

Das Handelsgericht Wien erlässt durch seine Richter in HR Dr. Maria-Charlotte Mautner-Markhof in der Rechtssache der klagenden Partei Verein "Interessengemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie", 1150 Wien, Sutterheimstraße 16-18/2/16e, vertreten durch Tonninger, Schermaier, Maierhofer & Partner, Rechtsanwälte, 1040 Wien, Rilkeplatz 8, wider die beklagte Partei BW Erdbergstraße 27 Gastronomiebetriebs GmbH, 1030 Wien, Erdbergstraße 27, vertreten durch Dr. Georg Kahlig Rechtsanwalt GmbH, 1070 Wien, Siebensterngasse 42, wegen EUR 35.000,-- s.A. (Gewerblicher Rechtsschutz/Urheberrecht) nachstehende

E I N S T W E I L I G E      V E R F Ü G U N G :

Zur Sicherung des Anspruches der klagenden und gefährdeten Partei gegen die Beklagte und Gegnerin der gefährdeten Partei auf Unterlassung von Verstößen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), worauf die Unterlassungsklage gerichtet ist, wird der Gegnerin aufgetragen, es ab sofort und bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen;

- das Rauchen entgegen der Bestimmung des § 13a TabakG über "Nichtraucherschutz in Räumen in der Gastronomie" in dem von ihr betriebenen Lokal "The Golden Harp Irish Pub Wien", 1030 Wien, Erdbergstraße 27, zu gestatten und/oder zuzulassen, insbesondere das Lokal so in einen Raucher- und einen Nichtraucherbereich zu unterteilen, dass der Raucherbereich den Hauptraum umfasst und/oder

sich im Raucherbereich mehr als die Hälfte der Plätze befinden, die der Verabreichung von Speisen oder Getränken dienen.

Begründung:

Das Vorbringen der Streitteile ist aus deren Schriftsätzen bekannt, auf welche verwiesen wird.

Aufgrund des durch Einsicht in die von der klagenden Partei vorgelegten Urkunden, sofern sie auf Deutsch verfasst sind, und Durchführung eines Lokalaugenscheins am 23.9.2014 steht, unter Berücksichtigung unstrittig gebliebenen Parteinvorbringens, folgender Sachverhalt fest:

Der Kläger ist ein nicht auf Gewinn gerichteter Verein, der im Jahr 2012 errichtet wurde. Der Kläger hat sich zum Ziel gesetzt Gastronomiebetriebe über die für sie einzuhaltenden gesetzlichen Bestimmungen aufzuklären und die Einhaltung dieser Bestimmungen sicherzustellen.

Schwerpunkt der Interessen des Klägers ist, die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen zu kontrollieren.

Der Kläger betreibt Aufklärungsarbeit über seine Website, in der er über die gesetzlichen Nichtraucherbestimmungen aufklärt und Links zu den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen setzt.

Neben Privatpersonen zählen auch Betreiber von Gastronomieunternehmen zu Mitgliedern des Klägers, wobei diese vorrangig in Wien tätig sind. Eins der Mitglieder des Klägers betreibt ein Gastronomieunternehmen im 3. Wiener Gemeindebezirk.

Die Beklagte ist Betreiberin eines Gastronomiebetriebs, das als Pub geführt wird und das im Jahr 2012 eröffnet wurde.

Da der Kläger die Ansicht vertritt, dass die Beklagte gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen verstößt, hat er an diese ein Abmahnschreiben samt Verpflichtungserklärung vom 29.7.2014 gerichtet. Eine Reaktion seitens der Beklagten erfolgt nicht.

Betritt man das von der Beklagten betriebene Lokal "The Golden Harp Irish Pub Wien" in 1030 Wien, Erdbergstraße 27, findet man an der Eingangstür den vorgegebenen Hinweis, dass sich im Lokal ein abgetrennter Raucherraum befindet. Nach Durchschreiten eines ca. 1 m langen Windfangs gelangt man in einen großen, ca. 130m<sup>2</sup>, weitläufigen, sehr gemütlich und geschmackvoll gestalteten Raum, der den Großteil des Erdgeschosses umfasst und von einer großen Bar geprägt ist, die den Raum durchzieht. In diesem ersten großen Gastraum der L-förmig gestaltet ist, befinden sich Tische verschiedener Größe, geeignet für 2 bis ca. 6 Personen, die meistens durch nischenförmige Abtrennungen von einander separiert werden. Vor der Bar stehen auch an die 20 Hochstühle und sie ist so breit gestaltet, dass auch das Einnehmen von Speisen auf dieser problemlos möglich ist.

Auch das Personal ist in diesem ersten großen Raum tätig. Will man vom Nichtraucherraum aus eine Bestellung aufgeben, muss man diesen verlassen und sich an die hinter der Bar tätige Servierkraft wenden.

Der Raum ist nicht durch Schilder als Raucherraum gekennzeichnet, es befinden sich aber auf allen Tischen

und auf der Bar Aschenbecher.

Als die Richterin beim Lokalaugenschein nach Betreten des Lokals frägt ob es auch einen Bereich gibt in dem nicht geraucht wird und in dem sie ihren Kaffee trinken könnte, wird sie auf einen Platz im Hauptraum, abseits von zwei bereits anwesenden Gästen verwiesen, oder auf ein abgetrenntes Nichtraucherzimmer. Das Nichtraucherzimmer ist gleich, wie der große Eingangsraum des Lokals, sehr gemütlich und einladend gestaltet, getrennt wird er vom Eingangsraum durch eine doppelflügelige Tür, die Glasfenster aufweist die so gebeizt sind, dass der Rahmen der Gläser durchsichtig ist, der mittlere Bereich als Milchglas gebeizt ist. Der als Nichtraucherraum bezeichnete Raum ist deutlich kleiner als der erste Raum, jedoch gleich gemütlich und aufwendig eingerichtet. Im hinteren Nichtraucherraum befinden sich ca. 5 annähernd gleich große Tische für 4 Personen ausgerichtet, im Hauptraum des Lokals ca. 5-mal mehr.

Am Ende des Hauptraums befindet sich der Zugang zu den Toiletten, ebenso ein Abgang in den Unterbereich, der jedoch zum Zeitpunkt des Lokalaugenscheins finster und nicht von Personal betreut war.

Diese Feststellungen konnten widerspruchsfrei aufgrund der vom Kläger vorgelegten Urkunden, die insoweit Berücksichtigung finden konnten soweit sie in deutscher Sprache verfasst waren, und aufgrund der mit diesen Bescheinigungen übereinstimmenden Ergebnissen des Lokalaugenscheins getroffen werden.

Rechtlich folgt:

Die Aktivlegitimation des Klägers ergibt sich aus § 14 Abs 1 UWG und wurde von der Beklagten auch nicht bestritten.

§ 13a Abs 1 Z 1 TabakG normiert für Betriebe des Gesetzesgewerbes iS § 111 Abs 1 Z 2 GewO und somit auch für den gegenständlichen Betrieb der Beklagten "The Golden Harp Irish Pub Wien" ein generelles Rauchverbot in den der Verabreichung von Speisen und Getränken an Gäste dienenden Räumen. Von diesem generellen Rauchverbot sehen die Bestimmungen des § 13a Abs 2 und 3 TabakG Ausnahmen vor, wofür jedoch die entsprechenden, strengen Kriterien erfüllt sein müssen. Gem. § 13c TabakG und insbesondere gem. § 13c Abs 1 Z 3 TabakG hat die Beklagte als Inhaberin des Gastronomiebetriebes dafür Sorge zu tragen, dass die gesetzlichen Bestimmungen zum Nichtraucherschutz eingehalten werden.

Schon aufgrund der Größe des gegenständlichen Lokals kommt die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs 3 TabakG nicht in Frage (diese Ausnahme können nur Lokale mit einer Grundfläche von höchstens 80 m<sup>2</sup> in Anspruch nehmen); die Beklagte kann sich denkmöglich nur auf die Ausnahmebestimmung des § 13a Abs 2 TabakG berufen. Nach dieser Bestimmung, können in Betrieben, die über mehr als einen Gastraum verfügen, Räume bezeichnet werden, in denen das Rauchen gestattet ist, wenn gewährleistet ist, dass der Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringt und das Rauchverbot dadurch nicht umgangen wird. Zur Einhaltung dieser Ausnahmebestimmung müssen jedoch noch zwei weitere strenge Voraussetzungen erfüllt sein: Einerseits muss der zur Verabreichung von Speisen und Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein und andererseits

dürfen sich nicht mehr als die Hälfte der Plätze zur Verabreichung von Speisen und Getränken in Räumen befinden, in denen das Rauchen gestattet wird.

Bei der Bestimmung des Hauptraumes sind laut den Mat zu § 13a TabakG (610 BlgNr. XXIII. GP) immer die konkreten Verhältnisse vor Ort in eine Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen. Wichtig Kriterien sind dabei die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw. deren Zugänglichkeit.

Für Betriebe, die, wie der Beklagte, über mehrere Gasträume verfügen, sind die Voraussetzungen für die Ausnahme vom Rauchverbot in § 13a Abs 2 TabakG normiert. Diese Bestimmung verlangt unter anderem, dass der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein muss. Das Tabakgesetz enthält keine Legaldefinition des Begriffs Hauptraum. Nach den Erläuterungen der Regierungsvorlage zur Tabakgesetznovelle 2008 sind bei der Beurteilung eines Gastraums als Hauptraum mehrere Aspekte maßgebend, so insbesondere die Flächengröße, Lage, Ausstattung und Zugänglichkeit des entsprechenden Raums. Außerdem ist auf den Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit Bedacht zu nehmen, wobei der mit Rauchverbot belegte Raum gegenüber dem Raum, in dem das Rauchen gestattet wird, der übergeordnete Raum sein muss. Folglich wird in den Erläuterungen jener Raum, in dem das Rauchen gestattet werden darf, als Nebenraum bezeichnet. Der Gastwirt kann zwar frei entscheiden, in welchem Raum er das Rauchen gestattet, doch muss er bei dieser Entscheidung den Gesetzeswortlaut und den Willen des Gesetzgebers berücksichtigen.

Im Fall des als Pub geführten Lokals der Beklagten

ist zweifelsfrei der große Raum nach dem Eingangsbereich in dem sich auch die als Bar ausgestattete Schank befindet als Hauptraum anzusehen, in dem sich bedingt durch die Schank das wesentliche des Pub-Betriebs abspielt.

Gegenständlich ist sohin der vordere erste große Gastraum als Hauptraum zu qualifizieren und ist daher gemäß § 13a Abs 2 TabakG zur Gänze vom Rauchverbot erfasst.

Der im Untergeschoss befindliche Raum der zur Öffnungszeit des Lokals finster und nicht vom Personal betreut war, kann unabhängig von seiner Größe nicht als Hauptraum qualifiziert werden.

Die Beklagte hat sohin gegen § 13a Abs 1 Z 1 TabakG verstoßen. Dass dieser Verstoß der Beklagten auch einen Wettbewerbsvorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft liegt auf der Hand. Ein Raucher der ein Lokal in der Umgebung der Erdbergstraße 27 aufsuchen will, wird sich für das Lokal der beklagten Partei entscheiden, in dem er in dem großen, hellen und sehr gemütlichen Gastraum, der einem mit der großen Schank/Bar auch viel mehr das Gefühl vermittelt sich in einem Pub zu befinden, als der Nebenraum, der nur über Gasttische und sonst keine gastronomische Einrichtung verfügt, entscheiden als für ein Lokal in dem er als Raucher nur einen als Nebenraum zu qualifizierenden

Raum benutzen darf. Die beantragte einstweilige Verfügung war sohin zu erlassen.

Handelsgericht Wien  
1030 Wien, Marxergasse 1a  
Abt 18, am 24.9.2014

HR Dr.Maria Ch. Mautner-Markhof, RichterIn

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG