



Alexander Krüschner

Mag. Alexander Koukal, LL.M.

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Informationen zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten und Publikationen finden Sie unter [www.h-i-p.at](http://www.h-i-p.at)<<http://www.h-i-p.at>>.



Alexander Krüschner

Dr. Thomas Höhne<sup>1</sup>

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Informationen zu seinen Tätigkeitsschwerpunkten und Publikationen finden Sie unter [www.h-i-p.at](http://www.h-i-p.at)<<http://www.h-i-p.at>>.

## Ernährungsberater, individuell (teil-)befähigt?

- Für die Befähigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung, schreibt § 119 GewO eine Ausbildung auf akademischem Niveau vor. Eine individuelle Befähigung (§ 19 GewO) für Ernährungsberatung kann nur im Fall der Gleichwertigkeit („Äquivalenz“) mit einer solchen akademischen Ausbildung zuerkannt werden. Die Erlangung eines (Teil-)Gewerbes „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungstraining“ oder auf ähnliche, nicht äquivalente Ernährungsdienstleistungen ist nicht möglich.

### 1. Überblick

Rund 640 Ernährungsberater sind zurzeit in Österreich tätig.<sup>2</sup> Sie gehören seit gut 15 Jahren dem reglementierten Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung an und sollen nach dem Gesetzeswortlaut des § 119 GewO ihre berufliche Qualifikation durch eine mehrjährige akademische Ausbildung erlangen. Mit diesen Anforderungen stellt der Gesetzgeber im öffentlichen Interesse an Gesundheitsschutz ein hohes Niveau der Ernährungsberatung sicher.

Neben den Ernährungsberatern werben auch andere Ernährungsdienstleister mit Bezeichnungen wie Training, Coaching, Schulung, Einzelunterricht oÄ um Klienten. Ihr Berufsbild und ihre Ausbildung sind gesetzlich nicht geregelt. Sie dürfen in den für Ernährungsberater vorbehaltenen Bereichen nicht tätig werden. Die Abgrenzung des Vorbehaltsbereiches ist in der Judikatur, ua im Zuge mehrerer lauterkeitsrechtlicher Streitigkeiten, geklärt.<sup>3</sup>

Zu beobachten ist verschiedentlich,<sup>4</sup> dass Ernährungsberater die nötige Gewerbeberechtigung nicht immer auf Basis der gesetzlich vorgeschriebenen akademischen Ausbildung, sondern als Teilgewerbe unter

Berufung auf eine „individuelle Befähigung“ iSd § 19 GewO erlangt haben.

Die nachfolgende Betrachtung widmet sich dem Umfang und der notwendigen Befähigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung, im Spannungsfeld zu anderen Ernährungsdienstleistungen sowie zu Teilbefähigungen.

### 2. Begriff der Ernährungsberatung, Abgrenzung

Eine **gesetzliche Definition** der Ernährungsberatung **fehlt** bislang. Tätigkeitsbereiche eines Ernährungsberaters und deren Abgrenzung wurden jedoch in der Rspr<sup>5</sup> herausgearbeitet.

Zusammengefasst beinhaltet **Ernährungsberatung** die Abgabe von Informationen und ggf Handlungsempfehlungen in persönlicher und/oder individualisierter Weise, die dazu bestimmt sind, eine gesundheitsorientierte Ernährungsmodifikation anzuregen und diese anzuleiten.<sup>6</sup> Dies betrifft insbesondere auch die Ernährungstypbestimmung, die Austestung von Nahrungsmittelunverträglichkeiten und die Analyse sinnvoller Nahrungsergänzungen.<sup>7</sup> Die von einem Er-

1 Dr. Thomas Höhne und Mag. Alexander Koukal LL.M. sind Partner von Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Dieser Beitrag basiert auf einer gutachterlichen Stellungnahme für den Verband der Ernährungswissenschaftler Österreichs (VEÖ).

2 Stand 31.12.2017; aus: Wirtschaftskammer Österreich – Stabsabteilung Statistik für Fachverband Personenberatung und Personenbetreuung (127), April 2018.

3 Vgl OGH 9 Ob 64/04h, 4 Ob 61/14w, 4 Ob 222/17a.

4 Für einzelne Gewerbetreibende abrufbar unter <http://firmen.wko.at/>, zB für „chinesische Ernährungsberatung“.

5 OGH 4 Ob 61/14w mit Verweis auf *Hanusch*, GewO<sup>4</sup> (2013) § 119 Rz 3–5.

6 Stellungnahme des VEÖ / Arbeitskreis Recht: „Ernährungsberatung – rechtlich gesehen“, abgerufen am 16.7.2018 unter [www.veoe.org/rechtliches](http://www.veoe.org/rechtliches).

7 OGH 4 Ob 61/14w mit Verweis auf *Hanusch*, GewO<sup>4</sup> (2013) § 119 Rz 3–5.

nährungsberater vermittelten Informationen umfassen ernährungsphysiologische, biochemische und allergologische Zusammenhänge der Ernährung, er berät zur Lebensmittelstruktur, deren Herstellungsprozessen und gegebenenfalls auch zu Themen wie Essverhalten, Lebensführung und Körperbewusstsein.<sup>8</sup>

Eine spezielle Form der Ernährungsberatung ist die **Ernährungstherapie**. Sie wendet sich an Kranke und umfasst auf ärztliche Anordnung die verbindliche, individuelle Anleitung eines Patienten zu nutritiven Maßnahmen in einem therapeutischen Gesamtkonzept bei ernährungsabhängigen Erkrankungen und krankheitsbedingten Ernährungsproblemen.<sup>9</sup> Diese humanmedizinische Tätigkeit am Kranken ist Diätologinnen und Diätologen (§ 1 Z 4 MTD-G) vorbehalten.

Von der Ernährungsberatung **abzugrenzen** sind die **Lehre und Information zu Ernährungsthemen** (Abgabe von Informationen über ernährungsrelevante Inhalte in Form einer Rede ohne persönliche, individualisierte Elemente bzw. Handlungsempfehlungen)<sup>10</sup> sowie die in der Rspr erwähnten „Teiltätigkeiten“, zu denen auch nicht speziell geschulte Kunden in der Lage sind („**unkundige Tätigkeiten**“), beispielsweise die Auswahl von Nahrungsmittellieferanten, Einkauf und Auswahl von Nahrungsmitteln, etc.<sup>11</sup>

### 3. Das reglementierte Gewerbe der Ernährungsberatung

Seit der GRNov 2002<sup>12</sup> ist Ernährungsberatung ein **Teil des reglementierten Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung** (§ 119 GewO).<sup>13</sup> Während die Befähigungsvoraussetzungen für Lebens- und Sozialberatung in der auf Basis von § 18 GewO ergangenen Lebens- und Sozialberatungs-Verordnung<sup>14</sup> geregelt sind, hat der Gesetzgeber die **Voraussetzungen für Ernährungsberatung direkt in § 119 GewO normiert**: „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.“

Vor dieser Novelle war die Ernährungsberatung ein freies Gewerbe, jedoch nur im nicht-medizinischen Bereich; die Ausbildung und Qualifikation von (damals:) Diätassistenten war bereits durch das MTD-G geregelt.<sup>15</sup>

Seit der GRNov 2002 können DiätologInnen sowohl nach der GewO als auch dem MTD-G tätig werden. Ernährungsberatung wird nun materiell von beiden Regelwerken gleichzeitig erfasst.<sup>16</sup> Für das Gewerbe „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung“ ist nun als Ausübungsvoraussetzung eine spezifische **Ausbildung an einer Universität oder einer Fachhochschule** vorgesehen.

Auch ohne ausdrückliche Erwähnung in den Gesetzesmaterialien zur Novelle<sup>17</sup> lässt sich die Intention des Gesetzgebers für die Umgestaltung der zuvor als freies Gewerbe möglichen Ernährungsberatung zu einem reglementierten Gewerbe erschließen. Das öffentliche Interesse an der Vermeidung einer Gefahr für die Gesundheit von Menschen<sup>18</sup> erfordert, dass Ernährungsberater ein hohes Ausmaß an Kenntnissen, Fähigkeiten und Erfahrungen besitzen müssen. Der zur Ernährungsberatung Berechtigte muss in der Lage sein, im Einzelfall die einer Ernährungsberatung widersprechenden Krankheitsbilder seiner Klienten zu erkennen und damit die Grenzen seines eigenen Handelns gegenüber Vertretern der Gesundheitsberufe zu beachten.<sup>19</sup> Es ist nachvollziehbar, dass der Gesetzgeber bewusst eine entsprechend fundierte akademische Fachausbildung vorgesehen hat.

In den Materialien heißt es: „Die Ernährungsberatung soll 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. [...]“

Vorbehaltsbereiche zur Sicherung des Gesundheitsschutzes sind nichts Neues. Erst jüngst bestätigte

8 Nach <https://de.wikipedia.org/wiki/Ernährungsberatung> (abgerufen am 16.7.2018).

9 Stellungnahme des VEÖ / Arbeitskreis Recht, aaO.

10 Stellungnahme des VEÖ / Arbeitskreis Recht, aaO.

11 OGH 4 Ob 61/14w mit Verweis auf *Hanusch*, GewO<sup>4</sup> (2013) § 119 Rz 3–5.

12 Gewerberechtsnovelle 2002, BGBl I 2002/111.

13 Vgl *Gruber/Pallege-Barfuß*, GewO<sup>7</sup> § 119, Anm 5 ff.

14 BGBl II 2003/140.

15 § 21 MTD-G steht seit 1.9.1992 in Geltung, er tritt mit 31.12.2018 außer Kraft (BGBl I 2013/185), die theoretische und praktische Ausbildung wird ab 2019 ausschließlich durch die FH-MTD-AV, BGBl II 2006/2, vorgeschrieben, vgl BlgNR 2444, 24. GP.

16 S auch OLG Wien 2 R 56/17w.

17 1117 BlgNR, 21. GP.

18 Vgl auch OLG Wien 2 R 56/17w.

19 So auch OLG Wien 1 R 67/18g.

der EuGH<sup>20</sup> im Zusammenhang mit der VO (EG) Nr 1223/2009 den Stellenwert des hohen Gesundheitsschutzniveaus – dort hinsichtlich der Bewertung der Sicherheit kosmetischer Mittel – bei der Festlegung des Qualifikationsniveaus von Ausbildungen.

Die beiden in § 119 GewO vorgeschriebenen Varianten einer Ausbildung zeichnen sich durch **akademisches Niveau, eine zumindest dreijährige Dauer und eine Abdeckung zahlreicher Stoffbereiche** aus.

Das – für den Befähigungsnachweis für Ernährungsberater ausreichende – **Bachelorstudium der Ernährungswissenschaften** umfasst nach dem Europäischen System zur Anrechnung, Übertragung und Akkumulierung von Studienleistungen (Bologna-Prozess) sechs Semester und 180 ECTS-Punkte in fachspezifischen Gegenständen, welche die Ausbildungsgrundlage für Ernährungsberatung bilden.<sup>21</sup>

**DiätologInnen** (vormals „Diätassistentin/Diätassistent“) gehören zur Gruppe der gehobenen medizinisch-technischen Dienste Österreichs (MTD). Berufsbild, Ausbildung und Tätigkeit sind im MTD-Gesetz und in der dazugehörigen Verordnung geregelt. Für die Ausbildung schreibt § 21 MTD-G eine insgesamt dreijährige theoretische und praktische Ausbildung in einem Fachhochschul-Bakkalaureatsstudiengang vor. Mit Ablauf des 31.12.2018 tritt § 21 MTD-G außer Kraft, die Anforderungen an theoretische und praktische Ausbildung ergeben sich ab 2019 ausschließlich aus der FH-MTD-Ausbildungsverordnung (FH-MTD-AV).<sup>22</sup>

#### 4. Zum individuellen Befähigungsnachweis für Ernährungsberatung

§ 19 GewO ermöglicht die Ausübung (fast aller, vgl § 99 Abs 3 für das Baumeistergewerbe) reglementierten Gewerbe auf Basis eines „**individuellen Befähigungsnachweises**“: „Kann der nach § 18 Abs. 1 vorgeschriebene Befähigungsnachweis nicht erbracht werden, so hat die Behörde unter Bedachtnahme auf Vorschriften gemäß § 18 Abs. 4 das Vorliegen der individuellen Befähigung festzustellen, wenn durch die beigebrachten Beweismittel die für die jeweilige Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen nachgewiesen werden. Die Behörde hat das Vorliegen der individuellen Befähigung mit der Beschränkung auf Teiltätigkeiten des betreffenden Ge-

werbes auszusprechen, wenn die Befähigung nur in diesem Umfang vorliegt. § 373d Abs. 5 ist sinngemäß anzuwenden.“

Bei einem solchen individuellen Befähigungsnachweis wird der (sonst) gem § 18 Abs 1 GewO vorgeschriebene Befähigungsnachweis durch **sonstige Nachweise** ersetzt, die jene **Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen** belegen, die für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes erforderlich sind.<sup>23</sup>

Der Antragsteller hat die Beweismittel für die Beurteilung seiner individuellen Befähigung selbst beizubringen. Die Behörde trifft hierbei **keine amtswegige Ermittlungspflicht**. Vielmehr ist es Sache des Antragstellers, die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen initiativ nachzuweisen.<sup>24</sup>

**Prüfungsmaßstab** dafür, ob das vom Antragsteller erstattete Vorbringen und die Beweismittel für eine individuelle Befähigung ausreichen, sind die (sonst) den Befähigungsnachweis iSd § 18 Abs 1 GewO festlegenden Vorschriften. Die Beurteilung, ob durch diese (sonstigen) Nachweise die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen belegt werden, hat daher am Maßstab dieser Zulassungsvoraussetzungen zu erfolgen.

Auf Grund sonstiger Nachweise kann der Antragsteller seine individuelle Befähigung nur insofern belegen, als die von ihm absolvierte Ausbildung (Bildungsgang, bisherige Tätigkeit) **das Ausbildungsziel in gleicher Weise verwirklicht** wie jene in den nach § 18 Abs 1 GewO erwähnten Vorschriften.<sup>25</sup> Der VwGH spricht in jüngerer Rspr mittlerweile explizit von einem „Äquivalent“.<sup>26</sup>

Dies muss auch mit der Umsetzung der **RL (EU) 2018/958 über eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vor Erlass neuer Berufsreglementierungen** (bis spätestens 30.7.2020) so bleiben. Bei Einführung neuer oder Änderung bestehender Vorschriften über den Zugang zu reglementierten Berufen oder deren Ausübung müssen die Mitgliedstaaten eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen, samt ausführlicher Begründung des Vorbehalts in „Erläuterungen“. Eine individuelle Zuerkennung einer der Vorbehaltstätigkeit entsprechenden Qualifikation muss gerade nach dieser künftigen Rechtslage äquivalent sein, da andernfalls die Erreichung der in den „Erläuterungen“ dokumentierten Ziele nicht sichergestellt werden kann. □

20 EuGH C-13/17.

21 S etwa <https://nutrition.univie.ac.at/studium/bachelor/>

22 BGBl II 2006/2.

23 stRspr, vgl etwa VwGH 2004/04/0047, 2010/04/0048.

24 stRspr, vgl etwa VwGH 2005/04/0163.

25 stRspr, vgl etwa VwGH 2004/04/0211, 2010/04/0048.

26 VwGH Ra 2015/04/0005: „Der Antragsteller muss in einem Verfahren gemäß § 19 GewO 1994 eine Tätigkeit nachweisen, die der in der betreffenden Zugangsverordnung geforderten einschlägigen Tätigkeit ‚gleichwertig‘ ist. Die Behörde hat hier auf ein ‚Äquivalent‘ zu dem Erfordernis der Verordnung nach § 18 GewO 1994 abzustellen.“

Die Gewerbebehörde hat bei der Beurteilung der vom Antragsteller beigebrachten Nachweise für eine individuelle Befähigung die Möglichkeit, ein **Gutachten der zuständigen Wirtschaftskammergliederung** einzuholen. Generell ist sie bei der Würdigung des Vorbringens und der vorgelegten Nachweise frei.<sup>27</sup>

Aktuelle **Richtlinien, Anhaltspunkte oder Kriterien des Bundesministeriums** für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort für eine Prüfung der Äquivalenz von vorgelegten Nachweisen bei einer Anmeldung des Gewerbes „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung“ sind **nicht ersichtlich**. Anhaltspunkte liefert der **Leitfaden des Verbands der Ernährungswissenschaftler Österreichs (VEÖ)** über Prüfkriterien für die Prüfung der Äquivalenz mit dem Universitätsstudium der Ernährungswissenschaft.<sup>28</sup>

Dem gegenüber bietet die **ersichtliche höchstgerichtliche Rspr** zur „Äquivalenz“ iSd § 19 GewO außer den schon oa Grundsätzen **kaum Hilfestellung** für die konkrete Beurteilung der beigebrachten Nachweise für das Gewerbe der Ernährungsberatung; Rspr des VwGH zur Beurteilung der „individuellen Befähigung“ für Ernährungsberatung ist nicht ersichtlich.

Somit ist **davon auszugehen, dass die Beurteilung der „individuellen Befähigung“** der Antragsteller für eine Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes der Ernährungsberatung von jeder einzelnen Behörde bzw. jedem einzelnen Sachbearbeiter sehr **kasuistisch vorgenommen** wird.

Da es für die Prüfung der individuellen Befähigung des Antragstellers weder einheitliche Leitlinien noch einen Monitoring-Prozess gibt, besteht das Risiko von **erheblichen Unterschieden bei Qualifikation und Ausbildungsgrad** zwischen jenen Ernährungsberatern, die sich auf einen individuellen Befähigungsnachweis berufen; und wohl auch mit einem „Gefälle“ zu jenen Ernährungsberatern, die eine akademische Ausbildung nach § 119 GewO absolviert haben.

Gerade durch die Umgestaltung der Ernährungsberatung zu einem reglementierten Gewerbe mit **in § 119 GewO explizit angeführten Ausbildungsmöglichkeiten** brachte der Gesetzgeber jedoch zum Ausdruck, dass mit Inkrafttreten der Gewerberechtsnovelle 2002 **ein einheitlich (hohes) Niveau bei theoretischer und praktischer Ausbildung gefordert** ist.

Das ist nachvollziehbar. Eine uneinheitliche Qualifikation von Ernährungsberatern **birgt Risiko für Klienten**: einer fehlenden oder nicht ausreichend umfassenden Beratung, einer Fehlernährung des Klienten, des Übersehens oder Übergehens von Krankheitsbildern beim Klienten, eines fehlenden Bewusstseins über die nötige Weiterverweisung von Klienten an Vertreter von Gesundheitsberufen.

Eine **Weiterverweisung eines Klienten an Gesundheitsberufe** ist notwendig, wenn sich der Beratungsbedarf des Klienten auf eine Störung (WHO-ICD 10) in Form einer Krankheit gründet, die zur Ernährungsmodifikation eine besondere Kostform bedingt, die über eine Modifikation der normalen Ernährung hinausgeht – vgl die Strafbestimmung des § 33 MTD-G. Für eine solche Beurteilung ist fundierte Fachkenntnis erforderlich.

Die Anzahl der Fälle, in denen bei der Beurteilung der „individuellen Befähigung“ der von der stRspr geforderten „Äquivalenz“ zu den Anforderungen des § 119 GewO nicht ausreichend Rechnung getragen wurde, lässt sich für Außenstehende nicht ermitteln. Die **Volksanwaltschaft** äußerte im Jahr 2014 in ihrem Bericht über einen Fall einer zu Unrecht erteilten Gewerbeberechtigung deutliche Kritik. Wörtlich heißt es dort: *„Nach übereinstimmender Auffassung von VA und BMWWF hatte die MA 63 die individuelle Befähigung im betreffenden Fall zu Unrecht angenommen.“*

## 5. Zum Maßstab der Äquivalenzprüfung

Mangels gegenteiliger Anhaltspunkte – etwa einer ausdrücklichen Ausnahmeregelung wie § 99 Abs 3, die als lex specialis § 19 verdrängt<sup>29</sup> – ist **auch das Gewerbe „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung“** einer Feststellung der **individuellen Befähigung** gem § 19 GewO **zugänglich**.<sup>30</sup>

Aus der bisherigen, mittlerweile gefestigten Rspr des VwGH (vgl die oa Erkenntnisse) ist für die **Beurteilung der „individuellen Befähigung“** nach § 19 GewO abzuleiten:

- Maßstab für die Beurteilung sind die den Befähigungsnachweis (gem § 18 GewO) festlegenden Vorschriften

27 Vgl VwGH Ra 2015/04/0005 unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien; diesen Materialien kann eine „Betonung“ des Grundsatzes der freien Beweiswürdigung jedoch nicht entnommen werden.

28 Abgerufen am 16.7.2018 unter [www.veoe.org/rechtliches](http://www.veoe.org/rechtliches).

29 S dazu auch VwGH 2013/04/0180.

30 Vgl die Mitteilung des BMWA vom 2.3.2005, GZ 30.599/0072-I/7/2005.

- Die Behörde hat bei der Beurteilung auf ein „Äquivalent“ zu den Erfordernissen in Rechtsakten auf der Basis von § 18 GewO abzustellen
- Der Antragsteller hat **alternative Nachweise** für Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen beizubringen
- Die nachgewiesene Tätigkeit der Antragstellers muss **gleichwertig** sein
- Die absolvierte Ausbildung muss **das Ausbildungsziel in gleicher Weise verwirklichen**

Für das Gewerbe der Ernährungsberatung **existieren keine Rechtsakte nach § 18 GewO** über die Befähigung zur Gewerbeausübung. Der Verweis in § 19 GewO auf einen „nach § 18 Abs. 1“ vorgeschriebenen Befähigungsnachweis geht in diesem Fall ins Leere. Für die vom VwGH verlangte Prüfung der Gleichwertigkeit **muss per analogiam auf die unmittelbar in § 119 GewO normierten Voraussetzungen zurückgegriffen werden**. Andernfalls gäbe es gerade für Ernährungsberatung keinerlei Vorgaben für eine Prüfung der Äquivalenz von alternativen Nachweisen. (Zu demselben Ergebnis gelangte das BMWA<sup>31</sup> mit einer extensiven Interpretation: „Der Einleitungssatz des § 19 GewO 1994 ist insofern weit zu interpretieren, als auch durch das Gesetz normierte Befähigungsnachweisstandards erfasst sind“.)

Somit bilden die in § 119 GewO unmittelbar angeführten Ausbildungsmöglichkeiten und die in den zugehörigen Studienplänen bzw. in § 21 MTD-G und der FH-MTD-AV angeführten Themen und Inhalte den von der Behörde heranzuziehenden Maßstab für die Prüfung der „sonstigen“ Nachweise auf Gleichwertigkeit.

Den beiden in § 119 GewO angeführten Alternativen für eine Ausbildung kommt uE ein **besonders hoher Stellenwert** zu.<sup>32</sup> In Anbetracht des öffentlichen Interesses an der Gesundheit und der Risiken bei minderqualifizierter Arbeit mit Klienten war es offenbar ein Anliegen des Gesetzgebers, die Ausbildung in einem Rechtsakt höherer Stufe, und damit auch geschützt vor einer einfachen Änderung im Verordnungsweg, zu verankern.

Die Gewerbebehörde muss demgemäß bei der Feststellung der individuellen Befähigung das öffentliche Interesse an der Vermeidung einer **Gefahr für die Gesundheit von Menschen berücksichtigen**, die bei nicht sachgerechter Ausübung der dem gebundenen Gewerbe vorbehaltenen Tätigkeiten besteht.

Ernährungsberatung ist das einzige Gewerbe, für dessen Ausübung ausschließlich eine **akademische Ausbildung unmittelbar im Gesetz vorgesehen** ist. Bei der Aufnahme der Ernährungsberatung in den Katalog der reglementierten Gewerbe kam es dem Gesetzgeber also explizit darauf an, die Befähigung an eine akademische Ausbildung zu knüpfen.

Aus all diesen Gründen muss die Behörde bei ihrer Beurteilung die vom Antragsteller beigebrachten Nachweise jenen Inhalten und Anforderungen gegenüberstellen, die der **Studienplan** für das Bachelorstudium der Ernährungswissenschaft und § 21 MTD-G bzw die **FH-MTD-AV** hinsichtlich des Fachhochschulstudiums zum Diätologen/zur Diätologin vorgeben. Die Behörde wird weiters eine ggf mit dieser Ausbildung vorgeschriebene oder sonst verbundene praktische Tätigkeit berücksichtigen müssen.

Eine vom Antragsteller absolvierte Ausbildung muss das Ziel der in § 119 GewO verankerten Ausbildungsmöglichkeiten in gleicher Weise verwirklichen. **Um als Äquivalent zu gelten**, muss sie angesichts der oa Inhalte vergleichbare **Schwerpunkte** aufweisen: wissenschaftliche Grundlagen der Ernährungslehre, Kenntnisse über allgemeine, alternative und besondere Ernährungsformen, Kenntnisse zur Erkennung von Erkrankungen, die einer ärztlicher Diätverordnung bedürfen, und Lebensmittelkunde. Die Ausbildung wird außerdem **der dreijährigen Dauer** der in § 119 GewO angeführten Ausbildungsmöglichkeiten **entsprechen** müssen, um als gleichwertig beurteilt werden zu können.

Bei ihren Erwägungen zur Gleichwertigkeit wird die Behörde auch auf ausbildungsbegleitende **Praktika** Rücksicht nehmen müssen.

Eine **nicht akademische Ausbildung**, eine **kürzere Ausbildung** oder rein **durch Praxis erarbeitete Kenntnisse**, Fähigkeiten und Erfahrungen können uE einer Prüfung auf Gleichwertigkeit im Sinn der VwGH-Rspr nicht standhalten.

Darauf wurde auch vom zuständigen Ministerium im Rahmen der Gewerbereferententagung 2017 zum Tagesordnungspunkt „Feststellung der individuellen Befähigung für das auf die Ernährungsberatung eingeschränkte Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung“ wie folgt hingewiesen:<sup>33</sup>

„Auf Grund der Absolvierung anderer, diese **Lehrinhalte** nicht zur Gänze abdeckenden Ausbildungen kann das

31 GZ 30.599/0072-I/7/2005.

32 Vgl dazu auch OLG Wien 2 R 56/17w (bestätigt durch OGH 4 Ob 222/17a) zum Stellenwert von Gesundheitsschutz als öffentlichem Interesse.

33 BMWFW: Protokoll Bundesgewerbereferententagung 2017 S. 112, abgerufen am 16.07.2018 unter [www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/GRT%202017%20Protokoll%20barrierefrei.pdf](http://www.bmdw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Documents/GRT%202017%20Protokoll%20barrierefrei.pdf)

*Ausbildungsziel nicht in gleicher Weise verwirklicht werden, wie in den im § 119 Abs. 1 GewO 1994 gesetzlich festgelegten Befähigungsnachweis.*

*Die Feststellung der individuellen Befähigung für die Ausübung des in Rede stehenden Gewerbes setzt demnach ein hohes Ausbildungsniveau des Antragstellers voraus; der vom Verband der Ernährungswissenschaftler Österreichs (VEÖ) dazu herausgegebene Leitfaden kann zur Entscheidungsfindung herangezogen werden.“*

## 6. Zu den Anforderungen an vorgelegte Nachweise

Die Behörde kann bei ihrer Beurteilung der individuellen Befähigung alle vorgelegten Nachweise frei würdigen. Zu amtswegigen Ermittlungen ist sie nicht verpflichtet (vgl dazu die oben angeführte Rspr).

UE bedarf es allerdings im Hinblick auf das oben dargestellte akademische Niveau, die Breite der in der Ausbildung vermittelten Inhalte und der nötigen Praxis bei den in § 119 GewO unmittelbar normierten Ausbildungsgängen einer **umfangreichen Sachverhaltsgrundlage** für die rechtliche Beurteilung. Eine allein auf eine Parteienvernehmung und ein Fachgespräch gestützte Beurteilung wäre wohl nicht geeignet, die Äquivalenz der vom Antragsteller vorgebrachten Nachweise zu beurteilen. Vielmehr wird sich der Antragsteller auf Ausbildungsunterlagen, Curricula, Zeugnisse und Nachweise über Praktika stützen müssen. Bei Zweifeln an der Äquivalenz wird die Behörde etwa die Studienprogrammleitung des Institutes für Ernährungswissenschaften der Universität Wien heranziehen können.

## 7. Zum Beurteilungsspielraum der Behörde

Bei der Anerkennung oder Verweigerung der individuellen Befähigung übt die Behörde **Ermessen** aus. Ermessen ist ein „rechtliches Dürfen anhand vorgegebener Kriterien innerhalb eines abgegrenzten Rahmens“.<sup>34</sup> Im konkreten Fall hat die Rspr die oben dargestellten Kriterien herausgearbeitet. Nach diesen Kriterien kann die Behörde die vom Antragsteller beigebrachten Nachweise als ausreichend oder nicht ausreichend für eine Befähigung beurteilen.

Die Behörde muss vom Ermessen „im Sinne des Gesetzes“ Gebrauch machen.<sup>35</sup> Nach Ansicht der Verfasser ist die **Grenze der Ermessensausübung** beim Gewerbe der Ernährungsberatung relativ eindeutig bestimmt. Durch die Aufnahme einer bestimmten akademischen Ausbildung mit bekanntem Studienplan und festgelegter Dauer in § 119 GewO gab der Gesetzgeber

auch (hohe) Anforderungen für die Prüfung „sonstiger“ Befähigungsnachweise auf Gleichwertigkeit vor.

Wenn der Antragsteller aussagekräftige Unterlagen vorlegt, ist ein Vergleich mit den Ausbildungen in § 119 GewO in der Regel wohl gut möglich. Die Qualifikation für Ernährungsberatung ist in § 119 ausreichend normiert. Es sind konkret bezeichnete Ausbildungsgänge angeführt, deren Inhalte konkret in Studienplänen bzw. im MTD-G (der FH-MTD-AV) festgelegt sind. Es herrscht daher keine Ungewissheit darüber, welche Themen und Inhalte die vom Antragsteller vorgelegten „sonstigen“ Nachweise abdecken müssen.

Eine pflichtgemäße Ausübung von Ermessen ist dann nicht sinnvoll möglich, wenn ein Antragsteller keinerlei Nachweise für die **positive Absolvierung einer gleichwertigen Ausbildung mit gleichwertigen Inhalten** und von **gleichwertiger Dauer** vorgelegt hat. Dies wird auch dann der Fall sein, wenn ein Antragsteller **nur seine Aussage und ein Fachgespräch** zum Nachweis seiner Befähigung anbietet. Hier hat die Behörde uE kein ausreichendes Sachverhaltssubstrat für eine rechtliche Beurteilung. Schließlich fehlt es in einem solchen Fall an jedem schriftlichen Nachweis für den positiven Abschluss einer, den in § 119 GewO angeführten Ausbildungsmöglichkeiten vergleichbaren Ausbildung.

Sollte der für die Behörde tätige Beamte eine Beurteilung der Gleichwertigkeit ohne derartige Nachweise vornehmen, setzt er sich dem Vorwurf aus, Ermessen nicht pflichtgemäß auszuüben, sondern sich von unsachlichen und gesetzesfremden Erwägungen, etwa einer Zu- oder Abneigung hinsichtlich des Antragstellers, leiten zu lassen.

Ein solcher Vorwurf könnte erhoben werden, wenn die vom Beamten entworfene Entscheidung den Vorgaben der höchstgerichtlichen Rspr widerspricht, etwa wenn sich eine Gleichwertigkeit mit den allgemeinen Befähigungsvoraussetzungen aus dem festgestellten Sachverhalt keinesfalls ableiten lässt, weil

- es kein Sachverhaltssubstrat zu den Ausbildungsinhalten gibt, die der Antragsteller seinem Vorbringen nach absolviert hat (weil er keine Unterlagen vorlegt); oder
- die vom Beamten angenommene Übereinstimmung zwischen den vorgelegten Inhalten und den in den Studienplänen angeführten Inhalten einer objektiven Prüfung nicht standhält.

Widerspricht die Entscheidung klar den oa Kriterien oder auch ggf bestehenden Erlässen, könnte das

34 Marek/Jerabek, Korruption und Amtsmissbrauch<sup>6</sup> (2013) 34.

35 Art 133 Abs 3 B-VG; vgl dazu VwGH 2006/21/0109.

auch Anlass für einen Vorwurf des **wissentlichen Befugnismisbrauchs** sein. Nach der Rspr<sup>36</sup> kann auch eine Entscheidung **ohne die gebotene Auseinandersetzung mit der Fachliteratur** oder gar gegen eine erteilte Rechtsbelehrung einer dazu berufenen Dienststelle Missbrauch sein.

Die **pflichtwidrige Ermessensausübung** kann disziplinar- und strafrechtliche Konsequenzen nach sich ziehen. Die Rspr zum Amtsmissbrauch (§ 302 StGB) hat etwa als tatbildlichen **Schaden eine Verletzung des Rechts von Verbrauchern auf Gesundheitsschutz** im Zusammenhang mit einer entgegen dem Lebensmittelrecht ergangenen Bescheinigung für die Verzehrbareit von Fleisch angenommen.<sup>37</sup>

Wird in einer Entscheidung entgegen den gefestigten Kriterien des VwGH über die Äquivalenz oder auch entgegen bekannter Leitlinien oder Erlasse eine individuelle Befähigung attestiert, dann könnte darin uU ein bedingter Vorsatz erblickt werden, dass damit eventuell in das **Recht der Klienten eines Ernährungsberaters auf Gesundheitsschutz** eingegriffen wird.

Wenn sich die Gewerbebehörde bei ihrer Beurteilung an den Studienplänen und rechtlich vorgeschriebenen Vorgaben an Theorie und Praxis für die beiden in § 119 GewO angeführten Ausbildungsmöglichkeiten orientiert und vom Antragsteller eine ausreichende Sachverhaltsgrundlage verlangt, kann sie den Vorwurf eines wissentlichen Befugnismisbrauchs vermeiden.

## 8. (Teil-)Gewerbe „Ernährungstrainer“?

Kann „Ernährungstraining“ ein Gewerbe, vor allem ein Teil des Gewerbes der Lebens- und Sozialberatung sein? Der Begriff des „Ernährungstrainings“ (und auch des „Trainings“) findet sich in der GewO nicht. Ernährungstraining kann man beschreiben als die Vermittlung und das Perfektionieren der Nahrungsaufnahme durch Wiederholung und Optimierungsoptimierung. Im engeren Sinn ist dies das Training von Tischmanieren, im weiteren Sinn wohl auch das Beschaffen, Herrichten und Zubereiten von Lebensmitteln.

Für die konkrete Beantwortung der Frage ist zunächst zu klären, worin Ernährungstraining überhaupt bestehen kann.

Handelt es sich dabei um reine **Wissensvermittlung**, liegt **Privatunterricht** iSd § 2 Abs 2 Z 12 GewO vor, der von der Gewerbeordnung ausgenommen ist.<sup>38</sup> Entscheidend ist, dass Wissensvermittlung und Wissensvermehrung **lehrplanzentriert** erfolgen; es wird

also nur untergeordnet auf individuelle Bedürfnisse und Fragen der Teilnehmer eingegangen. Für diese Art von Training **kann eine Gewerbeberechtigung nicht erlangt** werden.

**Beratung** iSd liegt hingegen vor, wenn auf die individuellen Bedürfnisse der Schulungsteilnehmer eingegangen wird und individuelle Lösungskonzepte erarbeitet werden. Beratung findet **kundenzentriert** statt, meist gegenüber Einzelpersonen oder Kleingruppen. Charakteristisch ist das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Berater und Klient. Stehen bei einem als „Ernährungstraining“ bezeichneten Angebot eine **individuelle Problemanalyse und -lösung** im Zentrum, liegt Beratung vor; und damit eine **Tätigkeit im Vorbehaltsbereich des § 119 GewO**, sofern sich die Themen nicht auf die durch den OGH (4 Ob 61/14w) angeführten „unkundigen Tätigkeiten“ beschränken.

Nichts anderes gilt für „**Coaching**“ – darunter versteht man eine Methode, um Individuen zu befähigen, Problemlösungen aus sich heraus zu finden – sich also die Antworten selbst zu geben. Aufgrund der individuellen, kundenzentrierten Tätigkeit liegt nicht Privatunterricht, sondern Beratung vor.

**Ein (freies) Gewerbe „Ernährungstraining“ ist nicht möglich.** Entweder ist ein solches Training eine lehrplanzentrierte Wissensvermittlung, dann ist es von der GewO ausgenommen; oder es ist kundenzentrierte Beratung; dann liegt, sofern es nicht um die oa „unkundigen Tätigkeiten“ geht, „Ernährungsberatung“ iSd § 119 GewO vor.

Auch kann kein (Teil-)Gewerbe namens „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungstraining“ erlangt werden. Es kann kein eingeschränktes (Teil-)Gewerbe für mehr oder weniger innovative Ausprägungen von Ernährungsdienstleistungen zuerkannt werden, die für sich keinen Teil von Ernährungsberatung in der Lebens- und Sozialberatung darstellen. **Auf etwas, was nicht Teil des Ganzen ist, kann man nicht einschränken.**

Im Übrigen läuft das Angebot von „Ernährungstraining“ und ähnlicher Leistungen auch Gefahr, Verwechslungen beim Publikum zu erzeugen. Interessiert sich ein Durchschnittsverbraucher für Ernährungstraining, so sucht er wohl in der Regel individuelle Betreuung, um einen besseren Ernährungszustand zu erhalten. Dies erfordert regelmäßig individuelle Anleitung und Beratung zur Ernährungsumstellung und zur Nährstoffversorgung, unter Berücksichtigung persönlicher physiologischer Bedürfnisse, die sich aus der indivi-

36 OGH 13 Os 140/93.

37 OGH 17 Os 4/12k.

38 Gruber/Pallege-Barfuß, GewO<sup>7</sup>, § 2 Anm 83.

duellen Stoffwechsellage ergeben. Somit versteht der Durchschnittsverbraucher unter Ernährungstraining in Wahrheit wohl Ernährungsberatung.

### 9. Zusammenfassung und Schlussfolgerungen

Für die Befähigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungsberatung, verlangt der Gesetzgeber seit der Gewerberechtsnovelle 2002 dem Antragsteller eine zumindest dreijährige Ausbildung auf akademischem Niveau ab. Durch die Aufnahme zweier explizit angeführter Ausbildungsmöglichkeiten direkt in § 119 GewO räumt der Gesetzgeber diesem hohen Niveau einen besonderen Stellenwert ein.

Bei der Beurteilung einer individuellen Befähigung im Sinn des § 19 GewO muss die Behörde über eine ausreichende Sachverhaltsgrundlage, insbesondere Ausbildungsunterlagen, Curricula, Zeugnisse und Nachweise über Praktika, verfügen. Nur so kann sie die vom Antragsteller beigebrachten „sonstigen“ Nachweise auf die von der Rspr geforderte Gleichwertigkeit („Äquivalenz“) prüfen.

Als Maßstab für die Gleichwertigkeit und damit für die Ermessensausübung wird die Behörde auf die Vorgaben an die theoretische und praktische Ausbildung abstellen müssen, die sich aus dem Studienplan für das Bachelorstudium der Ernährungswissenschaften, § 21 MTD-G und der auf dessen Grundlage ergangenen Verordnung (FH-MTD-AV) ergeben.

Liegen der Behörde keine aussagekräftigen Nachweise vor, die einen Vergleich mit diesen Anforderungen zulassen, wird die Gewerbebehörde eine individuelle Befähigung nicht ausreichend prüfen können. Da die Behörde keine amtswegige Ermittlungspflicht trifft, wird sie in einem solchen Fall eher abschlägig entscheiden müssen.

Um einer Zersplitterung der Rspr entgegenzuwirken und einer unterschiedlich hohen, uU auch gegenüber der in § 119 GewO verankerten Qualifikation abfallenden Befähigung von Ernährungsberatern entgegenzuwirken, wäre ein vom zuständigen Ressort in Abstimmung mit dem jeweiligen Absolventenverband, der Fachgruppe bzw. der Studienprogrammleitung erstellter Handlungsleitfaden wünschenswert, der im Erlasswege veröffentlicht werden sollte. Derartige Leitlinien könnten den Behörden eine Orientierungshilfe geben, ohne die Ermittlung und freie Beweiswürdigung der einzelnen Behörde einzuschränken.

Die Erlangung eines (Teil-)Gewerbes „Lebens- und Sozialberatung, eingeschränkt auf Ernährungstraining“ oder auf ähnliche unäquivalente Ernährungsdienstleistungen ist nicht möglich. Besteht „Ernährungstraining“ im konkreten Fall aus der reinen, lehrplanzentrierten Wissensvermittlung, ist es als Privatunterricht *per se* von der GewO ausgenommen. Umfasst es hingegen eine kundenorientierte individuelle Problemanalyse und -lösung, liegt Ernährungsberatung vor, die zur Wahrung der öffentlichen Gesundheit einer äquivalenten (Voll-) Befähigung nach § 119 GewO bedarf.