

OGH Urteil vom 23.4.2014, 4 Ob 48/14h – *Hausverbot für private Rauchersheriffs*



**Fundstelle:** JBl 2014, 589 = RdW 2014/565, 520 = immoex-LS 2014/56 = EvBl 2014/139 (*Brenn*) = JUS Z/5593 = MR 2014, 160 = ecolex 2014/347, 857 (*Schoditsch*) = ZIR 2014, 432 = immoex 2015/54, 187 (*Limberg*)

**1. Dem Bestandnehmer einer unbeweglichen Sache (hier: Pächter eines Wirtslokals) steht das Hausrecht an der gepachtete Immobilie zu samt den daraus resultierenden negatorischen Abwehransprüchen nach § 354 iVm § 372 (in analogiam) ABGB.**

**2. Der Inhaber eines Gastgewerbebetriebs kann einer Privatperson unter Berufung auf das Hausrecht das Betreten seines Lokals untersagen, wenn diese Person das Lokal als „Rauchersheriff“ aufgesucht hat, um die Einhaltung der Nichtrauchererschutzbestimmungen zu kontrollieren und gegebenenfalls Anzeige zu erstatten. Das gilt auch dann, wenn die Person Speisen und Getränke konsumiert hat, um für ihre Kontrollen eine gewisse Zeit im Lokal bleiben zu können.**

Leitsätze verfasst von Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M.

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei P\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Stolzka & Partner Rechtsanwälte OG in Wien, gegen die beklagte Partei G\*\*\*\*\* N\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Armin Bammer, Rechtsanwalt in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 15.000 EUR), über die Revision der beklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 28. November 2013, GZ 11 R 126/13z-21, mit welchem das Urteil des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Wien vom 16. April 2013, GZ 27 Cg 35/12h-17, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Der Revision wird nicht Folge gegeben. Die beklagte Partei ist schuldig, der klagenden Partei die mit 978,84 EUR bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortung (darin 163,14 EUR Umsatzsteuer) binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### **Entscheidungsgründe:**

Der Beklagte zeigte die Klägerin, die in einem gemieteten Lokal in Wien eine Gaststätte betreibt, von Juni 2011 bis Februar 2012 dreimal wegen Verstößen gegen Nichtrauchererschutzbestimmungen an. Zu diesem Zweck übermittelte er der Behörde Sachverhaltsdarstellungen, die auf Beobachtungen im Lokal beruhten. Er hatte (auch) das Lokal der Klägerin mehrfach aufgesucht, um Verstöße gegen Nichtrauchererschutzbestimmungen wahrnehmen und dann anzeigen zu können; Speisen und Getränke hatte er dort nur konsumiert, um zu diesem Zweck eine gewisse Zeit im Lokal bleiben zu können. Er hatte sich dabei unauffällig verhalten und andere Gäste nicht gestört. Die Klägerin verbot dem Beklagten mit Anwaltsschreiben das Betreten ihres Betriebs, worauf dieser mitteilte, dass er sich nicht an dieses Verbot halten werde. In der Folge reservierte er zweimal einen Tisch, was von einer Mitarbeiterin der Beklagten jeweils bestätigt wurde. Die Klägerin beantragt, dem Beklagten das Betreten ihres Gastgewerbebetriebs zu untersagen. Der Beklagte sehe sich als „Raucher-Sheriff“ und suche Gastgewerbebetriebe ausschließlich deswegen auf, um dort Verstöße gegen Nichtrauchererschutzbestimmungen festzustellen und dann anzuzeigen. Das deswegen von der Klägerin ausgesprochene Lokalverbot sei nicht sittenwidrig. Ein Unternehmer könne aufgrund der Vertragsfreiheit entscheiden, wer ein von

ihm geführtes Lokal betreten dürfe und wer nicht. Es bestehe kein Kontrahierungszwang, weil es vergleichbare Betriebe in der Nähe gebe. Die Anzeigen des Beklagten seien unberechtigt gewesen und hätten einen erheblichen Zeit- und Kostenaufwand verursacht. Der Beklagte trage einen häufig vorkommenden Namen und sei den Angestellten der Klägerin nicht persönlich bekannt, weswegen das Entgegennehmen von Reservierungen nicht als Rücknahme des Verbots verstanden werden könne. Wiederholungsgefahr liege vor.

Der Beklagte wendet ein, dass es sittenwidrig sei, potentielle Kunden nur deshalb auszuschließen, um der Bestrafung wegen eines Gesetzesverstößes zu entgehen. Die Klägerin diskriminiere den Beklagten daher aus unsachlichen Gründen. Er gehöre zum Personenkreis, den die Klägerin in ihren Betrieb einlade; dort habe er regulär gegessen und getrunken. Das Hausverbot beeinträchtige das öffentliche Interesse und das subjektive Interesse des Beklagten am Nichtraucherschutz. Die einschlägigen Bestimmungen dienten (auch) dem Schutz der Gäste vor den Gefahren des Passivrauchens; diese hätten daher ein subjektives Recht auf deren Einhaltung. Da die Behörden nur aufgrund von Anzeigen tätig werden könnten, hänge die Durchsetzung der Nichtraucherschutzbestimmungen von der Zivilcourage der Bürger ab. Bei Abwägung der beiderseitigen Interessen würden daher jene des Beklagten am Betreten des Lokals eindeutig überwiegen. Der Beklagte habe keine schikanösen Anzeigen erstattet, vielmehr sei die Klägerin inzwischen sechs mal wegen Verstößen gegen das Tabakgesetz bestraft worden. Nur die letzten beiden Bestrafungen gingen auf Anzeigen des Klägers zurück. Die Entgegennahme von Reservierungen zeige, dass die Klägerin das Hausverbot als gegenstandslos betrachte. Da die Klägerin ihr Lokal inzwischen gesetzeskonform umgebaut habe, sei auch die Wiederholungsgefahr weggefallen.

Das *Erstgericht* gab dem Klagebegehren statt. Die Klägerin könne aufgrund ihrer Stellung als Mieterin des Lokals gegen jedermann ein Hausverbot aussprechen, wenn nicht privat- oder öffentlich-rechtliche Beschränkungen entgegenstünden. Eine monopolartige Stellung liege nicht vor, da es in der Nähe vergleichbare Gastronomiebetriebe gebe; gegen ein in der Rechtsordnung verankertes Diskriminierungsverbot habe die Klägerin nicht verstoßen. Der Beklagte habe weder ein subjektives Recht auf Einhaltung der Nichtraucherschutzbestimmungen noch auf Vornahme einschlägiger Kontrollen. Zwar habe er im Lokal Speisen und Getränke zu sich genommen, dabei habe es sich aber um „Alibikonsumationen“ gehandelt. Seine Absicht sei ausschließlich darauf gerichtet gewesen, Verstöße gegen die Nichtraucherschutzbestimmungen festzustellen. Damit gehöre er nicht zu jenem Personenkreis, den die Klägerin in ihren Betrieb eingeladen habe. Das Hausverbot sei daher nicht sittenwidrig. Wiederholungsgefahr liege vor, weil der Beklagte nach dem Verbot weitere Besuche im Lokal angekündigt und vorgenommen habe.

Das *Berufungsgericht* bestätigte diese Entscheidung. Es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige, und ließ die Revision zunächst nicht zu.

Die Klägerin könne sich auf ihr Hausrecht berufen. Ein Kontrahierungszwang bestehe mangels Monopolstellung nicht. Sittenwidrig wäre das Lokalverbot nur dann, wenn ein grober Eingriff in rechtlich geschützte Interessen des Verbotsadressaten vorläge, das Hausrecht also missbräuchlich ausgeübt würde. Das treffe hier aber nicht zu. Der Beklagte habe kein berechtigtes eigenes Interesse an der Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, wenn diese Rechtsverstöße nicht sein privates oder berufliches Umfeld und daher nicht seine persönliche Gesundheit betreffen. Sonst habe niemand einen Anspruch darauf, dass Verwaltungsübertretungen ausgeforscht und bestraft würden. Die Wiederholungsgefahr wäre nur zu verneinen, wenn gesichert wäre, dass der Beklagte das Lokal der Klägerin nicht mehr betreten würde, nicht schon deswegen, weil vom Beklagten wegen baulicher Vorkehrungen keine Anzeigen mehr zu erwarten seien.

Gegen diese Entscheidung richtet sich eine mit einem Zulassungsantrag verbundene Revision des Beklagten. Er macht darin insbesondere geltend, dass das Berufungsgericht von der Entscheidung 3 Ob 603/90 abgewichen sei. Dort habe der Oberste Gerichtshof die Zulässigkeit eines Hausverbots in erster Linie deswegen bejaht, weil der Beklagte von vornherein nicht die Absicht gehabt habe, einen Vertrag abzuschließen. Das sei hier anders gewesen, weil der Beklagte immer auch Speisen und Getränke konsumiert habe. Der Beklagte habe ein subjektives Recht auf Einhaltung der Raucherschutzvorschriften, seine Tätigkeit liege auch im öffentlichen Interesse, weil sonst Verstöße gegen das Tabakgesetz faktisch sanktionslos blieben.

Das Berufungsgericht gab dem Zulassungsantrag statt, weil aus der Entscheidung 3 Ob 603/90 auch abgeleitet werden könnte, dass das Lokalverbot sittenwidrig sei; zudem habe die Rechtsfrage Bedeutung über den Einzelfall hinaus.

Die *Revision* ist aus dem vom Berufungsgericht genannten Grund *zulässig*, aber *nicht berechtigt*.

1. Die Klägerin macht ihr Hausrecht am Gastlokal geltend. Dabei handelt es sich um einen auf § 354 ABGB gegründeten Abwehrenspruch des Eigentümers (4 Ob 139/03z = EvBl 2004/19 mwN; zuletzt etwa 5 Ob 21/13v = JBl 2013, 432), der nach ständiger Rechtsprechung in Analogie zu § 372 ABGB (*actio publiciana*) auch dem Mieter einer unbeweglichen Sache zusteht (7 Ob 251/03t = SZ 2003/143 mwN; RIS-Justiz RS0106815).

2. Das Hausrecht unterliegt wie jedes andere Ausschlussrecht des Eigentümers oder Bestandnehmers privat- und öffentlich-rechtlichen Beschränkungen (4 Ob 140/07b = ÖJZ-LS 2008/3; 5 Ob 21/13v mwN). Eine solche Beschränkung könnte sich insbesondere aus einem Kontrahierungszwang des Klägers ergeben. Dieser setzte aber eine faktische Monopolstellung des Anbieters mit fehlenden zumutbaren Ausweichmöglichkeiten der Nachfrager voraus (1 Ob 227/71 = SZ 44/138; RIS-Justiz RS0016745, RS0113652, RS0016744; zuletzt etwa 4 Ob 134/12b = iFamZ 2014, 29 [Riegler]). Das kann zwar im Einzelfall auch bei Gastgewerbebetrieben zutreffen (1 Ob 554/86 = SZ 59/130; 1 Ob 560/88). Hier liegt eine solche Situation aber unstrittig nicht vor.

3. Eine weitere Beschränkung des Hausrechts von Unternehmern besteht bei Testkäufen im Bereich des Lauterkeitsrechts.

3.1. Testkäufe können vom Geschäftsinhaber nicht durch Berufung auf das Hausrecht unterbunden werden, wenn sie dem Aufdecken unlauteren Verhaltens dienen und sich die Testkäufer wie andere Kunden verhalten (4 Ob 28/93 = SZ 66/65 - Alibikauf mwN; *Handig* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 394). Dieser „massive Eingriff in das Hausrecht“ (*Handig* aaO) ist nach Ansicht des auch hier erkennenden Senats gerechtfertigt, weil die Einhaltung des Lauterkeitsrechts einerseits im Interesse der Mitbewerber und der Verbraucher liegt, andererseits aber auch die Nichteinhaltung nur von diesen Gruppen - auf Verbraucherseite zudem nur kollektiv (§ 14 UWG) - durch zivilrechtliche Klage wahrgenommen werden kann. Der Staat überlässt daher die Rechtsdurchsetzung von vornherein Privaten (Mitbewerbern) und bestimmten Verbänden, die kollektive Interessen (auch) von Verbrauchern wahrzunehmen haben. Auf dieser Grundlage ist folgerichtig, dass die zur Klage befugten Mitbewerber und Verbände auch die Möglichkeit haben, durch Testkäufe die Voraussetzungen für ihre Rechtsverfolgung zu schaffen.

3.2. Da die Verletzung von Nichtraucherbestimmungen bei Vorliegen einer unvertretbaren Rechtsansicht unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG ist (4 Ob 152/09w = ÖBl-LS 2010/35 - Nichtraucherbestimmungen; 4 Ob 164/10m = MR 2011, 97 - Rauchverbot), sind diese Grundsätze an sich auch im vorliegenden Zusammenhang anwendbar. Mitbewerber oder Vertreter von klagebefugten Verbänden könnten daher den Betrieb der Klägerin aufsuchen, um dort die Einhaltung der einschlägigen Regelungen zu kontrollieren. Solange sie sich wie

andere Gäste verhalten, also jedenfalls Getränke, in einem Restaurant auch Speisen konsumieren, wird der Inhaber dem nicht aufgrund seines Hausrechts entgegenreten können. Dem Beklagten hilft das aber nicht weiter, weil er weder Mitbewerber der Klägerin ist noch im Auftrag eines nach § 14 UWG klagebefugten Verbandes handelt. Er kann sich daher nicht auf die Testkauf-Rechtsprechung des Senats berufen.

4. Eine andere Beschränkung des Hausrechts erwog der 3. Senat des Obersten Gerichtshof in 3 Ob 603/90 (= SZ 63/190).

4.1. Nach dieser Entscheidung folgt aus dem „Grundrecht auf Persönlichkeitsschutz“, dass auch außerhalb eines Kontrahierungszwangs ein „diffamierender“ Ausschluss von der Inanspruchnahme von Leistungen unzulässig ist, die ein Unternehmer sonst allgemein anbietet, wenn nicht eine hinreichende sachliche Rechtfertigung besteht. Bei der Abwägung zwischen dem Interesse des Unternehmers, nach seiner Disposition Verträge schließen zu können, und jenem des anderen, nicht „diskriminierend ungleich behandelt zu werden“, sei maßgebend, dass die „durch die guten Sitten gezogenen Grenzen“ nicht überschritten würden.

4.2. Im Anlassfall dieser Entscheidung hatte der als „Porno-Jäger“ bekannte Beklagte die Videothek des Klägers nur betreten, um dort Vergehen nach dem PornoG auszuforschen; er hatte nicht beabsichtigt, Videokassetten zu kaufen oder auszuleihen. Damit konnte er sich von vornherein nicht auf einen diskriminierenden Ausschluss von den sonst der Allgemeinheit angebotenen Leistungen - die er ja gar nicht in Anspruch nehmen wollte - berufen. Ein subjektives Recht, strafbare Handlungen nach dem PornoG auszuforschen und (ausschließlich) zu diesem Zweck Geschäftslokale zu betreten, bestand nach Auffassung des 3. Senats nicht. Das Hausverbot war damit jedenfalls zulässig. Obiter merkte der 3. Senat allerdings an, dass es sittenwidrig sein könnte, „Interessenten“ allein deshalb auszuschließen, um einer Strafverfolgung zu entgehen; der Kläger habe keinen Anspruch, vor „berechtigten Anzeigen“ strafbarer Handlungen geschützt zu werden.

5. Der Entscheidung 3 Ob 603/90 ist jedenfalls insofern zu folgen, als die beabsichtigte Ausforschung rechtswidrigen Verhaltens für sich allein keine Durchbrechung des Hausrechts rechtfertigen kann; sonst wäre die Unterlassungsklage ja abzuweisen gewesen. Umgekehrt wird eine einmalige, nicht wider besseres Wissen erstattete Anzeige eines Kunden, der einen Betrieb zur Inanspruchnahme von dort der Allgemeinheit angebotenen Leistungen aufgesucht hatte, den Unternehmer noch nicht zu einem Betretungsverbot berechtigen. Zu prüfen bleibt allerdings, ob ein Unternehmer eine systematische Überwachung durch einen Privaten hinnehmen muss, wenn dieser seine Leistungen allein deswegen in Anspruch nimmt, um dadurch die Möglichkeit zur Ausforschung möglicher Rechtsverstöße zu erlangen. Dass dies hier zutrifft, hat das Erstgericht - wenngleich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung - unbekämpft festgestellt. Diese Frage ist aufgrund einer Interessenabwägung zu klären, bei der das - grundrechtlich geschützte - Hausrecht des Unternehmers mit dem Interesse der Allgemeinheit und des Handelnden an der „Kontrolltätigkeit“ abzuwägen ist.

6. Diese Interessenabwägung fällt im konkreten Fall gegen den Beklagten aus.

6.1. Für eine Durchbrechung des Hausrechts spricht zwar das in der Revision ausführlich dargelegte öffentliche Interesse an der Durchsetzung der Bestimmungen über den Nichtraucherschutz. Es wird zutreffen, dass die Effektivität dieser Regelungen zumindest faktisch davon abhängt, dass Private Anzeige erstatten und dadurch ein Einschreiten der Behörde veranlassen. Solche Anzeigen setzen aber keine systematisch ausforschende Tätigkeit voraus; sie können auch von „normalen“ Gästen erstattet werden, die sich - zu Recht - über verrauchte Gasträume ärgern. Zudem steht mit dem Lauterkeitsrecht und der damit verbundenen Möglichkeit von „Testkonsumationen“ (oben 3.) ohnehin ein weiteres Mittel der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung. Ein zwingender Bedarf an selbsternannten „Rauchersheriffs“ besteht daher nicht.

6.2. Damit gewinnen jene Gründe Gewicht, die gegen das Verhalten des Beklagten sprechen.

(a) Es ist grundsätzlich nicht wünschenswert, dass Einzelne systematisch Aufgaben übernehmen, die an sich solche des Staates sind. Dazu gehört insbesondere die Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften. In diesem Zusammenhang irrt der Beklagte, wenn er meint, die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen sei „außer in Polizeistaaten“ kein Privileg des Staates, sondern liege vielfach in privater Hand. Denn tatsächlich nutzen gerade totalitäre Staaten die Tätigkeit von Privatpersonen, die ihnen als informelle Mitarbeiter Rechtsverstöße - etwa im jeweiligen Wohnblock - mitteilen und so eine engmaschige Überwachung ermöglichen. Eine solche Vorgangsweise ist in einem freiheitlichen Rechtsstaat nicht angebracht. Vielmehr hat dieser die Einhaltung seiner Normen selbst zu gewährleisten, und zwar entweder aufgrund amtswegiger Erhebungen, wenn er solche aufgrund des Gewichts möglicher Verstöße für notwendig hält, oder aufgrund von Anzeigen tatsächlich betroffener Bürger. Welchen dieser Wege er wählt, ist eine rechtspolitische Entscheidung, die im Einzelfall kritisiert werden kann, aber grundsätzlich hinzunehmen ist. Eine zusätzliche „Privatpolizei“ mag zwar im öffentlichen Raum nicht zu verhindern sein, ein öffentliches Interesse besteht daran aber nicht.

(b) Auch aus dem Persönlichkeitsrecht des Beklagten kann kein Betretungsrecht abgeleitet werden. Denn er wird nicht aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe diskriminiert (vgl etwa § 30 GIBG), sondern das von der Klägerin ausgesprochene Verbot gründet sich ausschließlich auf sein von ihm bewusst gesetztes Verhalten. Dieses Verhalten sieht er subjektiv als erforderlich an, die Klägerin ebenso subjektiv als lästig. Unter diesen Umständen wiegt das Interesse an der Verwirklichung seiner Überzeugung, im Interesse der Allgemeinheit für die Einhaltung des öffentlichen Rechts sorgen zu müssen, nicht schwer genug, um eine Durchbrechung des grundrechtlich abgesicherten Hausrechts und des damit parallel laufenden Grundsatzes der Privatautonomie zu rechtfertigen.

(c) Zuletzt darf nicht übersehen werden, dass eiferndes Vorgehen bei der privaten Durchsetzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften ein hohes Konfliktpotential in sich birgt. Durch eine Trennung der Kontrahenten – hier also durch ein Lokalverbot – kann dieses Konfliktpotential weitestgehend entschärft werden.

7. Die Klägerin kann sich daher gegenüber dem Beklagten auf ihr Hausrecht berufen. Auch andere Abweisungsgründe liegen nicht vor. Aus der Entgegennahme von Reservierungen konnte der Beklagte nicht zweifelsfrei (§ 863 ABGB) ableiten, die Klägerin würde auch für die Zukunft auf das bereits ausgesprochene Betretungsverbot verzichten; vielmehr musste er hier mit einem Irrtum der die Reservierung entgegennehmenden Mitarbeiter rechnen. An der Wiederholungsgefahr ist nach dem Prozessstandpunkt des Beklagten, zu Kontrollen berechtigt zu sein, nicht zu zweifeln. Denn auch nach einem (vom Beklagten zudem nicht näher dargestellten) Umbau des Lokals sind Verstöße gegen Nichtraucherschutzbestimmungen denkbar, die aufzudecken sich der Beklagte berufen fühlen könnte.

8. Aus diesen Gründen muss die Revision des Beklagten scheitern. Die dieser Entscheidung zugrunde liegenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Der Inhaber eines Gastgewerbebetriebs kann einer Privatperson unter Berufung auf das Hausrecht das Betreten seines Lokals untersagen, wenn diese Person das Lokal als „Rauchersheriff“ aufgesucht hat, um die Einhaltung der Nichtraucherschutzvorschriften zu kontrollieren und gegebenenfalls Anzeige zu erstatten. Das gilt auch dann, wenn die Person Speisen und Getränke konsumiert hat, um für ihre Kontrollen eine gewisse Zeit im Lokal bleiben zu können.

9. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 41, 50 ZPO.

# **Anmerkung\***

## **I. Das Problem**

Der Beklagte zeigte die Klägerin, die in Wien ein Gastlokal betrieb, von Juni 2011 bis Februar 2012 dreimal wegen Verstößen gegen Nichtraucherbestimmungen an. Zu diesem Zweck übermittelte er der Behörde Sachverhaltsdarstellungen, die auf eigenen Beobachtungen und Wahrnehmungen im Lokal beruhten. Er hatte das Lokal der Klägerin nämlich mehrfach aufgesucht, um die Einhaltung der Nichtraucherbestimmungen des TabakG in der damals gültigen Form zu kontrollieren und gegebenenfalls Anzeige zu erstatten. Speisen und Getränke hatte er dort nur konsumiert, um zu diesem Zweck eine gewisse Zeit im Lokal bleiben zu können.

Die Klägerin verbot dem Beklagten – als Retourkutsche für die Anzeigen – unter Hinweis auf ihr Hausrecht das Betreten ihres Lokals. Da sich der Beklagte nicht daran hielt, klagte sie ihn auf Unterlassung nach . Die ersten beiden Instanzen gaben der Klage vollinhaltlich statt.

Der OGH hatte sich letztlich mit dem Verhältnis des privaten Hausrechts eines Pächters und der möglichen Verfolgung von rechtswidrigem Verhalten durch selbsternannte "Hilfssheriffs" zu beurteilen.

## **II. Die Entscheidung des Gerichts**

Die Klage hatte auch in dritter Instanz Erfolg. Der OGH bestätigte das Unterlassungsurteil und führte aus, dass das Hausrecht eines Unternehmers zwar unter Umständen Einschränkungen unterliegen könnte. Insbesondere wäre es unzulässig, bestimmte Kunden ohne hinreichende sachliche Rechtfertigung von der Inanspruchnahme von Leistungen auszuschließen, die der Unternehmer sonst unterschiedslos der Allgemeinheit anbieten würde. Der klägerische Unternehmer musste es aber nicht hinnehmen, dass Personen sein Geschäftslokal nur deshalb aufsuchten, um die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften zu kontrollieren und ihn dann allenfalls bei den Behörden anzuzeigen.

## **III. Kritische Würdigung und Ausblick**

Das vorliegende Urteil hat auch in der Tagespresse einen vielbeachteten Wiederhall gefunden. Zuzustimmen ist den journalistischen Kommentatoren, dass es „dabei um prinzipielle Fragen“ geht.<sup>1</sup> Der Beklagte hatte in diesem Zusammenhang ausgeführt, die Überwachung der Einhaltung von Rechtsnormen sei „außer in Polizeistaaten“ kein Privileg des Staates, sondern liege vielfach „in privater Hand“. Der 4. Senat hielt dem entlarvend entgegen, dass in Wahrheit gerade totalitäre Staaten die Tätigkeit von Privatpersonen nutzen, die ihnen als informelle Mitarbeiter Rechtsverstöße – etwa im jeweiligen Wohnblock oder beim Wirten um's Eck – melden und so eine engmaschige Überwachung der Bevölkerung erst ermöglichen. In einem liberalen Rechtsstaat sind solche Zustände weder wünschenswert noch ist ihnen Vorschub zu leisten. Vielmehr ist es grundsätzliche Aufgabe des Staates, die Einhaltung seiner Gesetze zu gewährleisten, und zwar entweder aufgrund von systematischen Kontrollen durch staatliche Organe, wenn er das wegen des Gewichts möglicher Verstöße für notwendig hält, oder aufgrund von Anzeigen tatsächlich betroffener Bürger. Ein öffentliches Interesse an einer zusätzlichen „Privatpolizei“, das eine (jederzeitige ins Belieben des privaten

---

\* RA Hon.-Prof. Dr. *Clemens Thiele*, LL.M. Tax (GGU), [Anwalt.Thiele@eurolawyer.at](mailto:Anwalt.Thiele@eurolawyer.at); Gerichtlich beedeter Sachverständiger für Urheberrechtsfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

<sup>1</sup> Treffend *Escher*, Wir brauchen keine privaten „Staats-Anwälte“, Salzburger Nachrichten vom 7.6.2014, 29, abrufbar unter [http://search.salzburg.com/display/sn0729\\_07.06.2014\\_41-53123345](http://search.salzburg.com/display/sn0729_07.06.2014_41-53123345) (08.02.2016).

Denunzianten gestellte) Durchbrechung des Hausrechts rechtfertigen könnte, besteht nach zutreffender Ansicht nicht.<sup>2</sup>

Der OGH nimmt aber mit dem vorliegenden Urteil – durchaus in abwägender Weise – die Staatsorgane auch in die Pflicht. Dort wo staatlicher Eingriff oder bloße Aufsicht vernachlässigt wird oder ganz fehlen, weil „sie politisch eben nicht opportun seien“, hat der Bürger das Recht – auch gegen eines Privaten Hausrecht – sich zu aktivieren.

Bemerkenswert sind die – zusammenfassenden – Ausführungen zu Testkäufen, die v.a. im Lauterkeitsrecht<sup>3</sup> eine praktisch bedeutsame Rolle spielen: Testkäufe können vom Geschäftsinhaber nicht durch Berufung auf das Hausrecht unterbunden werden, wenn sie dem Aufdecken unlauteren Verhaltens dienen und sich die Testkäufer wie andere Kunden verhalten; Mitbewerber oder Vertreter von klagebefugten Verbänden könnten den Betrieb der Klägerin aufsuchen, um dort die Einhaltung der einschlägigen Regelungen zu kontrollieren.

Schließlich ist zu bemerken, dass in der Entscheidungsbegründung die grundrechtliche Absicherung des Hausrechts durch Art 9 StGG nicht weiter erwähnt wird<sup>4</sup> – eine lässliche Unterlassung, solange daraus keine Begründungsmängel folgen.

**Ausblick:** Der für Lauterkeitssachen zuständige Fachsenat 4 des OGH bestätigt mit dem vorliegenden Urteil dogmatisch fundiert die Erlaubtheit von Testkäufen.<sup>5</sup> Die Verletzung von Nichtraucherschutzbestimmungen ist bei Vorliegen einer unvertretbaren Rechtsansicht unlauter iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG, so dass Mitbewerber oder Vertreter von klagebefugten Verbänden einen Betrieb aufsuchen dürfen, um dort die Einhaltung der einschlägigen Regelungen zu kontrollieren. Solange sie sich wie andere Gäste verhalten, also jedenfalls Getränke, in einem Restaurant auch Speisen konsumieren, wird der Inhaber dem nicht aufgrund seines Hausrechts entgegenreten können. Ein Teil der Lehre<sup>6</sup> erachtet die Einschränkung auf nach § 14 UWG aktiv legitimierte Personen bzw. Verbände als zu einschränkend und möchte auch die Testkauf-Grundsätze auch auf jede Privatperson mit rechtlichem Interesse erweitern. So zB auch der Nachbar einer angrenzenden Diskothek, der eine Konsumation vornimmt und dabei die Einhaltung einer etwaigen Lautstärkenbeschränkung misst.

#### IV. Zusammenfassung

Nach Ansicht der österreichischen Gerichte besteht kein öffentliches Interesse an einer zusätzlichen „Privatpolizei“, das eine Durchbrechung des Hausrechts rechtfertigen könnte, um als private "Rauchersheriffs" die Einhaltung der räumlichen Trennung in Gastlokalen zu kontrollieren.

---

<sup>2</sup> Vgl. bereits OGH 24.10.1990, 3 Ob 603/90 = ecolex 1991, 155 = JBl 1992, 178 = SZ 63/190 zum Fall des selbsternannten "Pornojägers" *Martin Humer*.

<sup>3</sup> Dazu instruktiv *Handig* in *Wiebe/Kodek*, UWG<sup>2</sup> § 1 Rz 394 mwN.

<sup>4</sup> Ebenso *Limberg*, Entscheidungsanmerkung, immolex 2015, 189.

<sup>5</sup> AA noch LG Innsbruck 8.1.2015, 59 Cg 29/14m, als Erstinstanz zu OGH 16.06.2015, 4 Ob 84/15d (Internetverkauf) = wbl 2015/181, 540 = ZIIR-Slg 2015/112 = ZIIR 2015,437 (krit *Thiele*), das von einem unerlaubten "Fallenstellen" eines Markeninhabers ausgegangen ist.

<sup>6</sup> *Limberg*, immolex 2015, 189.