

Das Handelsgericht Wien erlässt durch den Richter Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Verein "Interessengeeminschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie", 1150 Wien, Stutterheimstraße 16-18/2/15e, vertreten durch Tonniger Schermaier Maierhofer & Partner, 1040 Wien, Rilkeplatz 8, wider die beklagte Partei Susanne Widl, 1010 Wien, Brandstätte 9/Tuchlauben 10, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner Rechtsanwälte, 1010 Wien, Dominikanerbastei 10, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung nach dem UWG, Streitwert EUR 35.000,-- die

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

Zur Sicherung des Anspruchs des Klägers gegen die Beklagte auf Unterlassung von Wettbewerbsverstößen wird der Beklagten 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 der Gastronomie" in dem von ihr betriebenen Lokal "Café Korb", 1010 Wien, Brandstätte 9/Tuchlauben 10, zu gestatten und/oder zuzulassen, insbesondere das von ihr betriebene Lokal so in einen Raucher- und einen Nichtraucherbereich zu unterteilen, dass der Raucherbereich den Hauptraum umfasst.

Der Kläger hat die Kosten des Provisorialverfahrens vorläufig, die Beklagte endgültig selbst zu tragen.

Begründung:

Vorbringen und Anträge der Parteien ergeben sich aus den zugestellten Schriftsätzen.

Aufgrund der Vornahme eines Lokalausweises sowie Vernehmung des Peter Schauer, des Mag.Dr. Markus Albrecht, des Franz Schubert und des Erich Katzenberger als Auskunftspersonen und Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden (./A bis ./R1 und ./1, ./2) wird folgender Sachverhalt als bescheinigt angenommen:

Der Kläger wurde 2012 gegründet. Er ist ein Verein, dessen statutenmäßige Aufgabe es ist, Gastronomiebetriebe über die für sie einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aufzuklären, diesbezüglich Öffentlichkeitsarbeit und Informationsveranstaltungen abzuführen, sich für einen fairen Wettbewerb und Chancengleichheit einzusetzen und Wettbewerbsverstöße zu verfolgen.

Er befasst sich insbesondere mit den Bestimmungen des Tabakgesetzes und unterhält die Homepage [www.gesund-wettbewerb.at](http://www.gesund-wettbewerb.at). Darauf werden die Vereinszwecke dargestellt, die Rechtslage und die Situation im Gastgewerbe in Bezug auf die Vorschriften des Tabakgesetzes beschrieben, auf ergangene einschlägige Entscheidungen verwiesen usw. (./E). Stellungnahmen zu den Rauchervorschriften im Gastgewerbe und der in Österreich bestehende Situation aus anderen Medien werden veröffentlicht bzw. Links eingerichtet. Er organisiert Vorträge und Fachgespräche über dieses Thema und verfolgt Verstöße gegen den lautereren Wettbewerb außergerichtlich und gerichtlich. Es wurde im Jahr 2013 eine Studie betreffend die Umsetzung des Nichtrauchererschutzes in Gastronomiebetrieben im 7. Wiener Gemeindebezirk vom

Kläger eingeholt.

Derzeit weist er 20 Mitglieder auf, davon 10 Gastronomiebetriebe, von denen 9 in Wien ansässig sind, einer davon am Naschmarkt, einer im 3. Bezirk.

Die Beklagte betreibt das "Cafe Korb" in 1010 Wien, Brandstätte 9/Tuchlauben 10. Das Lokal weist im Obergeschoss sowie im Keller jeweils einen Raum auf, der als Gastraum geeignet ist. Zum Raum im Obergeschoss führen drei Eingänge, zwei vom Schanigarten aus, einer von der Brandstätte aus. Dem Eingang von der Brandstätte ist ein Windfang im Ausmaß von 3,8 m<sup>2</sup> nachgelagert, wovon ca. 1/3 mit einer Mauer abgebaut und als Abstellraum verschlossen sind. Durch den Restbereich gelangt man, teils nur über einen Vorhang, in den Gastraum. Dort ist ein Bereich von 77,88 m<sup>2</sup> zur Gästebedieneung ausgestattet. Damit verbunden über einen, durch eine nicht bis zur Decke reichende Vitrine, in der Torten und Mehlspeisen platziert sind, und wo sich darunter Kästchen zur Aufbewahrung von Besteck und dergleichen befinden, teilweise unterbrochenen, Durchgang ist eine Küche und ein Vorbereich im Gesamtausmaß von 22,25 m<sup>2</sup> .

Über eine Stiege gelangt man in den Keller, wo sich die WCs befinden. Gegenüber der WCs gelangt man, durch eine Glastüre, in einen weiteren ca. 60 m<sup>2</sup> großen, mit Tischen und Sitzmöbeln ausgestatteten, fensterlosen, aber beleuchteten Raum.

Nach Inkrafttreten der Nichtraucherenschutzbestimmungen wurde dieser Kellerraum als "Nichtraucherraum" gewidmet, der Gastraum im 1. Geschoss als "Raucherraum" und das Lokal als Raucher/Nichtraucherlokal ausgewiesen. Da diese Situation im Hinblick darauf, dass der

Kellerraum nicht der Hauptraum und kleiner als der Gastraum ist, von der Behörde als unzulässig qualifiziert wurde, wurde der Kellerraum nurmehr als Veranstaltungsraum genutzt. Er wird für Veranstaltungen bzw an geschlossene Gesellschaften vermietet, ein laufender Gastbetrieb mit Bedienung findet darin nicht statt.

Der laufende Gastbetrieb beschränkt sich nun auf den Raum im 1. Stock, dort ist Rauchen gestattet, die ursprünglichen Hinweise, dass das Lokal sowohl Raucher- als auch Nichtraucheräume enthalte, sind noch vorhanden.

Eine rechtskräftige Entscheidung, wonach die Teilung des Erdgeschossraumes nach bau-, feuer- oder denkmalschutzrechtlichen Vorschriften unzulässig ist, besteht nicht. Möglichkeiten in Richtung einer solchen Teilung wurden zwar nach Inkrafttreten der Rauchschutzvorschriften intern geplant, aber nie umgesetzt.

Die Feststellungen gründen sich auf das Bescheinigungsverfahren, wobei die Wahrnehmungen beim Lokalaußenschein mit den Aussagen der Auskunftspersonen korrespondieren, sowie auf die vorgelegten Urkunden.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich Folgendes:

Wer sich dadurch, dass er sich über gesetzliche Vorschriften hinwegsetzt, einen Vorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern verschafft, der zu einer spürbaren Wettbewerbsverzerrung führen kann, verstößt gegen § 1 UWG.

Der Betrieb, so wie er nach den getroffenen Feststellungen von der Beklagten geführt wird, verstößt gegen § 13a TabakG.

Danach herrscht in Gastronomiebetrieben ein grundsätzliches Rauchverbot.

Die in Absatz 3 des § 13a TabakG statuierte Ausnahmeregelung trifft auf das Lokal der Beklagten aus zwei Gründen nicht zu.

Einerseits ist der Kellerraum objektiv gesehen für die Verabreichung von Speisen und Getränken geeignet, was sich schon daraus ergibt, dass er früher auch zu diesen Zwecken genutzt wurde. Auf die tatsächliche Nutzung kommt es nach dem Gesetzestext nicht an. Andererseits weist das Erdgeschoss mehr als 50 m<sup>2</sup> auf, wobei es, selbst wenn man davon ausginge, dass der Windfang so wie die Küche - Vorraum zur Verabreichung von Speisen oder Getränken nicht geeignet und damit nicht in die Fläche einzurechnen wären, an einer rechtskräftigen Entscheidung mangelt, die eine bauliche Teilung dieses Raumes verbieten würde,.

Der Betrieb in der Form, dass der Gastraum im 1. Geschoss als "Raucherraum" geführt wird, ist daher jedenfalls rechtswidrig und eine gegenteilige Ansicht nicht vertretbar. Dadurch verschafft sich die Beklagte gegenüber vergleichbaren Gastbetrieben, die entweder ein Rauchverbot erlassen, der den gesetzlichen Vorschriften durch bauliche Maßnahmen entsprochen haben, einen spürbaren Vorteil.

Die Aktivlegitimation des Klägers ist gemäß § 14 UWG gegeben.

Es war daher gemäß § 24 UWG die EV wie im Spruch zu erlassen, wobei es auf den Umstand, dass der Kellerraum derzeit nicht tatsächlich als Nichtraucherbereich genutzt wird, nicht ankommt, da er zur Nutzung im Sinn des § 13a Abs 2 TabakG grundsätzlich geeignet wäre.

Das Argument, dass vorliegend § 381 EO anwendbar sei, trifft nicht zu, da die einstweilige Verfügung

durchaus durch vorübergehende, auf Prozessdauer beschränkte Maßnahmen, so eine Änderung des Sachverhaltes durch die Führung als Nichtraucherlokal, erfüllt werden könne.

Das Argument, der Beklagten sei die Erwirkung eines Bescheides nicht möglich gewesen, schlägt nicht durch. Das Gesetz statuiert ausdrücklich, dass bei Lokalen über 50 m<sup>2</sup> ein derartiger Bescheid einzuholen ist und nur bei Vorliegen eines negativen Bescheides das ganze Lokal als Raucherlokal gewidmet werden darf.

Die Strafverfügung erging auf einer anderen Grundlage.

Es war wie im Spruch zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf §§ 393 Abs 1, 402 Abs 4, 78 EO, 41 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 19

Wien, 22. April 2015

Dr. Elfriede Dworak, Richter

Elektronische Ausfertigung  
gemäß § 79 GOG