



REPUBLIK ÖSTERREICH
Landesgericht für ZRS Wien

Das Landesgericht für ZRS Wien fasst als Rekursgericht durch die Präsidentin Dr. Perschinka als Vorsitzende sowie Mag. Löschl und Mag. Eder in der Exekutionssache der betreibenden Partei [REDACTED]

[REDACTED] vertreten durch Dr. Bernd Roßkothen, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, wider die verpflichtete Partei [REDACTED]

[REDACTED], vertreten durch ANWALTGMBH Rinner Teuchtmann in 4040 Linz, wegen Unterlassungsexekution gemäß § 355 EO und Fahrnisexekution (Streitwert: € 32.000,--), über den Rekurs der verpflichteten Partei gegen den Beschluss des Bezirksgerichtes Floridsdorf vom 3.4.2018, 11 E 651/18x-4, den

B e s c h l u s s :

Dem Rekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Rekursbeantwortung der betreibenden Partei wird zurückgewiesen.

Die verpflichtete Partei hat die Kosten ihres Rekurses selbst zu tragen.

Der Revisionsrekurs ist jedenfalls unzulässig.

B e g r ü n d u n g :

In Punkt 1 des Urteiles des HG Wien vom 16.2.2017, 19 Cg 77/16v, wurde die Verpflichtete schuldig erkannt, es ab sofort zu unterlassen, in Österreich Dienstleistungen anzubieten, die dem Gewerbe der Ernährungsberatung vorbehalten sind, ohne hierfür über die notwendigen Be-

rechtigungen zu verfügen, wie hier beispielsweise das Anbieten von Training, Coaching, Schulung oder ähnliche bezeichnete Ernährungsberatung zu den Themen Gewichtsmanagement (wie hier beispielsweise "Gesund und dauerhaft Übergewicht abbauen"), "Ernährung bei Allergien und Unverträglichkeiten", "optimale Nährstoffversorgung bei veganer und vegetarischer Lebensweise", "Ernährung und Sport", "Ernährung im Alter", "Kinderernährung" oder zu anderen Aspekten der Ernährung.

Aufgrund des Punktes 1 dieses Exekutionstitels begehrte der Betreibende wider die Verpflichtete Unterlassungs- und Fahrnisexekution. Er brachte vor, die Verpflichtete bewerbe im Internet unter www.ernaehrungsweise.at die Dienstleistung des Ernährungstrainings durch die Abbildung ihres Logos mit der Wortfolge "**Ernährungstraining E***** J*****", mit rotem Apfel auf weißem Hintergrund. Nach dem Textblock mit der Überschrift "Ernährungstraining E***** J***" in Fettdruck finde sich darunter ein Hinweis, dass die Website "überarbeitet" werde sowie die Aufforderung, direkt telefonisch oder per Mail Kontakt aufzunehmen. Darüber hinaus betreibe die Verpflichtete die Facebook Seite "Ernährungstraining E***** J***" unter der Internetadresse www.facebook.com/ernaehrungstraininge***** , erkennbar zu Werbezwecken. Auf der Facebook Seite poste die Verpflichtete weiterhin Ernährungstipps und Ernährungsinformationen und stelle ihre in der Vergangenheit als Ernährungstrainerin geposteten Informationen zur Verfügung. Das Anbieten eines allgemeinen Ernährungstraining ohne weitere Hinweise impliziere die Dienstleistung der Ernährungsberatung, die gemäß dem Titel verboten sei.

Mit dem **angefochtenen Beschluss** bewilligte das Erst-

gericht die Unterlassungsexekution unter Verhängung einer Geldstrafe von € 1.000,-- (je € 200,--/5 Verstöße) sowie zur Hereinbringung der Exekutionsantragskosten die Fahrnisexekution.

Gegen diesen Beschluss richtet sich der **Rekurs der Verpflichteten, der nicht berechtigt** ist.

Die Rekurswerberin bringt vor, dass nach Punkt 1 des Exekutionstitels ausdrücklich nur jene Handlungen verboten werden, welche nach der GewO vorbehalten sind, sohin dem sogenannten Vorbehaltsbereich gemäß § 119 GewO unterliegen. "Ernährungstraining" unterliege im Gegensatz zur Ernährungsberatung nicht dem vorbehaltenen, sondern dem freien Bereich. Ein Titelverstoß liege somit nicht vor. Das bloße Anbieten von Ernährungstraining sei keine inhaltlich bestimmte und damit vorbehaltene Tätigkeit. Zur Beurteilung der Frage, welche Tätigkeiten dem Gewerbe der Ernährungsberatung vorbehalten seien, habe eine inhaltliche Prüfung der Tätigkeit stattzufinden. Deshalb sei der Titel nicht eindeutig bestimmt.

Für die Auslegung des Exekutionstitels ist allein der Spruch maßgeblich, wobei sich das Bewilligungsgericht dabei streng an dessen Wortlaut zu halten hat. Nur wenn die reine Wortinterpretation des Spruches zu keinem sinnvollen Ergebnis führt, darf zu seiner Auslegung auch die der Entscheidung beigegebene Begründung herangezogen werden. Jede danach verbleibende Unklarheit des Exekutionstitels geht zu Lasten des betreibenden Gläubigers.

(Jakusch in Angst/Oberhammer, EO³ § 7 Rz 5).

Auch in der Unterlassungsexekution besteht der Grundsatz, dass die Exekution schon wegen § 7 Abs 1 EO nur aufgrund eines Exekutionstitels bewilligt werden darf, dem nebst der Person des Berechtigten und des Ver-

pflichteten auch Gegenstand, Art, Umfang und Zeit der Unterlassung eindeutig und bestimmt zu entnehmen sind, weil grundsätzlich im Titelverfahren geklärt werden soll, was dem Verpflichteten verboten wird. Andererseits darf das Erfordernis der Titelbestimmtheit nicht allzu streng verstanden werden, weil es auch darum geht, die Umgehungsgefahr zu minimieren, und es nicht schlechthin ausgeschlossen ist, die rechtliche Beurteilung, ob ein bestimmtes Verhalten des Verpflichteten erlaubt oder verboten ist, dem Exekutionsrichter zu überlassen. Würde man eine extrem strenge Konkretisierung des Unterlassungstitels verlangen, hätte es der Verpflichtete in der Hand, durch ein (gegenüber dem Titel) leicht verändertes Verhalten der Unterlassungsvollstreckung zu entgehen, und der Berechtigte wäre auf den umständlichen und unzumutbaren Weg verwiesen, sich stets einen neuen - an das veränderte Verhalten des Verpflichteten angepassten - Titel zu beschaffen. Da es praktisch unmöglich ist, im Titel alle nur denkbaren Eingriffshandlungen zu beschreiben, die den gleichen verpönten Erfolg herbeiführen können, darf daher die Bestimmtheit des Unterlassungsbegehrens auch nicht allzu streng beurteilt werden, eine gewisse allgemeine Fassung des Unterlassungsgebotes - insbesondere im Verein mit konkreten Einzelverboten - wird daher als zulässig angesehen (Klicka in Angst/Oberhammer, EO³ § 355 EO Rz 8, 8/1, 8/2).

Die Exekution darf nur dann bewilligt werden, wenn das behauptete konkrete Verhalten des Verpflichteten titelwidrig ist. Ein Verstoß gegen eine Unterlassungsverpflichtung ist am Inhalt des Exekutionstitels zu messen. Es kommt also - zumindest im Grundansatz - nicht darauf an, was der Verpflichtete nach dem Gesetz, sondern was er

nach dem Exekutionstitel zu unterlassen hat. Die Entscheidung über den Exekutionsantrag hat sich also streng an den Titel (einschließlich der Entscheidungsgründe, soweit sie der Individualisierung des Spruchs dienen) zu halten. Doch ist zur Sinnermittlung eines Verbots, das sich auf eine bestimmte Rechtsnorm gründet, die Auslegungspraxis zu dieser Norm durchaus heranzuziehen, insofern ist vom Titel ausgehend ein Rückbezug auf das dahinter stehende materielle Recht möglich (Klicka, aaO Rz 9).

Das Berufsbild Ernährungsberatung umfasst folgende Tätigkeiten: Die Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung der Kost für gesunde Personen und Personengruppen oder Personen und Personengruppen unter besonderen Belastungen (z.B. Schwerarbeit, Schwangerschaft, Leistungssport) einschließlich der individuellen Beratung dieser Personengruppen über Ernährung, umfassend die Zusammensetzung von Nahrungsmitteln, wie Gehalt an Vitaminen, Spurenelementen, Fett, Fettsäuren, Kalorien uam (Wallner in Ennöckl/Raschauer/Wessely, Gewerbeordnung 1994 § 119 GewO Rz 3).

Nach der Rechtsprechung des OGH zählt die Auswahl, Zusammenstellung und Berechnung der Kost für Einzelpersonen und Personengruppen und die an bestimmte Bedürfnisse (etwa Schwangere, Sportler) angepasste Ernährungsberatung von Einzelpersonen und Personengruppen ausschließlich zur Ernährungsberatung, sodass derartige Tätigkeiten seit der Gewerberechtsnovelle 2002 nicht mehr im Rahmen eines freien Gewerbes ausgeübt werden können (Hanusch, GewO § 119 Rz 3). Lediglich Teiltätigkeiten im Zusammenhang mit der Ernährungsberatung können nach wie vor in der Form eines freien Gewerbes ausgeübt werden, wenn davon auszu-

gehen ist, dass auch nicht speziell geschulte Kunden diese Tätigkeiten selbst verrichten können. Darunter fallen unter anderem die Auswahl von Nahrungsmittellieferanten, der 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 Haushaltsbuchs, das Zählen von Kalorien, die Führung einer Kalorien- oder Gewichtstabelle, das Ausmessen von Körpermaßen, die Buchführung darüber oder das Führen eines Ernährungsprotokolls (4 Ob 61/14w).

Unter Zugrundelegung der oben angeführten Prämissen geht der Einwand, der Titel sei un schlüssig oder unbestimmt und daher im Sinne des § 7 EO nicht exekutierbar, ins Leere.

Dem Exekutionstitel ist bestimmt zu entnehmen, dass das Anbieten einer Ernährungsberatung unabhängig von deren Bezeichnung, so auch bei Bezeichnung als Training, Coaching oder Schulung oder ähnlichem, verboten ist.

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Rekurswerberin, wonach der Titel deshalb un schlüssig und unbestimmt sei, da der Vorbehaltsbereich des Gewerbes des Ernährungsberater Bestandteil des Titels sei. Eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 119 GewO liegt nicht vor. Richtig ist zwar, dass das Anbieten von Dienstleistungen verboten wird, die dem Gewerbe der Ernährungsberatung vorbehalten sind, doch wird außerdem beispielsweise das Anbieten von Training, Coaching, Schulung oder ähnliche bezeichnete Ernährungsberatung verboten.

Aus dem von der Verpflichteten verwendeten Begriff

"Ernährungstraining" ist auch nicht abzuleiten, dass damit lediglich die nach Lehre und Rechtsprechung von der Ernährungsberatung ausgenommenen und oben angeführten Teiltätigkeiten (Wallner, aaO; 4 Ob 61/14w) angeboten werden. Würde man der Ansicht der Rekurswerberin folgen, wonach ihr Auftritt auf ihrer Homepage und auf ihrer Facebook Seite unter dem Begriff "Ernährungstraining" keine inhaltlich bestimmte Tätigkeit darstelle und deshalb erlaubt sei, könnte der Titel leicht umgangen werden. Durch die titelmäßige Formulierung "ähnliche bezeichnete Ernährungsberatung" sollte dies aber gerade verhindert werden.

Soweit die Rekurswerberin unter Verweis auf die Beilagen./6 und./11 vorbringt, das bloße Schlagwort "Ernährungstraining" habe sich gerade für den freien Bereich des § 119 GewO eingebürgert, so verstößt dies gegen das Neuerungsverbot. Die Beilagen wurden zwar bereits in 1. Instanz mit der Äußerung vorgelegt. Doch ist diese nur zu den Strafzumessungsgründen zulässig und ein darüber hinausgehendes Vorbringen samt Urkunden unzulässig und unbeachtlich.

Die monierten sekundären Feststellungsmängel über die ursprüngliche Website sowie über die mangelnde Zugänglichkeit bzw. Löschung liegen nicht vor. Grundlage der Entscheidung über den Exekutionsantrag ist im ordentlichen Bewilligungsverfahren der Inhalt des Exekutionstitels in Verbindung mit dem für wahr anzusehenden Vorbringen im Exekutionsantrag. Die Exekutionsbewilligung ist das Ergebnis eines reinen Urkundenverfahrens, der kein Ermittlungsverfahren voranzugehen hat (Jakusch in Angst/Oberhammer, EO³ § 3 EO Rz 15 und 19). Feststellungen sind daher nicht zutreffen. Der Inhalt des Urteiles des Handelsgerichtes Wien ist als Exekutionstitel ohnehin

Entscheidungsgrundlage der Exekutionsbewilligung.

Das Vorbringen, die Homepage der Verpflichteten sei seit Oktober 2016 (offenbar gemeint 2017) nicht mehr zugänglich und die Angebote, welche zum Unterlassungsbegehren geführt haben, seien gesperrt worden, am 22.2.2018 seien sämtliche Webseiteninhalte gelöscht worden und nicht mehr aufrufbar, die Domain existiere seit 9.4.2018 nicht mehr und die Verpflichtete habe aufgrund des gegenständlichen Exekutionsantrages vorsichtshalber auch die Facebook-Seite Ernährungstraining [REDACTED] gelöscht, verstößt gegen das im Rekursverfahren geltende Neuerungsverbot. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Verpflichtete dazu bereits in ihrer Äußerung zu den Strafzumessungsgründen ein Vorbringen erstattete und dazu die Beilage ./2 vorlegte, da die Äußerung nach dem Gesetzeswortlaut des § 358 Abs 2 EO ausschließlich zu den Strafzumessungsgründen zulässig und darüber hinaus jedenfalls unberücksichtigt zu bleiben hat (vergleiche 3 Ob 215/16p). Eine allfällige Erfüllung nach Entstehen des Exekutionstitels wäre mit Oppositionsklage nach § 35 EO geltend zu machen.

Die Höhe der Geldstrafe bekämpft die Rekurswerberin mit der Begründung, sie habe aus der Homepage keine Umsätze lukriert und seit Einleitung des Titelverfahrens keine Tätigkeit in diese Richtung ausgeübt. Sie habe nur für ein Coaching € 185,-- erhalten. Darüber hinaus sei sie vermögenslos und bestreite ihren Lebensunterhalt ausschließlich durch Unterhaltszahlungen ihres Ehegatten.

Auch unter Berücksichtigung eines allfälligen geringen Nutzens und einer geringen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit - die Höhe des Unterhaltes wurde nicht vorgebracht - ist die verhängte Geldstrafe angemessen,

liegt sie doch im untersten Bereich der zulässigen Höchststrafe von € 100.000,--. Schon im Hinblick auf 5 Verstöße ist eine Reduktion der Geldstrafe nicht angezeigt. Der Einwand der mangelnden Einbringlichkeit und damit Zwecklosigkeit der Geldstrafe ist nicht relevant.

Die Rekursbeantwortung des Betreibenden war zurückzuweisen, da kein Ausnahmefall des § 65 Abs 3 EO vorliegt.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 78 EO, §§ 40 und 50 ZPO.

Der Ausspruch über die Unzulässigkeit des Revisionsrekurses stützt sich auf § 78 EO, § 528 Abs 2 Z 2 ZPO.

Landesgericht für ZRS Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 47, am 29. Juni 2018

Dr. P e r s c h i n k a

elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG