

6 CG 6/163-1.C

(Bitte in allen Eingaben anführen)

Josef Wichner Straße 2 3500 Krems an der Donau

Tel.: +43 2732 809

Einstweilige Verfügung:

RECHTSSACHE:

Klagende Partei

Verein "Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie" Stutterheimstraße 16-18/2/16e 1150 Wien

Beklagte Partei

ZET Betriebe GmbH Fb 364320s Heidenreichsteinerstraße 28 3830 Waidhofen an der Thaya

vertreten durch:

Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner Rechtsanwälte GbR Rilkeplatz 8 1040 Wien Zeichen: 01/Gast/ZET

vertreten durch:

Mag. Martin PAAR, Mag. Hermann ZWANZGER Wiedner Hauptstraße 46/6 1040 Wien

Wegen:

35.000,00 EUR samt Anhang (Gewerblicher Rechtsschutz/Urheberrecht)

Zur Sicherung des Anspruches der klagenden und gefährdeten Partei gegen die Beklagte und Gegnerin der gefährdende Partei auf Unterlassung von Verstößen gegen das Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), worauf die Unterlassungsklage gerichtet ist, wird der Gegnerin der gefährdeten Partei 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 Gastronomiebetrieb "Foggy Mix", 3830 Waidhofen an der Thaya, Heidenreichsteinerstraße 28, 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 aller Verabreichungsplätze befinden.

BEGRÜNDUNG:

Die klagende und **gefährdete Partei** (im folgenden nur mehr Klägerin) brachte vor, sie sei ein nicht auf Gewinn gerichteter Verein mit dem Ziel, Gastronomiebetriebe über die von ihnen einzuhaltenden gesetzlichen Bestimmungen aufzuklären und die Einhaltung dieser

Bestimmungen sicher zu stellen, um so einen fairen Wettbewerb und die Chancengleichheit aller Unternehmer in der Gastronomie sicherzustellen und zu fördern. Sie informiere auf ihrer Website im Internet über gesetzliche Nichtraucherschutzbestimmungen, die Konsequenzen von Verstößen, mache einschlägige Publikationen u dgl zugänglich und organisiere einschlägige Vorträge, Informationsveranstaltungen und Seminare. Mitglieder der Klägerin seien Privatpersonen und Gastronomieunternehmer, einer davon in Waidhofen an der Thaya.

Im Lokal "Foggy Mix" der Gegnerin der gefährdeten Partei werde im zentralen Gastraum des Lokals geraucht. In diesem mehrere 100 m² großen Raum mit weit mehr als 100 Sitzplätze befinden sich um die zentrale Bar verschiedene (nur optisch, aber nicht räumlich abgetrennte) Bereiche. Ein Nichtraucherraum (= Restaurantbereich) mit einer Grundfläche von etwa 60 m² und etwa 55 Sitzplätzen sei vom Eingang des Lokals nur erreichbar, indem der zentrale Gastraum zur Gänze diagonal durchquert werde. Die Glastür zwischen diesem Nichtraucherraum und dem Hauptraum, in dem geraucht werde, stehe während der Betriebszeiten durchgehend offen. Der Restaurantbereich sei nicht durchgehend für Gäste zugänglich, weil er für diverse Feiern an geschlossene Gesellschaften vermietet werde. Bei solchen Gelegenheiten gebe es im Lokal überhaupt keinen Nichtraucherbereich.

Die Beklagte und **Gegnerin der gefährdeten Partei** (im folgenden nur Beklagte) beantragte die Abweisung des Antrages. Sie bestritt die Aktivlegitimation der klagenden Partei, weil ein Konkurrenzverhältnis eines Mitglieds der Klägerin zur Beklagten nicht konkret behauptet werde. Weil auch Nichtunternehmer Mitglieder des klagenden Vereins seien, fehlen die nach der Rsp erforderlichen Behauptungen zur Aktivlegitimation.

Das Lokal sei gewerberechtlich genehmigt. Nach dem Bescheid seien 80 Nichtraucherplätze und 75 Raucherplätze vorgesehen. Tatsächlich befinden sich im Lokal 116 Verabreichungsplätze für Nichtraucher und 106 für Raucher.

Laut Betriebsanlagenbewilligung bestehe ein Mix aus verschiedenen Gastronomiekonzepten, nämlich Restaurant, Cafe, Billard und Barbereich mit Möglichkeit für Veranstaltungen. Ein Kernstück sei das überregional bekannte Restaurant. Außer dem Restaurant gebe es einen weiteren Nichtraucherraum mit 44 Nichtraucherplätzen.

Die Türe zum Restaurantbereich müsse zum Eintritt geöffnet werden. Dass diese Tür immer offen stehe sei unrichtig. Es könne aber nicht ständig überwacht werden, dass die Türe nach jedem Durchschreiten immer geschlossen werde.

Im Jahr 2014 sei allein im Restaurantbereich ein Umsatz von ca. EUR 333.000,00 und zusätzlich ca. EUR 232.000,00 für Weine und nichtalkoholische Getränke (die vorwiegend dem Restaurant zuzuordnen seien) erzielt worden, im Barbereich ca. EUR 270.000,00 aus Bier- und Spirituosen-Umsätzen (die vorwiegend dem Barbereich zuzuordnen seien). Das

Restaurant sei der Hauptraum, weil dieses am besten ausgestattet sei ("komplett modern"), den Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit bilde und damit bei weitem der größte Umsatz erwirtschaftet werde. Das gesamte Lokal werde im Wesentlichen von den Speiseumsätzen im Nichtraucherbereich getragen.

Das Lokal sei unter Berücksichtigung der Raumaufteilung in einen Raucherbereich von gesamt 338,77m² und in einen Nichtraucherbereich mit 76,98m² mit gewerbe- und baubehördlichen Bescheid vom 04.12.2012, WTW2-BO-12151001 und WTW2-BA-1234 bewilligt worden. Die inhaltliche Richtigkeit behördlicher Bewilligungen sei nicht zu prüfen, weil ein von der Verwaltungsbehörde genehmigtes Verhalten nicht lauterkeitsrechtlich wegen angeblicher Rechtswidrigkeit des Bescheids verboten werden könne.

Eine Kontrolle in tabakrechtlicher Hinsicht durch die BH Waidhofen an der Thaya im Jahr 2015 habe nicht zu Beanstandungen geführt. Die Beklagte habe deshalb und in Hinblick auf die behördlichen Bewilligungen vertretbar von der Zulässigkeit der Aufteilung in Raucher- und Nichtraucherräume ausgehen dürfen.

Der Unterlassungsanspruch setze voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (RIS-Justiz RS0123239).

Für den Fall der Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragte die Beklagte, der Klägerin den Erlag einer Sicherheitsleistung von EUR 100.000,00 aufzuerlegen, weil aufgrund der Umsatzzahlen für die Beklagte mit einem Verlust schon bei einem nur einjährigen Verfahren in zumindest dieser Höhe zu rechnen sei.

Feststellungen:

Der klagende Verein wurde im Jahr 2012 auf Initiative einiger Gastwirte gegründet, die mit der Handhabung der Bestimmungen des TabakG unzufrieden waren und sich deshalb an den jetzigen Obmann des klagenden Vereins gewandt haben, der allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger ua für Innenraumluftschadstoffe ist.

Der Vereinszweck der Klägerin ist nach § 2 ihrer Statuten nicht auf Gewinn gerichtet und bezweckt

- 1. Gastronomiebetriebe über die für sie einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen aufzuklären:
- 2. Öffentlichkeitsarbeit und Informationsveranstaltungen bezüglich der in der Gastronomie einzuhaltenden einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen zu machen;
- 3. sich für einen fairen Wettbewerb und die Chancengleichheit aller Unternehmer in der Gastronomie einzusetzen:

4. Mitglieder vor unlauterem Wettbewerb durch Verletzung und Umgehung von gesetzlichen Bestimmungen durch Konkurrenzbetriebe zu schützen, indem vom Verein gegen solche Verstöße außergerichtlich und wenn notwendig auch gerichtlich vorgegangen wird.

Die klagende Partei hat derzeit 11 Mitglieder, die ein Gastgewerbe betreiben, davon 9 in Wien und 2 in Niederösterreich, und zwar in Waidhofen an der Thaya und in Zwentendorf. 15 oder 16 Mitglieder des klagenden Vereins haben keinen Betrieb. Das Mitglied in Waidhofen an der Thaya will nicht namentlich genannt werden, weil es eine "Prangerwirkung" fürchtet.

Die klagende Partei führt Informationsveranstaltungen und Fortbildungsveranstaltungen durch, betreibt Medienarbeit und informiert auf ihrer Internetseite (Beilage ./E) ua über Fakten und Rechtslage zum Thema Rauchen im Gastgewerbe. Im Rahmen einer Informationsveranstaltung wurde eine Studie präsentiert, über die auch in Medien berichtet wurde. Inhalt der Studie war eine Erhebung in fast allen, nämlich in 314 Lokalen im 7. Wiener Gemeindebezirk (Beilage ./C) mit dem Ergebnis, dass die Mehrzahl der Betriebe das Tabakgesetz nicht einhalten. Die klagende Partei bemühte sich deshalb, auf eine Änderung des damals unzureichenden Tabakgesetzes hinzuwirken. Weil das erfolglos war, ging sie gegen Ende 2014 dazu über, Gastwirte abzumahnen, die gegen die Bestimmungen des TabakG verstießen. Zwei abgemahnte Gastwirte traten dem klagenden Verein bei, der gemeinsam mit diesen neuen Mitgliedern eine gesetzeskonforme Raumtrennung entwickelte.

Der Betrieb der Beklagten ist ein "Mix" aus verschiedenen Gastronomiekonzepten, nämlich Restaurant, Billard - Cafe, Pizzeria mit Schauküche, Irish - Pub und Barbereich mit Möglichkeit für Veranstaltungen. Das gesamte Lokal wurde neu eingerichtet, alle Räume verfügen über Fußbodenheizung und sind klimatisiert. Die einzelnen Bereiche sind stimmungsvoll eingerichtet und zT aufwendig dekoriert. Es kann nicht festgestellt werden, ob der Raum in dem das Restaurant betrieben wird, hochwertiger eingerichtet ist als die übrigen Teile des Lokals.

Im Lokal der Beklagten gibt es einen 338,77 m² großen Raum, der unterschiedliche Bereiche mit insgesamt 106 Sitzplätzen enthält. Ein 66 m² großer Teil im Zentrum, der rundum durch Bartresen abgegrenzt ist, und die etwa 16 m² große Pizzaküche sind für das Publikum nicht zugänglich. Diese Bereiche sind von den rundum angeordneten, für den Aufenthalt von Gästen bestimmten Teilen des Raums nicht baulich abgeschlossen. In diesem großen Raum wird geraucht. An der dem Eingang gegenüberliegenden Seite des Lokals gibt es zwei weitere Räume, und zwar (vom Eingang gesehen) rechts das 76,98 m² große Nichtraucher-Restaurant mit 72 Sitzplätzen und links ein 25,8 m² großer ehemaliger Besprechungsraum, der erst später, seit einem nicht feststellbaren Zeitpunkt, als weiterer Nichtraucher-Gastraum genutzt wird und 44 Sitzplätze aufweist. Die Tür zum größeren Nichtraucher-Raum schließt nicht automatisch und steht deshalb auch länger offen, als das zum Ein- und Ausgehen nötig

ist. Dadurch kann Rauch aus dem Raucherbereich in den Nichtraucher-Raum dringen.

Das im größeren Nichtraucher-Raum betriebene Restaurant ist über die Region hinaus bekannt und wird in Lokalführern lobend genannt. Im Lokal werden alle Speisen angeboten, von österreichischen Klassikern über italienische Spezialitäten bis zu Pizza, Burger und dergleichen. Man kann in jedem Teil des Lokals, dh auch im Raucherbereich, alle angebotenen Speisen und Getränke bestellen und konsumieren. Bei den Bartischen im Raucherbereich ist es aber schwierig zu essen, weil sie so klein sind. Gäste warten auch in der Bar im Raucherbereich, bis sie ins Restaurant dürfen.

Der Hauptspeisenumsatz wird im Nichtraucher-Restaurant gemacht. Welche Umsätze insgesamt im Raucherbereich und welche im Nichtraucherbereich gemacht werden kann nicht festgestellt werden. Die Umsatzerlöse betrugen 2014 insgeamt EUR 915.930,58, darin enthalten Speisen EUR 333.383,81 (Beilage ./4).

Das Lokal verfügt über eine gewerbebehördliche Genehmigung für den geänderten Betriebsanlagenteil und über eine baubehördliche Bewilligung (Beilage ./1). Welche Projektunterlagen der gewerbebehördlichen Genehmigung zugrundelagen und worin die genehmigte Änderung bestand kann nicht festgestellt werden, auch nicht was Inhalt einer allenfalls früher erteilten gewerbebehördlichen Genehmigung (für den Betrieb vor der Änderung) war. Im Bescheid der Gewerbebehörde wurde auf das TabakG nicht Bezug genommen. In der Projektbeschreibung des Bescheides der Baubehörde ist die Anzahl der Verabreichungsplätze für Nichtraucher (Restaurantbereich) mit 80 und für Raucher (Barbereich mit Billard) mit 75 angeführt (Seite 5 unten in Beilage ./1).

Bei den bisher zwei Kontrollen hat die BH Waidhofen einmal eine Verwaltungsstrafe wegen Verstoßes gegen das TabakG über die Beklagte verhängt, weil eine Tür zwischen Raucherund Nichtraucherraum offen war. Abgesehen davon wurde nichts beanstandet.

Beweiswürdigung:

Die Feststellungen ergeben sich aus den vorgelegten Urkunden und Fotos und den Aussagen, die einander im wesentlichen widerspruchsfrei ergänzen. Kleinere Abweichungen und Unklarheiten, zB hinsichtlich der tatsächlichen Größe der einzelnen Bereiche und der Anzahl der Sitzplätze, sind mit den vorhandenen Bescheingungsmitteln nicht genauer zu klären. Für die im Bescheinigungsverfahren ausreichende überwiegende Wahrscheinlichkeit erschienen die Angaben im Bescheid Beilage ./1 und die Aussagen des Geschäftsführers der Beklagten (auch in Beilage ./2) am geeignetsten, weil letzterer über die tatsächlichen Gegebenheiten am besten Bescheid wissen dürfte.

Aus seiner Aussage ergibt sich auch, das die Tür zum größeren Nichtraucher-Raum nicht

automatisch schließt und deshalb auch länger offensteht, als das zum Ein- und Ausgehen nötig ist. Seine Aussage, die beklagte Partei sei wegen Verstoß gegen das Tabakgesetz bestraft worden, weil eine Tür offen gewesen sei, dürfte sich auf diese Tür beziehen. Die Beklagte brachte vor, dass nicht ständig überwacht werden könne, ob die Tür nach jedem Durchschreiten immer geschlossen werde (Seite 4 in ON 4 = AS 30), was impliziert, dass das nicht automatisch erfolgt. Aus den Aussagen bzw eidesstättigen Erklärungen des Obmanns der Klägerin und des Zeugen Mag. Dr. Markus Albrecht ergibt sich, dass bei deren Besichtigungen die Tür durchgehend offen gestanden ist. Man sieht die offene Tür ohne durchgehende Personen auch auf vorgelegten Fotos (Foto 5 in Beilage ./O, Foto 5 in Beilage ./P). Insgesamt gibt es keinen Grund daran zu zweifeln, dass diese Tür zumindest gelegentlich auch dann offen steht, wenn das nicht notwendig ist um den Raum zu betreten oder zu verlassen. Dass dadurch Rauch aus dem Raucherbereich in den Nichtraucher-Raum dringen kann entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung. Der Geschäftsführer der Beklagten gab zwar an, das Lokal habe eine sehr gute Lüftung, die die Ausbreitung von Rauch verhinder. Diese Aussage bezog sich aber auf die nicht räumlich abgetrennten Bereiche des großen Raumes und nicht auf die Tür zum Restaurant. Außerdem ist erfahrungsgemäß auch eine gute Belüftungsanlage idR nicht geeignet die Ausbreitung von Rauch vollständig zu unterbinden.

Ob alle Einzelheiten der Aussage des Geschäftsführers der Beklagten richtig sind ist zweifelhaft. Beispielsweise ist auf Fotos in Beilage ./P zu sehen, dass der Raucherbereich zumindest zur Zeit der Aufnahme stark frequentiert war und offensichtlich dort verschiedenste Getränke konsumiert wurden, ua auch Wein und Bier. Ob bzw wie weit die Aussage stimmt, dass Wein, Bier und klassische Aperitive hauptsächlich im Restaurant konsumiert werden und dort der Schwerpunkt des Umsatzes gemacht wird, ist mangels weiterer Beweisergebnisse nicht überprüfbar.

Die Feststellungen zur Ausstattung folgen den von der Beklagten nicht dementierten Zeitungsberichten Beilage ./R. Ob das Restaurant hochwertiger eingerichtet ist als die übrigen Teile des Lokals ist anhand der Fotos nicht verlässlich zu beurteilen.

Dass der zweite, kleinere Nichtraucher-Raum erst später als Gastraum in Betrieb genommen wurde ergibt sich daraus, dass er im Bescheid Beilage ./1 noch als Besprechungsraum bezeichnet wird und in den Zeitungsberichten, die kurz vor Eröffnung des Lokals erschienen sind (Beilage ./R) nicht erwähnt wird, obwohl alle sonstigen Bereiche beschrieben werden.

Rechtliche Beurteilung:

Die Aktivlegitimation der Klägerin ist nach den Feststellungen iSd stRsp gegeben. Es handelt sich in Hinblick auf die festgestellten Aktivitäten nicht um einen reinen "Klageverein"

(4 Ob 125/94; 4 Ob 123/90; Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG2 § 14 UWG Rz 74 ff).

§ 13a TabakG regelt eine Ausnahme von dem allgemeinen Rauchverbot in öffentlichen Räumen nach § 13 TabakG. Nach § 13a Abs 2 TabakG können in Gastronomiebetrieben mit mehr als einem Raum, in dem Gäste Speisen oder Getränke konsumieren können, Raucher-Räume bezeichnet werden, wenn folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind:

- muss der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehene Hauptraum vom Rauchverbot umfasst sein
- darf nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Räumen gelegen sein, in denen das Rauchen gestattet wird.

Außerdem darf Tabakrauch nicht in die mit Rauchverbot belegten Räumlichkeiten dringen und das Rauchverbot durch die Einrichtung eines Raucher-Raumes nicht umgangen werden.

Das TabakG 1995 enthält keine Definition des Begriffs "Raum". Vor dem Hintergrund des allgemein gebräuchlichen Begriffsverständnisses, wonach es sich bei einem Raum um einen dreidimensional eingegrenzten Bereich handelt, und mit Blick auf die Gesetzesmaterialien in Zusammenhalt mit den weiteren Regelungen des TabakG über den Nichtraucherschutz muss davon ausgegangen werden, dass nur ein Raum, der allseitig, von der Decke bis zum Boden von festen Wänden umschlossen ist und mit einer Türe geschlossen werden kann, einem "Raum" nach § 13a Abs 2 TabakG entsprechen kann (VwGH 2013/11/0137). Der 338,77 m² große Raucher-Bereich ist deshalb als ein einziger Raum zu beurteilen, und zwar unter Einbeziehung jener Teile, die den Gästen nicht zugänglich sind.

Auch was unter "Hauptraum" zu verstehen ist sagt das Gesetz nicht. Nach den Mat (RV 610 BlgNr XXIII GP, 6) sollen bei der Bestimmung des Hauptraumes die konkreten Verhältnisse vor Ort in die Gesamtbetrachtung mit einzubeziehen sein, wobei wichtige Kriterien die Flächengröße, die Lage und die Ausstattung der Räume bzw deren Zugänglichkeit seien. Der Hauptraum müsse in seiner Gesamtbetrachtung den anderen Räumlichkeiten als "übergeordnet" eingestuft werden können (was immer das bedeuten mag). Auch der Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit des Gastwirts soll dabei zu berücksichtigen sein.

Im hier zu beurteilenden Fall sprechen Flächengröße, Lage und Zugänglichkeit eindeutig dafür, dass der Raucherbereich der Hauptraum ist, weil dieser deutlich größer ist als beide Nichtraucher-Räume zusammen und weil er direkt vom Eingang des Lokals aus betreten wird, während die Nichtraucher-Räume in Ecken des großen Raucherbereichs gelegen und nur erreichbar sind, indem man den zentralen Raucherbereich durchquert.

Der "Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit" soll nach Behauptung der Beklagten im Nichtraucherbereich liegen. Mit Umsatzzahlen kann das nicht begründet werden, weil diese

keinen Bezug zum Nichtraucherschutz haben. Eine historische Auslegung anhand der Materialien bedarf besonderer Vorsicht, weil diese nicht Gesetz geworden sind (RIS-Justiz RS0008776; RS0008799). Die Norm selbst mit ihrem Wortlaut, mit ihrer Systematik und in ihrem Zusammenhang mit anderen Normen steht insoweit über der Meinung der (Gesetzes-)Redaktoren (7 Ob 24/08t; 4 Ob 50/00g). Ein "Schwerpunkt der gastronomischen Tätigkeit" kann im Kontext des § 13a TabakG nur insofern relevant sein, als sich der "Schwerpunkt" auf den Aufenthalt der Gäste in Raucher- oder Nichtraucher-Räumen auswirkt. Man könnte etwa an ein reines Speiserestaurant mit einem Raucherraum denken, der nur von jenen Gästen aufgesucht wird, die nach der Mahlzeit rauchen möchten, und der wegen des Charakters des Lokals uU auch dann ein Nebenraum sein könnte, wenn er flächenmäßig größer als der Speiseraum wäre (was hier aber nicht abschließend zu beurteilen ist). Im hier zu beurteilenden Fall handelt es sich hingegen um ein Konglomerat unterschiedlicher Arten von Lokalen, die unabhängig voneinander aufgesucht werden. So wird es sicher Gäste geben, die ausschließlich das Irish-Pub oder das Billard-Cafe besuchen und nicht das Restaurant.

Aus allen diesen Erwägungen ergibt sich ganz klar, dass der große Raum der Hauptraum ist. Dass dort geraucht wird verstößt gegen § 13a TabakG.

Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht. Maßgebend für die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden RIS-Justiz RS0077771 T76). Eine Rechtsprechung und beständige Praxis dahingehend, dass der bei weitem größte Raum eines Lokals nicht der Hauptraum wäre, besteht nicht. Nach Wortlaut und Sinn und Zweck der Vorschrift ist klar, dass der große Raum der Hauptraum ist. Eine gegenteilige Ansicht ist unvertretbar.

Vertretbarkeit der Rechtsansicht ist aber dann anzunehmen, wenn das beanstandete Verhalten durch Genehmigungen der zuständigen Verwaltungsbehörde gedeckt ist. Die Richtigkeit dieser Genehmigungen ist im Wettbewerbsprozess nicht zu prüfen (RIS-Justiz RS0077771 T61). Weder die gewebebehördliche Genehmigung noch die baubehördliche Bewilligung erlauben das Rauchen im großen Raum. Die Vereinbarkeit der Aufteilung in Raucher- und Nichtraucher-Räume mit den Bestimmungen des TabakG war offensichtlich nicht Gegenstand dieser Verfahren.

Ein bloß formloses Dulden durch Verwaltungsbehörden führt nicht dazu, dass ein (ansonsten)

eindeutiger Gesetzesverstoß mit guten Gründen vertretbar im Sinn der Rechtsprechung zum Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch würde (RIS-Justiz RS0123433; 4 Ob 41/13b mwN). Dass die BH Waidhofen das Rauchen im Hauptraum nicht beanstandet hat macht die Rechtsansicht nicht vertretbar, dieser Raum wäre nicht der Hauptraum iSd § 13a TabakG.

Dass vor Inbetriebnahme des kleineren Nichtraucher-Raums auch die völlig eindeutige Bestimmung verletzt wurde, dass nicht mehr als die Hälfte der für die Verabreichung von Speisen oder Getränken vorgesehenen Verabreichungsplätze in Raucher-Räumen gelegen sein dürfen, ist ebenfalls unvertretbar.

Der Unterlassungsanspruch setzt ferner **Erheblichkeit** voraus. Das beanstandete Verhalten muss geeignet sein, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (RIS-Justiz RS0123239; 4 Ob 225/0d mwN). Die gesetzgeberische Zielsetzung liegt im Ausschluss der Verfolgung von Bagatellfällen (Burgstaller/ Handig/Heidinger/Schmid/ Wiebe in Wiebe/Kodek, UWG² § 1 UWG Rz 134 f). Der ständige Betrieb eines offenbar gut besuchten Lokals mit mehr als 200 Sitzplätzen in einer ländlichen Bezirkshauptstadt, wobei sich die Gesetzesverletzung auf den größten Teil des Lokals bezieht, ist zweifellos geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen und ist kein Bagatellfall.

Einstweilige Verfügungen zur Sicherung von Unterlassungsansprüchen nach dem UWG können gemäß § 24 UWG auch ohne die Voraussetzungen des § 381 EO (Gefahrenbescheinigung) bewilligt werden (RIS-Justiz RS0005170, vgl RS0080058). Die in § 24 UWG geregelte Ausnahme von § 381 EO bezieht sich sowohl auf die Gefährdung iSd § 381 Z 1 EO als auch auf den drohenden Schaden nach § 381 Z 2 EO (Kodek/Leupold in Wiebe/G. Kodek, Kommentar zum UWG § 24 Rz 8 mwN). Da die gefährdete Partei einen lauterkeitsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach § 1 UWG geltend macht, bedarf es der Gefährdung des zu sichernden Anspruchs ebenso wenig wie der Gefahr eines drohenden unwiederbringlichen Schadens.

Eine Sicherheitsleistung nach § 390 Abs 2 EO ist gerechtfertigt, wenn sehr erheblich in die Geschäftstätigkeit des Gegners eingegriffen wird, etwa bei Verbot des Offenhaltens eines Geschäftes, bei einem Verkaufsverbot, beim Verbot des Betriebs eines Unternehmens, beim Verbot einer bestimmten Fassadengestaltung oder wegen des Verlustes einer beträchtlichen Werbewirkung oder eines erheblichen Werbeaufwands durch Werbe- und Verkaufsverbote; ebenso, wenn die einstweilige Verfügung tief in die Produktion des Antragsgegners eingreift, weiters etwa zur Deckung allenfalls nutzlos aufgewendeter Lohnkosten bei Anordnung der Aufrechterhaltung eines Dienstverhältnisses trotz sachlich und örtlich unbeschränkten Beschäftigungsverbots (Kodek/Leupold in Wiebe/Kodek, UWG² § 24 UWG Rz 42) oder wenn die einstweilige Verfügung das Geschäftsmodell der Beklagten vernichten würde

(4 Ob 145/14y). Der Beklagten wird nicht der Betrieb des Lokals untersagt, sondern im Ergebnis nur das Dulden des Rauchens im Billard - Cafe, in der Pizzeria, im Irish - Pub und im Barbereich. Ein Rauchverbot in diesen Bereichen hindert den Betrieb nicht. Es kann Umsatzrückgänge verursachen, aber uU auch den Umsatz steigern, wenn Personen diese Bereiche besuchen, die zuvor wegen der Belästigung durch den Rauch ferngeblieben sind. Nach der Behauptung der Beklagten entfällt der Hauptumsatz auf das von der einstweiligen Verfügung nicht betroffene Restaurant, sodass selbst ein allfälliger Umsatzrückgang im betroffenen Bereich nicht mit den Fällen des völligen Verbotes eines Betreibens vergleichbar ist. Unter diesen Umständen besteht kein Anlass, die Erlassung der einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen (OLG Wien 4 R 219/13z).

Landesgericht Krems an der Donau, Abteilung 6 Krems an der Donau, 21. März 2016 Dr. Herbert Weininger, Richter

Elektronische Ausfertigung gemäß § 79 GOG