

Titel:

Erfolgsloser Verfügungsantrag wegen Verstoßes gegen das Rauchverbot in Gaststätten

Normenkette:

UWG § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 3 Abs. 1, § 3a

Bay. GesundheitsschutzG Art. 1

Leitsatz:

Lässt der Betreiber einer Diskothek es zu, dass ein Discjockey trotz bestehenden gesetzlichen Rauchverbots in der Gaststätte raucht, liegt zwar ein zurechenbarer Gesetzesverstoß vor. Dieser ist aber nicht geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. (Rn. 14 – 16) (redaktioneller Leitsatz)

Schlagworte:

Gesundheitsgefahren, geschäftliche Handlung, Diskothek, Discjockey, Mitbewerber, Rauchverbot, Marktverhaltensregelung, Spürbarkeit

Rechtsmittelinstanz:

OLG Bamberg vom 19.06.2019 – 3 W 29/19

Fundstelle:

BeckRS 2019, 2091

Tenor

1. Der Antrag vom 25.02.2019 auf Erlass einer einstweiligen Verfügung wird zurückgewiesen.
2. Der Antragsteller hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.
3. Der Streitwert wird auf 10.000,00 € festgesetzt.

Gründe

I.

1

Beim Antragsteller handelt es sich um den Verbraucherschutzverband Pro Rauchfrei e.V., welcher als qualifizierte Einrichtung in der vom Bundesamt für Justiz geführten Liste der qualifizierten Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagengesetzes eingetragen (Nr. 56) und zur Wahrnehmung der Interessen von Verbrauchern durch Aufklärung und Beratung im Zusammenhang mit dem Konsum von Tabakerzeugnissen sowie zur Führung von Verbandsklagen im Interesse der Verbraucher berechtigt ist (vgl. § 2 der Vereinssatzung).

2

Die Antragsgegnerin betreibt unter dem Namen „...“ eine Schankwirtschaft in Form einer Diskothek (Club) in Würzburg.

3

Bei der elektronischen Beschwerdestelle des Antragstellers ging am 03. Februar 2019 eine von dem Zeugen ... verfasste Verbraucherbeschwerde ein, wonach in dem Betrieb der Antragsgegnerin gegen das Gesundheitsschutzgesetz (GSG) verstoßen wurde. Darin wird vorgetragen, dass sich der Zeuge seine Frau am Sonntag, den 03.02.2019 um ca. 0:45 Uhr als Gäste in den Räumlichkeiten der Diskothek „...“, befanden und feststellen mussten, dass der DJ in den Innenräumen des Clubs rauchte, und das Personal trotz Ansprache hiergegen nicht eingeschritten ist.

4

Aufgrund dieses Sachverhaltes wurde die Antragsgegnerin am 11.02.2019 abgemahnt. Die Abmahnung wurde der Antragsgegnerin am 13.02.2019 durch die zuständige Gerichtsvollzieherin persönlich zugestellt. Die Antragsgegnerin hat hierauf nicht reagiert.

5

Die Antragstellerin beantragt,

1. Der Antragsgegnerin wird im Wege der einstweiligen Verfügung bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft, oder einer Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, letztere zu vollstrecken am Geschäftsführer der Antragsgegnerin, untersagt, im geschäftlichen Verkehr das Rauchen entgegen der Bestimmung in Art. 3 des Gesetzes zum Schutz der Gesundheit (Gesundheitsschutzgesetz - GSG) in den Räumlichkeiten ihrer Gaststätte „...“, zu gestatten und/oder zuzulassen, soweit nicht die Voraussetzungen einer Ausnahme nach Art. 5 GSG vorliegen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens.

6

Eine Anhörung der Antragsgegnerin durch das Gericht erfolgte nicht.

II.

7

1. Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung war zurückzuweisen, weil der Verstoß gegen die Vorschriften des bayerischen Gesundheitsschutzgesetzes (GSG) nicht zugleich ein i.S.d.§§ 3 I, 3a UWG wettbewerbswidriges Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten, das sich die Beklagte gem. § 8 II UWG wie ein eigenes Verhalten zurechnen lassen muss, nicht vorliegt. Der der Beklagten zuzurechnende Verstoß, nicht gegen das Rauchen des Discjockey (DJ) eingeschritten zu sein, ist im Ergebnis trotz Verstoß gegen Art. 3 Bay. GSG unter dem Gesichtspunkt eines Rechtsbruchs nach §§ 3 I, 3a UWG nicht wettbewerbswidrig.

8

a) Der Tatbestand des Rechtsbruchs setzt eine geschäftliche Handlung voraus (BGH, NJW 2016, 3176 Rn. 18 - Kreisklinken Calw; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn. 1.51; JurisPKUWG/Link, 4. Aufl., § 3a Rn. 64). Eine „geschäftliche Handlung“ ist nach § 2 I Nr. 1 UWG jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt.

9

b) Ob das beanstandete Verhalten der Mitarbeiter der Beklagten, die es zugelassen haben, dass der DJ in den Räumen der Gaststätte „...“ der Beklagten Zigaretten raucht, eine geschäftliche Handlung in diesem Sinne darstellt, kann dahinstehen, denn es erscheint fraglich, ob dieses Verhalten im geschäftlichen Verkehr stattfand und der Förderung des Absatzes der im „...“ Getränke und Dienstleistungen diene. Der DJ war kein Kunde des Lokals.

10

c) Das Gericht lässt auch dahinstehen, ob es sich bei den verletzten Vorschriften des Bay GSG um Marktverhaltensregelungen i.S.d. § 3a UWG handelt.

11

aa) Nach § 3 a UWG muss die verletzte Norm zumindest auch dazu bestimmt sein, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die Marktverhaltensregelung muss daher auf die Interessen der Marktteilnehmer gerichtet sein und sich nicht nur reflexartig auf diese auswirken (JurisPK-UWG/Link, § 3a Rn. 90; Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3 a Rn. 1.64). Die Norm muss entweder das Auftreten oder Verhalten am Markt zum Gegenstand haben (JurisPK-UWG/Link, § 3a Rn. 90). Neben der Chancengleichheit der Mitbewerber untereinander sind Marktverhaltensregelungen häufig darauf gerichtet, den Verbraucher zu schützen (JurisPK-UWG/Link, § 3a Rn. 90). Nach der Rechtsprechung wird der Begriff „Marktverhalten“ sehr weit ausgelegt. Der Versuch, den Anwendungsbereich des § 3a UWG auf Normen mit spezifisch wettbewerbsbezogener Schutzfunktion zu beschränken, wird von der Rechtsprechung abgelehnt (BGH, GRUR 2011, 633 Rn. 34 - Bio Tabak; JurisPK-UWG/Link, § 3a Rn. 91). Ob ein Normzweck vorliegt,

der die Annahme einer Marktverhaltensregelung rechtfertigt, ist durch Auslegung der Norm zu ermitteln (Köhler/Bornkamm/Feddersen, § 3a Rn. 1.61).

12

bb) Nach Art.1 Bay GSG besteht das Anliegen in einem möglichst umfassenden Schutz der Bevölkerung vor den von passivem Rauchen ausgehenden gesundheitlichen Gefahren, respektive den dadurch ausgelösten Krankheiten. Mit der derzeit geltenden Gesetzesfassung, die ein striktes Rauchverbot in Gaststätten anordnet, wollte der Landesgesetzgeber den in Gaststätten wegen der hohen Schadstoffbelastung bestehenden besonderen Gesundheitsgefahren Rechnung tragen und wird das Ziel verfolgt, Nichtraucher den Besuch von Gaststätten ohne zwangsweise Inkaufnahme von Gesundheitsgefahren durch Passivrauchen zu ermöglichen. Damit bezwecken die landesgesetzlichen Regelungen den Gesundheitsschutz der nichtrauchenden Verbraucher.

13

cc) Daher liegt es nahe dass die Vorschriften des Bay GSG auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (ebenso für das saarländische Recht, OLG Saarbrücken, GRUR 2018, 742, beck-online).

14

d) Der Gesetzesverstoß ist aber i.S.d. § 3a UWG nicht geeignet, die Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern spürbar zu beeinträchtigen. Er verschafft der Beklagten nicht die Möglichkeit, sich damit einen Vorteil gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen. Es ist nicht dafür ersichtlich welcher Vorteil darin liegen sollte, dass ein freiberuflich oder angestellter DJ in der Diskothek der Beklagten rauchen darf. Welche Interessen von Verbrauchern, sonstigen Marktteilnehmern oder Mitbewerbern dadurch spürbar beeinträchtigt werden, ist nicht dargetan, noch sonst offensichtlich. Es ist nicht anzunehmen, dass DJ's nur arbeiten, wenn sie auch rauchen dürfen und daher die Mitbewerber der Beklagten, die Rauchverbote auch insoweit umsetzen würden, nur eine begrenzte Auswahl an DJ's hätten. Dass die Interessen von Verbrauchern in einer gerichtsbekannt oft mit mehreren hundert Gästen gefüllten Diskothek spürbar beeinträchtigt werden, wenn der DJ raucht, ist abwegig, zumal hier durch eidesstattliche Versicherungen belegt ist, dass der DJ wohl nur eine Zigarette geraucht hat.

15

e) Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts derartige Bagatellen zu sanktionieren. Die Spürbarkeitsklausel hat den Zweck, solche Fälle des Verstoßes gegen eine Marktverhaltensregelung von der Verfolgung auszunehmen, die keine nennenswerte Auswirkung auf andere Marktteilnehmer haben. Denn daran besteht kein Interesse der Allgemeinheit. Ein Verbot ist vielmehr nur dann erforderlich, wenn dies der Schutz der Verbraucher, der Mitbewerber oder der sonstigen Marktteilnehmer erfordert. Das ist aber nur dann der Fall, wenn sich die unlautere geschäftliche Handlung tatsächlich auf die anderen Marktteilnehmer auswirkt oder doch auswirken kann (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Aufl. 2019, UWG § 3a Rn. 1.94-1.96). Sie liegt dann vor, wenn eine objektive Wahrscheinlichkeit besteht, dass die konkrete geschäftliche Handlung solche Interessen spürbar beeinträchtigt (ebenso OLG Hamburg GRUR-RR 2017, 65 Rn. 96). Spürbarkeit ist dann zu bejahen, wenn eine Beeinträchtigung der geschützten Interessen nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten kann (ebenso OLG Hamm MMR 2012, 29 (30); OLG Hamburg GRUR-RR 2017, 65 Rn. 96; OLG Stuttgart WRP 2018, 1252 Rn. 31; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 37. Aufl. 2019, UWG § 3a Rn. 1.97-1.99).

16

Wie dargelegt, sieht das Gericht keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass das Rauchen eines DJ in einer größeren Diskothek eine objektive Wahrscheinlichkeit begründen könnte, dass eine Beeinträchtigung der wettbewerbsrechtlich geschützten Interessen nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit eintreten kann. Vielmehr ist es rein tatsächlich ebenso naheliegend, dass ein derartiges Verhalten sich aus Sicht der Beklagten negativ auswirkt und Kunden die Diskothek künftig meiden.

17

Das Verfolgen von Ordnungswidrigkeiten ist nicht Aufgabe dieses Gerichts.

18

2. Daher war der Antrag abzuweisen und dem Antragsteller die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen, § 91 Abs. 1 ZPO.

Streitwert: § 51 GKG; § 3 ZPO.