

# TE OGH 2020/9/22 4Ob84/20m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.09.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Hon.-Prof. PD Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ö\*\*\*\*\* Vereinigung Vorarlberg, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Jürgen Nagel, Rechtsanwalt in Bregenz, gegen die beklagte Partei H\*\*\*\*\* K\*\*\*\*\*, vertreten durch Stieger Rechtsanwalt GmbH in Bregenz, wegen Unterlassung (Streitwert 30.000 EUR) und 541,40 EUR sA, über die außerordentliche Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Innsbruck als Berufungsgericht vom 2. April 2020, GZ 2 R 26/20w-12, mit dem das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 30. Dezember 2019, GZ 5 Cg 57/19s-8, bestätigt wurde, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird nicht Folge gegeben.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 1.961,82 EUR (darin enthalten 326,97 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die klagende Vereinigung (ein Verein) vertritt nach ihrem statutarischen Zweck die rechtlichen und wirtschaftlichen Interessen ihrer Mitglieder, das sind 90 % der Tätowierer und Piercer in Vorarlberg. Nach der österreichischen Gewerbeordnung gehört Tätowieren und Piercen zum reglementierten Gewerbe der Kosmetik (§ 94 Z 42 iVm § 109 Abs 3 GewO). Nach den zugrunde liegenden österreichischen Verwaltungsvorschriften muss zur Erlangung der Gewerbeberechtigung ein aus drei Modulen bestehender Lehrgang absolviert werden, der mit einer Befähigungsprüfung abzuschließen ist.

Der Beklagte wurde ab dem Jahr 2000 in Deutschland in einem Tattoo-Studio ausgebildet und war seither zumindest zeitweise in Deutschland als Tätowierer tätig. Ab 2009 übte er in Deutschland die Tätigkeit als selbständiger Tätowierer aus. Seit 9. 5. 2019 hat er das Gewerbe „Tätowieren“ und den Betrieb eines Tattoo-Studios in einer Gemeinde in Deutschland angemeldet. Dazu verfügt er über eine Bescheinigung der Industrie- und Handelskammer Bodensee-Oberschwaben vom 31. 5. 2019, in der vermerkt ist, dass sie als Nachweis der erlernten oder ausgeübten Tätigkeit gegenüber den zuständigen Behörden der Mitgliedstaaten der EU beim Antrag auf Erteilung einer nach den Rechtsvorschriften des Empfangsstaats erforderlichen Erlaubnis zur Ausübung einer der in den (Berufsberechtigungs-)Richtlinien erfassten selbständigen Erwerbstätigkeit dient.

Seit 2016 ist der Beklagte in Vorarlberg ansässig und betreibt in Dornbirn als selbständig Erwerbstätiger ein Tattoo-Studio. Er verfügt über keine österreichische Gewerbeberechtigung; es liegt auch keine Anerkennung oder Gleichhaltung einer Berufsqualifikation nach den §§ 373c ff GewO vor.

Im Mai 2019 stellte der Beklagte beim Landeshauptmann von Vorarlberg den Antrag auf Anerkennung seiner in Deutschland erworbenen Berechtigung zum Ausüben des Tätowiergewerbes. Ihm wurde mitgeteilt, dass er als Anerkennungsvoraussetzung noch das Modul 3 des einschlägigen Lehrgangs samt Prüfung absolvieren müsse.

Die Klägerin begehrte, dem Beklagten auf der Grundlage des § 1 Abs 1 Z 1 UWG (Rechtsbruch) zu verbieten, im geschäftlichen Verkehr (in Österreich) das gewerbsmäßige Tätowieren auszuüben, wenn er nicht über die dafür erforderliche Gewerbeberechtigung gemäß § 94 Z 42 GewO oder die Anerkennung des Landeshauptmanns gemäß § 373c GewO verfüge. Weiters begehrte die Klägerin die Zahlung von 541,40 EUR sA als Ersatz an Detektivkosten. Die österreichischen Zugangsvoraussetzungen für die Tätigkeit als Tätowierer setzten die Absolvierung des entsprechenden Lehrgangs sowie die Ablegung der Befähigungsprüfung voraus. Die Berufsanerkennungs-RL 2005/36/EG schließe nicht aus, dass ein Arbeitsmigrant nicht diskriminierende Ausübungsvoraussetzungen erfüllen müsse, soweit diese objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig seien. Der Beklagte übe das Gewerbe des Tätowierers in Österreich unerlaubt aus; diese Tätigkeit sei ihm daher zu untersagen.

Der Beklagte entgegnete, dass er seit 2009 die Tätigkeit als Tätowierer in Deutschland rechtmäßig ausübe und ab Mai 2019 in Deutschland auch ein Tattoo-Studio geführt habe. Mit Schreiben der zuständigen Industrie- und Handelskammer vom 31. Mai 2019 sei ihm bescheinigt worden, dass er die Tätigkeit als Tätowierer in Deutschland rechtmäßig ausübe. Nach den Grundsätzen der Niederlassungs- und der Dienstleistungsfreiheit könne ihm die Tätigkeit als Tätowierer in Österreich nicht versagt werden. Er übe seine Tätigkeit in Österreich daher rechtmäßig aus. Soweit innerstaatliche Rechtsvorschriften seiner Berufsausübung entgegenstünden, seien sie unionsrechtswidrig und daher nicht anzuwenden.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Tätigkeit als Tätowierer sei ein reglementierter Beruf. Nach der Berufsanerkennungs-RL müssten die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Qualifikationen berücksichtigt würden. Diese Anforderungen seien in Österreich in den §§ 373c ff umgesetzt worden. Nach § 373c GewO habe der Landeshauptmann auf Antrag die tatsächliche Ausübung von Tätigkeiten in einem anderen Mitgliedstaat der EU als ausreichenden Nachweis der Befähigung mit Bescheid anzuerkennen, wenn die Tätigkeiten allenfalls in Verbindung mit einer einschlägigen Ausbildung nach Art und Dauer den Voraussetzungen der EU-/EWR-Anerkennungsverordnung entsprechen. Der Beklagte verfüge derzeit allerdings über keine österreichische Gewerbeberechtigung. Sein deutscher Befähigungsnachweis zur Ausübung des Tätowiergewerbes sei bisher auch nicht anerkannt worden. Damit verstoße die Ausübung der Tätigkeit als Tätowierer in Österreich gegen die Gewerbeordnung sowie auch gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Die Rechtsauffassung des Beklagten sei nicht vertretbar.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Nach § 373c GewO sei die tatsächliche Ausübung einer reglementierten Tätigkeit in einem EU- bzw EWR-Staat in Österreich als Befähigungsnachweis anzuerkennen. Dadurch werde aber noch keine inländische Gewerbeberechtigung begründet. Aus diesem Grund verstoße der Betrieb eines Tattoo-Studios durch den Beklagten ohne österreichische Gewerbeberechtigung gegen § 1 Abs 1 Z 1 UWG, weshalb die Entscheidung des Erstgerichts zu bestätigen sei. Die ordentliche Revision sei nicht zulässig, weil der zu beurteilenden Rechtsfrage keine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukomme.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die außerordentliche Revision des Beklagten, die auf eine Abweisung des Klagebegehrens abzielt.

Mit ihrer – vom Obersten Gerichtshof freigestellten – Revisionsbeantwortung beantragt die Klägerin, die Revision der Gegenseite zurückzuweisen, in eventuellem Falle den Erfolg zu versagen.

Entgegen dem – den Obersten Gerichtshof nicht bindenden – Ausspruch des Berufungsgerichts ist die Revision zulässig, weil zum Regelungsgehalt des § 373c GewO eine Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof geboten erscheint. Die Revision ist aber nicht berechtigt.

1.1 Vorweg ist festzuhalten, dass die Aktivlegitimation der Klägerin nicht mehr strittig und das Schadenersatzbegehren nicht Thema der Revision ist.

1.2 In der Revision vertritt der Beklagte den Standpunkt, dass er in Deutschland über ein gültiges Tätowiergewerbe verfüge und dazu auch ein Befähigungsnachweis vorliege. Nach der Berufsanerkennungs-RL 2005/36/EG dürften die Mitgliedstaaten (als Aufnahmestaat) nur nichtdiskriminierende Ausübungsvoraussetzungen verlangen, sofern diese objektiv gerechtfertigt und verhältnismäßig seien. Die Richtlinie hindere den Aufnahmestaat damit grundsätzlich nicht

daran, den Antragsteller zu einem Anpassungslehrgang zu verpflichten. Dies gelte aber nur dann, wenn die Ausbildungsdauer im Aufnahmestaat zumindest ein Jahr über jener im Herkunftsstaat liege, die bisherige Ausbildung keine Fächer umfasse, die im Aufnahmestaat verlangt würden oder das Gewerbe im Aufnahmestaat Berufszweige umfasse, die im Herkunftsstaat nicht ausgeübt worden seien. Nach diesen Grundsätzen dürfe von ihm in Österreich keine Hygieneschulung gefordert werden. Vielmehr sei er befugt, das Gewerbe als Tätowierer in Österreich auszuüben, weil er auf die Gültigkeit von Unionsrecht vertrauen dürfe.

2.1 Der Beklagte beruft sich auf die Anerkennung seiner in Deutschland erworbenen Berufsqualifikation zur Ausübung seiner selbständigen Erwerbstätigkeit als Tätowierer in Österreich. Dazu hat das Erstgericht festgestellt, dass er nach der Bescheinigung der zuständigen Industrie- und Handelskammer in Deutschland die Erlaubnis zur Ausübung der in Rede stehenden selbständigen Erwerbstätigkeit hat.

Er hat den Standort für seine gewerbliche Tätigkeit nach Vorarlberg verlegt. Der Sachverhalt fällt daher in den Bereich der Niederlassungsfreiheit nach Art 49 AEUV (vgl. EuGH C-215/01, Schnitzer, Rz 28).

### **Rechtliche Beurteilung**

2.2 Für die Anerkennung gewerblicher Berufsqualifikationen ist die Berufsanererkennungs-RL 2005/36/EG, geändert durch die RL 2013/55/EU, einschlägig. Sie knüpft an den Begriff des reglementierten Berufs an, worunter berufliche Tätigkeiten verstanden werden, deren Aufnahme oder Ausübung direkt oder indirekt durch Rechts- oder Verwaltungsvorschriften an das Vorliegen bestimmter Berufsqualifikationen gebunden ist (Art 3 Abs 1 der RL). In Österreich fallen darunter die reglementierten Gewerbe (§ 94 GewO) und daher auch die hier fragliche Tätigkeit als Tätowierer (§ 94 Z 42 iVm § 109 Abs 3 GewO).

Die Berufsanererkennungsrichtlinie stellt mehrere Anerkennungsmodalitäten zur Verfügung, und zwar

- die Gleichhaltung besonderer (behördlicher) Befähigungs- bzw. Qualifikationsnachweise (Art 10 ff);
- die Anerkennung der Berufserfahrung in den Berufen Handwerk, Industrie und Handel durch die Anerkennung von Berufserfahrungsnachweisen (Art 16 ff);
- die Gleichhaltung von Ausbildungsnachweisen (Art 21 ff).

2.3 Die hier fragliche Bescheinigung der zuständigen Industrie- und Handelskammer kommt inhaltlich als Nachweis der Berufserfahrung in Betracht (vgl. dazu Gruber/Pallege-Barfuß, GewO § 373c Anm 14). Der Anlassfall betrifft damit die Anerkennung der Berufserfahrung nach den Art 16 bis 19 der Berufsanererkennungs-RL.

Diese Richtlinienbestimmungen wurden in Österreich durch § 373c GewO sowie durch die §§ 2 bis 4 der EU-/EWR-Anerkennungsverordnung (BGBl II 2008/225) umgesetzt. § 373c GewO betrifft damit die Anerkennung der Berufsqualifikation aufgrund der Berufserfahrung (vgl. auch VwGH ZI 2010/04/0089). Sie ist von der Gleichhaltung besonderer Befähigungs- bzw. Qualifikationsnachweisen sowie von der Gleichhaltung von Ausbildungsnachweisen zu unterscheiden, die in den §§ 373d und 373e GewO umgesetzt wurden.

2.4 Auf der Grundlage der hier maßgebenden Bestimmung des § 373c GewO ist die tatsächliche Berufserfahrung von Staatsangehörigen eines anderen EU- bzw. EWR-Staats (unter bestimmten Voraussetzungen auch von Drittstaatenangehörigen) als Nachweis für die Berufsqualifikation anzuerkennen. Dabei wird die Qualifikation des Antragstellers – anders als im Rahmen des Gleichhaltungsverfahrens – durch die Behörde nicht inhaltlich überprüft, sofern eine bestimmte Tätigkeitsdauer in entsprechender Position und allenfalls die dafür erforderliche (vorherige) Ausbildung nachgewiesen werden (vgl. Wutscher in Ennöckl/Raschauer/Wessely, GewO § 373c Rz 1). Die näheren Voraussetzungen für die Anerkennung sind für den Anlassfall (in Bezug auf die Art und die Dauer der ausgeübten Tätigkeit) in § 4 der EU-/EWR-Anerkennungsverordnung geregelt (siehe dazu § 4 Abs 2 Z 5 leg cit).

Liegen die in der Anerkennungsverordnung normierten Voraussetzungen vor, erfolgt somit eine „automatische“ Anerkennung, bei der die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation nicht inhaltlich nachgeprüft wird. Darüber hinaus dürfen keine Ausschlussgründe nach § 13 GewO vorliegen (Art 16 der Berufsanererkennungs-RL; vgl. VwGH ZI 2010/04/0089).

2.5 Aus der dargelegten Rechtslage folgt, dass bei Nachweis der erforderlichen Berufserfahrung die jeweilige Berufsqualifikation für das betreffende reglementierte Gewerbe anzuerkennen ist und dadurch der österreichische Befähigungsnachweis ersetzt wird. Dadurch wird jedoch noch keine Gewerbeberechtigung begründet; der ersetzte

Befähigungsnachweis ist nur eine Voraussetzung dafür. Soll daher – wie hier – ein inländischer Gewerbestandort begründet werden, so muss auch eine Gewerbeberechtigung nach den allgemeinen Regeln erlangt werden.

Es ergibt sich somit, dass der Beklagte für den Betrieb seines österreichischen Betriebsstandorts für das reglementierte Gewerbe des Tätowierers der Gewerbeberechtigung nach der österreichischen Gewerbeordnung bedarf. Dazu ist eine Gewerbebeanmeldung bei der Bezirksverwaltungsbehörde erforderlich. Damit im Zusammenhang kann er beim Landeshauptmann die Anerkennung des ausländischen Nachweises über die Berufserfahrung als Ersatz für den Befähigungsnachweis beantragen.

3.1 Nach den Feststellungen hat der Kläger zwar einen Antrag auf Anerkennung seiner ausländischen Berufserfahrung gestellt. Ein positiver Anerkennungsbescheid liegt jedoch (noch) nicht vor. Dementsprechend fehlt es auch an der erforderlichen österreichischen Gewerbeberechtigung.

3.2 Das in § 373c GewO vorgesehene Anerkennungsverfahren widerspricht nicht den unionsrechtlichen Vorgaben, was der Beklagte auch gar nicht behauptet. Die geltend gemachte Unionsrechtswidrigkeit bezieht er in Wirklichkeit auf die Haltung des zuständigen Landeshauptmanns, der – nach einer Mitteilung – für die Anerkennung der Berufserfahrung des Beklagten eine Hygieneschulung verlangt.

Die behauptete Unionsrechtswidrigkeit betrifft damit das Anerkennungsverfahren und kann (zunächst) auch nur in diesem Verfahren geltend gemacht werden. So hat auch der Verwaltungsgerichtshof ausgesprochen, dass ein Betroffener, der meint, über die Voraussetzungen für die Anerkennung seiner Berufserfahrung zu verfügen, den Weg der Antragstellung nach § 373c GewO zu beschreiten habe. In diesem Verfahren sei gegebenenfalls auch die Gesetzmäßigkeit und die Übereinstimmung der zur Anwendung gelangenden Vorschriften mit dem Unionsrecht zu prüfen (VwGH ZI 2000/04/0058).

3.3 Eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit in Bezug auf das Anerkennungsverfahren ist im gegebenen Zusammenhang jedenfalls so lange ausgeschlossen, als kein für den Gewerbetreibenden negatives Ergebnis durch einen rechtskräftigen Versagungsbescheid im behördlichen Anerkennungsverfahren vorliegt. Eine verwaltungsbehördliche Entscheidung liegt im Anlassfall noch nicht vor.

3.4 Aus der zugrunde liegenden Rechtsvorschrift des § 373c GewO, auf die sich auch der Beklagte beruft, geht eindeutig hervor, dass über die Anerkennung eines ausländischen Nachweises über die Berufserfahrung für den Betrieb eines Gewerbestandorts in Österreich ein behördliches Anerkennungsverfahren zu führen ist und sich die (mögliche) Anerkennung nur auf die Berufsqualifikation, also auf den Befähigungsnachweis bezieht. Damit ist der Rechtsstandpunkt des Beklagten, er sei – ohne weitere Voraussetzungen – befugt, das Gewerbe als Tätowierer in Österreich auszuüben, nicht vertretbar.

Davon abgesehen argumentiert der Beklagte auf Basis der falschen unionalen Rechtsgrundlage. Sein Kernargument, der Aufnahmemitgliedstaat sei nur unter eingeschränkten Voraussetzungen berechtigt, von ihm einen Anpassungslehrgang zu fordern, betrifft nämlich Art 14 der Berufsanerkennungs-RL; um diese Bestimmung geht es hier allerdings nicht.

4.1 Die die Entscheidung tragenden Grundsätze sind wie folgt zusammenzufassen:

Die Anerkennung ausländischer gewerblicher Berufsqualifikationen für die Ausübung eines reglementierten Gewerbes in Österreich richtet sich nach der Berufsanerkennungs-RL 2005/36/EG, geändert durch die RL 2013/55/EU. Die Anerkennung der Berufsqualifikation aufgrund der Berufserfahrung richtet sich – in Umsetzung der Art 16 bis 19 der RL – nach § 373c GewO iVm §§ 2 bis 4 der EU-/EWR-Anerkennungsverordnung. Liegen die normierten Voraussetzungen vor, so erfolgt eine „automatische“ Anerkennung, bei der die Gleichwertigkeit der Berufsqualifikation nicht inhaltlich nachgeprüft wird. Durch die Anerkennung der Berufsqualifikation wird der österreichische Befähigungsnachweis ersetzt. Dadurch wird allerdings noch keine Gewerbeberechtigung begründet. Soll daher ein inländischer Gewerbestandort begründet werden, so muss – abgesehen von der Anerkennung der Berufsqualifikation – eine Gewerbeberechtigung nach den allgemeinen Regeln erlangt werden und eine Gewerbebeanmeldung erfolgen.

Eine behauptete Unionsrechtswidrigkeit, die das verwaltungsbehördliche Anerkennungsverfahren betrifft, kann (zunächst) nur in diesem Verfahren geltend gemacht werden. Eine lauterkeitsrechtliche Prüfung einer allfälligen Unionsrechtswidrigkeit ist jedenfalls so lange ausgeschlossen, als kein für den Gewerbetreibenden negatives Ergebnis durch einen rechtskräftigen Versagungsbescheid im behördlichen Anerkennungsverfahren vorliegt.

4.2 Ausgehend von diesen Grundsätzen besteht der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch zu Recht. Der Revision war daher der Erfolg zu versagen.

Der Anregung des Beklagten auf Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH war nicht näherzutreten, weil zu den relevanten unionsrechtlichen Fragestellungen keine Zweifel bestehen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 41, 50 ZPO.

**Schlagworte**

Tätowierer,

**Textnummer**

E129547

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0040OB00084.20M.0922.000

**Im RIS seit**

05.11.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

22.03.2021

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)