OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-851068/8/MS

Datum:
Linz, 15. Mai 2019

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Süß über die Beschwerde der E M, vertreten durch ANWALTGMBH R T, H, L, gegen den Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt vom 9. Juli 2018, GZ: BHFRGE-2018-170055/14, betreffend die Feststellung des Nichtvorliegens der Voraussetzungen des angemeldeten Gewerbes „Ernährungstraining, eingeschränkt auf die Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form Einzelunterricht, Workshops, Seminaren etc.“ und die Untersagung der Gewerbeausübung nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung

zu Recht:

I. Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Bescheid der Bezirkshauptmannschaft Freistadt (im Folgenden: belangte Behörde) vom 9. Juli 2018, GZ: BHFRGE-2018-170055/14, wurde festgestellt, dass hinsichtlich des von Frau E M (im Folgenden: Beschwerdeführerin) angemeldeten Gewerbes „“Ernährungstrainerin/Ernährungscoach“ geändert auf „Diplomierte Ernährungstrainerin eingeschränkt auf die 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 unter den zur berufsmäßigen Ausübung des Diätdienstes und ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes berechtigten Personen vorbehaltenen individuellen Beratung von Kranken und deren Angehörigen bzw. Gesunden oder unter besonderer Belastung stehenden Personen und Personengruppen“ sowie nochmals geändert auf „Ernährungstraining als Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form von Einzelunterricht, Workshops, Seminaren, etc.“ im Standort W, F, die gesetzlichen Voraussetzungen fehlen und wurde die Ausübung des Gewerbes untersagt.

Begründend führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, dass das oben angeführte Gewerbe ein reglementiertes Gewerbe darstelle, wofür ein Befähigungsnachweis als Voraussetzung zu erbringen sei. Dies gelte auch für sämtliche anderen, im Verfahren beantragten Gewerbe mit geändertem Wortlaut.

Gegen diesen Bescheid erhob die rechtsfreundlich vertretene Beschwerdeführerin das Rechtsmittel der Beschwerde und beantragte darin die Aufhebung des bekämpften Bescheides sowie die Erteilung der Bewilligung für das freie Gewerbe „Ernährungstraining, als Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form von Einzelunterricht, Workshops, Seminaren, etc.“, in eventu „Ernährungstraining eingeschränkt auf die Erteilung von Informationen über die Zusammensetzung von Nahrungsmitteln, wie Gehalt an Vitaminen, Spurenelementen, Fett und Fettsäuren, Kalorien udgl, mit Ausnahme der den von den Ärzten oder den zur berufsmäßigen Ausübung des Diätdienstes und ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes berechtigten Personen vorbehaltenen individuellen Beratung von Kranken und deren Angehörigen bzw. gesunden oder unter besonderer Belastung stehenden Personen und Personengruppen“. Darüber hinaus wurde der Antrag gestellt, dem Europäischen Gerichtshof die in der Beschwerde aufgezählten entscheidungswesentlichen Auslegungsfragen betreffend die Richtlinie 2006/123/EG („Dienstleistungsrichtlinie“) bzw. zum Primärrecht zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Dies im Wesentlichen mit Verweis auf § 5 Abs. 2 GewO 1994, wonach Tätigkeiten, die nicht als reglementiertes Gewerbe oder Teilgewerbe ausdrücklich angeführt sind, freie Gewerbe seien und für diese kein Befähigungsnachweis notwendig sei. Der Begriff „Ernährungstraining“ sei vom Gesetzgeber nicht belegt, weshalb es sich bei diesem Gewerbe nicht um ein reglementiertes, sondern um ein freies Gewerbe handle. Der Begriff habe sich auch im allgemeinen Sprachgebrauch und bei den Bildungsinstituten für den freien Bereich des § 119 GewO 1994, also für den Bereich „Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Ernährungsberatung“, als Bezeichnung durchgesetzt. Zudem sei der gegenständliche Antrag aber ohnehin eventualiter eingeschränkt worden, weshalb daher auch von der Antragstellung her klargestellt sei, dass hier gerade nicht in den reglementierten Bereich eingegriffen werden soll.

Mit Schreiben vom 10. August 2018 hat die belangte Behörde diese Beschwerde gemeinsam mit ihrem Verfahrensakt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Entscheidungsfindung vorgelegt. Eine Beschwerdevorentscheidung wurde nicht getroffen.

II. Sachverhalt, Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die Einsichtnahme in den von der belangten Behörde vorgelegten Verfahrensakt, insbesondere in die von der Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 4. Dezember 2018 vorgelegten Unterlagen (Rechtsgutachten sowie Mitteilungen der Wirtschaftskammer Österreich und des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort sowie Schriftverkehr zwischen dem Präsidenten der Wirtschaftskammer Österreich und der a m v gmbh) sowie durch die Durchführung einer öffentlich mündlichen Verhandlung am 11. Dezember 2018, bei der die Beschwerdeführerin selbst und ihr Rechtsvertreter anwesend waren. M W wurde als Zeuge einvernommen.
Ein Vertreter der belangten Behörde blieb der Verhandlung unter Angabe von Gründen fern.

Am 14. Jänner 2019 langte eine weitere Stellungnahme der Beschwerdeführerin ein. Darin führt diese bezugnehmend auf ein ebenfalls übermitteltes Schreiben des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort im Wesentlichen aus, dass unter dem Begriff „Ernährungstraining“ das Abhalten von Seminaren und Vorträgen zu gesunder Ernährung bzw. Spezialthemen aus diesem Bereich, die Organisation und Durchführung von Workshops, Einkaufsbegleitungen und Kochkursen, die Anregung und Inspiration für diverse Settings, z.B. allgemeine Ernährungstipps in Fitnessstudios, Restaurants, Cateringunternehmen, gesundheitsbewussten Firmen, etc. sowie die Schulung und der Unterricht von Gruppen und Einzelpersonen zu unterschiedlichen Ernährungsthemen - solange damit nicht Beratung (Bereitstellung von individuellen Lösungen oder gar

Therapien), sondern ausschließlich die Vermittlung allgemein gültiger Informationen verstanden wird - erlaubt ist.

Folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt steht fest:
Mit Eingabe vom 24. Mai 2018 hat die Beschwerdeführerin das Gewerbe „Ernährungstrainer/Ernährungscoach“ angemeldet.
Dieser Anmeldung wurden folgende Unterlagen beigelegt: Strafregisterbescheinigung, Staatsbürgerschaftsnachweis und eine Bestätigung der Landeshauptstadt Linz betreffend Änderung des Namens infolge Eheschließung. Unterlagen, die den Befähigungsnachweis für das Gewerbe Lebens- und Sozialberater, Ernährungsberater belegen, wurden nicht vorgelegt.

Mit Antrag vom 22. Juni 2018 wurde dieser Antrag dahingehend abgeändert als die Ausstellung des Gewerbescheins des freien Gewerbes Ernährungstraining als Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form von Einzelunterricht, Workshops, Seminaren etc. im oben aufgezeigten Sinn beantragt wurde.

Im Beschwerdeverfahren gab die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 4. Dezember 2018 bekannt, dass sie den am 22. Juni 2018 an die belangte Behörde gerichteten Antrag wie folgt modifiziert:

„Ernährungstraining“ bzw.

„Ernährungstraining eingeschränkt auf die Betreuung, Begleitung und Überwachung gesunder Personen bei der Umsetzung ernährungsmedizinischer, ernährungswissenschaftlicher bzw. energetischer und nichtwissenschaftlicher Vorgaben für gesundheitsbewusste Personen und Personengruppen“ bzw.

„Ernährungstraining, eingeschränkt auf die Erteilung von Informationen über die Zusammensetzung von Nahrungsmitteln, wie Gehalt an Vitaminen, Spurenelementen, Fett und Fettsäuren, Kalorien udgl, mit Ausnahme der den von den Ärzten oder den zur berufsmäßigen Ausübung des Diätdienstes und ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes berechtigten Personen vorbehaltenen individuellen Beratung von Kranken und deren Angehörigen bzw. gesunden oder unter besonderer Belastung stehenden Personen und Personengruppen“ bzw.

„Ernährungstraining, als Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form von Einzelunterricht, Workshops, Seminaren, etc.“ bzw.

„Ernährungstraining, eingeschränkt auf die Auswahl von Nahrungsmittel-lieferanten, 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 und die Buchführung darüber oder das Führen eines Ernährungsprotokolls“

Mit einer weiteren Eingabe vom 14. Jänner 2019 teilte die Beschwerdeführerin mit, dass das Bundesministerium für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort auf seine Anfrage hin festgestellt hat, dass im Rahmen der Ausübung der Tätigkeit als „Ernährungstrainer“ das Abhalten von Seminaren und Vorträgen zu gesunder Ernährung bzw. Spezialthemen aus diesem Bereich, die Organisation und Durchführung von Workshops, Einkaufsbegleitungen und Kochkursen, die Anregung und Inspiration für diverse Settings, z.B. allgemeine Ernährungstipps in Fitnessstudios, Restaurants, Cateringunternehmen, gesundheitsbewussten Firmen, etc. sowie die Schulung und der Unterricht von Gruppen und Einzelpersonen zu unterschiedlichen Ernährungsthemen - solange damit nicht Beratung (Bereitstellung von individuellen Lösungen oder gar Therapien), sondern ausschließlich die Vermittlung allgemein gültiger Informationen verstanden wird - erlaubt ist.

Der hier festgestellte Sachverhalt ergibt sich nachvollziehbar aus dem Akteninhalt und den von der Beschwerdeführerin vorgelegten Unterlagen.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

§ 1 Abs. 1 GewO 1994 lautet:

„§ 1. (1) Dieses Bundesgesetz gilt, soweit nicht die §§ 2 bis 4 anderes bestimmen, für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten.“

§ 2 GewO 1994 lautet:

„§ 2. (1) Dieses Bundesgesetz ist - unbeschadet weiterer ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die in den nachfolgenden Bestimmungen angeführten Tätigkeiten nicht anzuwenden:
1. [...]
12. die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und den Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen; [...]"

§ 5 GewO 1994 lautet:

„§ 5. (1) Soweit dieses Bundesgesetz hinsichtlich einzelner Gewerbe nicht anderes bestimmt, dürfen Gewerbe bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen auf Grund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes (§ 339) ausgeübt werden.
(2) Freie Gewerbe sind Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1, die nicht als reglementierte Gewerbe (§ 94) oder Teilgewerbe (§ 31) ausdrücklich angeführt sind. Unbeschadet

allfälliger Ausübungsvorschriften ist für freie Gewerbe kein Befähigungsnachweis zu erbringen."

§ 29 GewO 1994 lautet:
„§ 29. Für den Umfang der Gewerbeberechtigung ist der Wortlaut der Gewerbeanmeldung (§ 339) oder des Bescheides gemäß § 340 Abs. 2 im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften maßgebend. Im Zweifelsfalle sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen."

§ 119 Abs. 1 GewO 1994 lautet:
„§ 119. (1) Einer Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung (§ 94 Z 46) bedarf es für die Beratung und Betreuung von Menschen, insbesondere im Zusammenhang mit Persönlichkeitsproblemen, Ehe- und Familienproblemen, Erziehungsproblemen, Berufsproblemen und sexuellen Problemen. Dazu gehört auch die psychologische Beratung mit Ausnahme der Psychotherapie. 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. Personen, die das Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung ausüben, sind auch zur sportwissenschaftlichen Beratung berechtigt, wenn sie die erfolgreiche Absolvierung der Studienrichtungen Sportwissenschaften oder Leibeserziehung an einer inländischen Universität oder einen Diplomabschluss in einer Trainerausbildung an einer Sportakademie des Bundes nachweisen.“

§ 339 Abs. 1 und 2 GewO 1994 lauten:
„§ 339. (1) Wer ein Gewerbe ausüben will, hat die Gewerbeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde des Standortes zu erstatten.
(2) Die Anmeldung hat die genaue Bezeichnung des Gewerbes und des für die Ausübung in Aussicht genommenen Standortes zu enthalten.“

§ 340 Abs. 1 und 3 GewO 1994 lauten auszugsweise:
„§ 340. (1) Auf Grund der Anmeldung des Gewerbes (§ 339 Abs. 1) hat die Behörde zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes durch den Anmelder in dem betreffenden Standort vorliegen.
(3) Liegen die im Abs. 1 leg.cit. genannten Voraussetzungen nicht vor, so hat die Behörde - unbeschadet eines Verfahrens nach § 366 Abs. 1 Z 1 - dies mit Bescheid festzustellen und die Ausübung des Gewerbes zu untersagen.“

Vorauszuschicken ist, dass Sache des Beschwerdeverfahrens ausschließlich die mit Bescheid der belangten Behörde vom 9. Juli 2018 erfolgte Feststellung ist, dass die gesetzlichen Voraussetzungen für die Anmeldung des Gewerbes „Ernährungstraining, eingeschränkt auf die Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form Einzelunterricht, Workshops,

Seminaren etc.“ nicht vorliegen. Dieser Bescheid gründet auf der Anmeldung vom 22. Juni 2018. Festgehalten wird, dass im Gewerbeanmeldungsverfahren die Anmeldung von alternativen Gewerbewortlauten (von der Beschwerdeführerin als Eventualanträge bezeichnet), bei denen die Behörde quasi entscheiden soll, welcher Antrag der Entscheidung zugrunde gelegt wird, nicht möglich ist. Dies ergibt sich schon daraus, dass der Anmeldung eines Gewerbes konstitutiver Charakter zukommt. Somit wurde von der belangten Behörde zu Recht über die Gewerbeanmeldung „Ernährungstraining, eingeschränkt auf die Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form Einzelunterricht, Workshops, Seminaren etc.“ abgesprochen.

Die Gewerbeordnung 1994 gilt gemäß ihrem § 1 für alle gewerbsmäßig ausgeübten und nicht gesetzlich verbotenen Tätigkeiten, sofern sie nicht nach §§ 2 bis 4 GewO 1994 vom Anwendungsbereich ausgenommen sind. Das bedeutet, dass sämtliche der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeiten grundsätzlich einer Gewerbe-berechtigung bedürfen.

§ 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994 sieht eine Ausnahme vom Anwendungsbereich der GewO 1994 und damit vom Erfordernis einer Gewerbeberechtigung vor. Danach sind die Bestimmungen der GewO 1994 auf die Ausübung der Erwerbszweige des Privatunterrichtes und der Erziehung und den Betrieb jener Anstalten, die diesen Aufgaben dienen, ferner die gewerblichen Arbeiten von öffentlichen Schulen oder mit dem Öffentlichkeitsrecht ausgestatteten Privatschulen nicht anzuwenden.
Anknüpfend an den Gewerbebegriff in § 1 Abs. 1 GewO 1994 unterscheidet § 5 Abs. 2 GewO 1994 zwischen freien und reglementierten Gewerben, mit dem wesentlichen Unterschied, dass für reglementierte Gewerbe der Nachweis der Befähigung notwendig ist. § 5 Abs. 2 GewO 1994 definiert als freie Gewerbe jene Tätigkeiten im Sinne des § 1 Abs. 1 GewO 1994, die nicht als reglementierte Gewerbe (§ 94 GewO 1994) oder Teilgewerbe (§ 31 GewO 1994) ausdrücklich angeführt sind.

Das wesentliche Beschwerdevorbringen bezieht sich auf die Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin, wonach einerseits die Bestimmungen der Gewerbeordnung auf die in Aussicht genommenen Tätigkeiten als „Ernährungstrainer“ überhaupt nicht anzuwenden seien, da diese Tätigkeiten unter den Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994 zu subsumieren seien und demnach die GewO 1994 insgesamt - unbeschadet ausdrücklich angeordneter Ausnahmen durch besondere bundesgesetzliche Vorschriften - auf die beabsichtigten Tätigkeiten nicht anzuwenden sei, bzw. andererseits die Tätigkeit als „Ernährungstrainer“ bzw. das gewerbliche „Ernährungstraining“ jedenfalls ein freies Gewerbe darstelle, für das die Erbringung eines Befähigungsnachweises nicht notwendig sei.

Zur Frage, ob eine gewerbliche Tätigkeit als ein freies Gewerbe gilt, stellt § 5 Abs. 2 GewO 1994 darauf ab, ob die Tätigkeit ausdrücklich als ein Teilgewerbe im

Sinne des § 31 GewO 1994 oder als ein in § 94 GewO 1994 genanntes reglementiertes Gewerbe angeführt ist. Ist beides nicht der Fall, so gilt die in Aussicht genommene Tätigkeit als freies Gewerbe mit der Folge, dass es ohne Erbringung eines Befähigungsnachweises ausgeübt werden darf. § 5 Abs. 2 GewO 1994 legt fest, dass alles, was nicht ausdrücklich als Teilgewerbe oder reglementiertes Gewerbe in der GewO 1994 genannt ist, ein freies Gewerbe ist.

Wie sich aus § 29 erster Satz GewO 1994 ergibt, kommt für den Berechtigungsumfang eines Gewerbes dem Wortlaut der Gewerbeanmeldung maßgebende Bedeutung zu, allenfalls außerhalb der Gewerbeanmeldung der Behörde erteilte Erläuterungen über die Art der beabsichtigten Gewerbeausübung oder eine mögliche Gestaltung der tatsächlichen Verhältnisse haben außer Betracht zu bleiben. Demgemäß verlangt die oben zitierte Bestimmung des § 339 Abs. 2 GewO 1994 auch eine genaue Bezeichnung des Gewerbes. Diese Pflicht wird vom Gewerbeanmelder nur erfüllt, wenn er das anzumeldende Gewerbe so bestimmt bezeichnet, dass durch die verbale Umschreibung Zweifel über Inhalt und Gegenstand des anzumeldenden Gewerbes ausgeschlossen sind (vgl. Grabler/Stolz- Lechner/Wendl, Kommentar zur GewO3, § 339, Rz. 6). Die für den Umfang der Gewerbeberechtigung maßgebliche Bezeichnung legt den Gegenstand der angestrebten Tätigkeit fest und hat zumindest dem einschlägigen Abnehmerkreis geläufig zu sein. Die bei der Anmeldung eines freien Gewerbes gewählte Gewerbebezeichnung muss eine eindeutige Abgrenzung gegenüber nicht freien Gewerben und gegenüber nicht der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeiten ermöglichen (vgl. VwGH 15.12.2014, 2013/04/0078). Diesem Erfordernis wird jeder in einer Gewerbeanmeldung verwendete Begriff gerecht, dessen Inhalt sich eindeutig bestimmen und keinen Zweifel über den damit umschriebenen Gegenstand aufkommen lässt. Entscheidend für die Beurteilung, ob ein verwendeter Begriff „genau“ im Sinne des § 339 Abs. 2 ist, ist somit, ob dieser Begriffsinhalt eindeutig abgrenzbar ist. Es wird dabei vom Zweck der gesetzlichen Vorschrift und vom allgemeinen Sprachgebrauch des betroffenen Berufskreises abhängen, ob die Unschärfe des Begriffes noch erträglich ist (VwGH 6.11.1995, 94/04/01013).
Die solcherart geforderte Genauigkeit lässt der Begriff „Ernährungstrainer/Ernährungscoach“ vermissen. So wurde auch im Schreiben des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort vom 8. Jänner 2019 ausgeführt: „...Derzeit ist jedenfalls nicht erkennbar, dass im allgemeinen Sprachgebrauch der Begriff ‚Ernährungstraining‘ soweit mit bestimmten Tätigkeiten konnotiert ist, dass allein aus der Verwendung des Begriffs objektive Rückschlüsse auf die Tätigkeiten einer Person gezogen werden können. Insofern ist es ein wertvoller Beitrag zum Begriffsverständnis, dass in Ihrer Anfrage ein Bündel von Tätigkeiten beschrieben ist, die einer gewerberechtlichen Beurteilung zugänglich sind.“

Aus dem Begriff Ernährungstrainer/Ernährungscoach lässt sich die beabsichtigte Tätigkeit nicht deutlich erkennen, vielmehr sind vom Anmelder erklärende Ausführungen über die Art der beabsichtigten Gewerbeausübung erforderlich, was - wie oben ausgeführt - aber dem Grundsatz widerspricht, dass bei einer Gewerbeanmeldung das Gewerbe mit eindeutigem Wortlaut zu bezeichnen ist.
In diesem Zusammenhang wird auf die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes vom 21. Dezember 2017, 4 Ob 222/17a, verwiesen, wo ausgeführt wird, „...dass sich jedermann ‚Trainer' oder ‚Coach' nennen darf oder hinsichtlich eines bestimmten Begriffes - hier ‚Ernährungstraining' - kein Sonderrechtsschutz bestehen mag, macht die hier geäußerte Ansicht nicht sorgfaltswidrig und nicht unvertretbar, wonach der Begriff - über die Verknüpfung der Wortteile ‚-trainer' oder ‚-coach' mit ‚Ernährung' sowie ‚über die damit verbundene Verbrauchererwartung' - trotzdem irreführend gebraucht werde' (hier u.a. inkriminierte Äußerung, dass ein Verbraucher unter Ernährungstraining zweifellos das Anbieten einer Ernährungsberatung verstehe, weshalb dieser Begriff per se irreführend bzw. der Begriff des ‚diplomierten Ernährungstrainers' der österreichischen Rechtsordnung nicht bekannt sei)".

Der Begriff „Ernährungstrainer/Ernährungscoach" lässt für den Abnehmerkreis eine Deutung sowohl in Richtung „Ernährungsberatung" (siehe hierzu die Entscheidung des Obersten Gerichtshofes 21.12.2017, 4Ob222/17a) als auch in Richtung Wissensvermittlung im Sinn von Privatunterricht zu. Die „Ernährungsberatung" stellt ein reglementiertes Gewerbe dar, Privatunterricht hingegen ist gemäß § 2 Abs. 1 Z 12 GewO 1994 vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen.

Das heißt, unter dem von der Beschwerdeführerin angegebenen Gewerbewortlaut „Ernährungstrainer/ Ernährungscoach" sind Tätigkeiten denkbar, die einerseits im Rahmen des reglementierten Gewerbes „Ernährungsberatung" und andererseits im Rahmen des Privatunterrichtes ausgeübt werden und mit dem von der Beschwerdeführerin gewählten Gewerbewortlaut gemeint sein können.

Vor diesem Hintergrund fehlt die von der ständigen Judikatur geforderte Abgrenzbarkeit der gewählten Bezeichnung gegenüber diesem nicht freien Gewerbe „Ernährungsberatung" bzw. nicht der GewO 1994 unterliegenden Tätigkeiten.
Da sohin die gesetzlichen Voraussetzungen mangels Erfüllung des Erfordernisses der genauen Bezeichnung des Gewerbes im Sinne des § 339 GewO 1994 für die Ausübung des angemeldeten Gewerbes nicht vorliegen, war die Beschwerde als unbegründet abzuweisen und der angefochtene Bescheid zu bestätigen.
Hinsichtlich der in der Beschwerde gestellten Anträge auf Erteilung der Gewerbebewilligungen für die Gewerbe „Ernährungstraining" bzw. „Ernährungstraining eingeschränkt auf die Betreuung, Begleitung und Überwachung gesunder Personen bei der Umsetzung ernährungsmedizinischer, ernährungswissenschaftlicher bzw. energetischer und nichtwissenschaftlicher

Vorgaben für gesundheitsbewusste Personen und Personengruppen“ bzw. „Ernährungstraining eingeschränkt auf die Erteilung von Informationen über die Zusammensetzung von Nahrungsmitteln, wie Gehalt an Vitaminen, Spurenelementen, Fett und Fettsäuren, Kalorien udgl., mit Ausnahme der den von den Ärzten oder den zur berufsmäßigen Ausübung des Diätdienstes und ernährungsmedizinischen Beratungsdienstes berechtigten Personen vorbehaltenen individuellen Beratung von Kranken und deren Angehörigen bzw. gesunden oder unter besonderer Belastung stehenden Personen und Personengruppen“ bzw. „Ernährungstraining, als Wiedergabe von allgemeinen Informationen zu Themen der Ernährung in Form von Einzelunterricht, Workshops, Seminaren, etc.“ bzw. „Ernährungstraining eingeschränkt auf 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 und die Buchführung darüber oder das Führen eines Ernährungsprotokolls“ für den freien Bereich der Lebens- und Sozialberatung eingeschränkt auf Ernährungsberatung des § 119 Abs. 1 GewO 1994 iVm § 5 Abs. 2 iVm § 31 Abs. 1 und Abs. 2 Z 4 GewO 1994 ist festzustellen, dass die Entscheidung über Gewerbeanmeldungen nach § 333 Abs. 1 GewO 1994 der Bezirksverwaltungsbehörde - im vorliegenden Fall dem Bürgermeister der Landeshauptstadt Linz - obliegt, da diese Anträge bisher nicht Gegenstand des Verfahrens waren, weshalb eine Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich nicht in Frage kommt. Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auf die obigen Ausführungen zur Anmeldung von alternativen Gewerbewortlauten (Eventualanträge).

Eine Gemeinschaftswidrigkeit von durch das Gericht im gegenständlichen Fall anzuwendenden Normen vermochte die Beschwerdeführerin nicht ausreichend darzutun, sodass sich das Gericht nicht zur Herbeiführung einer Vorabentscheidung durch den Europäischen Gerichtshof veranlasst sieht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen oben zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des

Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Süß