



ANWALTGMBH ■ RINNER ■ TEUCHTMANN

ANWALTGMBH
Rinner Teuchtmann

Hauptstrasse 33
4040 Linz

Rechtsanwälte:

Mag. Hans Teuchtmann
Mediator

Mag. Klaus Rinner, LL.M.
Master of International Tax Law

Rechtsanwaltsanwärter:

Mag. Markus Schopper

RECHTSGUTACHTEN

Ernährungstraining versus Ernährungsberatung
Wie ist die Rechtslage?

INHALTSVERZEICHNIS

I. Rechtsgrundlagen	3
II. Inhaltliche Regelungen im Detail	4
II.1) Zur Dienstleistungsrichtlinie	4
II.1.2) Ausnahme Gesundheitsdienstleistung	5
II.1.3) Sonstige - soweit erfasste - europarechtliche Beschränkungen	7
II.1.4) Konklusio	8
II.1.5) Zulässige Regelung bzw Einschränkung der Dienstleistung	8
II.1.6) Kein Reglementierungsbedarf für Beratungsleistungen am gesunden Menschen	9
II.2) Zwischenergebnis	10
II.3) Zur aktuellen Rechtslage - zur Ausübung des freien Gewerbes	10
II.3.1) Ausübung des freien Gewerbes des Ernährungstrainings	10
II.3.2) Ausübung einfacher Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes	12
II.3.3) Nach aktuell österreichischer Rechtslage jedenfalls zulässige Tätigkeiten des Ernährungstrainers	12
II.3.4) Was ist nun Allgemeinwissen bzw das Sammeln und Bereitstellen allgemein zugänglicher Informationen	13
III. Der "Erährungsberater" iSd § 119 Gewerbeordnung	14
III.1.) Regelung in der aktuellen Gewerbeordnung	14
III.2) Regelung bis 2002: Ernährungsberatung ist freies Gewerbe	14
III.2.1) Zum Unterschied zwischen Beratung und Unterricht nach aktuellem Recht	15
IV. Zusammenfassung	15
V. Aussicht bzw Empfehlung	17

I. Rechtsgrundlagen:

I.1) Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, welche Richtlinie zwingend bis 2009 umgesetzt werden musste bzw jedenfalls bei richtlinienkonformer Interpretation der jeweiligen Tätigkeit heranzuziehen ist.

I.2) Jede medizinische Tätigkeit bzw die Ausübung der Heilkunde (nach der Judikatur im weitesten Sinne, also auch für Heilpraktiker) ist gemäß § 2 Abs 1 Z 11 GewO nicht Bestandteil der Gewerbeordnung

I.3) Freie Gewerbe sind jene gewerblichen Tätigkeiten, die nicht einem taxativ angeführten Gewerbe zuzuordnen sind (§ 5 Abs 2 1. Satz Gewerbeordnung).

I.4) Gemäß § 31 Abs 1 Gewerbeordnung können einfache Tätigkeiten vom reglementierten Gewerbe im Rahmen eines freien Gewerbes ausgeübt werden. Diese einfachen Tätigkeiten dürfen bei einer fachgemäßen Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erforderlich machen und es darf sich nicht um typische Kerntätigkeiten des betreffenden Stammgewerbes handeln.

I.5) Gemäß § 1 Abs 1 Z 8 und Abs 4 des Medizinische Assistenzberufe-Gesetz findet auf die medizinischen Assistenzberufe sowie die Trainingstherapie die Gewerbeordnung keine Anwendung. Gemäß § 68 Abs 6 Bundesgesetz über die Regelung des medizinisch-technischen Fachdienstes und der Sanitätshilfsdienste (MTF-SHD-G) dürfen Personen, die ihre Ausbildung im diät- und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst erfolgreich absolviert haben, ihren Beruf freiberuflich mit einer Bewilligung des zuständigen Landeshauptmannes ausüben, wenn sie innerhalb der letzten zehn Jahre diesen Beruf auch zwei Jahre vollbeschäftigt ausgeübt haben.

I.6) § 1 Ausbildungsvorbehaltsgesetz als Grundlage für die reglementierten Gesundheitsberufe.

I.7) § 2 Abs 4 des medizinisch-technischen Dienstgesetz lautet:

"(4) Der Diätendienst und ernährungsmedizinische Beratungsdienst umfasst die eigenverantwortliche Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung sowie die Anleitung und Überwachung der Zubereitung besonderer Kostformen zur Ernährung kranker oder krankheitsverdächtiger Personen nach ärztlicher Anordnung

einschließlich der Beratung der Kranken oder ihrer Angehörigen über die praktische Durchführung ärztlicher Diätverordnungen innerhalb und außerhalb einer Krankenanstalt; 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."

I.8) § 3 Abs 1 und 4 iVm § 2 ÄrzteG besagt, dass jede heilkundliche Tätigkeit den Ärzten vorbehalten ist. Es sei denn, der Gesetzgeber delegiert eine den Ärzten vorbehaltene Tätigkeit an einen anderen Gesundheitsberuf. Sämtliche Vorschriften zu den Ausbildungen zu den Gesundheitsberufen sind im Ausbildungsvorbehaltsgesetz und dem Ausführungsgesetz aufgelistet.

I.9) Ernährungsberatung nach der Gewerbeordnung ist als Teil des reglementieren Gewerbes Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Ernährungsberatung gemäß § 119 Gewerbeordnung geregelt.

I.10) Gemäß § 120 ASVG ist eine Person im Versicherungsfall krank, wenn ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand vorliegt, der die Krankenbehandlung notwendig macht.

Dies sind - vorbehaltlich weiterer Informationen - soweit ersichtlich die im Wesentlichen einschlägigen Rechtsvorschriften zur Beurteilung der gegenständlichen Fragestellung.

II. Inhaltliche Regelungen im Detail:

II.1) Zur Dienstleistungsrichtlinie

Hinsichtlich des Anwendungsbereiches der Dienstleistungsrichtlinie statuiert Artikel 2 Abs 1 der Dienstleistungsrichtlinie wie folgt:

"Diese Richtlinie gilt für Dienstleistungen, die von einem in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleistungserbringer angeboten werden."

II.1.2) Ausnahme Gesundheitsdienstleistung

Von vorgenanntem Anwendungsbereich nimmt die Dienstleistungsrichtlinie unter anderem folgende Dienstleistungen aus:

"Gesundheitsdienstleistungen, unabhängig davon, ob sie durch Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erbracht werden und unabhängig davon, wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert sind, und ob es sich um öffentliche oder private Dienstleistungen handelt." (Artikel 2 Abs 2 lit f der Dienstleistungsrichtlinie).

Was genau unter **Gesundheitsdienstleistungen** zu verstehen ist, wird in der Richtlinie selbst nicht näher konkretisiert. Insbesondere gibt es im Artikel 4 der Dienstleistungsrichtlinie, welcher die Begriffe der Dienstleistungsrichtlinie einer näheren Legaldefinition zuführt, keine Konkretisierung dieses Begriffes. Es ist daher auf die Erwägungsgründe der Richtlinie zurückzugreifen, wobei hier Erwägungsgrund 22 einschlägig ist, welcher sich wie folgt darstellt:

"Der Ausschluss des Gesundheitswesens vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie sollte gesundheits- und pharmazeutische Dienstleistungen umfassen, die von Angehörigen eines Berufes im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, wenn diese Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat, in dem die Dienstleistungen erbracht werden, einem reglementierten Gesundheitsberuf vorbehalten sind."

Im Sinne des Erwägungsgrundes 22 der Dienstleistungsrichtlinie ist daher entscheidend, ob es sich bei den hier relevanten Tätigkeiten um einen **Angehörigen eines Berufes im Gesundheitswesen** handelt oder nicht, sowie weiters, ob es sich im Mitgliedstaat um einen **reglementierten Gesundheitsberuf** handelt.

Wenn keine solche reglementierte Tätigkeit im Mitgliedstaat vorliegt, dann handelt es sich auch um keinen Gesundheitsberuf. Die Ausbildung zu solchen Tätigkeiten wird durch Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des **Gesundheitswesens** ausschließlich im Ausbildungsvorbehaltsgesetz BGBl Nr 378/1996 in der aktuellen Fassung, geregelt.

Dem Ausbildungsvorbehaltsgesetz unterliegen alle Gesundheitsdienstleistungen, das abschließend alle reglementierten Gesundheitsberufe in Österreich erfasst. Demnach unterliegen nur die nachstehenden Berufsgruppen gemäß § 1 Abs 1 dem Ausbildungsvorbehaltsgesetz:

- Ziffer 1 Ärzte
- Ziffer 2 Zahnärzte
- Ziffer 3 Hebammen
- Ziffer 4 Gesundheits- und Krankenpflegeberufe
- Ziffer 5 medizinisch-technischer Fachdienst
- Ziffer 6 gehobener medizinisch-technischer Dienst
- Ziffer 7 Psychologen
- Ziffer 8 Psychotherapeuten
- Ziffer 9 Tierärzte
- Ziffer 10 kardio-technischer Dienst
- Ziffer 11 Sanitäter
- Ziffer 12 medizinischer Masseur und Heilmasseur
- Ziffer 13 medizinische Assistenzberufe

In diesem Sinne ist auffällig, dass gegenständlich weder die Lebens- und Sozialberatung noch die Ernährungsberatung im Ausbildungsvorbehaltsgesetz als reglementierter Gesundheitsberuf erkennbar angeführt sind.

Im Sinne des gehobenen medizinisch-technischen Dienstes besagt das MTD-Gesetz als spezialisierende Norm nur, dass der Diätendienst und ernährungsmedizinische Beratungsdienst nach ärztlicher Anordnung die eigenverantwortliche Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung sowie die Anleitung und Überwachung der Zubereitung besonderer Kostformen zur Ernährung kranker oder krankheitsverdächtiger Personen einschließlich der Beratung der Kranken oder ihrer Angehörigen über die praktische Durchführung ärztlicher Diätverordnungen innerhalb und außerhalb einer Krankenanstalt umfasst.

Ohne ärztliche Anordnung ist aber auch die Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung der Kost für gesunde Personen und Personengruppen oder Personen und Personengruppen unter besonderen Belastungen (zum Beispiel Schwangerschaft, Sport) einschließlich der Beratung dieser Personenkreise über Ernährung mit umfasst.

Das bedeutet nur, dass lediglich die Ausbildung zum Diätendienst und ernährungsmedizinischen Beratungsdienst dem Ausbildungsvorbehaltsgesetz unterliegt und daher derartige Ausbildungen besonderen Einrichtungen vorbehalten sind.

Das Gesetz besagt aber nicht, dass es nicht außerhalb des Diätendienstes und des ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes auch bloße einfache "Ernährungsberatung" - ohne ärztliche Anordnung, also für Gesunde - geben könne!

Es ist daher für den österreichischen Rechtsbereich und sohin für den Mitgliedstaat Österreich abzuleiten, dass die vorgenannten Berufe (Lebens- und Sozialberatung bzw. Ernährungsberatung) weder *Angehörige eines Berufes im Gesundheitswesen* sind, noch die angebotenen/erbrachten Dienstleistungen der Lebens- und Sozialberatung bzw. Ernährungsberatung *Dienstleistungen im Rahmen eines reglementierten Gesundheitsberufes* darstellen, weil dies der Gewerbeordnung fremd ist.

Deshalb greift die Ausnahmebestimmung des Artikel 2 Abs 2 lit. f der Dienstleistungsrichtlinie in Bezug auf hier relevante Tätigkeiten logischerweise nicht. Vielmehr ist die Dienstleistungsrichtlinie voll anwendbar!

II.1.3) Sonstige - soweit erfassbare - europarechtliche Beschränkungen

"Gemäß Artikel 62 iVm. 52 Abs 1 AEUV können zudem die Mitgliedstaaten den freien Dienstleistungsverkehr beschränken, wenn dies dem Interesse der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit entspricht. Eine Beschränkung des Gewerbes Ernährungsberatung auf Personen, die eine bestimmte qualifizierte Berufsausbildung genossen oder ein einschlägiges Studium absolviert haben, ist sachlich gerechtfertigt, da aufgrund der möglichen Auswirkungen auf die Gesundheit von Menschen eine besondere Qualifikation notwendig erscheint."

Insgesamt lässt sich daher einerseits als Zwischenergebnis festhalten, dass weder "Ernährungsberatung" noch das "Ernährungstraining" im Sinne der Gewerbeordnung vom Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie ausgeschlossen oder irgendwelchen näheren Beschränkungen im Sinne des Artikel 62 iVm. 52 Abs 1 AEUV unterworfen sind. Deshalb schlagen die Vorgaben der Dienstleistungsrichtlinie voll auf diesen unternehmerischen Tätigkeitsbereich - den es aber nur für Gesunde geben kann - durch.

Bei der Ernährungsberatung liegt auch keine Tätigkeit vor, welche vom Ausbildungsvorbehaltsgesetz umfasst ist. Sie stellt daher keine besonders geschützte Tätigkeit auf dem Gebiet des Gesundheitswesens dar, welche bei sonstiger Strafdrohung untersagt wäre (§1 Ausbildungsvorbehaltsgesetz).

Derartige Tätigkeiten sind daher auch ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen gemäß § 2 Z 11 Gewerbeordnung.

Derartige Beschränkungen sind unseres Erachtens auch nicht nötig, war doch bis 2002 dieser Bereich der Ernährungsberatung ein freies Gewerbe, und kann von jenen, die schon damals das Gewerbe angemeldet hatten, weiterhin ausgeübt werden. Gleiches gilt für Kosmetiker (vgl. auch unter Punkt III.2.)

II.1.4) Konklusio

Im Sinne der vorhergehenden Ausführungen bedeutet dies, dass sowohl § 119 als auch § 2 Gewerbeordnung richtlinienkonform aufgrund des Anwendungsvorranges des Europarechtes im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie auszulegen sind (sogenannte richtlinienkonforme Interpretation).

II.1.5) Zulässige Regelung bzw Einschränkung der Dienstleistung

Nach Art 9 Abs 1 der Dienstleistungsrichtlinie "dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur dann Genehmigungsregelungen unterwerfen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

- a.) *die Genehmigungsregelungen sind für den betreffenden Dienstleistungserbringer nicht diskriminierend;*
- b.) *die Genehmigungsregelungen sind durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses gerechtfertigt;*
- c.) *das angestrebte Ziel kann nicht durch ein milderes Mittel erreicht werden, insbesondere, wenn eine nachträgliche Kontrolle zu spät erfolgen würde, um wirksam zu sein.*

Darüber hinaus müssen gemäß Art 10 der Dienstleistungsrichtlinie derartige Einschränkungen auf Kriterien beruhen, welche eine willkürliche Ausübung des Ermessens der zuständigen Behörden verhindern.

Hinsichtlich der Ernährungsberatung bzw des Ernährungstrainings liegen – soweit erkennbar – weder zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses, noch sonstige öffentliche höhere Erfordernisse zwingend vor.

Dies wird auch besonders dadurch bekräftigt, dass einerseits Ernährungsberatung bis 2002 ein "freies Gewerbe" darstellte, und andererseits nach wie vor von Kosmetikern und jenen Personen, die bis 2002 den Gewerbeschein des freien Gewerbes der

Ernährungsberatung hatten, uneingeschränkt ausgeübt werden darf (vgl. hierzu auch näher unter Punkt III.2. dieser Stellungnahme)! Damit zeigt sich, dass die Gründe für eine Genehmigungsregelung gar nicht in der durch Art. 9 geforderten Weise "zwingend" sein können, und dass zudem das angestrebte Ziel auch durch mildere Mittel erreicht werden könnte, mithin unverhältnismäßig ist.

Nun ist Art. 9 der Dienstleistungsrichtlinie mangels hinreichender Bestimmtheit im Sinne der Rsp des EuGH zwar keine unmittelbar anwendbare Richtlinienbestimmung, welche von vorneherein Vorrangwirkung vor entgegenstehendem Recht entfalten könnte, er bildet jedoch einerseits eine Vorgabe für die richtlinienkonforme Interpretation des nationalen Rechts und andererseits wird dadurch eine Pflicht des Gesetzgebers begründet, die unverhältnismäßige und daher gegen Art. 9 verstoßende Genehmigungsregelung für Ernährungsberatung bzw Ernährungstraining aufzuheben.

II.1.6.) Kein Reglementierungsbedarf für Beratungsleistungen am gesunden Menschen

Warum soll es hier also Einschränkungen geben? Welche theoretisch mögliche Folge könnte eintreten, dass die nachträgliche Kontrolle zu späte käme? Dabei ist noch zu berücksichtigen, dass die "trainierte" bzw "beratene" Person immer noch frei darüber entscheidet, ob sie den Ernährungsplan bzw die erhaltenen Vorschläge, allenfalls auch nach ärztlicher Beratung, einhält – oder nicht. Ersteres wäre wohl besser. Warum sollte hier die nachträgliche Kontrolle (durch die Behörde) zu spät kommen? Warum ist das bis 2002 problemlos gegangen? Warum dürfen das die bis 2002 eingetragenen Personen weiterhin? Das Zweitere, nämlich die Nichteinhaltung der gut gemeinten Vorgaben, unterliegt aber dem freien Willen des Menschen, und dieser ist nicht der behördlichen Kontrolle ausgesetzt.

Bereits aus diesem Blickwinkel ist im Sinne einer richtlinienkonformen Auslegung der Gewerbeordnung von einer freien Ausübbarkeit sowohl der Tätigkeiten des Ernährungsberaters, als auch des Ernährungstrainers im Sinne des § 2 GewO – also nur für gesunde Interessierte – auszugehen.

Im Ergebnis lässt sich darüber hinaus festhalten, dass derartige Tätigkeiten als von einem solchen Allgemeinwissen geprägt anzusehen sind sowie weiters dass eine reglementierende und sogar differenzierende rechtliche Auslegung zwischen "Ernährungsberater" und "Ernährungstrainer" im Lichte der Dienstleistungsrichtlinie und außerhalb des Gesundheitswesens nicht zulässig ist bzw dem Sinn und Zweck der Dienstleistungsfreiheit widerspricht.

Vor diesem Hintergrund erweist sich daher die in § 119 Gewerbeordnung vorgenommene Regelung als dienstleistungsfreiheits- bzw europarechtswidrig. Bei richtlinienkonformer Auslegung ist nämlich davon auszugehen, dass die Differenzierung zwischen Ernährungsberater und Ernährungstrainer sowie die Regelung der Tätigkeit des Ernährungsberaters einerseits gegen die Intention der Dienstleistungsrichtlinie, den freien Dienstleistungsverkehr zu gewährleisten und andererseits die vorhandene Überreglementierung zu beseitigen, verstoßen.

II.2) Zwischenergebnis

Weder die Ernährungsberatung noch das Ernährungstraining für gesunde Menschen sind vom Ausbildungsvorbehaltsgesetz umfasst. In diesem Sinne ist daher seitens des Gesetzgebers gerade kein Vorbehalt legislativ festgelegt worden. Dies mit guten Gründen, weil dies im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie kein zwingendes Erfordernis der Allgemeininteressen darstellt und sohin zu einer verbotenen "Überreglementierung" führen würde, welche die Dienstleistungsrichtlinie gerade ausschließen will. Die Dienstleistungsrichtlinie lässt beide Ausübungsvarianten als freie Dienstleistung uneingeschränkt zu bzw verbietet sie mangels Vorliegens der Voraussetzungen inhaltlich nicht.

Dazu kommt noch, dass grundsätzlich gemäß § 2 Abs 1 Z 11 GewO jegliche Ausübung von Heilkunde – auch im Sinne des Ausbildungsvorbehaltsgesetzes (vgl. die Übereinstimmung in Bezug auf die Berufsbezeichnungen) – nicht Gegenstand der Gewerbeordnung sein kann und darf!

Es gibt daher keinerlei Dienstleistung am kranken oder für kranke Menschen mittels Gewerbeschein – sei dies reglementiert oder frei!

Was aber Krankheit ist, wird – im österreichischen Recht – nur im Sozialversicherungsrecht (§ 120 ASVG) geregelt, und zwar als regelwidriger körperlicher oder geistiger Zustand, der eine Krankenbehandlung notwendig macht.

II.3) Zur aktuellen Rechtslage – zur Ausübung des freien Gewerbes

II.3.1) Ausübung des freien Gewerbes des Ernährungstrainings

Unter Training versteht man die Vorbereitung auf einen Wettkampf, das systematische Üben einer Fähigkeit bzw das "sich in Bestform bringen". Dies betrifft alle menschlichen Fähigkeiten und ist daher auf alle Fachgebiete anwendbar.

Ein Einzeltraining bzw Individualunterricht im Rahmen eines Trainings erfasst daher exakt diese Tätigkeit.

Nach geltender Rechtslage ist daher Individualtraining bzw Individualunterricht im Hinblick auf die legale Tätigkeit des Ernährungstrainers nach dem Wortlaut des Gesetzes zulässig und berechtigt. Der Gesetzgeber stellt nämlich nicht darauf ab, ob ein Training für Gruppen oder ein Training für einzelne Personen abgehalten wird.

Die Frage, ob man dieses Training in einer Gruppe oder individuell absolviert, ist oftmals lediglich eine Frage des Preises. Es stellt dies daher unseres Erachtens kein taugliches Abgrenzungskriterium zwischen Ernährungsberatung bzw Ernährungstraining dar. Vielmehr kommt es auf die tatsächlich ausgeübte Leistungserbringung inhaltlich an, und ob es sich um solche zulässigen Tätigkeiten handelt, die in folgendem Punkt II.3.3 unten zitiert sind.

Weiters ist festzuhalten, dass keine "verbindliche" oder "abschließende" Liste existiert, welche alle möglichen freien Gewerbe erfasst (Hanusch RZ 167 zu § 94 Gewerbeordnung). Alles was nicht reglementiert ist, stellt den Gegenstand eines freien Gewerbes dar (§ 5 Abs 2 1. Satz GewO).

Für die Ausübung von Ernährungstraining als freies Gewerbe gibt es – soweit ersichtlich – nachstehende "freie Gewerbe":

- Erteilung von Informationen über die Zusammensetzung von Nahrungsmitteln, wie Gehalt an Vitaminen, Spurenelementen, Fett und Fettsäuren, Kalorien und dergleichen, mit Ausnahme der von den Ärzten oder den zur berufsmäßigen Ausübung des Diätendienstes und ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes berechtigten Personen vorbehaltenen individuellen Beratung von Kranken und deren Angehörigen bzw Gesunden oder unter besonderer Belastung stehenden Personen und Personengruppen (3 MWA 2002 zitiert in Grabler Stolzlechner Wendl, Gewerbeordnung 3. Auflage, Verlag Springer 2011, RZ 8 zu § 119 Seite 1292, erster Absatz); sowie
- die Erstellung von Trainingskonzepten für gesundheitsbewusste Personen; bzw
- das Sammeln und Weitergeben von allgemein zugänglichen Informationen; bzw
- die Zubereitung von Speisen und Getränken für nicht gastgewerbliche Auftraggeber unter Verwendung der vom Auftraggeber bereitgestellten Einrichtung und Zutaten.

II.3.2) Ausübung einfacher Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes

In Zusammenhang mit § 31 Abs 1 Gewerbeordnung, wonach einfache Tätigkeiten eines reglementierten Gewerbes ausgeübt werden dürfen, wenn überhaupt kein für das Stammgewerbe typisches Qualitätskriterium erfüllt werden muss, wird wohl die einfache Beratung im Umfang des Allgemeinwissens bzw des allgemein zugänglichen Wissens vertretbar und zulässig sein.

II.3.3) Nach aktuell österreichischer Rechtslage jedenfalls zulässige Tätigkeiten des Ernährungstrainers

Nach der bisher vorliegenden oberstgerichtlichen Judikatur (OGH 4 OG 61/14w) ist nach der österreichischen Rechtslage – ohne Bezugnahme auf die EU-Dienstleistungsrichtlinie – folgendes gesichert zulässig:

Der Ernährungstrainer darf vornehmen:

- die Auswahl von Nahrungsmittellieferanten;
- den Einkauf und die Auswahl von Nahrungsmitteln;
- die Zubereitung von Speisen (etwa Vollwertkost) nach einem von dritter Seite erstellten Ernährungs- oder Diätplan;
- die Variation von Speisen im Rahmen des von dritter Seite erstellten Ernährungs- oder Diätplans;
- die Ausarbeitung individueller Rezepte;
- die Führung eines Haushaltsbuches;
- das Zählen von Kalorien;
- die Führung einer Kalorien- oder Gewichtstabelle;
- das Ausmessen von Körpermaßen;
- die Buchführung darüber oder das Führen eines Ernährungsprotokolls.

Diese Tätigkeiten können auch mit weiteren freien Tätigkeiten aller Art kombiniert werden (Hanusch Gewerbeordnung, § 119 RZ 5 mwN). Bekanntlich gibt es auch keine vollständige oder erschöpfende Liste der freien Gewerbe (vgl. oben unter Punkt II.3.1.).

II.3.4) Was ist nun Allgemeinwissen bzw das Sammeln und Bereitstellen allgemein zugänglicher Informationen?

Demgemäß kann grundsätzlich jeder – ohne besondere Kenntnisse – die üblicherweise angebotenen Leistungen für sich selber erbringen, wenn er die entsprechende Zeit dafür aufwenden möchte.

Jeder Laie weiß heute, weil dies auch schon Bestandteil der Lehrpläne in den Grundschulen ist, wie er gesund und dauerhaft sein Übergewicht abbauen kann. Die Ernährungspyramide wird nämlich bereits in den Kindergärten und Volksschulen gelehrt, und ist auf den jeweiligen Informationsseiten des Gesundheitsministeriums ersichtlich.

Nichts Anderes gilt für die Ernährung der Kinder bzw die Ernährung bei sportlicher Aktivität oder bei Unverträglichkeiten, etc.

All diese Informationen bzw Informationsblätter werden bereits jedem Patienten nach Austestung von Allergien durch entsprechende Ärzte mitgegeben bzw sind diese Informationen allgemein – auch im Internet – zugänglich.

Schließlich dürfen Ernährungstrainer natürlich Vorträge halten – dies auch in Form von Individualunterricht – und ihr Einkaufsservice sowie ihre Kochpraxis anbieten.

Unseres Erachtens darf daher diese Tätigkeit der Ernährungstrainer auch im Rahmen von Einzelunterricht bzw Einzelcoaching im Sinne der Dienstleistungsfreiheit jedenfalls am gesunden Patienten ausführen. Dabei kann er zulässiger und vertretbarer Weise auch spezielle individuelle Situationen und Bedürfnisse berücksichtigen, und zwar in dem Umfang und in der Grenze, als hier vom Ernährungstrainer nur Wissen zusammengetragen bzw zur Verfügung gestellt wird, welches ohnehin jedem anderen auch allgemein zugänglich ist bzw jeder in der Schule gelernt hat.

Jegliche analytische Tätigkeit in Bezug auf Krankheitsbilder bzw sonstige "Heilung" ist ihm aber strikt untersagt.

Eine gewisse Unklarheit bleibt nur dort, wo Krankheit beginnt bzw Prophylaxe endet. Ein Signal könnte sein, dass der Kunde bereits beim Arzt war, etc. Hier ist es immer ratsam, den Arztbesuch zu empfehlen bzw darauf hinzuweisen, dass der Ernährungstrainer nur gesunde Menschen beraten oder trainieren darf!

III.) Der "Ernährungsberater" iSd § 119 Gewerbeordnung

III.1) Regelung in der aktuellen Gewerbeordnung

Im Rahmen der Lebens- und Sozialberatung gemäß § 119 Gewerbeordnung ist der Sonderbereich Ernährungsberatung mit geregelt. Demnach kann das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Ernährungsberatung nur ausüben, wer an einer inländischen Universität das Studium der Ernährungswissenschaft absolviert hat, oder die erfolgreiche Ausbildung zum Diätassistenten/zur Diätassistentin nachweisen kann (§ 119 Abs 1 3. Satz Gewerbeordnung).

III.2) Regelung bis 2002: Ernährungsberatung ist freies Gewerbe

Die Ernährungsberatung ist erst seit der Gewerbeordnungsnovelle 2002 Teil des reglementierten Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung. Früher war dieser Bereich ein freies Gewerbe. Diejenigen die bis zu diesem Zeitpunkt die Ernährungsberatung als Gewerbe angemeldet haben, dürfen es auch weiterhin so ausüben (§ 376 Z 4 Abs 1 und 2 iVm § 17 Abs 1 idF der Gewerberechtsnovelle 2002; vgl. Grabner, Stolzlechner, Wendl, Kommentar zur Gewerbeordnung, 3. Auflage 2011, RZ 11 zu § 119 GewO).

Darüber hinaus waren und sind auch Kosmetiker berechtigt, eine individuelle Schlankheits- und Cellulitebehandlung einschließlich Ernährungsberatung (ausgenommen zu medizinischen Zwecken) durchzuführen. Auch diese können weiterhin in diesem eingeschränkten Bereich als Ernährungsberater tätig bleiben. Diese können sohin auch eine individuelle Ernährungsberatung durchführen (Hanusch Kommentar zur Gewerbeordnung, Stand 01.01.2016, RZ 10 zu § 119 Gewerbeordnung,).

Aus der Einstufung der Ernährungsberatung in der gewerblichen Tätigkeit, sohin außerhalb des Ausbildungsvorbehaltsgesetzes, ergibt sich, dass es sich hierbei nur um Dienstleistungen für gesunde Personen handeln kann und darf. Jegliche schulmedizinische oder sonstige Diagnostik oder Heilbehandlung oder Beratung eines Kranken ist damit nicht umfasst (vgl. Grabner, Stolzlechner, Wendl aaO RZ 10 zu § 119 Gewerbeordnung)! Unseres Erachtens auch nicht im Rahmen des § 119 Gewerbeordnung, zumal diese Tätigkeit nicht im Ausbildungsvorbehaltsgesetz geregelt ist und dies gemäß § 2 Z 11 Gewerbeordnung vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung auch ausdrücklich ausgenommen ist.

Im Widerspruch dazu vertritt aber Hanusch (Kommentar zur Gewerbeordnung aaO in RZ 3 und 9 zu § 119 Gewerbeordnung) – contra legem – die Auffassung, dass der Ernährungsberater offenbar auch einen Diätplan für einen (kranken) Kunden erstellen kann. Dies sei aber im Rahmen eines freien Gewerbes nicht zulässig.

Dieser Auffassung ist aber unseres Erachtens, sowie nach Grabner, Stolzlechner, Wendl aaO RZ 10 zu § 119 GewO, nicht beizupflichten bzw ist dies unrichtig und systemwidrig, zumal dies auch dem Sinn und Zweck des Ausbildungsvorbehaltsgesetzes widerspricht, gegen das Überreglementierungsverbot der Dienstleistungsrichtlinie verstößt und gemäß § 2 Z 11 Gewerbeordnung vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung auch ausdrücklich ausgenommen ist.

III.2.1) Zum Unterschied zwischen Beratung und Unterricht nach aktuellem Recht

Die Lösung eines individuellen Ernährungsproblems eines bestimmten (gesunden oder kranken) Menschen zählt nach Hanusch (aaO in RZ 3 und 9 zu § 119 Gewerbeordnung) zum Kernbereich der Ernährungsberatung und kann daher nicht von einem "Coach" ausgeübt werden, der nicht auch qualifizierter Ernährungsberater ist.

Dies ist unseres Erachtens nicht korrekt, weil kein kranker Mensch von einem Ernährungsberater beraten werden darf. Hier sind die medizinischen Ausbildungsvorbehalte und § 2 Z 11 der Gewerbeordnung (vgl. oben) zu beachten.

Diese rechtliche Differenzierung betrifft also bei korrekter Auslegung nur die Beratung eines gesunden Menschen!

Wie bereits oben dargelegt, wäre hier im Sinne der direkt anwendbaren Dienstleistungsrichtlinie diese Regelung nicht zu betrachten.

IV. Zusammenfassung:

IV.1) Die vorgenommene Differenzierung zwischen Ernährungsberatung und Ernährungstraining widerspricht dem Europarecht. Es müsste sich bei der Ernährungsberatung nach wie vor um ein freies Gewerbe handeln. Die Differenzierung zwischen Ernährungsberater und Ernährungstrainer erfolgt in den einschlägigen Kommentaren widersprüchlich. Hanusch geht offenbar davon aus, dass Ernährungsberatung auch kranken Personen zugänglich ist, während hingegen Grabner, Stolzlechner, Wendl die Auffassung vertreten, dass auch Ernährungsberatung

ausschließlich für gesunde Menschen möglich sei. Letztere Ansicht trifft aus den oben dargelegten Erwägungen zu.

IV.2) Jedenfalls wird wohl jene Tätigkeit, welche keine besonderen Befähigungen als Voraussetzung hat bzw nur allgemein zugängliches Wissen beinhaltet, auch im Rahmen des freien Gewerbes zulässig sein. Die exakte Abgrenzung wird von Fall zu Fall verschieden zu beurteilen sein, zumal es ja auch immer darauf ankommt, was "Allgemeinwissen" darstellt und was als "Sonderwissen" zu bezeichnen ist. Auch ist die Grenze zwischen gesunden und kranken Menschen für einen Laien oft nicht deutlich zu ziehen.

Wenn jemand wegen bestimmter ernährungsbedingter Beschwerden mit diagnostiziertem Krankheitsstatus bereits in ärztlicher Behandlung ist, dann darf weder der Ernährungsberater noch der Ernährungstrainer in Bezug auf diese Krankheit tätig werden – und zwar weder auf Basis eines freien noch eines reglementierten Gewerbescheines!

Ist hingegen jemand beispielsweise wegen eines Knochenbruches krank, so wird gegen eine Ernährungsberatung aus dem Grunde der Krankheit nichts einzuwenden sein. Auch ein Krankenstand, der aufgrund des Ernährungsproblems zur Inanspruchnahme der Beratung eines gewerblichen Ernährungsberaters bzw -trainers führt, weist deutlich auf die Nichtzuständigkeit des gewerblichen Beraters hin.

IV.3) Die Tätigkeiten des freien Gewerbes des Ernährungstrainings sind nach der österreichischen aktuellen Rechtslage auf die in Punkt II.3.3) aufgelisteten Möglichkeiten beschränkt. Dies widerspricht aber der EU-Dienstleistungsrichtlinie. Nach Art. 9 der Dienstleistungsrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nur unter gewissen Voraussetzungen (zwingender Grund; Verhältnismäßigkeit) Genehmigungsregelungen unterwerfen. Dadurch wird eine Pflicht des Gesetzgebers begründet, die unverhältnismäßige und daher gegen Art. 9 verstoßende Genehmigungsregelung für Ernährungsberatung bzw Ernährungstraining aufzuheben.

IV.4) Weder Ernährungsberater noch Ernährungstrainer, aber auch nicht Kosmetiker, Lebens- und Sozialberater oder sonstige gewerbliche Leistungen dürfen als Berater oder Trainer, etc. einen kranken Menschen im weitesten Sinne behandeln, weil dies der Gewerbeordnung fremd ist.

V. Aussicht bzw Empfehlung:

V.1) Es wurde nunmehr in den Medien angekündigt, dass eine umfangreiche Dereglementierung der Gewerbeordnung samt weiteren Anpassungen an EU-Recht erfolgen wird.

Die Gewerbeordnung sollte alle Tätigkeiten, welche im Sinne der Dienstleistungsrichtlinie frei sind, auch nicht mehr erfassen. Darüber hinaus wäre eine Klarstellung geboten, dass es sich nach dem System der Gewerbeordnung und der Dienstleistungsrichtlinie bei allen Tätigkeiten, welche nicht vom Ausbildungsvorbehaltsgesetz umfasst sind, nur um Beratungen und Dienstleistungen für gesunde Menschen im Rahmen des freien Gewerbes handeln kann.

V.2) Wir empfehlen daher, die gegenständliche Problematik auch an die zuständigen Gremien beim Bundesministerium für wirtschaftliche Angelegenheiten bzw der Wirtschaftskammer vorzutragen, und so zu einer möglichst raschen Lösung bzw Klärung der Rechtslage beizutragen.

V.3) Die sonstigen "Wohlfühlbehandlungen bzw -beratungen" an gesunden bzw für gesunde Menschen stellen unseres Erachtens Dienstleistungen dar, welche im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit als freies Gewerbe ausgeübt werden dürfen, ohne dass dies im Detail überreglementiert werden dürfte. In diesem Sinne wäre nach den oben aufgezeigten Kriterien der Dienstleistungsrichtlinie die Gewerbeordnung zu "entrümpeln", also zu dereglementieren.

Linz, am 14.06.2017