

# TE OGH 2010/12/15 4Ob164/10m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.12.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei A\*\*\*\*\* GesmbH, \*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Heinz Kupferschmid und Mag. Gerhard Kuntner, Rechtsanwälte in Graz, gegen die beklagte Partei M\*\*\*\*\*-Aktiengesellschaft, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Christian Kuhn Rechtsanwalts GmbH in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 35.000 EUR), infolge Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 20. Juli 2010, GZ 6 R 48/10s-25, womit infolge Berufung der klagenden Partei das Urteil des Landesgerichtes für Zivilrechtssachen Graz vom 23. Jänner 2010, GZ 39 Cg 77/09m-21, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Die Urteile der Vorinstanzen werden dahin abgeändert, dass die Entscheidung nunmehr zu lauten hat:

„Die beklagte Partei ist schuldig es zu unterlassen, ihren Gästen das Rauchen von Tabak in ihrem Bestandgegenstand am Standort \*\*\*\*\*, zu gestatten.

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 4.966,12 EUR (darin 726,52 EUR USt und 607 EUR Barauslagen) bestimmten Prozesskosten binnen 14 Tagen zu ersetzen.“

Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 6.903,54 EUR (darin 780,59 EUR USt und 2.220 EUR Barauslagen) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

## Text

Entscheidungsgründe:

Die Klägerin betreibt im Einkaufszentrum Nord in G\*\*\*\*\* ein Café und eine Bäckerei. Sie gestattet ihren Kunden seit Februar 2009 in ihrem Gastronomiebereich das Rauchen nicht mehr und erleidet dadurch Umsatzeinbußen.

Die Beklagte betreibt im genannten Einkaufszentrum ein Restaurant. Sie ist Inhaberin des Gewerbes „Gastgewerbe in der Betriebsart eines SB-Restaurants“ mit der Berechtigung nach § 189 Abs 1 Z 2 bis 4 GewO 1973 (nunmehr § 111 Abs 1 Z 2 GewO 1994). Der Gastronomiebereich ihres Restaurants ist zur Mall des Einkaufszentrums hin offen. Die Beklagte verfügte Anfang des Jahres 2009 zunächst ein absolutes Rauchverbot, ließ aber angesichts spürbarer Umsatzeinbußen im Februar 2009 in ihrem Gastronomiebereich das Rauchen wieder zu. Außer Streit steht, dass Gäste der Beklagten bis Juni 2009 im Gastronomiebereich geraucht haben; ob die Beklagte dieses Verhalten auch noch am 3. 12. 2009 (Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz) geduldet hat, konnten die Tatsacheninstanzen nicht feststellen. Am 29. 12. 2008 hat die Beklagte der für ihr Restaurant zuständigen Baubehörde in einer Bauanzeige mitgeteilt, sie beabsichtige

die Errichtung eines Raucherbereichs an der Betriebsstätte; eine Reaktion der Behörde ist noch nicht erfolgt. Zur Verwirklichung ihres Vorhabens hat die Beklagte bisher einen Kostenvorschlag eingeholt und einen Plan anfertigen lassen.

Mit ihrer Klage vom 28. 4. 2009 beehrte die Klägerin, die Beklagte schuldig zu erkennen, „ihren Gästen das Gestatten des Rauchens von Tabak in ihrem [näher beschriebenen] Bestandgegenstand zu unterlassen“. Mit der Tabakgesetz-Novelle 2008 sei auch die Gastronomie in die Nichtraucher-Schutzvorschriften einbezogen worden. § 13 TabakG ordne ein Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte an. Einkaufszentren fielen unter diese Bestimmung, die die Beklagte dadurch verletze, dass sie ihren Gästen im Bereich ihres Gastronomiebetriebs das Rauchen gestatte. Die Beklagte verschaffe sich durch diesen Rechtsbruch einen unlauteren Wettbewerbsvorteil gegenüber der Klägerin, die sich an das gesetzliche Rauchverbot halte. Zur Sicherung ihres Unterlassungsanspruchs beehrte die Klägerin weiters, eine dem Unterlassungsanspruch inhaltsgleiche einstweilige Verfügung zu erlassen.

Die Beklagte beantragte die Abweisung von Klagebegehren und Sicherungsantrag. Das Rauchverbot des § 13 Abs 1 TabakG gelte für ihren Gastgewerbebetrieb gar nicht, jenes des § 13a TabakG sei nach der Übergangsbestimmung des § 18 Abs 6 TabakG erst ab 1. 7. 2010 wirksam. Die Beklagte habe nämlich Maßnahmen für die Schaffung eines gesonderten Raumes gemäß § 13a Abs 2 TabakG in die Wege geleitet und erfülle damit die Voraussetzungen der Übergangsvorschriften des § 18 Abs 6 und 7 TabakG. Dass die Beklagte die zuletzt genannten Ausnahmenvorschriften verletze, habe die Klägerin nicht einmal behauptet. Die Beklagte dürfe deshalb mit guten Gründen davon ausgehen, dass ihren Gästen das Rauchen im Restaurant erlaubt sei.

Im Sicherungsverfahren hob das Rekursgericht die vom Erstgericht erlassene einstweilige Verfügung auf und wies den Sicherungsantrag ab. Die Auffassung der Beklagten, ihr Gastronomiebetrieb falle unter die Ausnahmebestimmung des § 13a TabakG iVm § 18 Abs 6 und 7 TabakG, sei nach dem Wortlaut der genannten Bestimmungen und vor dem Hintergrund der Gesetzesmaterialien jedenfalls vertretbar. Den außerordentlichen Revisionsrekurs der Klägerin wies der Oberste Gerichtshof mit Beschluss vom 29. 9. 2009, 4 Ob 152/09w, zurück.

Mit Erkenntnis vom 1. 10. 2009, B 776/09, veröffentlicht in einer Presseinformation vom 23. 10. 2009, hat der Verfassungsgerichtshof (VfGH) die Beschwerde gegen einen Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenats (UVS) des Landes Oberösterreich, mit dem über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe wegen des Verstoßes gegen § 13 Abs 1 iVm § 13c Abs 1 Z 1 und Abs 2 Z 3 und § 14 Abs 4 TabakG verhängt worden ist, soweit sie sich gegen die Verletzung eines verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechts oder die Anwendung einer rechtswidrigen generellen Norm richtet, abgewiesen und sie dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung darüber abgetreten, ob der Beschwerdeführer durch den Bescheid in einem sonstigen Recht verletzt worden ist. Der Beschwerdeführer hatte ua vorgebracht, dass das TabakG nicht auf Gastronomiebetriebe in Einkaufszentren Rücksicht nehme und dadurch ungleiche Sachverhalte willkürlich gleich behandle, dass es Gastronomiebetriebe in Einkaufszentren, sofern sie von der Mall nicht abgegrenzt seien, einerseits als öffentliche Räume behandle, während solche Betriebe gleichzeitig auch den Vorschriften über den Nichtraucherschutz in Räumen der Gastronomie gemäß § 13a TabakG unterlägen, deren dort angeordnete Sonderbestimmungen (etwa räumliche Abtrennung) unter den vorliegenden Umständen einer fehlenden Abgrenzung zur Mall nicht erfüllbar seien. Im Erkenntnis wird dazu ausgeführt:

„Ein generelles Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte, deren Besuch auch für Nichtraucher oftmals notwendig ist, ist zur Erreichung des Zieles des Nichtraucherschutzes insofern geeignet und im Hinblick auf den hohen Stellenwert, der dem Ziel des Gesundheitsschutzes im Verhältnis insbesondere zum Interesse der Raucher am Konsum von Rauchwaren zuzubilligen ist, auch verhältnismäßig. Insofern ist es auch nicht unsachlich, wenn der Begriff 'Räume an öffentlichen Orten' auch die 'Mall' eines Einkaufszentrums sowie Gastronomiebetriebe ohne Abgrenzung zur 'Mall' erfasst. Die Anwendung der Ausnahmeregelung gemäß § 13a Abs 3 TabakG betreffend 'Ein-Raum-Gastgewerbebetriebe' auf solche gastgewerblichen Betriebe in Einkaufszentren würde die Effektivität des Rauchverbotes in Räumen öffentlicher Orte als Ganzes in Frage stellen. Die - der Ausnahmeregelung des § 13a Abs 2 TabakG entsprechende - Möglichkeit, eigene Raucherräume einzurichten, besteht gemäß § 13 Abs 2 TabakG auch für Räume öffentlicher Orte. Vor diesem Hintergrund liegt es im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, gastgewerbliche Betriebe in Einkaufszentren weder den Regelungen für gastgewerbliche Betriebe nach § 13a Abs 1 TabakG noch einer gänzlich anderen eigenständigen Regelung zu unterwerfen.“

Im Hauptverfahren brachte die Klägerin in der mündlichen Verhandlung am 3. 12. 2009 ergänzend vor, die bisherige

Rechtsauffassung der Beklagten sei im Hinblick ua auf das Erkenntnis des VfGH vom 1. 10. 2009 nicht mehr vertretbar. Auch in zahlreichen Entscheidungen der Unabhängigen Verwaltungssenate der Länder sei mittlerweile ausgesprochen worden, dass § 13a TabakG nicht auf Gastronomiebetriebe in Einkaufszentren anzuwenden sei.

Die Beklagte wandte dazu ein, der Verfassungsgerichtshof habe im angeführten Erkenntnis die Ausnahmebestimmungen für Gastronomiebetriebe gar nicht geprüft. Die Entscheidungen von VfGH und UVS änderten nichts daran, dass die Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung durch objektive Textinterpretation zu ermitteln sei und dass der Gesetzestext für bestimmte Sachverhalte „einen unlösbaren Widerspruch konstruiere“. Der UVS habe auch gegenteilig entschieden, was die Schwierigkeiten der Gesetzesauslegung unterstreiche. Bestritten werde, dass die Beklagte derzeit das Rauchen in ihrem Gastronomiebetrieb dulde.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Nach dem Ergebnis des Sicherungsverfahrens sei die Rechtsansicht der Beklagten, sie erfülle die Voraussetzungen des § 18 TabakG infolge fristgerechter Antragstellung, zumindest vertretbar. Der VfGH habe sich im Erkenntnis vom 1. 10. 2009 mit der hier entscheidungswesentlichen Frage der Anwendbarkeit des § 18 TabakG nicht direkt auseinandergesetzt, auch sei das Verfahren infolge Abtretung an den Verwaltungsgerichtshof noch nicht beendet. Der OGH habe die Rechtsansicht der Beklagten nicht als unvertretbar angesehen, weshalb ihr nicht zugemutet werden könne, ihre Rechtsansicht bis zum Schluss der Verhandlung als unvertretbar zurückzunehmen.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Die Rechtsauffassung der Beklagten sei bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz vertretbar gewesen. Für die Frage der Vertretbarkeit einer Rechtsansicht seien bei der Auslegung einer Verwaltungsnorm neben deren Wortlaut und dem offenkundigen Zweck auch dazu ergangene Entscheidungen der zuständigen Behörden und Gerichtshöfe öffentlichen Rechts heranzuziehen. Wenn auch das Erkenntnis des VfGH vom 1. 10. 2009 den Rechtsstandpunkt der Klägerin grundsätzlich stütze, sei doch darauf abzustellen, ob im Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz die Rechtsansicht noch vertretbar gewesen sei. Der Beschluss des OGH im Sicherungsverfahren sei den Streitparteien am 5./6. 11. 2009 zugestellt worden. Beide Entscheidungen seien in enger zeitlicher Abfolge ergangen, nach deren Veröffentlichung bzw. Zustellung an die Beklagte sei bis zum Schluss der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz nur etwa ein Monat verstrichen. Der Beklagten sei „in diesem besonders gelagerten Fall“ zuzubilligen, dass sie zumindest noch zum Zeitpunkt des Schlusses der mündlichen Streitverhandlung erster Instanz angesichts der Ergebnisse des Provisorialverfahrens mit guten Gründen noch von der Vertretbarkeit ihrer Rechtsauffassung ausgehen habe dürfen. Davon abgesehen habe sich spätestens mit 1. 7. 2010 die Sach- und Rechtslage durch den Ablauf der Übergangsfristen des TabakG geändert.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Revision ist zulässig, weil Rechtsprechung zur Frage fehlt, unter welchen Umständen eine im Sicherungsverfahren als vertretbar beurteilte Rechtsauffassung des Beklagten in der Folge dadurch unvertretbar wird, dass die strittige Auslegungsfrage erstmals von einem Höchstgericht beantwortet worden ist; das Rechtsmittel ist auch berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, der VfGH habe die hier strittige Auslegungsfrage knapp sechs Wochen vor dem Schluss der mündlichen Verhandlung erster Instanz endgültig dahin entschieden, dass § 13a TabakG auf Gastronomiebetriebe in Einkaufszentren ohne räumliche Abgrenzung zur Mall nicht anwendbar sei. Die Beklagte, an die als Großunternehmen in Fragen der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung ein strenger Maßstab anzulegen sei, habe auf dieses Erkenntnis nicht reagiert und ihre Rechtsauffassung nicht revidiert. Das auf eine Verletzung des § 13 TabakG gegründete Unterlassungsbegehren sei daher berechtigt.

1.1. Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist (nur) dann 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 (RIS-Justiz RS0123239 [T3]).

1.2. Maßgebend für die Beurteilung der 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 (4 Ob 14/10b mwN; RIS-Justiz RS0077771 [T76]).

- 2.1. Ob Wiederholungsgefahr besteht, ist nach der Sach- und Rechtslage bei Schluss der Verhandlung erster Instanz zu beurteilen (RIS-Justiz RS0037456 [T1]; RS0012087 [T18]).
- 2.2. Bei Beurteilung des Bestehens der Wiederholungsgefahr ist stets maßgebend, ob dem Verhalten des Beklagten in seiner Gesamtheit gewichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (RIS-Justiz RS0012087).
- 2.3. Für die Willensrichtung des Täters kann insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung oder während des Rechtsstreits wichtige Anhaltspunkte bieten (vgl. RIS-Justiz RS0079692). Dabei kann aus dem Abstreben des Beklagten von (weiteren) gesetzwidrigen Handlungen noch nicht geschlossen werden, dass er seinen Sinn geändert habe, wenn er im Prozess weiterhin die Auffassung vertritt, zur beanstandeten - im Fall der Erstbegehungsgefahr zwar nicht begangenen, aber unmittelbar drohenden - Handlung berechtigt zu sein (4 Ob 244/01p mwN). Wer nämlich im Prozess weiterhin die Auffassung vertritt, zu der beanstandeten Handlung berechtigt zu sein, und seinen Wettbewerbsverstoß verteidigt, gibt im Allgemeinen schon dadurch zu erkennen, dass es ihm um die Vermeidung weiterer Eingriffe dieser Art nicht ernstlich zu tun ist (RIS-Justiz RS0079692 [T14]). Wenn das Verhalten des Beklagten auch nur unklar und zwiespältig ist, ist die Gewähr für das Unterbleiben künftiger Verstöße nicht gegeben (RIS-Justiz RS0012087 [T7]).
- 3.1. Nach diesen Grundsätzen ist das Unterlassungsbegehren berechtigt.
- 3.2. Die im Sicherungsverfahren noch strittige Auslegungsfrage, ob der Gastronomiebetrieb der Beklagten dem Rauchverbot in Räumen öffentlicher Orte (§ 13 TabakG) unterliegt, wurde von zwei - wenn auch nicht für das beklagte Unternehmen zuständigen - UVS und knapp sechs Wochen vor Schluss der Verhandlung erster Instanz auch vom VfGH im Sinne der Klägerin beantwortet. Der VfGH hat sich mit dieser Verwaltungspraxis des UVS ausführlich auch inhaltlich auseinandergesetzt und deren Rechtsansicht gebilligt. Damit wurde die zunächst vertretbare Rechtsauffassung der Beklagten jedenfalls ab dem Zeitpunkt unvertretbar, als die Klägerin der Beklagten das entsprechende Erkenntnis des VfGH in der mündlichen Verhandlung zur Kenntnis gebracht hat. Daran ändert auch der im Sicherungsverfahren ergangene Beschluss des OGH nichts, hatte der Senat dort doch allein die Vertretbarkeit (und nicht die Richtigkeit) der Rechtsauffassung der Beklagten zu beurteilen.
- 3.3. Die Beklagte hat im Vertrauen auf die Richtigkeit ihrer Gesetzesauslegung, ihr Gastronomiebetrieb falle nicht unter § 13 TabakG, dort das Rauchen von Gästen eine Zeit lang geduldet. Dieses unter dem Gesichtspunkt der Vertretbarkeit zunächst lauterkeitsrechtlich unbedenkliche Verhalten wurde im Zuge einer (erstmaligen) inhaltlichen Prüfung durch ein Höchstgericht sowie durch Entscheidungen zweier UVS unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG. Unter diesen Umständen war von der Beklagten im anhängigen Lauterkeitsverfahren zu verlangen, dass sie ihren Rechtsstandpunkt der nunmehr vom Höchstgericht gebilligten Verwaltungspraxis anpasst und daraus in einer für die Klägerin und das Gericht erkennbaren Weise entsprechende Konsequenzen für ihr eigenes künftiges Verhalten ableitet.
- 3.4. Hat es die Beklagte hingegen unter den hier gegebenen Umständen unterlassen, im Hauptverfahren von ihrer - nunmehr leicht als unrichtig erkennbaren - Auslegung Abstand zu nehmen, und steht sie weiterhin auf dem Standpunkt, das Erkenntnis des VfGH ändere nichts daran, dass der Gesetzestext widersprüchlich und schwer auszulegen sei, weshalb auch eine gegenteilige Auslegung vertretbar sei, ist daraus nicht zu erkennen, dass die Beklagte ernstlich gewillt ist, von künftigen Verletzungen des § 13 TabakG Abstand zu nehmen. Das Unterlassungsgebot erweist sich damit als berechtigt.
4. Dem steht auch nicht entgegen, dass im Zeitpunkt der Entscheidung dritter Instanz die Übergangsfrist für Gastronomiebetriebe (Wirksamkeit des Rauchverbots gemäß § 13a iVm § 18 Abs 6 TabakG ab 1. 7. 2010) schon abgelaufen ist; § 13a TabakG ist nämlich nach nunmehr höchstgerichtlich geklärter Rechtslage für das betreffende Lokal überhaupt nicht anwendbar. Das auf die Verletzung des § 13 TabakG gestützte Unterlassungsbegehren ist somit berechtigt, weil die Beklagte von ihrer unvertretbar gewordenen Rechtsauffassung, das Rauchverbot des § 13 TabakG gelte für ihren Betrieb gar nicht (Klagebeantwortung S 3), bis zuletzt nicht abgewichen ist.
5. Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 41 Abs 1 ZPO, im Rechtsmittelverfahren iVm § 50 Abs 1 ZPO.

### **Schlagworte**

Rauchverbot, Gewerblicher Rechtsschutz

### **Textnummer**

E95985

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2010:0040OB00164.10M.1215.000

**Im RIS seit**

19.01.2011

**Zuletzt aktualisiert am**

14.10.2011

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)