

## Landgericht Aschaffenburg

Az.: 2 HK O 66/23



**IM NAMEN DES VOLKES**

In dem Rechtsstreit

**Pro Rauchfrei e.V.**, vertreten durch d. Mitglieder des Vorstandes Stephan Weinberger und Barbara Soukup-Sterl, Leopoldstraße 104, 80802 München  
- Kläger -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt **Wiesheier** Wolfgang, Königstraße 132, 90762 Fürth, Gz.: 1897

gegen

**Bartzack-Pasch** Hasso, Schlossgasse 16, 63739 Aschaffenburg  
- Beklagter -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte **Rath und Kollegen**, Heinsestraße 5a, 63739 Aschaffenburg, Gz.: r-r 24026

wegen Unterlassung

erlässt das Landgericht Aschaffenburg - 2. Kammer für Handelssachen - durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Rauschenbach am 05.12.2024 ohne mündliche Verhandlung mit Zustimmung der Parteien gemäß § 128 Abs. 2 ZPO folgendes

### Endurteil

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Der Kläger hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Das Urteil ist für den Beklagten gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrags vorläufig vollstreckbar.
4. Der Streitwert wird auf 15.000 Euro festgesetzt.

## Tatbestand

Der Kläger begehrt die Unterlassung eines Verstoßes gegen Vorschriften des Nichtraucherschutzrechts.

Der Kläger ist ein beim Amtsgericht München unter der Registernummer VR 18738 eingetragener rechtsfähiger Verein, der vom Bundesamt für Justiz in die Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 UKlaG eingetragen ist.

Gemäß § 2 Nr. 1 der Satzung des Klägers ist der Vereinszweck u. a. die Förderung der öffentlichen Gesundheitspflege dadurch, dass die elementaren Lebensbereiche der Menschen frei von unerwünschtem Mitrauchen sind.

Der Beklagte betreibt unter dem Namen „Schlossgass´ 16“ unter der Anschrift Schlossgasse 16 in Aschaffenburg eine Gaststätte. Er hat die Gaststätte gepachtet.

In dem Gebäude Schlossgasse 16 befindet sich ein Eingangsbereich (Flur), welcher dem Zugang der Besucher von der Schlossgasse aus durch eine nach innen sich öffnende Holztür dient. Auf der linken Seite des Flurs befindet sich eine Tür, die über ein paar Stufen erreicht wird, hinter der sich der Gastraum befindet. Am Ende des Flurs befinden sich sogenannte „nette Toiletten“ (öffentliche Toiletten). Hinten links führt eine Treppe zu zwei vermieteten Wohnungen. Der Eingangsbereich ist von 4 Seiten umbaut und überdacht.

In dem Eingangsbereich stand am 31.10.2022 ein Standaschenbecher neben einem Spiegel. Auf der Ablagefläche unter dem Spiegel lag ein Stabfeuerzeug. Am 31.10.2022 rauchte eine Person im Eingangsbereich. In dem Eingangsbereich befand sich ein Babystuhl, ein Schirmständer, eine Laterne aus Metall, ein Hundefressnapf, ein Beistelltisch mit einer Pflanze, ein Schranktisch mit Schubladen und einem Tablett, ein Schild, auf das das Tagesangebot des Beklagten geschrieben ist, an den Wänden eine Urkunde und Bilder und ein Glaskasten mit Bocksbeuteln darin.

In den Räumen der Gaststätte (ohne Eingangsbereich) wird nicht geraucht. Die sogenannten „netten Toiletten“ werden auch von den Gästen der Gaststätte benutzt. Ein Hinweis auf die „nette“ Toilette befindet sich außen auf dem Briefkasten des Gebäudes. „Nette Toilette“ bedeutet, dass die Toiletten von jedermann, auch wenn man kein Gast der Gaststätte ist, benutzt werden kann.

Mit E-Mail vom 12.11.2022 wies der Kläger den Beklagten darauf hin, dass im Eingangsbereich am 31.10.2022 ein Gast rauchte und ein Aschenbecher in diesem Bereich stand und gab dem

Beklagten die Möglichkeit innerhalb einer Woche den Aschenbecher zu entfernen und dies schriftlich zu bestätigen.

Nachdem keine Reaktion erfolgte mahnte der Kläger den Beklagten ab und forderte ihn auf eine mit einer Vertragsstrafe bewehrte Unterlassungsverpflichtung abzugeben. Dies tat der Beklagte nicht.

Der Flur ist von der Gaststättenkonzession nicht erfasst.

Der Kläger trägt vor, dass sich am 31.10.2022 gegen 13:00 Uhr ein rauchender Gast, asiatisch aussehend und circa 30 Jahre alt, im Eingangsbereich befand.

Das Rauchen sei gem. Art. 2 Nr. 8, 3 | 1 BayGSG in Innenräumen von Gaststätten unzulässig. Der Beklagte habe damit einer gesetzlichen Vorschrift zuwidergehandelt, die auch dazu bestimmt seien, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, und der Verstoß sei geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Der Eingangsbereich der Gaststätte gehöre zu den Innenräumen der Gaststätte. Das Verhalten der Mitarbeiter sei dem Beklagten wie eigenes Verhalten zuzurechnen (§ 8 II UWG; 2 | 2 UKlaG). Der Eingangsbereich sei Teil der Gaststätte im gaststättenrechtlichen Sinne. Entscheidend sei lediglich, dass der Raum den Gästen zugänglich und organisatorisch dem Gaststättenbetrieb zuzurechnen sei, insbesondere dass der Betreiber die organisatorische Herrschaft über den Raum hat und ihn als Teil seines Gaststättenbetriebes nutzt. Aus der Gesetzesbegründung zu Art. 3 ergäbe sich, dass der Eingangsbereich der Gaststätte zuzuordnen sei, da dort Menschen zusammenkommen, um die Gaststätte zu betreten, was sie nur durch den Gang können. Dieser Gedanke läge auch den Gesetzesformulierungen in den Nichtraucherschutzgesetzen in Niedersachsen und Rheinland-Pfalz zugrunde. Die Beklagte übe die Organisationsherrschaft über den Gang aus, da sie dort Möbelstücke und einen Aschenbecher aufgestellt habe.

Das Rauchverbot gelte unabhängig davon, zu welchem Zweck der Aufenthalt ist, so dass es irrelevant sei, ob die rauchende Person ein Gast gewesen sei. Die Auskunft der Stadt Aschaffenburg, dass der Aschenbecher im Eingangsbereich nicht zu beanstanden sei, sei falsch. Die Zugänglichkeit zum Betrieb sei Voraussetzung für eine Gaststätte.

Es sei § 7 | RhPfNiRSchG analog anzuwenden. In der Gesetzesbegründung hieße es, dass ein Rauchverbot in Gaststätten in besonderem Maß dem Schutz der Gäste und der dort Beschäftigten vor den Gefahren des Passivrauchens diene. Der Eingangsbereich diene dem Aufenthalt der Gäste, weil er durchschritten werden muss, um den Gastraum zu betreten und zu verlassen, weil

er auf dem Weg zur Toilette durchschritten werden müsse, weil Gäste angehalten sind, im Eingangsbereich zu warten, wenn alle Tische im Gastraum besetzt sind, weil durch den Stuhl aus der Garnitur der Stühle im Gastraum und einem Babystuhl den Gästen signalisiert werde, sie könnten es sich zu welchen Zwecken auch immer dort bequem machen, weil der Beklagte im Eingangsbereich den Aschenbecher nicht entfernt habe und ihn regelmäßig entleere und in Kombination mit dem vorgenannten Stuhl unmittelbar neben dem Aschenbecher, den Gästen signalisiere, dass sie sich dort gerade zum Zwecke des Rauchens aufhalten können. Eine analoge Anwendung der Regelung in § 3 III 1 ThürNiRSchG sei zudem angezeigt. Der Eingangsbereich sei zu den Nebenräumen zu zählen im Sinne dieser Vorschrift. Sollte man auf Analogien verzichten, müsste eine Gaststätte betrieben im Sinne von § 1 I GastG mindestens dort, wo notwendige und auch dort, wo typische Gaststättenaktivitäten durch den Betreiber, sein Personal oder durch Gäste ausgeführt werden, umfassen. Der Eingangsbereich diene dem Zutritt der Gäste. Eine vollständige ausschließliche Einflussmöglichkeit sei nicht gefordert. Die Gäste müssten sich darauf verlassen können, dass dort nicht geraucht werden dürfe, wo sich nach dem äußeren Anschein nach ein Gaststättenbetrieb befinde. Der Kläger habe auch die tatsächliche und die rechtliche Möglichkeit das Rauchverbot im Eingangsbereich durchzusetzen. Der Beklagte übe die tatsächliche Sachherrschaft auf.

Der Kläger beantragt,

1. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in der eigenen Gaststätte in Aschaffenburg, Schlossgasse 16, das Rauchen zu dulden oder zu gestatten.
2. Dem Beklagten wird zur Erzwingung dieser Verpflichtung für jede Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,00 EU, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu zwei Jahren angedroht.
3. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Beklagte behauptet, dass der Aschenbecher nicht in der Gaststätte steht, sondern in einem von der Schlossgasse her öffentlich zugänglichem Gang, über den Toiletten erreicht werden, die als sogenannte „nette Toilette“ (öffentliches WC) genutzt werden, worauf ein Schild am Eingang zum Haus hinweist. Über den Eingangsbereich können zudem zwei Wohnungen erreicht werden. Es handele sich daher nicht um einen „vollständig umschlossenen Gang“. Der Gang sei immer offen, weil er als Zugang zu der am Ende des Ganges liegenden öffentlichen Toilette diene.

Die rauchende Person könne auch einer der Chinesen gewesen sein, die in einer der Wohnun-

gen zu dieser Zeit wohnten. Es sei im Eingangsbereich und nicht in der Gaststätte geraucht worden. Bei den turnusmäßig stattfindenden Kontrollen durch das Ordnungsamt der Stadt Aschaffenburg und der örtlichen Polizei wurde der Standaschenbecher zu keinem Zeitpunkt bemängelt. Der Beklagte habe sich auf die amtliche Auskunft verlassen können. Eine Wiederholungsgefahr sei deswegen zu verneinen, weil sich der „Verletzer“ bei unklarer Rechtslage in einem entschuldbaren Rechtsirrtum befunden habe.

Der Beklagte habe nie ein Stabfeuerzeug auf die Ablagefläche des Spiegels gelegt. In dem Flur gehören nur 2 Ölgemälde dem Beklagten. Die sonstigen Gegenstände einschließlich des Aschenbechers würden dem Eigentümer gehören. Ein zur Gaststätte gehörender Stuhl, der vorübergehend wegen der Stellung einer Tafel im Lokal aus Platzgründen in den Flur gestellt wurde, diene nicht als Indiz für eine Zuordnung des Flurs zur Gaststätte.

Im Rahmen einer Beweisaufnahme wurde der Zeuge Polak vernommen.

Beide Parteien sind mit einer Entscheidung durch die Vorsitzende alleine einverstanden und mit einer Entscheidung im schriftlichen Verfahren.

Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Parteien und das Protokoll vom 25.07.2024 verwiesen.

## Entscheidungsgründe

I. Die Klage ist zulässig, insbesondere ist die Kammer für Handelssachen zuständig. Der Kläger ist klagebefugt gem. § 8 III Nr. 3 UWG.

II. Die Klage ist unbegründet.

Es liegt kein wettbewerbswidriges Verhalten im Sinn von § 3 I, 3a UWG vor. Der Kläger hat keinen Anspruch auf Unterlassung und Androhung eines Ordnungsgeld gegen den Beklagten.

1. Nichtraucherchutzgesetze, hier das GSG, unterfallen grundsätzlich § 3a UWG (vgl. OIG Saarbrücken, Urteil vom 07.03.2018, GRUR-Prax 2018, 248; KG, GRUR-RR 2019, 119f).

2. Laut Art. 2 Nr. 8, 3 I GSG ist das Rauchen von Tabakwaren in den Innenräumen der in Art. 2 Nr. 8 GSG bezeichneten Gaststätten verboten.

Der Flur der Schlossgasse 16 ist ein Innenraum, da er von allen Seiten umschlossen ist.

3. Jedoch handelt es sich nicht um einen Innenraum einer Gaststätte. Der Flur ist nicht der Gaststätte zuzuordnen, sondern dient der gemeinsamen Nutzung durch den Beklagten, den Eigentümer des Hauses und den Mietern.

3.1. In der Gesetzesbegründung zu Art. 2 Nr. 8 BayGSG wird aufgeführt, dass zu den Gaststätten im Sinn des Gaststättengesetzes Speise- und Schankwirtschaften einschließlich der Betriebe des Reisegewerbes und der Diskotheken und die Straußwirtschaften zählen. Gesetzlich nicht erfasst sind daher „geschlossenen Gesellschaften“ im Rahmen privater Veranstaltungen, etwa Familienfeiern, sofern der Betreiber der Gaststätte das Rauchen in diesen Fällen aufgrund seines Hausrechts zulassen will. Für den Begriff der Gaststätte im Sinn des Gesetzes spielt es keine Rolle, ob der Betrieb erlaubnis- oder gestattungspflichtig ist oder keiner Erlaubnis bedarf. Eine Unterscheidung nach Speise- oder Getränkeangebot, der Größe, Gastfläche oder der Sitzplatzanzahl wird nicht getroffen. Cafés zählen ebenso zu Gaststätten wie Speiserestaurants und Bars (Bayr. Landtag, Drucksache 15/8603, Seite 9). Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass sich der Gaststättenbegriff im GSG grundsätzlich nach dem GaststättenG richtet. Es wird lediglich klargestellt, dass keine Unterscheidungen hinsichtlich der Größe, des Angebots, der Gastfläche oder Sitzplatzanzahl getroffen wird und Cafés dazu zählen.

3.2. Nach § 1 I GaststättenG ist ein Gaststättengewerbe ein stehendes Gewerbe, das Getränke zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht oder zubereitete Speisen zum Verzehr an Ort und Stelle verabreicht, wenn der Betrieb jedermann oder bestimmten Personenkreisen zugänglich ist. Eine Gaststätte zeichnet sich dadurch aus, dass dort bewirtet wird, dies war im Flur nicht der Fall.

3.3. Nach § 3 GastStG muss in der Erlaubnisurkunde die für den Betrieb benötigten Räume bezeichnet werden. Zu den Betriebsräumen zählen grundsätzlich auch Toiletten und Flure (Metzner/Thiel, Gaststättenrecht, 7. Auflage 2023, § 3 GStG, Rn 24). Wegen der erheblichen Folgen, die die Rechtsordnung an die Festlegung der Räume knüpft, auf die sich eine Gaststättenerlaubnis erstreckt, müssen sie örtlich genau bezeichnet und nach Lage, Einrichtung und Größe so beschreiben sein, dass eine Änderung sofort erkannt werden kann. Sie ist mithin für bestimmte Räume zu erteilen (Metzner/Thiel, a. a. O., Rnr. 26). In der Gaststättenkonzession ist der Flur nicht erwähnt.

Die Gaststättenerlaubnis bezieht sich damit nicht auf den Flur. In dem Flur wurden auch keine Gäste bewirtet.

3.4. Für die Zuordnung zur Gaststätte unabhängig von der Gaststättenerlaubnis müsste der Flur

eindeutig zur Gaststätte gehören und im Sinne einer Gaststätte genutzt werden und der Beklagte muss die tatsächliche Möglichkeit haben ein Rauchverbot durchzusetzen.

Aus dem Pachtvertrag ergibt sich nicht, dass der Flur der Gaststätte zuzuordnen sei. Im Pachtvertrag wird der gastronomische Wirtschaftsbetrieb mit sämtlichen Nebenräumen verpachtet und dem Beklagten das Recht eingeräumt, darin einen Wirtschaftsbetrieb auszuüben. Zum gastronomischen Wirtschaftsbetrieb gehört nicht der Flur. Der Flur dient dem Zugang zu sogenannten netten Toiletten (öffentlichen Toiletten), der Gaststätte und zu 2 Wohnungen. Der Flur muss also gemeinsam genutzt werden durch den Beklagten und die Mieter. Aus dem Pachtvertrag des Beklagten ergibt sich auch nicht, dass der Beklagte die alleinige Verfügungsgewalt über den Flur hat und das Rauchverbot gegen den Eigentümer und die Mieter durchsetzen könnte. Vielmehr ist eine dritte Person Eigentümer des Hauses und hat damit die Verfügungsgewalt. Daran ändert auch nicht das Abstellen eines Babystuhls, da es lediglich das Abstellen des Stuhls ist und keine Ausübung des Gewerbes. Auch die Bilder des Beklagten ändern daran nichts, da sie nur der Verschönerung des gemeinsamen Flurs dient. Der Aschenbecher im Flur gehört nach Angaben des Beklagten zudem dem Eigentümer. Selbst wenn der Beklagte Eigentümer des Aschenbechers wäre, würde dies nicht dazu führen, dass der Flur der Gaststätte zuzuordnen ist, da der Flur gemeinsam genutzt wird und außer dem Eigentümer niemand das Nutzungsrecht des anderen einschränken kann.

4. Der Beklagte hat zudem nicht die alleinige Verfügungsgewalt über den Flur, da er auch zu zwei Wohnungen gehört und nicht mitverpachtet wurde. Er kann damit rechtlich nicht durchsetzen und hat keinen Anspruch gegen den Eigentümer, dass dieser ein Rauchverbot erlässt. Dem Kläger kann nichts rechtlich Unmögliches auferlegt werden.

5. Die landesrechtlichen Gesetze RhPfNiRSchG und ThürNiRSchG sind nicht analog anzuwenden, da es schon an einer Regelungslücke fehlt. Zudem wäre es auch nach diesen Gesetzen nicht möglich, jemanden etwas aufzuerlegen, dass er nicht durchsetzen kann.

Auch der berechtigte Schutz von Nichtrauchern nach dem GSG führt nicht zu einer anderen Einschätzung. Sinn und Zweck des Nichtraucherschutzes ist es, die Menschen vor dem Passivrauchen zu schützen, wenn sie über einen längeren Zeitraum (bis sie ihr Getränk ausgetrunken haben oder ihr Essen gegessen haben) in Innenräumen sitzen oder stehen. Der Eingangsflur dient jedoch nur als Zugang zur Gaststätte und wird üblicherweise lediglich durchquert und gelegentlich kurz benutzt, um auf einen freien Platz zu warten oder die Toiletten aufzusuchen.

III. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 91 ZPO.

IV. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus § 709 ZPO.

V. Der Streitwert ergibt sich aus § 51 II GKG.

gez.

Rauschenbach  
Vorsitzende Richterin am Landgericht

Verkündet am 05.12.2024

gez.  
Schmitt, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift  
Aschaffenburg, 10.12.2024

Schmitt, JAng  
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle