete 50%-ige Zuschlag war nicht zuzuerkennen: Anm 5 zu TP3 sieht eine solche Erhöhung nur im Falle einer (rechtlich eingehend begründeten) - positiven - Anregung auf Einholung einer Vorabentscheidung vor. Die Berufungsbeantwortung enthält keine solche Anregung. Für eine ausdehnende Auslegung auch auf eine „Gegenanregung“, wonach das Gericht einer derartigen Anregung nicht nachkommen möge, besteht kein Anlass. Die Berufungsgegnerin nimmt hilfsweise auf § 21 Abs 1 RATG Bezug. Allerdings kann nicht erkannt werden, dass der Aufwand für ihre Rechtsmittelbeantwortung - im Sinne dieser Bestimmung - „nach Umfang oder Art den Durchschnitt erheblich überstiegen“ hätte.

Der Ausspruch nach § 500 Abs 2 Z 1 ZPO folgt der Bewertung der klagenden Partei; jener nach Z 3 leg cit beruht darauf, dass in Hinblick auf die dargelegte klare Normenlage und die zitierte höchstgerichtliche Judikatur keine Rechtsfragen von erheblicher Bedeutung im Sinne des

§ 502 Abs 1 ZPO zu lösen waren.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 2, am 28. September 2017

Dr. Klaus Dallinger

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG