



OBERSTER GERICHTSHOF

1 Ob 142/14k - 2

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Schmerlingplatz 11
1011 Wien

Tel.: +43 (0)1 521 52 - 0

Personenbezogene Ausdrücke in diesem Schreiben umfassen Frauen und Männer gleichermaßen.

002 1 Ob 142/14k - 2

Dr. Herwig HASSLACHER Rechtsanwalt
Hauptplatz 25
9500 Villach

Das angeschlossene Schriftstück wird zur Kenntnis gebracht.

Oberster Gerichtshof, Abteilung 1
Wien, 22. Oktober 2014
Dr. Hansjörg Sailer, Richter

1 Beilage(n):

Nr	Anhangsart	Datum	ON/Beilage	Beteiligter	Zeichen (Einbr.)
1	Urteil	22.10.2014			



Revision
19.12.14

TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Hon.-Prof. Dr. Sailer als Vorsitzenden sowie die Hofräte Univ.-Prof. Dr. Bydlinski, Mag. Wurzer, Mag. Dr. Wurdinger und die Hofrätin Dr. Hofer-Zeni-Rennhofer als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Riccarda Peckary, ohne Beschäftigungsangabe, Neusiedl am See, Taborsiedlung 12, vertreten durch Dr. Uwe Niernberger und Dr. Angelika Kleewein, Rechtsanwälte in Graz, gegen die beklagte Partei Österreichische Gesellschaft für Pferdephysiotherapie ÖGPPT-Dachverband, Villach, Adalbert-Stifter-Straße 54, vertreten durch Dr. Herwig Hasslacher, Rechtsanwalt in Villach, wegen 10.450,76 EUR sA, über die Rekurse der klagenden und der beklagten Partei gegen das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt als Berufungsgericht vom 24. April 2014, GZ 2 R 66/14d-20, mit dem das Urteil des Bezirksgerichts Villach vom 17. Jänner 2014, GZ 9 C 1285/13v-15, aufgehoben wurde, zu Recht erkannt und beschlossen:

Dem Rekurs der beklagten Partei wird nicht Folge gegeben.

Dem Rekurs der klagenden Partei wird teilweise Folge gegeben.

Die angefochtene Entscheidung die im Umfang der Aufhebung des Zuspruchs weiterer 3.122,76 EUR sA bestätigt wird, wird dahin abgeändert, dass sie als Teilurteil zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei 7.328 EUR samt 4 % Zinsen seit 30. 7. 2013 zu zahlen.

Die Kostenentscheidung bleibt dem Endurteil vorbehalten.“

Die auf den bestätigenden Teil dieser Entscheidung entfallenden Kosten des Rekursverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Der beklagte Verein bietet seit seiner Gründung im Jahr 2008 den auch nebenberuflich absolvierbaren Ausbildungslehrgang zum/zur Pferdephysiotherapeut/in an.

In seiner „Lehrgang Pferdephysiotherapie“ betitelten Informationsbroschüre, welche auch der Ausbildung der Klägerin zu Grunde lag, bewirbt der Beklagte diese Ausbildung auszugsweise wie folgt:

„Die Österreichische Gesellschaft für Pferde-Physiotherapie (ÖGPPT) bietet Ihnen eine Tierärztlich geführte Ausbildung zum/zur: Pferdephysiotherapeut/In (horse manual practitioner - ÖGPPT) (vet.med.gepr. nach den Ausbildungs- und Qualitätsrichtlinien der ÖGPPT), an. ... Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparats stehen beim Pferd so wie beim Menschen an vorderer Stelle einer allfällig aufgestellten Krankheitsskala. Betrachtet man die Situation am Humansektor, so liegt die Behandlung dieser orthopädischen Erkrankungen schon lange Zeit erfolgreich in den Händen von speziell dafür geschulten Physiotherapeuten in Kooperation mit den Ärzten ... **die ÖGPPT ... möchte mit einer auf naturwissenschaftlicher und veterinärmedizinisch stehenden Basis im eigenen Land die umfassende Ausbildung zum/zur Pferdephysiotherapeut/In anbieten ... wir möchten mit dieser Ausbildung auch dem „Patienten Pferd“ diese unterstützenden therapeutischen Möglichkeiten durch ausgebildete Fachkräfte zukommen lassen. Hier sei sicher ein großer Handlungsbedarf gegeben, erstreckt sich das Tätigkeitsfeld ja nicht nur auf Therapie, sondern vor allem auch auf die Prävention von Erkrankungen ... Die Anwendung** von manuellen Techniken aus dem Bereich der physikalischen Medizin wie zum Beispiel die Massage, zählen zu den ältesten überlieferten Methoden im Heilwesen. **Seit nunmehr 40 Jahren** werden in Europa diverse Methoden (Massageformen, Bewegungsübungen udgl.) aus dem Humanbereich übernommen und äußerst wirkungsvoll zum Wohle des Tieres (speziell auch beim Pferd) eingesetzt. Der

Bedarf an gesundheitsfördernden Maßnahmen im Pferdesport zur Leistungserhaltung, aber auch zur Rehabilitation steigt stetig und findet bei Pferdebesitzern durch die erzielten Qualitätssteigerungen im täglichen Umgang mit dem Pferd entsprechend auch immer mehr Anerkennung und Wertschätzung ... **Der/die Pferdephysiotherapeut/in** tritt weder als Konkurrenz noch als Ersatz zum Tierarzt auf. **ÖGPPT geprüfte Pferdephysiotherapeuten** stehen den Veterinärmediziner/Innen bei Bedarf als fachkundige Hilfesteller und Partner zur Seite und bieten so eine mögliche, weitere Grundlage im Behandlungserfolg. Durch eine auf jedes Pferd individuell abgestimmte und am kranken Pferd vom Tierarzt zugewiesene und überwachte Behandlung (Massage, Akupunktmassage, Gymnastizierung, Lymphdrainage, aktive und passive Mobilisation, Aufbaustraining, Beritt- und Bewegungstherapie, Entspannungstherapie und Gerätetherapie) wird die Beweglichkeit, Kraft und Ausdauer erhöht sowie die Zeit der Rekonvaleszenz nach Verletzungen deutlich verkürzt ... **Die physikalische Therapie (Massage - Gymnastizierung - Trainingstechnik)** durch den/die Pferdephysiotherapeutin (horse manual practitioner, ÖGPPT) kann so sinnvoll die schulmedizinischen Maßnahmen der Tierärztin, des Tierarztes in der Rehabilitationsphase in Kooperation auf ideale Weise ergänzen. ... **Diese Therapieformen** ersetzen nicht die profunde Behandlung durch eine Tierärztin oder Tierarzt, sondern werden begleitend zur ärztlichen Betreuung während der Rehabilitationsphase oder zur Prophylaxe gegebenenfalls eingesetzt. **Auch Pferden** mit nicht heilbaren (chronischen) Erkrankungen, wie z.B. Arthrose kann durch eine spezielle Physiotherapie zu einer spürbaren Linderung der Schmerzen und damit wieder zu einer Freude an der Bewegung verholfen werden. Pferde, die durch eine Verletzung, einen Unfall oder eine Operation Probleme im Bewegungsablauf haben, werden therapeutisch behandelt, genauso wie Menschen nach Unfällen, Krankheiten und Operationen rehabilitiert werden. **Entscheidend** dafür ist die Diagnosestellung und Behandlungsbegleitung des Pferdephysiotherapeuten durch den zuständigen Tierarzt. ... **In speziellen Fällen** kann bereits eine durch den Tierarzt verordnete und überwachte Physiotherapie helfen, das Pferd wieder in das Trainingsgeschehen zu integrieren, das natürliche Bewegungsverhalten des Pferdes wiederherzustellen. **Im Rehabilitationsbereich** werden gemeinsam mit dem Tierarzt mögliche Heilungserfolge unterstützt und so gegebenenfalls auch beschleunigt. ... **Unser Ziel:** Das Pferd noch lange im Reitsport gesund und einsatzfähig halten. ... **Es** werden verschiedene Techniken eingesetzt, die in der Humanmedizin

schon lange etabliert sind. ... **Die Eckpfeiler** des Angebots des **Pferdephysiotherapeuten** sind: **Massagen** (div. Techniken), **Gymnastizierung** (gezielte, aktive und passive Bewegungsübungen), **Elektro-, Thermo- und Ultraschall** Massage des Gewebes, **Trainingstechnik, Reha-Training, Leistungstraining, Futtertechnik** sowie die **Sportbetreuung/Wettkampfbetreuung** des Pferdes, **fachliche Beratung und Unterstützung des Pferdebesitzers in Belangen der Fütterung, Pferdeankaufs- und -ausrüstung, Rehabilitationsmaßnahmen unter der Behandlungshoheit des Tierarztes, Rehabilitations- und Leistungstraining. Korrekte Bewegungsabläufe** und die Bewegungskoordination des Pferdes werden nach Verletzung oder Erkrankung wiederhergestellt und in der Leistung verbessert. ... **Wichtig!** Jede Therapieform wird nach vorangegangener tierärztlicher Diagnose auf die Bedürfnisse des Pferdes abgestimmt. **Eine mögliche Therapie am kranken Pferd wird ausschließlich durch den behandelnden Tierarzt zugewiesen und überwacht. Am gesunden Tier in Eigenverantwortung durchgeführt.**

Gesetzeslage: In Österreich ist die Untersuchung und Behandlung von Tieren eine ausschließlich den Tierärzten vorbehaltene Tätigkeit. Abgesehen von der Tiermassage (mit Ausnahme der Heilmassage) darf somit auch die erlernte Pferdephysiotherapie nur in Zusammenarbeit mit einem Tierarzt (Hilfestellung im Behandlungskontext) angewendet werden ... **Arbeitsmöglichkeiten** für den ÖGPPT geprüften Pferdephysiotherapeuten/In Rehabilitation: in Kooperation mit dem Tierarzt für die Zuweisung, Diagnosestellung, Therapieüberwachung. Die Arbeitsleistung des Pferdephysiotherapeuten erfolgt selbständig. Prävention in der Trainingstechnologie, Sportbetreuung, Food choach. Auf selbständiger Basis (Unternehmer - Gewerbeschein - freies Gewerbe der Tiermassage) mit Führen eines Fachinstitutes. In notwendiger Kooperation (eigene Hilfestellung im Behandlungskontext des Tierarztes) mit einem oder mehreren Veterinär-Mediziner(n) oder einer (mehreren) Tierklinik(en) im Rehabilitationsbereich.“

Die Klägerin meldete sich im Mai 2011, damals noch minderjährig und Schülerin, zum zweisemestrigen Lehrgang Pferdephysiotherapie mit Ausbildungsbeginn September 2011 an, besuchte diesen und absolvierte die vorgesehene Abschlussprüfung erfolgreich. Sie bezahlte für den Lehrgang inklusive Materialien, Prüfungsgebühr und

Mitgliedsbeitrag 7.328 EUR.

Mit ihrer Klage begehrt sie die Rückzahlung dieses Betrages zuzüglich aufgelaufener Fahrtkosten in Höhe von 3.122,76 EUR sA mit der Begründung, der Beklagte sei nicht befugt gewesen, diese Ausbildung anzubieten, weil sie gegen das Ausbildungsvorbehaltsgesetz (AusbVorbG) in Verbindung mit dem Tierärztegesetz verstoße. Eine solche Ausbildung dürfe nur die Veterinärmedizinische Universität Wien anbieten. Zweck des AusbVorbG sei es, das hohe Niveau der österreichischen Gesundheitsversorgung zu gewährleisten. Ein Graubereich werde durch die klare Gesetzeslage vermieden. Ein Verstoß gegen das AusbVorbG bewirke absolute Nichtigkeit. Auch die Fahrtkosten seien zu ersetzen, weil sie der Beklagte durch den Vertragsabschluss über eine gesetzwidrige Ausbildung schuldhaft verursacht habe. Neben der Nichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit stütze sich die Klägerin auf Irrtum und Schadenersatz.

Der Beklagte trat der Behauptung, er verstoße gegen den Ausbildungsvorbehalt und habe die Klägerin in Irrtum geführt, entgegen. Das Gewerbe des Tiermasseurs sei ein freies Gewerbe. Gemäß § 1 Abs 3 Tierärztegesetz würden aber durch das Tierärztegesetz die den gewerberechtlichen Vorschriften unterliegenden Tätigkeiten nicht berührt. Eine Untersuchung oder Behandlung von Tieren im Sinn einer veterinärmedizinischen tierärztlichen Intervention werde vom Beklagten weder gelehrt, noch von den Kursteilnehmern angewendet, ebenso wenig vorbeugende Maßnahmen nach der veterinärmedizinischen Art gegen Erkrankungen.

Es bestehe derzeit keine Regelung für einen Rahmen der beruflichen Tätigkeit von Pferdephysiotherapeuten wie im Bereich der Humanmedizin. Pferdephysiotherapeuten würden weder als Konkurrenz, noch

als Ersatz zum Tierarzt auftreten. Von 500.000 Pferden in Österreich stehe etwa die Hälfte im Leistungssport. Es gebe aber nur zehn Fachtierärzte für Physiotherapie und Rehabilitationsmedizin, von denen nur die Hälfte am Pferd arbeite. Damit sei professionell ausgebildetes Fachpersonal gefragt, das unter Anleitung und im Zusammenhang mit Tierärzten in der Rekonvaleszenz tätig werde, aber auch alleine am gesunden Tier, vor allem im Pferdesport. Nach der Stellungnahme der Tierärztekammer sei die Tätigkeit als Physiotherapeut legal, solange nicht am kranken Tier selbständig Diagnose und Therapie vorgenommen würde, sondern so gearbeitet werde, wie es vom Tierarzt verordnet sei. In der Regel habe aber der Tierarzt keine Kenntnis über eine Physiotherapie. Eine Aufsichtspflicht über eine Tätigkeit, von der der Haupttherapeut keine Ahnung habe, sei sinnlos. Es fehle eine Rechtsgrundlage dafür, eine ständige Präsenz des Tierarztes als Aufsichtsperson bei der physiotherapeutischen Behandlung des Pferdes zu verlangen; dies sei auch völlig überzogen. Ein gegen den Beklagten eingeleitetes Strafverfahren nach dem AusbVorbG sei eingestellt worden.

Die Klägerin sei vor Abschluss des Ausbildungsvertrags darüber informiert worden, dass es sich bei der angebotenen Ausbildung um kein Berufsbild handle, dass eine Behandlung des kranken Tiers nur in Hilfestellung zum behandelnden Tierarzt möglich sei und dass als freies Gewerbe jenes des Tiermasseurs bestehe. Es sei mehrfach darauf hingewiesen worden, dass die Arbeitsmöglichkeit nach Absolvierung des Kurses, sollten die gelehrteten Maßnahmen der Massage und/oder Mobilisationstechniken an einem kranken oder verletzten Tier stattfinden, nur in direkter Kooperation mit dem behandelnden Tierarzt bestehe, wobei

dieser Diagnose und Zuweisung erstelle, die sorgsame Arbeitsleistung dann aber vom Pferdephysiotherapeuten in Eigenverantwortung erfolgen könne.

Am gesunden Tier sei eine solche Aufsicht nicht erforderlich. Das autonome Tätigkeitsfeld am gesunden Tier sei umfangreich, so im Rahmen der Sportphysiotherapie, das Betreuen von Sportpferden durch Bewegungsübungen für die Mobilisation während und zwischen Turnieren, dazu diverse Wellness-Anwendungen wie Massagen etc, allgemeine und spezielle Trainingstechniken für die Feinmotorik des Pferdes, themenbezogene Fortbildungen und die Informationsseminare für Reiter, zum Beispiel zum Thema Futter, Haltungsoptimierung etc. Es würden Massagetechniken, Gymnastizierung, Elektro-, Thermo- und Ultraschalltherapie, Massage des Gewebes, Trainingstechnik, Leistungstraining, Fütterungstechnik sowie Sportbetreuung und Wettkampfbetreuung des Pferdes, abgedeckt. Der Titel Pferdephysiotherapeut sei auch nicht irreführend, weil eine Therapie auch am gesunden Pferd in Form einer Verbesserung der Motorik und Konstitution notwendig sei und von vielen Pferdebesitzern auch nachgefragt werde. Therapie sei auch ein Modewort, nicht zwingend eine Heilbehandlung oder Vorbeugemaßnahme medizinischer Art.

Die Klägerin erwiderte, die Arbeit mit dem gesunden Pferd sei in der Ausbildung von völlig untergeordneter Bedeutung gewesen. Der Beklagte habe seine Aufklärungs- und Sorgfaltspflichten verletzt, indem er den Eindruck erweckt habe, die Klägerin könne mit den vermittelten Ausbildungsinhalten selbständig als Physiotherapeutin tätig sein, dafür bestünden sehr gute Beschäftigungsaussichten. Für die Anwendung der Ausbildungsinhalte am gesunden Pferd bestehe nur ein völlig

vernachlässigbarer Markt. Darauf habe die Ausbildung auch nicht abgezielt. Mit ihrer Werbung und den erteilten Informationen sei die Klägerin vom Beklagten in einen wesentlichen Irrtum darüber geführt worden, dass für die erlaubte Tätigkeit ihre Beschäftigungschancen tatsächlich auf quasi Null sinken.

Das Erstgericht stellte über den eingangs wiedergegebenen Sachverhalt die Unterrichtsfächer des Lehrplans samt Stundenanzahl und auszugsweise den Text des von der Klägerin unterzeichnete Anmeldeformulars wie folgt fest: „... Der Auszubildende erklärt durch seine Unterschrift, relevante wie auch offizielle und rechtliche Informationen über die angebotenen Ausbildungslehrgänge im Vorfeld, unabhängig vom Ausbildungsanbieter, eingeholt zu haben. ... Der Ausbildungskandidat wurde vor Vertragsabschluss eingehend informiert und bestätigt dies mit seiner Unterschrift auf diesem Ausbildungsvertrag im Wesentlichen das [sic!]: 1. Die Ausbildung kein Berufsbild darstellt. 2. Die Zusatzbezeichnung: „vet. med. gepr.“ bedeutet, dass Veterinärmediziner am Prüfungsmodus teilhaben. 3. Eine Behandlung des kranken Tieres nur in Hilfestellung (Hilfesteller) zum behandelnden Tierarzt möglich ist. ...“. Zuletzt traf es Feststellungen zu den Fahrtkosten, die sich allein auf das Vorbringen der Klägerin stützten.

Das Erstgericht gab der Klage zur Gänze statt und erachtete den Vertrag als nichtig, weil er gegen das AusbVorbG verstoße.

Es sei in Österreich im Humanbereich der Grundsatz fest verankert, dass ein Gesundheits- und Heilberuf nur ausgeübt werden dürfe, wenn es dafür eine gesetzliche Grundlage gebe. Tätigwerden durch Personen ohne gesetzliche Ermächtigung sei unzulässig (*Aigner* in

Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht Kap III 1.1 zum Arztvorbehalt, § 184 StGB; ErlRV 150 BlgNR XX. GP 114).

Das AusbVorbG sichere den Arztvorbehalt, also die Ausübung der vorbehaltenen Tätigkeiten nur durch vom Gesetz dazu befugte Personen, bereits im Vorfeld ab: § 1 AusbVorbG verbiete die Ausbildung zu Tätigkeiten, die durch das Arztgesetz, die Gesetze zu den nichtärztlichen Gesundheits- und Heilberufen und durch das Tierärztegesetz geregelt seien, durch andere als die jeweils in diesen Gesetzen vorgesehenen Institutionen.

Neben dem zentralen Beruf des Arztes seien im Humanbereich eine Vielzahl von ärztlichen Gesundheitsberufen entstanden, darunter auch solche, die nicht bloß Assistenz- und Umfeldtätigkeiten, sondern zentral die medizinische Behandlung in einem bestimmten Teilbereich zum Gegenstand hätten (vgl dazu die Aufzählung der Gesetze in § 1 AusbVorbG). So etwa der Beruf des Physiotherapeuten (Bundesgesetz über die Regelung der gehobenen medizinischen-technischen Dienste [MTD-Gesetz; BGBl 1992/460]), der Beruf des Heilmasseurs (Bundesgesetz über die Berufe und die Ausbildungen zum medizinischen Masseur und zum Heilmasseur [medizinischer Masseur - und Heilmasseurgesetz MMHmG BGBl I 2002/169]) oder der Beruf des Trainingstherapeuten, ausübbar durch Sportwissenschaftler, (Medizinische Assistenzberufe-Gesetz [MABG; BGBl I 2012/89]).

Gerade die Gesetzesmaterialien des erst 2012 eingeführten MABG gäben neuerlich Aufschluss zum Arztvorbehalt: Die Tätigkeit von Sportwissenschaftlern sei derzeit auf die Durchführung von Bewegungs- und Leistungstraining mit gesunden Menschen beschränkt. Die

Durchführung der Trainingstherapie sei entsprechend der geltenden Rechtslage den Ärzten bzw Physiotherapeuten vorbehalten. Mit dem Gesetz solle es ermöglicht werden, dass Sportwissenschaftler ergänzend und unterstützend zu Physiotherapeuten speziell für den Bereich der Trainingstherapie zur Versorgung der Patienten in Rehabilitationseinrichtungen eingesetzt werden könnten (ErlRV 1808 BlgNr XXIV. GP 1 u 6).

Nicht dem Regime der Gesundheits- und Heilberufe unterlägen daher die zuletzt erwähnten Tätigkeiten der Massage und des Trainings, wenn sie an Gesunden ausgeübt würden. Dazu gebe es im Humanbereich auch den Lehrberuf des Masseurs, der nach dem Lehrabschluss auch gewerblich ausgeübt werden dürfe (§ 94 Z 48 GewO 1994).

Es sei allerdings bei jeder einzelnen Behandlungsmethode zu prüfen, ob es sich nicht schon um eine Tätigkeit handle, die dem Heilmasseur oder gar dem Physiotherapeuten vorbehalten sei. Bestimmte Behandlungen habe der gewerbliche Masseur von Haus aus zu unterlassen, andere dürfe er präventiv oder zur Steigerung des Wohlbefindens anwenden. Es dürfe jedoch nicht das Ziel sein, Schmerzen zu lindern (*Hausreither* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap III.10.3.1). Das reglementierte Gewerbe der Massage sei auch gewerberechtliche Grundlage für die selbstständige Ausübung des Berufs des Physiotherapeuten oder des Heilmasseurs (vgl § 79 MMHmG). Dagegen zähle der Betrieb eines Fitnessstudios zu den freien Gewerben. Dort bedürfe es zwar keiner Ausbildung, die Tätigkeit beschränke sich aber auf das Zurverfügungstellen von Fitnessgeräten. Sobald sportwissenschaftliche Beratungs- und Betreuungstätigkeiten ausgeübt würden, sei eine akademische

Trainerausbildung Voraussetzung, etwa durch das Studium der Sport- und Bewegungswissenschaften. Die gewerberechtliche Grundlage sei dann das reglementierte Gewerbe der Lebens- und Sozialberatung (§ 94 Z 46 iVm § 119 Abs 1 GewO 1994).

Im Humanbereich lasse sich zusammenfassend sagen, dass die Gesundheitsberufe im Laufe der Zeit immer mehr ausdifferenziert worden seien und auch nicht ärztliche Spezialberufe entstanden seien. Der Arzt, dem die umfassende Kompetenz zur Heilbehandlung zukomme, könne die Behandlung des Bewegungsapparats selbst ausführen oder sich eines Physiotherapeuten oder auch eines medizinischen Masseurs/Heilmasseurs bedienen. Auch der Physiotherapeut dürfe zur Heilbehandlung weitere nicht ärztliche Spezialisten einsetzen, und zwar für eine bestimmte Behandlung eines medizinischen Masseurs bzw eines Trainingstherapeuten. Beim gesunden Menschen decke sich die Tätigkeit des Physiotherapeuten und des Heilmasseurs. Insofern bestehe eine Überschneidung des Tätigkeitsbereichs mit Berufen, die nicht zu den Gesundheits- und Heilberufen zählten, wenn dieselben Techniken, die beim Kranken Heilbehandlung seien, zur Vorsorge oder zum Wohlbefinden beim Gesunden angewendet würden. Heilbehandlungen, also die Behandlungen eines kranken Menschen oder eines Menschen mit Schmerzen, seien jedoch, wenn sie in den Wirkungsbereich eines Physiotherapeuten oder Heilmasseurs fielen und sie diese ausführen wollen, immer vom Arzt anzuordnen und zwar zumindest dahingehend, welche Behandlungen wie oft auszuführen seien. Die Durchführung der auf eine solche Weise angeordneten Behandlung falle dann beim Physiotherapeuten bzw Heilmasseur in dessen eigene Verantwortlichkeit (§ 29 Abs 3 MMHmG; vgl dazu

10 Ob 2348/96h). Eine autonome Behandlung eines erkrankten Menschen bzw eines Menschen mit Schmerzen dürfe der Physiotherapeut nicht vornehmen. Auch beim Gesunden dürfe er keine Methoden und Mittel anwenden, die Nebenwirkungen hätten oder haben könnten, welche man ob des Behandlungsziels beim Kranken in Kauf nehme, also mit originären Heilmethoden oder Heilmitteln, deren Einsatz einer Abwägung bedürfe; gleiches gelte im Fall allfälliger Kontraindikationen (§ 11 Abs 3 MTD-Gesetz, siehe auch *Hausreither* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap III.10.3.1).

Im Vergleich zum Humanbereich hätten sich im Veterinärbereich nur wenige Berufsbilder entwickelt. Selbst bei diesen habe der Gesetzgeber bis dato keine durchgehende Notwendigkeit gesehen, durch Ausbildungsvorschriften einen Qualitätsstandard zu sichern. Es sei bloß der Kernberuf des Tierarztes im Tierärztegesetz 1975 geregelt. Für die in § 24 Abs 2 Tierärztegesetz genannten Hilfspersonen, welche vom Tierarzt zur Mithilfe herangezogen werden dürfen, bestünden soweit ersichtlich keine Regelungen. Der als Lehrberuf geregelte Tierpfleger (BGBl II 1997/64) sei nicht als Gesundheits- und Heilberuf anzusehen. In der bundeseinheitlichen Liste für freie Gewerbe finde sich ein Gewerbe mit dem Sammelwortlaut „Ausbildung, Betreuung, Pflege und Vermietung von Tieren sowie die Beratung hinsichtlich artgerechter Haltung und Ernährung von Tieren mit Ausnahme der Tierärzte vorbehaltenen diagnostischen und therapeutischen Tätigkeiten“. Nach den Erläuterungen durch die Wirtschaftskammer Österreichs sollten damit Tätigkeiten erfasst und zusammengefasst werden, wie zum Beispiel jene des „Tiertrainings“ mit dem Wort „Ausbildung“, jene der „Massage gesunder Tiere (Tiermassage)“, des

„Tierenergetikers“, der „Beratung betreffend die artgerechte Haltung“ oder des „Betriebs einer Tierpension“ mit dem Wort „Betreuung“ sowie zB des Betriebs eines Hundesalons mit dem Wort „Pflege“.

Regelungen für die Tätigkeit bzw den Beruf eines Kleintierphysiotherapeuten oder Pferdephysiotherapeuten gebe es nicht. Dadurch, dass im Humanbereich der Physiotherapeut gut eingeführt sei, ergebe sich über die Parallele zur Veterinärmedizin eine klare Vorstellung über den Tätigkeitsberuf des Tierphysiotherapeuten.

Mit der Erlassung des Tierärztegesetzes 1975 und der Gestaltung bestimmter Normen in Anlehnung an das Ärztegesetz, bekräftigt durch das im Jahr 1996 erlassene AusbVorbG, habe der Gesetzgeber entschieden, ein dem Humanbereich vergleichbares Regime auch im Veterinärbereich einzuführen. Zentraler Punkt des Tierärztegesetzes sei die Festlegung der den Tierärzten vorbehaltenen Tätigkeiten gewesen. Insoweit in diesem Gesetz also Tätigkeiten definiert würden, die nur von Tierärzten ausgeübt werden dürfen, hätten die gleichen Grundsätze wie bei den Gesundheits- und Heilberufen im Humanbereich zu gelten (§ 1 Abs 2 und § 12 Abs 1 Tierärztegesetz 1975, ErlRV 1158 BlgNR XIII. GP 15 zu § 1 Tierärztegesetz, § 1 Abs 1 Z 9 AusbVorbG und ErlRV 150 BlgNR XX. GP 114).

Ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung sei damit die Ausübung des ärztlichen Berufs per Gesetz den Ärzten vorbehalten und anderen Personen verboten (§ 1 Tierärztegesetz). Auch der Katalog der vorbehaltenen Tätigkeiten sei, von den aus der Nutztierhaltung resultierenden Besonderheiten abgesehen, parallel formuliert (vgl § 12 Abs 1 Z 1 bis 3 Tierärztegesetz und § 2 Abs 2 Z 1, 3

und 5 ÄrzteG). Einzelne Sonderbestimmungen gebe es für den Tierhalter nach § 12 Abs 2 Tierärztegesetz; auch nach § 24 Abs 3 Tierärztegesetz dürfe der Tierarzt beim ständigen Betreuungsverhältnis den Landwirt als Nutztierhalter unter genauer Anleitung, Aufsicht und schriftlicher Dokumentation die Hilfeleistungen, welche über die übliche Tierhaltung und Tierpflege hinausgingen, sowie die Anwendung von Arzneimitteln bzw auch Impfungen einbinden. Bei dieser gesetzlichen Ermächtigung des Landwirts nach § 24 Abs 3 Tierärztegesetz müsse zwischen seinem Tätigwerden als Tierhalter an seinen eigenen Tieren und einem beruflichen-entgeltlichen Tätigwerden durch einen Dritten unterschieden werden. Vorschriften nach dem Tierärztegesetz sollten gemäß § 12 Abs 1 iVm § 1 Abs 3 Tierärztegesetz Befugnisse und Tätigkeiten, beispielsweise der Humanärzte und anderer, aber auch die den gewerberechtlichen Vorschriften unterliegenden Tätigkeiten nicht einschränken. Wie sich den Gesetzesmaterialien entnehmen ließe, habe die zuletzt genannte Ausnahmebestimmung das bei Schaffung des Tierärztegesetzes bestehende gebundene Gewerbe des Viehschnittes im Auge gehabt, somit einen operativen Eingriff durch eine nicht ärztliche Person im Rahmen der Nutztierhaltung. Im Zuge der Gewerberechtsnovelle 1992 sei die Tätigkeit des Viehschneiders vom Geltungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen worden. Bestehenden Gewerbeinhabern bliebe die weitere Ausübung gestattet, neue Berechtigungen hätten aber nicht mehr begründet werden dürfen (vgl § 376 Z 16 GewO 1973, ErlRV 1158 BlgNR XIII. GP 15 zu § 1 Tierärztegesetz).

Die Regierungsvorlage zum Tierärztegesetz streiche hervor, dass der tierärztliche Tätigkeitsvorbehalt nach § 12 Abs 1 Tierärztegesetz nur dann sinnvoll sei, wenn

damit die Pflicht verbunden sei, dass der Tierarzt diese Tätigkeit auch selbst vornehme. Darüber hinaus sei darauf Bedacht zu nehmen gewesen, dass der Tierarzt auch bei ihm vorbehaltenen Tätigkeiten gelegentlich Hilfspersonen benötige, was für zulässig erklärt werde. Es könne sich dabei aber nur um Personen handeln, derer sich der Tierarzt anlässlich seines konkreten Einschreitens als Hilfe bediene (ErlRV 1158 BlgNR XIII. GP 15 zu § 1 Tierärztegesetz, 17 zu § 12 Tierärztegesetz und 18 zu § 24 Tierärztegesetz).

De lege lata bestehe damit ein Tätigkeitsmonopol des Tierarztes und zwar unter anderem für die Untersuchung und Behandlung von Tieren sowie Vorbeugungsmaßnahmen medizinischer Art gegen Erkrankungen von Tieren. Die Beiziehung von ärztlichen Fachkräften bei derartigen Behandlungen sei im Gesetz, das nur Hilfskräfte erwähne, nicht vorgesehen. Das Gesetz erlaube bei der Behandlung die Beiziehung von Hilfskräften nur zur untergeordneten Unterstützung (vgl dazu die idente Norm in § 49 Abs 2 ÄrzteG sowie *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap I. 1.3.3).

Nach bestehender Gesetzeslage sei es dem Tierarzt auch nicht erlaubt, Behandlungstätigkeiten durch Dritte in seiner Anwesenheit und damit unter seiner Aufsicht ausführen zu lassen, weil Behandlungen nicht unter Hilfsdienste fielen. Selbst wenn man die Anordnung des § 24 Abs 2 Tierärztegesetz im Sinn einer notwendigen Fortentwicklung des Sektors in Anlehnung an die vielfältigen Dienste im Humanbereich auch auf die Behandlung durch entsprechend geschulte Kräfte, die dann aber keine Hilfskräfte mehr seien, anwendbar ansehen würde, verbleibe nach dieser Norm immer noch die Schranke, dass nicht nur

genaue Anordnungen an die beigezogene Person erforderlich seien, sondern auch die ständige Aufsicht und ständige Anleitung durch den Arzt. Für die angebotene Ausbildung bedeute dies, dass die Fachkraft eines Pferdephysiotherapeuten die Anwendungen nur ausführen dürfte, wenn der Tierarzt dabei anwesend sei.

Damit verblieben an zulässig ausübbarer Tätigkeiten im Wesentlichen nur solche des Fitnessstrainings, des Konditions- und Leistungstrainings sowie der Massage zum Zweck der Steigerung des Wohlbefindens, sofern keine medizinischen Wirkstoffe eingesetzt würden und auch beim Pferd nicht mit dem Bestehen von Schmerzen oder Verletzungen beim Bewegungsapparat gerechnet werden müsse. Gerade im propagierten Haupteinsatzgebiet des Therapeuten, nämlich beim Pferd im Leistungssport, müsse bei Wettkämpfen aber immer mit zumindest leichten Verletzungen, Überbeanspruchungen und Blessuren gerechnet werden, sodass auch eine wettkampfbegleitende Tätigkeit in den Tätigkeitsvorbehalt des Tierarztes falle. Hinzu komme, dass bestimmte der gelehrtten Behandlungen nicht als Behandlungen zur Steigerung des Wohlbefindens einzustufen seien, sondern als medizinische Behandlungen, die ein gewerblicher Masseur im Humanbereich nie, aber auch ein Physiotherapeut ohne ärztliche Verantwortung auch präventiv am Gesunden nicht anwenden dürfte (zB Elektrotherapie). Aus dem Vorbringen des Beklagten, wonach es in Österreich Fachtierärzte für Physiotherapie und Rehabilitation gebe, ließe sich ableiten, dass die vom Beklagten gelehrtten Methoden wohl auch universitär vermittelt und von Tierärzten ausgeübt würden.

Dem Lehrplan, insbesondere dem Fächerkanon und dem jeweiligen Stundenausmaß, lasse sich im

Zusammenschluss mit der Informationsbroschüre entnehmen, dass der Schwerpunkt der gegenständlichen Ausbildung eindeutig in der Vermittlung von medizinischen Maßnahmen zur Behandlung verletzter, erkrankter Pferde, partiell noch auf der Vermittlung bestimmter Präventivmaßnahmen, nicht jedoch auf pflegerischer Gesundheitsvorsorge, Wohlbefinden durch Massage oder Leistungstraining liege. Selbst beim Punkt Training sei sogleich die Rehabilitation erwähnt. Damit wende aber der Beklagte Behandlungsmethoden an, die nach § 12 Abs 1 Tierärztegesetz sowohl als Heilbehandlung, als auch präventiv dem Tierarzt vorbehalten seien.

Die Ausnahmebestimmung für Tätigkeiten nach der Gewerbeordnung, habe gegenwärtig keinen Anwendungsbereich mehr, wenn man vom Auslaufen des Viehschneidergewerbes ausgehe. Präventive Maßnahmen des Tierpfleger hätten sich auf pflegerische Maßnahmen zu beschränken. Die aktuelle Formulierung des freien Gewerbes für die Betreuung von Tieren nehme durch den Verweis auf die ausgenommene diagnostischen und therapeutischen Tätigkeiten des Tierarztes auf den Tierarztvorbehalt Bedacht, sodass die Gewerbeordnung diesbezüglich keine Grundlage für die Ausübung medizinischer Behandlungen ergebe. Im Rahmen des freien Gewerbes verbliebe damit im Wesentlichen lediglich jener Tätigkeitsbereich, der jenen des gewerblichen Masseurs im Humanbereich entspreche.

Hätte es neben dem Tierärztegesetz ein weiteres Gesetz über die Ausbildung tiermedizinischer Fach- und Hilfskräfte gegeben, wäre dieses wohl auch in den Katalog des AusbVorbG aufgenommen worden. Nachdem aber ohnehin der Tierarzt das gesamte Handlungsspektrum abdecke, habe die Notwendigkeit ergänzender Regelungen nicht bestanden. Damit sei aber die Ausbildung im jeglichen Teilbereich

anderer Institutionen als der im Tierärztegesetz vorgesehenen veterinärmedizinischen Universität verboten. Begriffe wie Institutsverordnung, Ausbildungsverordnung und Lehrplan seien zusätzlich irreführend, weil sie suggerierten, es bestünde bereits eine gesetzliche Regelung. Wenn ein Bedarf an Fachkräften bestehe, wäre es Sache der Interessenvertretungen aber auch des Beklagten als Fachverein im Rahmen der zuständigen Institutionen auf eine entsprechende gesetzliche Regelung hinzuwirken.

Verstoße aber die vom Beklagten gelehrte Tätigkeit in ihren wesentlichen Teilen gegen eine dem Tierarzt vorbehaltene Tätigkeit, und demnach gegen § 1 AusbVorbG, dann sei der Ausbildungsvertrag nichtig, die Ausbildungskosten seien zurückzuzahlen (8 Ob 174/02z, 4 Ob 158/03v ua; RIS-Justiz RS0117924).

Die Fahrtkosten sprach das Erstgericht aus dem Titel des Schadenersatzes zu.

Der gegen dieses Urteil erhobenen Berufung gab das Berufungsgericht Folge, hob das angefochtene Urteil auf und verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück. Es teilte die rechtliche Beurteilung des Erstgerichts zum Verstoß gegen das AusbVorbG, vertrat aber die Auffassung, der verbleibende Tätigkeitsbereich wie jener des Fitnesstrainings, des Konditions- und Leistungstrainings, der Massage zum Zweck der Steigerung des Wohlbefindens sowie der Futtertechnologie und der artgerechten Tierpflege, Ausrüstungskunde und Umgang mit dem Pferd seien nicht zu vernachlässigen. Verstoße ein Vertrag nur teilweise gemäß gegen § 879 ABGB, werde die Frage der Teil- oder Gesamtnichtigkeit nicht nach dem hypothetischen Parteiwillen, sondern nach dem Zweck der Verbotsnorm

beurteilt, wobei der Restgültigkeit möglichst der Vorrang gegeben werde. Bisher seien weder die erforderlichen Feststellungen zum Umfang des von der Nichtigkeit betroffenen Ausbildungsteils getroffen worden, noch ein Beweisverfahren zur Irrtumsanfechtung in Bezug auf den von der Nichtigkeit nicht betroffenen Anspruchsteil oder zu den nach Aufschlüsselung konkret bestrittenen Fahrtkosten durchgeführt worden. Es verwies die Rechtssache zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung zurück und trug dem Erstgericht überdies auf, im fortgesetzten Verfahren den Ausbildungsinhalt dahin aufzuteilen, inwieweit er dem AusbVorbG unterliege oder nicht; dies sei zu den Kosten der Ausbildung in Relation zu bringen. Den Rekurs an den Obersten Gerichtshof erklärte es für zulässig, weil vom Höchstgericht nicht geklärt sei, wie weit die Hilfestellung im Sinn des § 24 Abs 2 Tierärztegesetz reiche und ob Ausbildungsinhalte im Rahmen einer solchen Hilfestellung unter das AusbVorbG fielen.

Gegen den Aufhebungsbeschluss richteten sich die von beiden Parteien erhobenen Rekurse.

Der Rekurs der Klägerin wendet sich gegen die Auffassung, es käme im vorliegenden Fall auch bloß eine Teilnichtigkeit in Frage, behauptet, die von der Klägerin geltend gemachten Fahrtkosten seien nicht substantiiert bestritten worden und strebt die Wiederherstellung des Ersturteils an. Der Rekurs des Beklagten begehrt im Kernpunkt die Fällung einer klagsabweisenden Entscheidung, weil die Rechtsansicht, die von ihm angebotene Ausbildung verstoße gegen das AusbVorbG, unrichtig sei.

Der Rekurs des Beklagten ist nicht berechtigt; jener der Klägerin ist teilweise berechtigt.

1.1. Die Urkundenvorlage des Beklagten in der

Revision verstößt gegen das Neuerungsverbot (§ 504 ZPO) und sind die Urkunden daher nicht zu beachten.

1.2. Die vom Beklagten behauptete Mangelhaftigkeit des Berufungsverfahrens wurde geprüft; sie liegt nicht vor (§ 510 Abs 3 dritter Satz ZPO).

Wenn der Rechtsmittelwerber versucht, Feststellungen zu bekämpfen, ist darauf zu verweisen, dass der Oberste Gerichtshof nicht Tatsacheninstanz ist, also eine Beweistrüge in dritter Instanz unzulässig ist (RIS-Justiz RS0069246 uva).

1.3. Die vom Beklagten als fehlend bemängelten Feststellungen zu einer erfolgten Aufklärung der Klägerin vor Unterfertigung des Ausbildungsvertrags sind für die Klärung des Rechtsstreits nicht relevant, behauptet doch der Beklagte zum einen gar kein Abweichen des Inhalts solcher Aufklärungsgespräche vom Inhalt der Aufklärung durch die Broschüre, zum anderen hat er die Gesetzeslage so verstanden (und darüber so aufgeklärt), dass der Tierarzt bei der Behandlung (des kranken oder rekonvaleszenten Pferdes) weder permanent körperlich anwesend, räumlich nahe sein oder unmittelbar physisch eingreifen können müsse. Vielmehr meint der Beklagte, die Überwachung (für die er - dazu widersprüchlich - Tierärzte gar nicht als ausreichend ausgebildet einschätzt und für sinnlos hält) sei differenziert nach der Art der Tätigkeit, Ausbildung, Erfahrung und Zuverlässigkeit der Hilfsperson möglich.

Ebenso rechtlich ohne Relevanz sind die in Schreiben festgehaltenen rechtlichen Schlussfolgerungen anderer Stellen über die Auslegung des Tierärztegesetzes in Verbindung mit dem AusbVorbG (BGBl 1996/378 idF BGBl I 2012/89) oder die Einstellung des gegen den Beklagten/seinen Obmann geführten

Verwaltungsstrafverfahrens. Dazu hat er die E-Mail vom 12.10.2010 vorgelegt, mit der das Amt der Kärntner Landesregierung, Abteilung 14 - Gesundheitswesen, Unterabteilung Veterinärwesen um Einstellung des Verfahrens ersucht wurde, weil klargestellt worden sei, dass die Tätigkeit der Ausgebildeten ausschließlich in Zusammenarbeit mit und unter Aufsicht durch einen Tierarzt ausgeführt würden und die Tierärztekammer mit dem Bundesministerium für Gesundheit derzeit noch in Ausarbeitung einer künftigen Regelung sei, um einer beruflichen Tätigkeit, wie sie im Bereich der Humanmedizin schon seit langem üblich sei, einen Rahmen zu geben, wie auch die an den Obmann der Beklagten gerichteten Benachrichtigung des Strafamts Villach über das Absehen von einer Fortführung des Verwaltungsstrafverfahrens. Da die Klägerin die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens nicht bestritten hat, waren Feststellungen dazu ohnehin entbehrlich, weil die Einstellung des Verwaltungsstrafverfahrens eben ohne Einfluss auf die im vorliegenden Fall vorzunehmende zivilrechtliche Beurteilung des Ausbildungsvertrags unter Berücksichtigung des Tierärztegesetzes iVm dem AusbVorbG ist.

1.4. Eingangs sei zur Behauptung des Beklagten in erster Instanz, Therapie sei auch ein Modewort, daher nicht zwingend eine Heilbehandlung oder Vorbeugemaßnahme medizinischer Art, wiewohl diese im Rekurs nicht mehr aufgegriffen wird, klargestellt, dass unter Therapie die Kranken- und Heilbehandlung, die Gesamtheit aller Maßnahmen zur Behandlung einer Krankheit (*Duden*, Das große Fremdwörterbuch⁴ [2007] 1347; *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch [2011] 1473; *Österreichisches Wörterbuch*⁴², 707), bzw die Gesamtheit der Maßnahmen zur Behandlung einer Krankheit mit dem Ziel der Wiederherstellung der

Gesundheit, der Linderung der Krankheitsbeschwerden und der Verhinderung von Rückfällen (*Brockhaus*, Band 27 Talb-Try²¹ [2006] 326) verstanden wird. So wurde auch anlässlich der Schaffung der Rechtsgrundlage für Tätigkeiten von Sportwissenschaftlern im Bereich der Trainingstherapie (BGBl I 2012/89) von der Bezeichnung „medizinische“ Trainingstherapie abgesehen, da dies einen unnötigen Pleonasmus darstelle, zumal bereits der Begriff „Therapie“ eine medizinische Behandlung ausreichend zum Ausdruck bringe (ErlRV 1808 BlgNR 29. GP 18).

2.1. Der erkennende Senat teilt, wie schon zuvor das Berufungsgericht, das vom Erstgericht gewonnene Ergebnis seiner rechtlichen Beurteilung, dass der Beklagte mit seinem Lehrgang Pferdephysiotherapeut/in (horse manual practitioner - ÖGPPT - vet.med.gepr. nach den Ausbildungs- und Qualitätsrichtlinien der ÖGPPT) auch zur Vornahme von Heilbehandlungen ausbildet, dass Heilbehandlungen über Hilfestellungen im Sinne des § 24 Abs 2 Tierärztegesetz hinausgehen, solche Heilbehandlungen nach § 12 Abs 1 Tierärztegesetz nur vom Tierarzt selbst ausgeübt werden dürfen und der Ausbildungsvertrag daher gegen § 1 Abs 1 Z 9 AusbVorbG verstößt, sodass darauf verwiesen werden kann (§ 510 Abs 3 ZPO).

2.2. Ergänzend sei zur inhaltlichen Ausgestaltung der Hilfestellung im Sinne des Tierärztegesetzes hervorgehoben, dass schon die Stammfassung des Tierärztegesetzes 1975 (BGBl 1975/16) in § 24 anordnete, dass der Tierarzt seinen tierärztlichen Beruf persönlich und unmittelbar, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Tierärzten ausüben habe (Abs 1) und zur Mithilfe Hilfspersonen heranziehen dürfe, wenn diese nach seinen genauen Anordnungen sowie unter seiner ständigen Aufsicht

und Anleitung handeln (Abs 2).

Die Gesetzesmaterialien führen dazu aus, der Vorbehalt des § 12 Abs 1 Tierärztegesetz (wonach ua die Untersuchung und Behandlung von Tieren, Vorbeugungsmaßnahmen medizinischer Art gegen Erkrankungen von Tieren, operative Eingriffe an Tieren, Impfung, Injektion, Transfusion, Infusion, Instillation und Blutabnahme bei Tieren, Verordnung und Verschreibung von Arzneimitteln nur von Tierärzten ausgeübt werden dürfen [vorbehaltene Tätigkeiten]) nur dann sinnvoll sei, wenn damit die Pflicht verbunden sei, dass der Tierarzt diese Tätigkeiten auch selbst vornehme. Diese Verpflichtung werde durch Abs 1 normiert. Darüber hinaus sei aber darauf Bedacht genommen worden, dass der Tierarzt auch bei den ihm vorbehaltenen Tätigkeiten gelegentlich Hilfspersonen benötige. Die Beiziehung von Hilfspersonen sei daher nach Abs 2 zulässig; es könne sich dabei aber nur um Personen handeln, derer sich der Tierarzt anlässlich seines konkreten Einschreitens als Hilfe bediene (ErlRV 1158 BlgNR 13. GP 18).

Mit BGBl 1995/476 wurde dem § 24 ein Abs 3 hinzugefügt, der im Rahmen von durch die jeweils zuständige Kammern der Tierärzte definierten und anerkannten Betreuungsverhältnissen (beispielsweise im Rahmen von Tiergesundheitsdiensten) die Hinzuziehung des Tierhalters zu Hilfeleistungen erlaubte, welche über die für die übliche Tierhaltung und Tierpflege notwendigen Tätigkeiten (§ 12 Abs 2 Tierärztegesetz) hinausgingen, wenn dies unter genauer Anleitung, Aufsicht und schriftlicher Dokumentation von Art, Menge und Anwendungsweise erfolgte.

Diese Bestimmung sollte die notwendige Rechtsgrundlage für die Unterstützung und Förderung für den sowohl von der Bundeskammer der Tierärzte als auch von der

Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern als wichtig anerkannten Auf- und Ausbau von Tiergesundheitsdiensten schaffen. Die genannten Interessenvertretungen seien übereingekommen, darauf hinzuwirken, dass einheitliche Grundsätze für die Anerkennung von Tiergesundheitsdiensten, zB durch ein Tiergesundheitsdienst-Rahmenstatut, umgehend geschaffen würden (ErlRV 192 BlgNR 19. GP 6).

Abs 3 leg cit erhielt inhaltlich seine heutige Fassung mit BGBl I 2002/28 (mit BGBl I 2002/95 wurde nur der Ausdruck „von der zuständigen Kammer der Tierärzte“ durch „von der Kammer“ ersetzt). Danach ist nun die über § 12 Abs 2 Tierärztegesetz hinausgehende Hilfestellung des Halters dem Landwirt bzw einer Gemeinschaft von Landwirten im Rahmen von ständigen Betreuungsverhältnissen auf betrieblicher Ebene mit einem Tierarzt bzw einer gemeldeten tierärztlichen Praxisgemeinschaft erlaubt. Im Rahmen eines solchen ständigen Betreuungsverhältnisses können nach Maßgabe einer Verordnung gemäß § 7 Abs 1 des Tierarzneimittelkontrollgesetzes (TAKG) Tierhalter auch in Impfungen eingebunden werden.

Diese Änderung war zur Harmonisierung mit den Bestimmungen des § 7 Abs 2 TAKG erforderlich (AB 935 BlgNR 21. GP 7), welches wiederum die Richtlinie 90/167/EWG des Rates vom 26. März 1990 zur Festlegung der Bedingungen für die Herstellung, das Inverkehrbringen und die Verwendung von Fütterungsarzneimittel in der Gemeinschaft umsetzte.

2.3. Ähnlich formuliert wie in § 24 Abs 2 Tierärztegesetz sieht das Ärztegesetz vor, dass der Arzt seinen Beruf persönlich und unmittelbar, allenfalls in

Zusammenarbeit mit anderen Ärzten auszuüben hat. Zur Mithilfe kann er sich jedoch Hilfspersonen bedienen, wenn diese nach seinen genauen Anordnungen und unter seiner ständigen Aufsicht handeln (§ 49 Abs 2 ÄrzteG).

§ 49 Abs 3 ÄrzteG ermöglicht dem Arzt im Einzelfall, an Angehörige anderer Gesundheitsberufe oder in Ausbildung zu einem Gesundheitsberuf stehenden Personen ärztliche Tätigkeiten zu übertragen, sofern diese vom Tätigkeitsbereich des entsprechenden Gesundheitsberufs umfasst sind. Er trägt dann die Verantwortung für die Anordnung. Die ärztliche Aufsicht entfällt, sofern die Regelungen der entsprechenden Gesundheitsberufe bei der Durchführung übertragener ärztlicher Tätigkeiten keine ärztliche Aufsicht vorsehen. Ebenso sind nach § 49 Abs 4 ÄrzteG in Ausbildung stehende Studenten der Medizin, sofern sie vertrauenswürdig und gesundheitlich geeignet sind, zur unselbständigen Ausübung der in Abs 5 *leg cit* genannten Tätigkeiten (etwa zur Erhebung der Anamnese, einfacher physikalischer Krankenuntersuchungen einschließlich Blutdruckmessung, der Blutabnahme aus der Vene *ua*) unter Anleitung und Aufsicht der ausbildenden Ärzte berechtigt.

Zur Mithilfe nach § 49 Abs 2 ÄrzteG kann sich der Arzt jeder Person bedienen, wenn diese nur nach seinen genauen Anordnungen und unter seiner ständigen Aufsicht handelt. Solche Hilfspersonen dürfen allerdings nur untergeordnete (etwa Hilfe beim Anlegen von Verbänden, Zureichung von Instrumenten) - und keinesfalls eigenständig - ärztliche Tätigkeiten durchführen. Eine Delegation ärztlicher Tätigkeiten an Hilfspersonen ist grundsätzlich unzulässig (*Pruckner*, Der Betreuer pflegt (nicht), RdM 2008/2, 4 [6]; *Schneider*, Ärztliche Ordination und Selbständige Ambulatorien im Verwaltungs-, Sozial- und

Steuerrecht [2001] 205; iglS *Radner*, Die Ausübung medizinischer Tätigkeiten durch MTD, MTF, SHD und Hilfspersonen iS des ÄrzteG [II], RdM 1988, 175 [177]; *Kux/Emberger/Neudorfer/Chlan/Mahn*, Ärztegesetz [1984, Stand 1. Jänner 1988] 106, ähnlich noch zu § 22 Abs 2 ÄrzteG unter Verweis auf den Erlass des BMfsV vom 27. März 1952, ZI V-85.645-20/JL/51, wonach eine solche Mithilfe keinen integrierenden Bestandteil der ärztlichen Behandlung bilden könne; *Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² [2008] 219; iglS *Kletečka-Pulker* in *Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer*, Handbuch Medizinrecht Kap I.1.3.3; iglS *Aigner/Kierein/Kopetzki*, Ärztegesetz 1998³ [2007] 119 f mwN; aA *Mazal*, Heranziehung von Hilfspersonen durch Ärzte - berufsrechtliche Aspekte, RdM 1996, 35 f, der zwar ausführt, ein Einsatz einer Hilfsperson liege nicht vor, wenn diese einen Arzt nicht bei seiner Tätigkeit unterstütze, sondern selbst ärztliche Tätigkeiten durchführe, demzufolge aber zu prüfen sei, ob es auf Grundlage der medizinischen Wissenschaft vertretbar sei, dass Teiltätigkeiten, auch wenn sie innerhalb des Vorbehaltsbereichs lägen, unter Anordnung und ständiger ärztlicher Aufsicht durch den Dritten verrichtet werden). Die hL versteht die „ständige Aufsicht“ bei der Mithilfe dahin, dass der Arzt ständig anwesend sein und seine Aufsicht unmittelbar und ständig ausüben muss (*Emberger/Wallner*, Ärztegesetz mit Kommentar² [2008] 219; *Aigner/Kierein/Kopetzki* Ärztegesetz 1998³ [2007] 120; *Radner*, Die Ausübung medizinischer Tätigkeiten durch MTD, MTF, SHD und Hilfspersonen iS des ÄrzteG [II], RdM 1988 178; *Schneider*, Ärztliche Ordination und Selbständige Ambulatorien im Verwaltungs-, Sozial- und Steuerrecht [2001] 205).

2.4. Sowohl im Humanbereich als auch im Veterinärbereich sind dann, wenn Hilfeleistungen untergeordnete Assistenz Tätigkeiten überschreiten, den Arztvorbehalt einschränkende Erlaubnistatbestände normiert worden (§ 49 Abs 3 f ÄrzteG, § 24 Abs 3 Tierärztegesetz). Eine weite Interpretation des Begriffs Hilfestellung, wie sie der Beklagte anstrebt, verbietet sich damit, wäre doch ansonsten - hier von Bedeutung - die historische Entwicklung des § 24 Abs 3 Tierärztegesetz nicht nachvollziehbar. Der Gesetzgeber hat - wie im Humanbereich - auch im Tierärztegesetz für Maßnahmen, die über die in § 24 Abs 2 Tierärztegesetz normierte Hilfestellung im Sinne einer untergeordneten Assistenz Tätigkeit anlässlich der Vornahme einer dem Tierarzt vorbehaltenen Tätigkeit - etwa Impfungen - hinausgehen, die Normierung dieser Erlaubnis für notwendig erachtet. Bei dem vom Beklagten angestrebten weiten Verständnis von „Hilfestellung“ wäre dies ohnehin nicht notwendig gewesen. Schon die Formulierung in § 24 Tierärztegesetz selbst, aber auch jene in den Gesetzesmaterialien (der Tierarzt benötige auch bei den ihm vorbehaltenen Tätigkeiten „gelegentlich“ Hilfspersonen „anlässlich seines konkreten Einschreitens“), legen den Gesetzeszweck des Vorbehalts offen. Es sollte einerseits die Behandlungstätigkeit des Tierarztes geschützt werden, andererseits im Sinne der Tiergesundheit auch verpflichtend sichergestellt werden („hat ... persönlich und unmittelbar ... auszuüben“ [§ 12 Abs 1 Tierärztegesetz]), dass Behandlungen am Tier vom hochqualifiziert ausgebildeten Tierarzt selbst und persönlich vorgenommen werden.

2.5. Eine Hilfestellung im Sinne des § 24 Abs 2 Tierärztegesetz muss sich daher auf untergeordnete Tätigkeiten beschränken, die den Tierarzt bei seiner von ihm

selbst vorzunehmenden Behandlung („bloß anlässlich“) unterstützen.

Die Einschränkung in § 1 Abs 3 Tierärztegesetz, wonach durch das Tierärztegesetz die den gewerberechtlichen Vorschriften unterliegenden Tätigkeiten nicht berührt werden, vermag daran nichts zu Gunsten des Beklagten zu ändern. Lediglich Maßnahmen am gesunden Tier, wie beispielsweise Pflege oder Massage, können im Rahmen eines freien Gewerbes ausgeübt werden. Handlungen am kranken Tier oder als Vorbeugemaßnahmen, das heißt alles, bei dem es sich um eine Behandlung im Sinne einer Heilbehandlung handelt, sind dem Tierarzt vorbehalten.

2.6. Führt daher der Physiotherapeut/Masseur in Wahrheit die Heilbehandlung bloß auf Anweisung - allenfalls unter gelockerter Aufsicht, wie der Beklagte es als zulässig erachtet - durch, dann kann von einer Hilfestellung bei der Behandlung durch den Tierarzt nicht mehr gesprochen werden. Daran können auch Rahmenbedingungen wie die Diagnoseerstellung oder Zuweisung durch einen Tierarzt nichts ändern, weil die Anordnung der Therapie nicht die persönliche Vornahme der Heilbehandlung ersetzen kann. Erfolgt demnach die eigentliche Behandlung durch den Physiotherapeuten als Fachkraft, läuft dies der Intention des Tierärztegesetz, nach dem der Tierarzt Behandlungsmaßnahmen selbst durchführen soll und muss, zuwider. Der Pferdephysiotherapeut mag Hilfestellung bei der Gesundung des Pferdes leisten, Hilfeleistung iSd § 24 Abs 2 Tierärztegesetz ist dies aber nicht mehr.

Nähme man einzelne Behandlungstätigkeiten, wie das der Physiotherapie zugeschriebene Feld der Heilbehandlungen, aus dem Vorbehalt heraus und ordnete man sie als bloße Hilfestellung nach § 24 Abs 2 TierärzteG ein,

ließe sich in weiterer Konsequenz nicht mehr abgrenzen, welche Formen der Heilbehandlungen (oder von anderen vorbehaltenen Tätigkeiten) dann überhaupt noch per se dem Tierarzt vorbehalten sein sollten und welche durch andere - gesetzlich nicht vorgesehene - Fachkräfte vorgenommen werden dürften.

Das Vorbringen des Beklagten geht sogar noch über diese Grenzauflösung hinaus, wenn er behauptet, der Tierarzt habe in der Regel keine Kenntnis über eine Physiotherapie, sodass auch eine Aufsichtspflicht über eine Tätigkeit, von der er keine Ahnung habe, sinnlos sei. Demnach wäre eine Überwachung der Physiotherapie durch den Tierarzt substanzlos, sodass der Beklagte damit die Ausbildung zu einer fachlich in Wahrheit überhaupt dem Physiotherapeuten vorbehaltenen Tätigkeit anstrebt und darstellt.

2.7. Dass aufgrund des Wandels der Gesellschaft im Umgang mit Tieren ein Bedarf an Tierphysiotherapeuten tatsächlich vorhanden sein mag, ändert nichts daran, dass es für die Ausübung von Heilbehandlungen am Tier durch andere Fachkräfte als den Tierarzt einer gesetzlichen Regelung bedürfte. Das Fehlen solcher Bestimmungen mag als unbefriedigend empfunden werden. Es ist aber nicht Sache der Rechtsprechung dies zu korrigieren oder im Weg einer Rechtsfortbildung oder allzu weitherzigen Interpretation Gedanken in ein Gesetz hineinzutragen, die darin nicht enthalten sind (vgl RIS-Justiz RS0106011).

2.8. Umfasst die Ausbildung nicht nur die Massage am gesunden Tier, seine Pflege oder die Verbesserung seines Wohlbefindens, sondern zielt sie, wie im vorliegenden Fall, schwerpunktmäßig und schon nach der Bezeichnung des Lehrgangs auf die Ausbildung zur

Heilbehandlung am kranken Pferd ab, dann verstößt sie gegen das AusbVorbG. Es werden dabei Tätigkeiten gelehrt, die in ihrer Ausübung dem Tierarzt und hinsichtlich der Ausbildung der veterinärmedizinischen Universitäten vorbehalten sind (§ 1 Abs 1 Z 9 AusbVorbG). Wenn der Beklagte im Rekurs in den Vordergrund zu stellen versucht, dass er zum freien Gewerbe der Tiermassage ausbilde, kann dies nicht darüber hinwegtäuschen, dass er nach wie vor die Auffassung vertritt, seine Ausbildung diene (zulässigerweise) auch dazu, in Kooperation mit dem behandelnden Tierarzt Physiotherapie in Form von verschiedenen in der Broschüre aufgezählten Techniken am kranken Tier durch den Ausgebildeten und nicht durch den Tierarzt vornehmen zu lassen.

3.1 Das AusbVorbG wurde vom Europäischen Gerichtshof (Rs C-294/00 = ECLI:EU:C:2001:442 = Slg 2002 I-06515) als mit dem Unionsrecht als vereinbar angesehen. Schon in den Entscheidungen 8 Ob 174/02z (unter Berufung auf die Gesetzesmaterialien und unter Darstellung von Rechtsprechung und Lehre zur Nichtigkeit) und 4 Ob 158/03v hat der Oberste Gerichtshof zu Verstößen gegen das AusbVorbG ausgesprochen, dass ein Vertrag der gegen das AusbVorbG verstößt, nichtig sei, weil der Verbotszweck die Ungültigkeit des Geschäfts notwendig verlange. Bei Verstößen gegen Gesetze, die dem Schutz von Allgemeininteressen, der öffentlichen Ordnung und der Sicherheit dienen, sei die Rechtsfolge der Nichtigkeit eine absolute.

Diese Auffassung bekräftigte der Oberste Gerichtshof in den Entscheidungen 4 Ob 172/04d = SZ 2004/130, 6 Ob 123/04p, 9 Ob 64/04h und 10 Ob 87/04y. In den beiden zuletzt genannten Entscheidungen wies er die Revision aufgrund der bereits vorliegenden

höchstgerichtlichen Rechtsprechung schon mangels Vorliegens einer erheblichen Rechtsfrage im Sinne des § 502 Abs 1 ZPO zurück. Auch die Darlegung *Laimers* (Vertragsnichtigkeit wegen Verstoßes gegen das AusbVorbG?, wbl 2003, 361 ff) biete keine Anlass von der Auffassung, der Vertrag sei absolut nichtig, abzugehen (9 Ob 64/04h).

3.2. Der Gesetzgeber hat das Tierärztegesetz in den durch das AusbVorbG gewährten Schutz miteinbezogen (§ 1 Abs 1 Z 9). Auch für den Veterinärbereich bietet sich daher kein Anlass von dieser auf dem Normzweck der Absicherung der Gesundheitsversorgung - hier eben der Tiere - beruhenden Rechtsprechung abzugehen.

Das Berufungsgericht übersieht in seiner Argumentation zu nicht gegen den Ausbildungsvorbehalt verstoßenden Lehrinhalten, dass in fast allen verbotenen Ausbildungen solche - nicht verbotenen - Inhalte vermittelt werden (so zu Grundlagen, hier etwa zu Anatomie ua; auch die Ausbildung zum Heilpraktiker kann die Vermittlung von Kenntnissen aus den Bereichen Anatomie, Physiologie etc, aber auch Massagetechniken umfassen). Dass daher aufgrund des vorliegenden Vertrags auch Ausbildungsinhalte gelehrt werden, die per se nicht dem AusbVorbG unterliegen, hindert wegen des Normzwecks, der den Abschluss solcher Verträge unterbinden will, die absolute Nichtigkeit des gesamten Vertrags nicht.

4.1. Eine solche Nichtigkeit lässt den Vertrag von Anfang an unwirksam sein, weder bedarf es einer besonderen Geltendmachung oder einer Anfechtung (*Krejci* in *Rummel*³ § 879 Rz 248).

4.2. Die Rückforderung erbrachter Leistungen erfolgt grundsätzlich gemäß § 877 (*Kolmasch* in *Schwimann*, Taschenkommentar ABGB² § 879 Rz 25; *Bollenberger* in

KBB⁴ § 879 Rz 31), wobei die Rechtsfolgen der Rückabwicklung nach § 877 ABGB jenen der §§ 1431 ABGB und 1437 ABGB entsprechen (RIS-Justiz RS0016325 [T10]).

4.3. Nach beiderseitigem Leistungsaustausch ist aber nur dann rückabzuwickeln, wenn dies der Normzweck erfordert, das heißt, die Vermögensverschiebung - und nicht nur der Zwang zur Erfüllung - missbilligt wird (*Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 879 ABGB Rz 59 mwN; RIS-Justiz RS0016325 [T1]*). Bei Verstößen gegen das AusbVorbG wurde vom Obersten Gerichtshof schon erläutert, dass die Durchsetzung des aus der verbotenen Ausbildungsvereinbarung resultierenden Entgeltanspruchs der Vereitelung dieses Normzwecks Vorschub leisten würde (8 Ob 174/02z) und der Zweck des AusbVorbG, bestimmte Ausbildungen den dazu berufenen Einrichtungen vorzubehalten, nur erreicht wird, wenn nicht nur die Durchsetzung von Ausbildungsverträgen unterbleibt, sondern wenn auch das Entgelt für entgegen dem Gesetz angebotene Ausbildungen zurückgegeben werden muss (4 Ob 158/03v; RIS-Justiz RS0117924; RS0016325 [T8]).

4.4. Im Unterschied zu den in den Entscheidungen 4 Ob 158/03v, 9 Ob 64/04h, 6 Ob 123/04p und 10 Ob 87/04y behandelten Fällen, die sämtliche Sachverhalte betrafen, bei denen die Ausbildung entweder gar nicht angefangen oder abgebrochen wurde, hat die Klägerin nach dem hier zu beurteilenden Sachverhalt die Ausbildung erfolgreich abgeschlossen. Es liegen aber dem AusbVorbG konsumentenschutzpolitische Erwägungen und das Allgemeininteresse einer Sicherung des hohen Niveaus der Gesundheitsvorsorge (auch im Tierbereich) zu Grunde. In einem solchen Fall ist die Vermögensverschiebung auch bei Abschluss der Ausbildung nicht zu billigen. Die Leistungen

sind daher, weil sich dies aus dem Gesetzeszweck ergibt, zurückzustellen.

4.5. Aus der in § 877 ABGB verwendeten Formulierung, „dagegen“ müsse, wer die Aufhebung eines Vertrags aus Mangel der Einwilligung verlange, auch alles zurückstellen, was er aus einem solchen Verträge zu seinem Vorteile erlangt habe, schließen Rechtsprechung und herrschende Lehre auf eine Rückstellungspflicht auch des anderen Vertragsteils (*Pletzer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 877 Rz 17 mwN; Krejci in Rummel³ § 879 Rz 259*).

Primär stellt das Gesetz auf die Rückgabe der Leistung in natura ab. Ist die Rückgabe in natura unmöglich oder untunlich, etwa bei Verbrauch, untrennbarer Verbindung, Weiterveräußerung oder bei Arbeitsleistungen, so schuldet der Empfänger Wertersatz nach Maßgabe seines Nutzens im Zeitpunkt der Leistung, der nach § 273 ZPO bestimmt werden kann (1 Ob 307/01f, 43/02h).

Auf die Rückabwicklung Zug um Zug ist nicht von Amts wegen, sondern nur auf Einrede Bedacht zu nehmen (*Riedler in Schwimann/Kodek, ABGB⁴ § 877 Rz 25; Rummel in Rummel ABGB³ § 877 Rz 4 mwN; Pletzer aaO; RIS-Justiz RS0020997; zur Abgeltung der Gegenleistung bei Verstoß gegen das AusbVorbG nur bei Erhebung eines Zug-um-Zug-Einwands siehe 4 Ob 158/03v*).

4.6. Eine solche Einrede hat der Beklagte aber im Verfahren erster Instanz weder erhoben, noch eine solche Abgeltung der der Klägerin zugekommenen Gegenleistung durch die abgeschlossene Ausbildung, die sie seiner Ansicht nach im Rahmen eines freien Gewerbes der Tiermassage an gesunden Tieren nutzen kann, zahlenmäßig bemessen.

5. Der Rekurs des Beklagten bleibt demnach

erfolglos. Die Klägerin fordert hingegen zu Recht das für die Ausbildung geleistete Entgelt zurück. Ihr Rekurs ist damit, soweit er die Kosten für den Lehrgang inklusive Materialien, Prüfungsgebühren und Mitgliedsbeitrag in Höhe von 7.328 EUR sA betrifft, im Sinn der teilweisen Wiederherstellung des Ersturteils berechtigt.

Für den darüber hinausgehenden Anspruch auf Ersatz von Fahrtkosten aus dem Titel des Schadenersatzes hat entgegen ihrer Ansicht das Berufungsgericht zutreffend aufgezeigt, dass der Beklagte ihre Aufstellung als un schlüssig bestritten sowie dargelegt hatte, es sei deren Aufstellung nicht zur Gänze lesbar, und ein Beweisverfahren zu den Fahrtkosten zur Gänze unterblieben ist.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts ist daher dahin abzuändern, dass ein stattgebendes Teilurteil (§ 519 Abs 2 letzter Satz ZPO) über 7.328 EUR sA gefällt wird. Im Übrigen bleibt es bei der Zurückverweisung zur neuerlichen Entscheidung nach Verfahrensergänzung betreffend den Fahrtkostenersatz im Umfang von 3.122,76 EUR.

Der Kostenvorbehalt gründet sich auf § 52 Abs 1 und 4 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 22. Oktober 2014
Dr. S a i l e r
Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG

