



IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Handelsgericht Wien erkennt durch den Richter Dr. Elfriede Dworak in der Rechtssache der klagenden Partei Verein "Interessensgemeinschaft für fairen Wettbewerb in der Gastronomie", Stutterheimstraße 16-18/2/16e, 1150 Wien, vertreten durch Tonninger Schermaier Maierhofer & Partner, Rechtsanwälte GbR, Rilkeplatz 8, 1040 Wien, wider die beklagte Partei burgring 1 GmbH, Burgring 1, 1010 Wien, vertreten durch Pepelnik & Karl, Rechtsanwälte GmbH, Czerninplatz 4, 1020 Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung zu Recht:

1. Die Beklagte ist schuldig, es ab sofort im geschäftlichen Verkehr zu unterlassen, das Rauchen entgegen der Bestimmung des § 13a Tabakgesetz über "Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie" in dem von ihr betriebenen Gastronomiebetrieb "burgring 1", 1010 Wien, Burgring 1, zu gestatten und/oder zuzulassen, insbesondere im Barbereich des von ihr betriebenen Gastronomiebetriebs "burgring 1", 1010 Wien, Burgring 1, das Rauchen ab 22 Uhr zu gestatten und dafür Aschenbecher auszugeben und/oder sonst nicht dafür Sorge zu tragen, dass das Rauchverbot durchgehend eingehalten wird.
2. Der Kläger wird ermächtigt, Punkt 1 und 2 des Urteilspruchs binnen sechs Monaten ab Rechtskraft auf Kosten der Beklagten mit Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift, gesperrt- sowie fettgedruckten Namen der Prozessparteien, im übrigen in Normallettern, wie sie auf der betreffenden Seite des Publikationsorgans üblich sind, im redaktionellen Teil einer Ausgabe der "bz-Wiener Bezirkszeitung" für den ersten Wiener Gemeindebezirk sowie einer Ausgabe des Gastronomiefachmagazins "Gastro" veröffentlichen zu lassen.
3. Die Beklagte ist schuldig, Punkt 1. und 3. des Urteilspruchs einmal für die Dauer von dreißig Tagen auf ihre Website <http://www.burgring.at/> oder, sollte sich ihre Internetadresse ändern, auf der von ihr betriebenen Website mit der dann aktuellen Adresse binnen drei Monaten ab Rechtskraft des Urteils zu veröffentlichen, wobei die

Veröffentlichung auf der Startseite so zu platzieren ist, dass sie unmittelbar nach Aufruf (ohne scrollen) erscheint und die Veröffentlichung in Fettdruckumrandung, Fettdrucküberschrift und gesperrt- sowie fettgedruckten Namen der Prozessparteien, im übrigen in der selben Schriftart und -größe, Schriftfarbe, Farbe des Hintergrundes und Zeilenabständen wie ansonsten auf der Website der Beklagten üblich, vorzunehmen ist.

4. Die Beklagte ist schuldig, dem Kläger zuhanden des Klagevertreters die mit € 7.810,28 (darin enthalten € 707,-- Barauslagen und € 1.183,88 an 20 % USt) bestimmten Prozesskosten binnen vierzehn Tagen zu ersetzen.

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

Der Kläger brachte vor, dass er ein Verein sei, dessen Ziel es sei, Gastronomiebetriebe über die von ihnen einzuhaltenden gesetzlichen Bestimmungen aufzuklären, und die Einhaltung dieser Bestimmungen zur Sicherung eines fairen Wettbewerbes zu gewährleisten. Sein besonderes Anliegen sei die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen. Zu diesem Zweck veröffentliche der Verein Artikel und Studien, halte Informationsveranstaltungen ab, organisiere einschlägige Vorträge, leiste Medienarbeit und mache Ansprüche durch Abmahnungen sowie auch gerichtlich geltend.

Am 12., 16. und 26.2.2016 hätten Vertreter des Klägers festgestellt, dass ab 22.00 Uhr im Nichtraucherlokal der Beklagten, das 80 m² übersteige und nur über einen Raum verfüge, im Bereich der Bar geraucht werden dürfe und Rauchen geduldet, sowie Aschenbecher den Rauchern zur Verfügung gestellt würden. Damit setze sich die Beklagte zu ihrem Wettbewerbsvorteil über die zwingenden Bestimmungen des Tabakgesetzes hinweg.

Die Beklagte bestritt das Klagebegehren, beantragte Klagsabweisung und wandte ein, dass der Kläger nicht aktiv legitimiert sei. Es fehle an der Wiederholungsgefahr und es treffe auch nicht zu, dass sich die Beklagte einen Wettbewerbsvorteil verschafft habe, ein spürbarer Eingriff sei nicht gegeben. Im vorbereitenden Schriftsatz ergänzte sie, dass die Beklagte nie bestritten habe, dass sie sich ans Tabakgesetz halte. Die gegen sie erhobenen Vorwürfe seien unrichtig, sie halte die Vorschriften des Tabakgesetzes ein. Die Einhaltung der Schutzvorschriften werde der Beklagten durch Informationsmaterial, Schulungen und Anweisungen an das Personal sichergestellt. Das Klagebegehren sei überschießend, nicht der gesamte § 13 Tabakgesetz beziehe sich auf die Beklagte.

Es sei nicht verboten, wenn nach Ende des Publikumsbetriebes das Barpersonal, Freunde

oder Bekannte dessen im Lokal verweilen und rauchen, wobei die Tür versperrt sei. Auch das Rauchen bei Vermietung an eine private Gruppe sei zulässig.

Beweis wurde erhoben durch Vernehmung der Zeugen Marcos Augusto Muzio, Gabor Szabo und Onur Tuncel, sowie Dr. Bernhard Tonninger und Paul Viehböck, Parteienvernehmung des Obmanns der klagenden Partei Dipl.Ing. Peter Tappler, sowie Einsicht in die vorgelegten Urkunden (Blg. ./A bis ./M, ./1) und Betrachtung eines Videobandes.

Folgender Sachverhalt wird festgestellt:

Der Kläger wurde 2012 gegründet. Er unterhält eine Homepage, in welcher über Rechtsvorschriften in der Gastronomie, insbesondere das Tabakgesetz, informiert wird. Er hält einschlägige Informationsveranstaltungen für seine Mitglieder ab, an denen auch sonstige interessierte Personen teilnehmen können. Er leistet Medienarbeit für die Interessen der Gastronomie im Zusammenhang mit der Durchsetzung des Tabakgesetzes und hat eine wissenschaftliche Studie über Einhaltung des Tabakgesetzes im siebten Wiener Gemeindebezirk eingeholt. Wenn ihm Beschwerden über Wettbewerbsverletzungen bekannt werden, so werden die Betreffenden abgemahnt und im Bedarfsfall auch geklagt.

Der Kläger hat etwa fünfundzwanzig Mitglieder, davon zwölf Gastronomen. Davon sind zehn Gastronomiebetriebe in Wien ansässig.

Die Beklagte betreibt in Burgring 1, 1010 Wien, ein Gastlokal und bewirbt ihr Lokal auf ihrer Homepage. Es wird auch in den Websites Falter.at, Tripadvisor, die FrühstücklerInnen, Restauranttester.at, Help, sowie weiteren einschlägigen Homepages angeführt und beschrieben.

Das über 80 m² große und nur aus einem Raum bestehende Lokal der Beklagten ist als Nichtraucherraum deklariert.

Trotzdem wurde jedenfalls bis Februar 2016 vom Personal geduldet, dass ab 22.00 Uhr Gäste im Barbereich rauchten und ihnen zu diesem Zweck bei Bedarf auch Aschenbecher zur Verfügung gestellt. Über Nachfrage wurden Gäste über die Möglichkeit, nach 22.00 Uhr im Barbereich zu rauchen, informiert.

Vor der Klage forderte der Kläger die Beklagte auf, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben sowie über Verlangen einen gerichtlichen Vergleich zu schliessen und die Anwaltskosten zu ersetzen(./H). Die Beklagte bezeichnete die Vorwürfe als falsch. Ihr Geschäftsführer versicherte sich der Sache persönlich anzunehmen, womit die Wiederholungsgefahr auszuschliessen sei. Der Kläger möge seine Vorwürfe zurückziehen und die Kosten der Beklagten ersetzen.

Bei einer späteren Kontrolle konnte der Kläger keinen Verstoss feststellen.

Diese Feststellungen gründen sich insbesondere auf die Aussagen der Zeugen Dr. Albrecht, Viehböck und Dr. Tonninger sowie Aussage des Obmanns der klagenden Partei.

Die vom Kläger ausgesandten Testpersonen geben übereinstimmend an, dass ab 22.00 Uhr im Barbereich – aber nicht in anderen Bereichen – vom Personal der Beklagten zumindest geduldet worden sei, dass Gäste rauchten und diese auch durch das Zurverfügungstellen von Aschenbechern dabei unterstützt worden seien. Die Videoaufnahme bzw. das Lichtbild zeigen rauchende, mit einem Aschenbecher versorgte Gäste, beides auf eine Weise, die dem Personal nicht entgehen konnte.

Der Zeuge Tuncel, der nicht mehr bei der Beklagten tätig ist, gibt zwar auch ein grundsätzliches Rauchverbot an, räumt jedoch ein, dass es nicht zu verhindern sei, dass am späteren Abend Gäste, insbesondere nach Alkoholkonsum, rauchten und dass er sie auch manchmal mit einem Aschenbecher versorgte. Die Darstellung der Zeugen Muzio und Szabo, die in erster Linie die eigene Verantwortung zurückwiesen, war dagegen nicht überzeugend. Munzio gab zwar an, selbst niemals das Rauchen von Gästen gefördert oder nicht verhindert zu haben, gab aber zu, dass dies bei anderem Personal durchaus vorgekommen sei. Das Argument des Zeugen Szabo, dass rauchende Gäste bei starkem Betrieb dem Personal entgehen konnten, überzeugt nicht. Das Rauchen einer Zigarette nimmt ja zumindest mehrere Minuten in Anspruch.

Dafür, dass bloss nach Betriebsschluss oder nur innerhalb geschlossener Gesellschaften ohne Bedienung und öffentlichen Betrieb geraucht werden durfte, hat das Verfahren keine Anhaltspunkte ergeben.

Die Feststellungen über den Zweck und die Tätigkeit des Vereines gründen sich auf ./B bis ./F sowie die Aussage des Obmanns der Klägerin Dipl.Ing.Tappler.

In rechtlicher Hinsicht ergibt sich, dass der Kläger kein reiner Prozessführungsverein ist, sondern auch mit anderen Mitteln die Interessen seiner Mitglieder verfolgt, weiters dass zumindest zehn seiner Mitglieder in unmittelbarem Wettbewerb mit der beklagten Partei stehen.

Die Aktivlegitimation des Klägers ist daher gegeben.

Dadurch, dass sich die Beklagte sich über die Bestimmungen des § 13 a Tabakgesetzes, wonach mangels baulicher Trennung der Betrieb nur mit Rauchverbot zulässig ist,

hinwegsetzt, verschafft sie sich gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern einen spürbaren Vorteil. Die Spürbarkeit liegt nahe, da, gerade bei Abend- und Nachtbetrieben, wenn Gäste zum Rauchen vor das Lokal geschickt werden oder gar des Lokals verwiesen werden müssen, das Risiko besteht, solche Gäste dauerhaft zu verlieren, während durch Toleranz Gäste gewonnen werden können.

Vom Wegfall der Wiederholungsgefahr kann nicht die Rede sein. Auch wenn die Beklagte vorprozessual erklärt hat, das beanstandete Tun eingestellt zu haben, so hat sie es doch von Anfang an bestritten, es abgelehnt, eine vollstreckbare Unterlassungserklärung abzugeben hat ihr Handeln im Prozess wieder verteidigt, indem sie die Wettbewerbsverletzung inhaltlich bestritten hat.

Der Unterlassungsanspruch erweist sich daher gem. § 14 UWG als begründet. Auch das Veröffentlichungsbegehren ist im eingeklagten Umfang berechtigt. Es werden damit sowohl die Kunden des Lokals, nämlich solche, die die Homepage aufsuchen und in angemessener Weise auch Laufkundschaft, die sich der Homepage nicht bedient, sowie auch Mitbewerber informiert.

Es war wie im Spruch zu entscheiden. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 ZPO.

Handelsgericht Wien, Abteilung 19
Wien, 22. September 2016
Dr. Elfriede Dworak, Richter

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG