



© WILKE, WIEN

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

Aktuelles in Kürze

Dead or alive

Auch Gesetze haben unterschiedliche Lebensdauern. Das hängt oft mit ihrem Zweck zusammen, denn mit Gesetzen reagiert der Gesetzgeber ja auf bestimmte Regelungsnotwendigkeiten oder er will mit seiner Gesetzgebung Verhaltensweisen in die von ihm gewünschte Richtung lenken. Und die kann sich mitunter ändern. Selten aber geht es einem Gesetz schon an den Kragen, bevor es überhaupt in Kraft getreten ist. Passiert das aber dennoch, muss es wohl um besonders wichtige Inhalte gehen, mag man meinen.

Im gegenständlichen Fall führt das dazu, dass einer noch bestehenden Regelung das Leben verlängert wird. Und dabei geht es nicht nur ums Überleben oder Sterben von Gesetzen. Der (am 9.11.2017 konstituierte) neue Nationalrat beschloss (in seiner seit damals laufenden XXVI. Gesetzgebungsperiode) eine Änderung des „Tabak- und Nichtraucherinnen- bzw. Nichtraucherschutzgesetz – TNRSG“. Kern der gesetzgeberischen Aktivitäten war es, dem zum Zeitpunkt der Beschlussfassung noch bestehenden, aber nur noch bis 1.5.2018 in Geltung stehenden § 13a („Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie“ – teilweises Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen oder Getränken an Gäste dienenden Räumen) das Leben zu verlängern. Diese Bestimmung sollte zuvor, um dem „umfassenden Nichtraucherinnen- und Nichtraucherschutz“ gemäß § 13 Abs 2 TNRSG uneingeschränkt Geltung zu verschaffen, nach fast dreijähriger Übergangsfrist ab dem 13. August 2015¹ außer Kraft treten².

In einem am 28.2.2018 im Nationalrat eingebrachten Initiativantrag, der am 22.3.2018 im Nationalrat abgesegnet wurde, heißt es wörtlich: „§ 13a in der am 30. April 2018 geltenden Fassung soll weiterhin in Geltung

bleiben. Dies betrifft die sogenannte „Gastronomie-Regelung“ betreffend die Einrichtung von Raucherräumen unter den in § 13a schon bisher vorgesehenen näheren Bedingungen. ... § 13 Abs. 2 in der ab 1. Mai 2018 geltenden Fassung sieht ein generelles Rauchverbot in Hotels und unter bestimmten Bedingungen die Möglichkeit der Einrichtung eines Nebenraums als Raucherraum vor. Diese Bestimmungen sind aber im Hinblick auf den nunmehr weiter in Geltung stehenden § 13a auf Räume zur Verabreichung von Speisen und Getränken nur anwendbar, soweit von der „Gastronomie-Regelung“ gemäß § 13a Abs. 2 bis 4 kein Gebrauch gemacht wird.“

Die das Gesetzesleben verlängernde Regelung wurde in der Tat Gesetz und am 24.4.2018 im BGBl 2018 Teil I Nr 13. publiziert. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass gleichzeitig auch beschlossen wurde, dass der „Verkauf dieser Tabakerzeugnisse sowie verwandter Erzeugnisse an Personen, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet haben, verboten“ wird. Ein umfassendes Rauchverbot gilt nach der Novelle zum TNRSG nun „auch in nicht der entgeltlichen oder gewerblichen Personenbeförderung dienenden Verkehrsmitteln, wenn sich im Fahrzeug eine Person befindet, die das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.“ – also in privaten KFZ.

Will man sich vor Tabakrauch schützen, ist es in Hinkunft ratsam, mit Minderjährigen Auto zu fahren, kann man hingegen aufs Rauchen auch in Gesellschaft Minderjähriger nicht verzichten, empfiehlt sich eine Unterbrechung der Autofahrt für einen Lokalbesuch³. Man wünschte, der Gesetzgeber könnte nicht nur Gesetzen das Leben verlängern, sondern genauso einfach auch Menschen, die an durch passiven Tabakkonsum verursachten Erkrankungen leiden.

1 BGBl I 2015/101.

2 § 13a des damals noch Tabakgesetz genannten Gesetzes, sollte gemäß BGBl I 2015/101 „mit Ablauf des 30. April 2018 außer Kraft“ treten (§ 17 Abs 8 TNRSG).

3 Denn dort ist jedenfalls Gästen auf dem Weg zum Hauptraum bzw. zu anderen rauchfreien Bereichen des Lokals wie sanitären Anlagen bzw. WC-Anlagen ein kurzes Durchqueren des Raucherraumes zumutbar (vgl. Art. I, BGBl. I Nr. 12/2014).

Sind Wein und Bier „bekömmlich“?

EuGH 6.9.2012, C-544/10; 18.7.2016, C-19/15;
8.6.2017, C-296/16p
BGH 17.5.2018 – I ZR 252/16

Schon vor mehr als einem Jahrzehnt hat die EU eine Verordnung über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmittel erlassen.¹ Zu den Hauptzwecken dieser „Health Claims-Verordnung“ zählt der Gesundheitsschutz. Nach dieser Verordnung sind z.B. Verweise auf allgemeine, nicht spezifische Vorteile des Nährstoffs oder Lebensmittels für die Gesundheit im Allgemeinen oder das gesundheitsbezogene Wohlbefinden nur dann zulässig, wenn ihnen eine spezielle gesundheitsbezogene Angabe beigelegt ist². Die Bezeichnung eines deutschen Weins mit „Edition Mild bekömmlich“ und der Angabe „Edition M – sanfte Säure/bekömmlich“ fällt nach der Rechtsprechung des EuGH³ unter die Health Claims-VO. Sie impliziert, so der EuGH, „eine leichte Aufnahme und Verdaulichkeit des Weins suggerierende Bezeichnung“ und dass „das Verdauungssystem, also ein Teil des menschlichen Körpers, darunter nicht oder wenig leidet und dass der Zustand dieses Systems selbst bei wiederholtem, also in größeren Mengen und langfristig erfolgreichem Verzehr verhältnismäßig gesund und intakt bleibt, weil dieser Wein sich durch einen reduzierten Säuregehalt auszeichnet.“⁴ Eine Bezeichnung wie „bekömmlich“, „verbunden mit dem Hinweis auf einen reduzierten Gehalt an Stoffen, die von einer Vielzahl von Verbrauchern als nachteilig angesehen werden“ ist daher eine „gesundheitsbezogene Angabe“ iSd Health Claims-VO.⁵

Und daher war deren Verwendung im konkreten Fall unzulässig, wengleich damit aber noch nicht generelle die Angabe „bekömmlich“ per se als für die Kennzeichnung oder Bewerbung von Lebensmitteln unzulässig erklärt wurde.⁶

Der Anwendungsbereich der Health Claims-VO Verordnung ist grundsätzlich sehr weit, wie der EuGH in der Folge präziserte. Sie ist etwa auch dann zu beachten, wenn nährwert- oder gesundheitsbezogene Angaben in kommerziellen Mitteilungen über Lebensmittel, die als solche an den Endverbraucher abgegeben

werden sollen, in den Geltungsbereich dieser Verordnung fallen, auch wenn sich die konkreten Mitteilungen nicht an den Endverbraucher, sondern ausschließlich an medizinische Fachkreise richtet⁷.

Selbst wahre, wissenschaftlich bestätigte gesundheitsbezogene Angaben können unter das Verbot der Health Claims-Verordnung fallen, wenn sie „allgemein anerkannten Ernährungs- und Gesundheitsgrundsätzen“ zuwider laufen.⁸ Im konkreten Fall ging es um gesundheitsbezogene Angaben zu Glukose, etwa, dass diese zu normaler Muskelfunktion bei körperlicher Betätigung beiträgt, die körperliche Betätigung unterstützt und im Rahmen des normalen Energiestoffwechsels abgebaut wird. Nach der EU-Kommission wurde dadurch ein widersprüchliches und verwirrendes Signal an Verbraucher gesendet. Der EuGH bestätigte die Entscheidung der Kommission⁹.

Und nun hat es auch das Bier erwischt. Nach Art 4 Abs 3 der Health Claims-Verordnung dürfen Getränke mit einem Alkoholgehalt von mehr als 1,2 % Vol. keine gesundheitsbezogenen und nährwertbezogenen Angaben tragen. Eine Angabe im Sinn dieser Verordnung ist auch schon dann gesundheitsbezogen, wenn damit suggeriert wird, der Konsum des Getränks habe keine schädlichen Auswirkungen. Zweideutigkeiten gehen dabei offenbar zu Lasten des Werbenden. Und das gilt nicht nur für die Etikettierung der Getränke, sondern auch für deren Bewerbung. Daher wurde nun die Werbung der Brauerei Härle aus Leutkirch im Allgäu für ihre Produkte mit dem Begriff „bekömmlich“ ganz ohne sonstigen Zusatz als unzulässig erkannt. Und dies obwohl der Werbeslogan der Brauerei schon seit den 1930er Jahren „Wohl bekomms“ lautet. Verbraucher würden den Begriff „bekömmlich“ nicht nur auf den Geschmack des Bieres beziehen, vielmehr würde diese Angabe als „gesund“, „zutraglich“ und „leicht verdaulich“ verstanden. Er bringe bei einer Verwendung für Lebensmittel zum Ausdruck, dass dieses im Verdauungssystem gut aufgenommen und – auch bei dauerhaftem Konsum – gut vertragen wird, wie der deutsche Bundesgerichtshof (BGH) jüngst entschied¹⁰.

Die Rechtslage in Österreich ist, da die Health Claims-Verordnung als Unionsrecht auch in Österreich anwendbar ist, nicht anders.

1 Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 i d F der Verordnung (EU) Nr. 1047/2012

2 Art 10 Abs 3.

3 EuGH 6.9.2012, C-544/10 – *Deutsches Weintor*

4 Rz 39.

5 Rz 40.

6 *Zemann*, „Bekömmlich“ – gesundheitsbezogene Angabe bei alkoholischen Getränken?, *ecolx* 2013, 387.

7 EuGH 18.7.2016, C-19/15 – *Innova Vital*

8 Erwägungsgrund 14 der Verordnung (EU) 2015/8 der Kommission vom 6.1.2015 über die Nichtzulassung bestimmter anderer gesundheitsbezogener Angaben über Lebensmittel als Angaben über die Reduzierung eines Krankheitsrisikos sowie die Entwicklung und die Gesundheit von Kindern (ABl. 2015 L 3, 6).

9 EuGH 8.6.2017, C-296/16p – *Dextro Energy*

10 BGH 17.5.2018 – I ZR 252/16, die Entscheidung ist im Volltext noch nicht publiziert, Quelle: Mitteilung der Pressestelle des BGH Nr. 093/2018 vom 17.5.2018.

Ein Verstoß gegen Werbebeschränkungen der Health Claims-VO wäre im Übrigen auch als unlautere Handlung im Sinne der Fallgruppe Rechtsbruch nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu beurteilen. Nur dann, wenn die konkret übertretene Norm auch mit guten Gründen in einer anderen Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht, scheidet ein Unterlassungsanspruch nach dem UWG aus.¹¹ Aufgrund der europäischen Judikatur ist daher auch in Österreich davon abzuraten, Lebensmittel so zu bezeichnen, dass damit auch nur irgendwie eine Assoziation zu einem Gesundheitsaspekt erweckt werden könnte.

Na dann Prost!

Krank am Feiertag

OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d

Nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) haben Arbeitnehmer Anspruch auf Gehalt bzw. Lohn auch dann, wenn sie trotz Krankheit nicht arbeiten können. Und zwar bei einer Dauer des Dienstverhältnisses von bis zu fünf Jahren im Ausmaß von insgesamt sechs Wochen pro Jahr¹.

Da der Zeitraum, für den Entgeltfortzahlung gebührt, gesetzlich begrenzt ist (nach alter, wie nach neuer Rechtslage ab 1.7.2018) kann es mitunter darauf ankommen, ob in die Dauer des Krankenstandes auch Feiertage fallen. Denn auch nach dem Arbeitsruhegesetz (ARG) steht einem Arbeitnehmer Anspruch auf Gehalt/Lohn zu, wenn er aufgrund eines Feiertags nicht arbeiten muss.

Was gilt nun, wenn ein Arbeitnehmer an einem Feiertag krank ist? Ist dieser Feiertag dann, in die für ein Arbeitsjahr zustehende Dauer der Entgeltfortzahlung² miteinzubeziehen oder verlängert sich der Zeitraum der Entgeltfortzahlung um den Feiertag?

Schon vor mehr als zwanzig Jahren hielt der Oberste Gerichtshof (OGH) fest, dass es für die Entgeltfortzahlung nach dem EFZG irrelevant ist, ob ein Arbeitnehmer an einem Feiertag gesund oder krank ist, weil er am Feiertag ohnedies nicht arbeiten muss³.

Nun landete ein solcher Sachverhalt neuerlich vor dem OGH, der dies zum Anlass nahm, seine Judikatur

trotz daran von der rechtswissenschaftlichen Literatur geübter Kritik zu bestätigen. Nach wie vor sind Feiertage, an denen keine Arbeitspflicht besteht, nicht in die Maximaldauer des Entgeltfortzahlungsanspruches nach § 2 Abs 1 EFZG einzuberechnen. Denn an einem Feiertag besteht eben keine Arbeitspflicht. Konsequenterweise kann ein Arbeitnehmer daher auch nicht durch Krankheit an der Leistung seiner Arbeit gehindert werden. Die für die kranke Klägerin in diesem Fall erfreuliche Konsequenz war, dass ein Feiertag das Ende der Entgeltfortzahlung hinausschob und sie somit auch für diesen Tag noch Anspruch auf Arbeitslohn hatte.⁴

Der Vollständigkeit halber: Besteht an einem Feiertag aber eine Arbeitsverpflichtung, ist diese Judikatur nicht anzuwenden. Und auch Feiertage, die erst nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses liegen, verlängern die Entgeltfortzahlungsdauer nicht.

Krankentransport und Gewerbeordnung

VwGH 23.10.2017, Ro 2015/04/0025-3

Im Mai 2014 meldete eine Gesellschaft bei der zuständigen Bezirkshauptmannschaft in Kärnten die Tätigkeit der Durchführung von Kranken- und Rettungstransporten „mit hierfür speziell ausgestatteten Kranken- und Rettungsfahrzeugen und ausgebildetem Personal“ als freies Gewerbe an. Die Behörde untersagte die Ausübung dieser Tätigkeit, weil die Voraussetzungen für die Ausübung eines freien Gewerbes nicht vorlagen. Das Landesverwaltungsgericht bestätigte diese Entscheidung und letztlich landete der Fall vor dem VwGH.

Der Prüfung durch den VwGH lag der genaue Wortlaut des angemeldeten Gewerbes zugrunde. Dieser muss eine eindeutige Abgrenzung gegenüber nicht freien Gewerben möglich machen. Nach Ansicht des VwGH erfüllt die Gewerbebeanmeldung diese Voraussetzungen aber eben nicht. Die „*Organisation, Erfassung und Durchführung von Kranken- und Rettungstransporten, mit hierfür speziell ausgestatteten Kranken- und Rettungsfahrzeugen und ausgebildetem Personal*“ lässt nicht erkennen, dass damit Tätigkeiten, die unter das Kärntner Rettungsdienst-Förderungsgesetz fallen – und (nur)

11 OLG Wien 27.8.2010, 1R163/10p.

1 Danach steht noch ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Ausmaß des halben Entgelts für die Dauer von vier Wochen zu, bei längerer Dienstdauer erhöht sich der Anspruch auf Entgeltfortzahlung, vgl. § 2 EFZG; ab dem 1.7.2018 gelten etwas

andere, für den Arbeitnehmer günstigere Bestimmungen, siehe dazu BGBl I 2017/153.

2 derzeit zumindest sechs Wochen, siehe dazu FN 1.

3 OGH 12.6.1996, 9 ObA 2060/96y.

4 OGH 21.3.2018, 9 ObA 13/18d.

nach diesem zu beurteilen sind – ausgeschlossen sind. Daher bestätigte der VwGH schon aus formalen Gründen die die Gewerbebeanmeldung versagenden Entscheidungen der Vorinstanzen.

Explizit offen blieb aber die Frage „ob bzw. inwieweit die Durchführung von gewerblichen Kranken- und Rettungstransporten überhaupt in den Anwendungsbe- reich der Gewerbeordnung 1994 fallen kann“.¹ Dies ungeachtet des Umstandes, dass das Verwaltungsgericht explizit ausgeführt hatte, dass Rechtsprechung des Höchstgerichts zur Frage, „ob Kranken- und Rettungs- transporte als freies Gewerbe nach der Gewerbeordnung 1994 ausgeübt werden können“ fehlt und aus diesem Grund die ordentliche Revision zugelassen hatte. Der VwGH ging zwar auch von der Zulässigkeit der Revi- sion aus, lässt aber die inhaltliche Auseinandersetzung damit vermissen.

Wunderheilungen sind nicht Ärzten vorbehalten – Wenn sie kein Mindestmaß an Rationalität aufweisen

VwGH 26.4.2018, Ro 2017/11/0018-3

Gemäß § 3 Abs 1 ÄrzteG ist die „selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes ... ausschließlich Ärzten für Allge- meinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten.“ Die Ausübung des ärztlichen Beruf wiederum umfasst „jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am

Menschen oder unmittelbar für den Menschen ausgeführt wird“, wie § 2 Abs 2 ÄrzteG unter Aufzählung einiger darunter fallender Maßnahmen normiert. Nichtärzten „ist jede Ausübung des ärztlichen Berufs verboten“.² Ein Verstoß gegen dieses Verbot ist strafbar.³

Die Reichweite dieses Ärztevorbahls und damit die Definition der ärztlichen Tätigkeit durch den Ge- setzgeber hatte der VwGH nun im Zusammenhang mit der von einem Wunderheiler angebotenen Behandlung durch Handauflegen (Reiki) zu beurteilen. Über den Wunderheiler war eine Strafe verhängt worden, die er bis zum VwGH bekämpfte.

Die Behandlung, die der (sich selbst so bezeichnen- de) Wunderheiler anbot, bestand darin, einer erkrankten Person bei einer als „Energieübertragung“ bezeichneten „Behandlung“ „unter Beten mit den Händen beginnend von den Füßen bis zum Kopf hinauf zu streichen“⁴.

Für den VwGH lag kein Hinweis vor, dass „für die Durchführung einer solchen Behandlung“ das typischer- weise durch ein Medizinstudium vermittelte umfas- sende Wissen erforderlich ist oder diese Methode ein „Mindestmaß an Rationalität“ aufweist. Die „Reiki-Be- handlung“ erfüllt diese Kriterien nicht. Genau das aber wäre erforderlich, damit die Tätigkeit in den ärztlichen Vorbehaltbereich fällt.

Der VwGH schließt sich in seinem Erkenntnis vom 26.4.2018 der Rechtsmeinung des OGH⁵ zum Ärzte- vorbehalt nach § 2 Abs 1 ÄrzteG und dessen Umfang explizit an⁶. Damit fällt diese Behandlungsmethode aber nicht unter die gesetzliche Definition einer ärztli- chen Tätigkeit und konsequenterweise auch nicht unter den Ärztevorbahlt. Sie darf daher auch von Nicht- ärzten angeboten werden.

1 Rz 19.

2 § 2 Abs 2 ÄrzteG.

3 § 199 ÄrzteG, § 184 StGB.

4 Konkret wurde eine „Reiki“-Behandlung ausgeführt. Das ist z.B. laut www.reiki-wien.at/ eine „energetische Behandlung“, wobei

„meistens die Anwendung von Reiki durch das Auflegen der Hände an bestimmten Punkten am Körper“ erfolgt.

5 OGH 14.3.2006, 4 Ob 256/05h; 21.11.2006, 4 Ob 151/06v; 5.10.2010, 4 Ob 155/10p.

6 Vgl. dazu auch VwGH 14.12.2010, 2008/11/0038.