

Fachverband Freizeit- und Sportbetriebe

Gewerbekontrolle Fremdenführer



Information, 18.2.2016

ZULÄSSIGKEIT GEWERBERECHTLICHER KONTROLLEN DURCH NICHT AMTLICHE ORGANE AUF ÖFFENTLICHEN STRASSEN UND PLÄTZEN HINSICHTLICH DES FREMDENFÜHRERGEWERBES

Erstattet im Auftrag des Fachverbandes Freizeit- und Sportbetriebe, 2016

Vorbemerkungen:

Ich bin an den Auftrag gemäß den Vorgaben unbefangen und mit größtmöglicher Objektivität und Sorgfalt herangegangen. Die in diesem Gutachten abgegebene Rechtsmeinung beruht auf meiner unter Beachtung aller Sorgfaltspflichten gebotenen Einschätzung und stellt die Rechtsansicht des Verfassers dar. Es kann keine Garantie dafür übernommen werden, dass Behörden oder Gerichte diesen Auffassungen folgen.

Ich habe im Zuge der Erstellung dieses Gutachtens Kontakt mit allen unseren Landesfachgruppen, den Pfuscherreferaten der Landeskammern und der Rechtsabteilung der WKW aufgenommen und deren Ausführungen zu meinen Fragen in diesem Gutachten verarbeitet, soweit sie sich nicht bereits mit meiner Meinung ohnedies deckten. Jedenfalls ist in diesem Bereich keine Meinungsverschiedenheit vorhanden.

Univ-Lektor Dr iur Mag phil Klaus Christian Vögl, Manhartsbrunn, 20.2.2016

Inhalt

Ausgangslage - Problemstellung

Aufgaben der Kammer und der Fachgruppen nach dem Wirtschaftskammergesetz

Befugnisse der Funktionäre nach dem Wirtschaftskammergesetz

Kontrolle der Gewerbeausübung nach der Gewerbeordnung

Kontrolle durch die Wirtschaftskammer (Fachgruppe und ihre Funktionäre)

Kontrolle durch Privatpersonen ohne Auftrag

Intervention auf Privatgrund

Sonstige mögliche Rechtsfolgen

Zusammenfassung

Ausgangslage - Problemstellung

Die Gewerbeordnung (Bundesgesetz) bindet die Ausübung gewerblicher Tätigkeiten an bestimmte Richtlinien, insbesondere an eine Gewerbeanmeldung. Bei ausgeübter Tätigkeit muss die Gewerbeberechtigung aktiv und darf nicht ruhend gemeldet sein.

Das Fremdenführergewerbe ist gemäß §§ 94 Z 21 und 108 GewO ein reglementiertes Gewerbe und bedarf daher eines Befähigungsnachweises. Österreichische Fremdenführer sind verpflichtet, eine amtliche Lichtbildlegitimation („Fremdenführer-Ausweis“) bei Ausübung ihrer Tätigkeit mitzuführen, und zwar sowohl Unternehmer als auch Dienstnehmer. Die Wirtschaftskammer (Fachgruppe der Freizeit- und Sportbetriebe) empfiehlt darüber hinaus das Tragen der Austria Guides-Plakette, dies ist aber nicht verpflichtend.

Eine zweifache Besonderheit besteht darin, dass auch als Dienstnehmer eingesetzte Fremdenführer den Befähigungsnachweis (exklusive Unternehmer-Modul) erbringen, also die Befähigungsprüfung (zwei beruflich-fachliche Module) abgelegt haben müssen. Zudem muss der Dienstgeber über eine aufrechte (aktive) Fremdenführerberechtigung verfügen.

Österreichische Fremdenführerberechtigungen dürfen in ganz Österreich ohne jegliche Restriktionen ausgeübt werden. Ausgenommen davon sind lediglich örtlich eingeschränkte Berechtigungen (selten).

Ausländische Dienstleister (Fremdenführer) dürfen in Österreich nach den Grundsätzen der Berufsankennungsrichtlinie¹ führen. Die Dienstleistungserbringung ist einmal jährlich auf der Homepage des Wirtschaftsministeriums² zu notifizieren und wird im Dienstleisterregister³ erfasst. Es wird empfohlen, eine Bestätigung bzw. zumindest einen Ausdruck der erfolgten Notifizierung bei der Gewerbeausübung mitzuführen.

Diese Rahmenbedingungen der Gewerbeausübung werden oft verletzt. Einerseits durch Reisebetreuer (Reiseleiter) aus dem In- und Ausland, die ihre Berufsberechtigung (Einschränkung auf Hinweise auf Sehenswürdigkeiten auf öffentlichen Flächen) überschreiten, andererseits durch ausländische Fremdenführer, die ihre Leistungserbringung nicht ordnungsgemäß notifiziert haben, darüber hinaus durch jegliche Personen, die Fremdenführerleistungen unbefugt gewerbsmäßig erbringen.⁴

Daher besteht in diesem Bereich die Notwendigkeit von **Kontrollen**. Solche können von amtlichen Organen nach der Gewerbeordnung vorgenommen werden (Bundespolizei, Gewerbebehörde, Marktamt), aber auch durch die

¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=URISERV:c11065> ; <http://www.freizeitbetriebe-wien.at/guides>

²

<http://www.bmwfw.gv.at/Unternehmen/Gewerbe/Seiten/GewerbeausuebungdurchUnternehmenausanderenEU-EWR-Staaten.aspx>

³ <https://dlr.bmwfw.gv.at/Search/SearchCompany.aspx>

⁴ Vgl grundlegend dazu den Beitrag vom Autor: [Fremdenführer – Sommerjob oder was?](#)

Wirtschaftskammer und ihre Fachgruppen im Rahmen der im Wirtschaftskammergesetz (WKG) definierten Kompetenzen. Darüber hinaus fühlen sich im Einzelfall auch Gewerbetreibende dazu „berufen“, hinsichtlich (vermeintlicher) unbefugter Führungen zu intervenieren. Hier soll daher der Frage nachgegangen werden, nach welchen Vorschriften welche Kontrollen welchen Inhalts zulässig sind und wo die Grenzen der jeweiligen Kontrollhandlungen zu ziehen sind. Unbefugte Gewerbeausübungen werden umgangssprachlich als „Pfuscher“, die betreffenden Personen als „Pfuscher“ bezeichnet.

Aufgaben der Wirtschaftskammer und der Fachgruppen nach dem Wirtschaftskammergesetz

Wirtschaftskammer

Gemäß § 19 Abs. 1 Z 1 Wirtschaftskammergesetz (WKG) sind die Kammern als Körperschaften öffentlichen Rechts berufen, die **rechtlichen Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten**. Dazu gehört die **Unterbindung unbefugter Gewerbeausübungen** bzw. die Mitwirkung daran. Die Kammer ist daher berechtigt, diesbezügliche Anzeigen an die Behörden zu erstatten oder unlauteren Wettbewerb durch geeignete Maßnahmen zu verhindern. Sie kann mit Hilfe ihrer Angestellten und Funktionäre auch diesbezügliche Erhebungen vornehmen und diese dokumentieren.

Aus diesem Grund haben die Kammern sogenannte **„Pfuscherreferate“** eingerichtet. Diese recherchieren Meldungen und suchen Beweise, um Anzeigen wegen unbefugter Gewerbeausübungen tätigen zu können. Sie arbeiten eng mit dem Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb zusammen. Die Pfuscherreferate bedienen sich bei ihrer Tätigkeit auch der Mithilfe der zuständigen Fachgruppen. Das Wiener Referat z.B. nimmt keine Kontrollen vor Ort vor.

Fachgruppen

Die Fachgruppen haben im eigenen Wirkungsbereich gemäß § 43 Abs. 3 WKG die fachlichen Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Als fachliche Angelegenheiten gelten insbesondere die Sicherung der Chancengleichheit der Mitglieder im Wettbewerb, insbesondere die Beseitigung oder Verhütung von Gewohnheiten, Gebräuchen und Neuerungen, welche dem lauterem und leistungsgerechten Wettbewerb unter den Mitgliedern im Wege stehen. Daher kommen den Fachgruppen dieselben Kompetenzen im Hinblick auf die Pfuscherbekämpfung zu wie den Kammern. Die Fachgruppen können mit Hilfe ihrer Angestellten und Funktionäre daher auch Pfuschererhebungen und -kontrollen vor Ort vornehmen.

Die Fachgruppen können für Observierungen auch Detektive⁵ einschalten, welche ihnen Beweise abliefern, die behördlich im Zuge einer Anzeige vorgelegt werden können. Diese Variante ist sehr kostenintensiv!

⁵ <http://www.wienerdetektive.at>

Berufsdetektive (reglementiertes Gewerbe gemäß § 94 Z 62 GewO) sind gemäß § 129 Abs. 1 GewO berechtigt zur Vornahme von Erhebungen über strafbare Handlungen sowie die Beschaffung von Beweismitteln für Zwecke eines gerichtlichen oder verwaltungsbehördlichen Verfahrens. Sie dürfen daher auch fotografieren, filmen etc. und die Aufnahmen ihrem Auftraggeber überreichen. Die Gewerbebehörde hat den zur Ausübung des Gewerbes Berechtigten eine amtliche Legitimation mit Lichtbild auszustellen.⁶

Befugnisse der Funktionäre nach dem Wirtschaftskammergesetz

Gewählte Funktionäre der Wirtschaftskammern unterliegen gemäß § 69 WKG einer besonderen **Verschwiegenheitspflicht**.

Diese ist wie folgt ausformuliert:

Alle Funktionäre und Mitarbeiter der nach diesem Gesetz gebildeten Organisationen sind, soweit gesetzlich nichts anderes bestimmt ist, zur Verschwiegenheit über alle ihnen ausschließlich aus ihrer Tätigkeit bekanntgewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe, Ordnung und Sicherheit, der umfassenden Landesverteidigung, der auswärtigen Beziehungen, im wirtschaftlichen Interesse der nach diesem Bundesgesetz gebildeten Organisationen der gewerblichen Wirtschaft, zur Vorbereitung einer Entscheidung oder im überwiegenden Interesse der Parteien geboten ist. Von dieser Verpflichtung hat auf Verlangen eines Gerichtes oder einer Verwaltungsbehörde bei Funktionären und Mitarbeitern der zuständige Präsident zu entbinden, wenn dies im Interesse der Rechtspflege oder im sonstigen überwiegenden öffentlichen Interesse gelegen ist.

Aus diesem Grund können Angestellte und Funktionäre der Kammern auch an behördlichen Erhebungen mitwirken. Das gilt nicht für bloß kooptierte Ausschussmitglieder und bestellte Fachexperten.

Funktionäre sind gemäß § 50 Abs. 2 WKG verpflichtet, sich bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den Zielsetzungen der Organisationen der gewerblichen Wirtschaft entsprechend zu verhalten. Sie sind abzuverufen, wenn sie sich eine gröbliche Verletzung ihrer Pflichten zuschulden kommen lassen.

Gemäß § 4 Abs. 2 Z 3 WKG haben Kammermitglieder (Fremdenführer) die Pflicht, der Kammer (also z.B. Überwachungsorganen des Pfluscherreferates, oder bei Magistratskontrollen den daran mitwirkenden Kammerfunktionären) Auskünfte zu erteilen.

⁶ Eingehender dazu Pokorny, Das Recht der österreichischen Berufsdetektive (2010).

Kontrolle der Gewerbeausübung nach der Gewerbeordnung

Gemäß § 333 Abs. 1 der Gewerbeordnung (GewO) ist das Gesetz grundsätzlich durch die Bezirksverwaltungsbehörden zu vollziehen: das sind die Bezirkshauptmannschaften, in Städten mit eigenem Statut die Magistrate, in Wien die magistratischen Bezirksämter. Organe dieser Behörden sind daher zu Kontrollen unbefugter Gewerbeausübungen berufen. Zusätzlich sind gemäß § 336 GewO die Bundespolizei und die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes berufen, Maßnahmen zur Vorbeugung gegen drohende Verwaltungsübertretungen und Maßnahmen, die für die Einleitung von Verwaltungsstrafverfahren notwendig sind, zu treffen.

Konkret können die Organe dieser Behörden folgende Maßnahmen treffen:

- Anhalten von Personen (Anhalterecht gemäß § 80 Abs. 2 StPO)
- Aufforderung zur Ausweisleistung
- Ggf. Aufforderung zum Vorweis der amtlichen Fremdenführerlegitimation
- Bei ausländischen Dienstleistern: Abfrage des Dienstleisterregisters im Hinblick auf die Überprüfung der vorgenommenen Notifizierung der Dienstleistungserbringung

Die angehaltenen Personen sind verpflichtet, den behördlichen Organen unverzüglich alle notwendigen Auskünfte zu erteilen.

Es kann ggf. vor Ort ein Organmandat bis EUR 90,- ausgestellt werden, das an Ort und Stelle zu bezahlen ist. Wahlweise kann Anzeige erstattet und damit ein Verwaltungsstrafverfahren eingeleitet werden.⁷

Hinweis: Da das Mitführen der erfolgten Notifizierung in Berufsanerkennungsrichtlinie und GewO nicht explizit vorgeschrieben ist, erfolgt diesbezüglich bei ausländischen Dienstleistern keine Kontrolle. Wohl aber haben die Behörden Zugriff auf das Dienstleisterregister (Einzelabfrage).

Im Verwaltungsstrafrecht kann es zu einer Strafenkumulierung bei fortgesetzten unbefugten Tätigkeiten kommen (z.B.: jemand wird mehrmals am selben Tag bei einer unbefugten Führung betreten).

Dieselben Befugnisse kommen den Organen des Marktamtes (in Wien z.B. MA 59⁸) zu.

⁷ Die Organe der öffentlichen Aufsicht sind ermächtigt, wegen bestimmter von ihnen dienstlich wahrgenommener oder vor ihnen eingestandener Verwaltungsübertretungen durch Organstrafverfügung eine Geldstrafe einzuheben. Dieses Verfahren soll dazu dienen, geringfügigere Übertretungen möglichst rasch zu bestrafen.

Gegen eine Organstrafverfügung ist kein Rechtsmittel zulässig. Verweigert die beanstandete Person die Zahlung des Strafbetrags, so hat das Organ Anzeige an die Behörde zu erstatten. Diese leitet dann das Verwaltungsstrafverfahren ein.

<https://www.help.gv.at/Portal.Node/hlpd/public/content/99/Seite.991228.html>

⁸ <https://www.wien.gv.at/statistik/leistungsbericht/ma59.html>; Was wird vom Marktamt kontrolliert?

Die behördlichen Organe können sich zur Hilfestellung z.B. bei der Erkennung unbefugter Tätigkeiten oder für Übersetzungsdienste bei fremdsprachigen Führungen Personen bedienen, die unter einer gesetzlichen Verschwiegenheitspflicht stehen, wie dies bei gewählten Funktionären und bei Mitarbeitern der Wirtschaftskammern der Fall ist.

Die in der Gewerbeordnung enthaltenen Kompetenzen der Wirtschaftskammer und deren Fachorganisationen umfassen keine ausdrücklichen Befugnisse zur Gewerbeaufsicht oder Überwachung. Dies obliegt der Gewerbebehörde (§ 333 GewO) unter der im Gesetz vorgesehenen Mitwirkung der Polizeibehörden. Wie jede andere Person auch, haben Wirtschaftskammer, deren Fachorganisationen und Funktionäre das Recht, wahrgenommene Verstöße gegen die Gewerbeordnung zur Anzeige zu bringen.

Auch die Verwaltungsverfahrensgesetze, insbesondere das Verwaltungsstrafgesetz, bieten hier keine darüberhinausgehende Sonderstellung.

Eine effektive Pfuscherbekämpfung erfordert eine gute und wirkungsvolle Zusammenarbeit zwischen Behörden und Interessenvertretung. Dies soll die (Verfassungs-)Bestimmung des § 68 Abs. 1 WKG (**Rechtshilfe**) gewährleisten. Danach haben u.a. die Behörden des Bundes, der Länder und der Gemeinden die Kammer und deren Fachorganisationen bei deren Aufgabenbewältigung entsprechend zu unterstützen. Dies gilt auch für die Aufgabe der Pfuscherbekämpfung.

Kontrolle durch die Wirtschaftskammer (Fachgruppe und ihre Funktionäre)

Die Fachgruppe als Körperschaft öffentlichen Rechts wird nach außen gemeinsam durch Obmann/Obfrau und Geschäftsführer vertreten (*duales Vertretungsprinzip*).

Grundsätzliche Angelegenheiten bedürfen eines Beschlusses im Fachgruppenausschuss. Daraus folgt, dass Funktionäre und Angestellte Pfuschererhebungen nicht von sich aus bzw. im eigenen Namen durchführen dürfen, sondern ausschließlich aufgrund eines dahingehenden **Auftrages** im Namen der Körperschaft.

Aus dem **dualen Vertretungsprinzip** in der Wirtschaftskammerorganisation folgt ferner, dass keinesfalls Angestellte oder Funktionäre jeweils alleine solche Kontrollen mit Außenwirkung vornehmen dürfen, wie es z.B. das Ansprechen von Personen zu Pfuscherbekämpfungszwecken darstellt, sondern die Maßnahmen jeweils nur im gemeinsamen Zusammenwirken von Fachgruppenobfrau/mann (bei deren Verhinderung eines Stellvertreters) und Fachgruppengeschäftsführer zulässig sind.

Davon nicht betroffen sind lediglich interne Erhebungen, z.B. Dokumentationen unbefugter Gewerbeausübungen, ohne Außenwirkung.

Inwieweit zu solchen Erhebungen auch andere gewählte Funktionäre hinzugezogen werden, obliegt der Fachgruppe.

Darüber hinausgehende Beschlüsse eines Fachgruppenausschusses würden der verwaltungsrechtlichen bzw. gerichtlichen Überprüfung mit Sicherheit nicht standhalten.

Offizielle Kontrollaktionen der Fachgruppen sind zeitlich und örtlich eingeschränkte Maßnahmen, die aufgrund Beschluss oder zumindest mit Kenntnisnahme durch den Fachgruppenausschuss erfolgen.

Die Fachgruppen können ihren Funktionären im Rahmen der kammerorganisatorischen Bestimmungen **Ausweise** ausstellen, mit denen diese ihre Funktion und Aufgabe dokumentieren können (siehe Anhang - Beispiel Wien). Es handelt sich dabei *nicht* um amtliche Lichtbildausweise.

Zu welchen Maßnahmen sind die Organe der Fachgruppen befugt?

- Anhalten und Ansprechen zu Kontrollzwecken: Grundsätzlich ja, aber ohne Anwendung körperlicher Gewalt; diese ist den Polizeiorganen vorbehalten. Dabei sind der eigene amtliche Lichtbildausweis und ggf. der Fachgruppenausweis/Dienstausweis der WKO vorzuzeigen und der Zweck der Maßnahme kurz zu erklären. Ein Informationsblatt kann überreicht werden (siehe Anhang), die Übernahme kann jedoch nicht erzwungen werden. Es ist **verhältnismäßig** vorzugehen, also unter Anwendung der gelindest möglichen Einwirkungsmittel und deeskalierend. **Es ist jeglicher Anschein einer behördlichen Kontrolle ausdrücklich zu vermeiden**. Die angesprochenen Personen können um eine Ausweisleistung ersucht und die Ausweisdaten dokumentiert werden, diese kann aber nicht erzwungen werden. Desgleichen ist jegliche körperliche Einwirkung wie z.B. das Festhalten oder Bedrängen einer Person ausgeschlossen. Es kann seitens der Kammerorgane die **Assistenz** der Polizei, der Gewerbebehörde bzw. des Marktamtes angefordert werden, und die observierte Person kann bis zum Eintreffen behördlicher Organe verfolgt werden.
- Die ergriffenen Maßnahmen können schriftlich **dokumentiert** werden, dabei können auch ohne Einverständnis des Betroffenen Ton- und Bildaufnahmen (Foto, Video) vorgenommen werden, weil diesfalls die Interessenabwägung zwischen urheber- und zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechten der betroffenen Personen, wie insbesondere das Recht auf das eigene Bild, versus das öffentliche Interesse an der Pfuscherbekämpfung zugunsten zweiterem ausgeht. Die Dokumentationen dürfen jedoch nicht namensbezogen veröffentlicht werden, sondern dienen ausnahmslos als **Beweismittel** im Folgenden behördlichen oder gerichtlichen Verfahren.
- Fotoaufnahmen bzw. Ton- und Videomitschnitte, die im Zuge solcher regulärer Kontrollen angefertigt werden, werden von den Behörden im Verfahren als **Beweise** anerkannt.
- Im Zuge der Befragung von Personen kann auch ersucht werden, die Notifizierungsbestätigung vorzuweisen; es besteht jedenfalls online-Zugriffe auf das Dienstleisterregister betreffend eine Einzelabfrage, die den vollständigen korrekten Namen der gesuchten Person erfordert.

Was NICHT geht:

- Einschreiten eines Funktionärs im Alleingang
- Identitäts- und Ausweiskontrolle ohne ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen
- Erwecken des Anscheins einer behördlichen Kontrolle
- Kontrolle der **Austria Guides-Plakette** bzw. dahingehende Beanstandungen, da diese freiwillig getragen oder nicht getragen wird
- Drohungen, Einschüchterungen, unter Druck setzen, körperliches Bedrängen
- Ehrenbeleidigungen
- Abnahme von Gegenständen
- Veröffentlichung erhobener Beweismittel (z.B. Fotos auf der Fachgruppen-Homepage)

Kontrolle durch Privatpersonen ohne Auftrag

Privatpersonen, also z.B. einzelne Mitglieder (Fremdenführer) oder Funktionäre⁹, sind zwar berechtigt, Personen anzusprechen, über die Rechtslage aufzuklären und z.B. Informationsunterlagen (z.B. ein Informationsblatt der Fachgruppe) zu überreichen¹⁰, aber zu keinen weitergehenden Maßnahmen. Insbesondere ist unbedingt der Eindruck zu vermeiden, es handle sich um eine behördliche oder offizielle Kontrolle durch die Wirtschaftskammer bzw. Fachgruppe.

Der „Funktionär“ kann nur so wie jeder Andere unbefugte Gewerbeausübungen, ggf. im Wege der Fachgruppe, zur Anzeige bringen. Da er kein Organ der Strafverfolgung ist, kann er nicht „kontrollieren“ und sich beispielsweise die Legitimation nach § 108 GewO zeigen lassen. Das ist nur behördlichen Organen möglich.

Ein Auftrag nur an Funktionäre allein kann wegen der Außenwirkung und des dualen Vertretungsprinzips nicht rechtsgültig erteilt werden. Daher scheidet in diesen Fällen ein sich Berufen auf die Körperschaft Fachgruppe aus. Privatinvestigationen dieser Art erfolgen daher nicht im Auftrag der Fachgruppe und liegen nicht im öffentlichen Interesse. Dies ist im Hinblick auf die Sammlung von Beweismitteln relevant, sofern dadurch Persönlichkeits- bzw. Urheberrechte der betroffenen Personen tangiert werden, wie z.B. das **Recht am eigenen Bild**.

Das Recht am eigenen Bild (§ 78 UrhG) ist ein Persönlichkeitsrecht. Es besteht darin, dass Bilder von Personen nicht der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden dürfen, wenn dadurch berechnete Interessen des Abgebildeten verletzt

⁹ Eine Funktionärin z.B., die ad hoc während einer eigenen Führung oder während eines Fußweges durch die Stadt vermeintliche Pfuscher antrifft, gilt in diesem Sinne als Privatperson und handelt nicht im offiziellen Auftrag der Fachgruppe. Ein solcher Auftrag kann auch nicht im Nachhinein erteilt werden. Anders, wenn die Funktionärin sich in Begleitung der Fachgruppengeschäftsführerin befindet und beide Personen gemeinsam intervenieren (duals Prinzip).

¹⁰ Wie z.B. den mehrsprachigen Pfuscher-Informationssfolder der Wiener Fachgruppe, abgedruckt im Anhang

würden. Ob die Veröffentlichung eines Bildes zulässig ist, hängt davon ab, ob nach objektiven Gesichtspunkten schutzwürdige Interessen des Abgebildeten entgegenstehen. Zusätzlich kann der Betroffene sich im Rahmen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts generell dagegen verwehren, ohne hinreichende Begründung abgelichtet, gefilmt etc. zu werden.¹¹ Letztlich ist hier immer eine **Rechtsgüterabwägung** vorzunehmen.

Da hier **kein öffentliches Interesse** besteht, ergibt diesfalls hinsichtlich Ton/Bild/Filmaufnahmen die Rechtsgüterabwägung mit dem zivil- und urheberrechtlichen Persönlichkeitsschutz der angesprochenen Person, dass mangels öffentlichen Interesses des Einschreitens solche unzulässig sind. Bei Überschreitung der zulässigen Eingriffsmaßnahmen des Einzelnen drohen ernste **Rechtskonsequenzen**.

„**Amtsanmaßung**“ ist ein gerichtliches Strafdelikt nach § 314 Strafgesetzbuch (StGB) und umfasst sowohl Täuschungen von Personen über eine angebliche Amtsgewalt als auch die Vornahme von Handlungen, die nur in Ausübung einer Amtsgewalt gerechtfertigt wären wie z.B. das Anhalten oder Festhalten von Personen oder die Aufforderung zur Ausweisleistung. Es drohen Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten oder eine Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen (= maximal 1,8 Millionen EUR).

Nötigung (§ 105 StGB): Wer einen anderen mit Gewalt oder durch gefährliche Drohung zu einer Handlung, Duldung oder Unterlassung nötigt, ist mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bis zu 720 Tagessätzen zu bestrafen.

Dies würde z.B. vorliegen, wenn man einer Person ungerechtfertigt den Weg abschneidet, sie am Weitergehen behindert etc.

Zusätzlich kann ein überschießendes Verhalten bei einer solchen „Privatkontrolle“ eine **Ordnungswidrigkeit nach landesgesetzlichen Vorschriften** darstellen wie z.B. nach § 3 Abs. 1 Wiener PolizeistrafG, wonach Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes Personen anweisen können, folgendes Verhalten einzustellen oder, wenn dies nicht zweckmäßig ist, den öffentlichen Ort unverzüglich zu verlassen: Wenn diese Personen andere Personen an öffentlichen Orten in unzumutbarer Weise belästigen. Das bedeutet: Die solcherart von einer Privatperson in unzumutbarer Weise „angehaltene“ Person könnte zu Recht die Polizei zur Hilfe rufen!

Der Verletzte kann **urheberrechtlich** Unterlassung, Urteilsveröffentlichung (wenn daran ein berechtigtes Interesse besteht), Beseitigung und - bei Verschulden - Schadenersatz begehren. Einen Anspruch auf angemessenes Entgelt gewährt das Gesetz nach der Rechtsprechung in diesem Fall nicht. Dazu kommt, dass Urheberrechtsverletzungen strafrechtliche Privatanklagedelikte darstellen. Das wäre z.B. der Fall, wenn bei solchen „Erhebungen“ gemachte Fotoaufnahmen auch noch veröffentlicht werden; diesfalls haften Fotograf und Medieninhaber.

Ein Funktionär, der sich im Zuge solcher eigenmächtiger „Privatkontrollen“ nachhaltig und wissentlich schwerwiegender Rechtsverletzungen schuldig macht, wäre nach den kammerrechtlichen Bestimmungen aus seiner Funktion

¹¹ OGH 27. 2. 2013, 6 Ob 256/12h, *Zur Belustigung*

abzuberufen. Andernfalls wären rechtliche Konsequenzen für die zuständigen Kammer- und Fachgruppenorgane nicht auszuschließen.

Intervention auf Privatgrund

Hier wird das **Hausrecht** des Verfügungsberechtigten tangiert, welches als Rechtsgut dem Gewerberecht übergeordnet ist (vgl § 108 Abs. 3 Z 2 GewO). Der Verfügungsberechtigte kann daher Kontrollen jeglicher Art auf seinem Areal ausschließen oder einschränken. Umgekehrt formuliert: Auf Privatareal darf ohne ausdrückliche Einwilligung des Verfügungsberechtigten nicht kontrolliert werden! Schließlich hat hier der Verfügungsberechtigte auch das in der GewO verbürgte Recht, jegliche Dritte mit nachweislicher Ermächtigung zu Hausführungen zu legitimieren.

Sonstige mögliche Rechtsfolgen

Gemäß § 41 **Urheberrechtsgesetz** steht das Urheberrecht der Benutzung eines Werkes (z.B. angefertigten Fotos) zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren nicht entgegen (freie Werknutzung).

Eine unbefugte Gewerbeausübung stellt zivilrechtlich einen Akt unlauteren Wettbewerbs dar. Daher kann bei erwiesenen Verwaltungsübertretungen nach dem **Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb (UWG)** vorgegangen werden, z.B. durch Beantragung einer gerichtlichen einstweiligen Verfügung. Dazu berufen ist neben jedem Mitbewerber (Fremdenführer) insbesondere der durch die WKO eingerichtete Schutzverband gegen unlauteren Wettbewerb, der auch kostenpflichtige Abmahnungen erstatten kann.¹²

Datenschutzrecht

Sobald es sich um personenbezogene Daten handelt, d.h. aufgrund der Daten können Rückschlüsse auf die Identität der Person gezogen werden (§ 4 DSGVO), muss das Datenschutzgesetz beachtet werden. Daten können Schriftenstücke über einen Sachverhalt oder eine Person, Fotos und auch Videos sein. Schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen werden nicht verletzt, wenn die Verwendung von Daten über eine verwaltungsbehördlich strafbare Handlung zum Zweck der Erstattung einer Anzeige an eine zur Verfolgung der angezeigten Handlungen zuständige Behörde erfolgt (§ 8 Abs. 4 Z 4 DSGVO).

Die Datenanwendung ist auch nicht meldepflichtig, wenn sie zur Vorbeugung, Verhinderung oder Verfolgung von Straftaten dient (§ 17 Abs. 3 Z 5 DSGVO).

¹² <http://www.schutzverband.at>

Findet eine Videoüberwachung statt, muss eine Genehmigung von der Datenschutzbehörde eingeholt werden. Hier gibt es keine Ausnahme der Genehmigungspflicht für die Verfolgung von Straftaten.¹³

Dem Fachverband der Freizeit- und Sportbetriebe steht es frei, z.B. auf Grundlage dieses Gutachtens **compliance-Richtlinien für die Pfuscherbekämpfung** als Empfehlung für die Fachgruppen herauszugeben. Diese haben die Möglichkeit, eine solche Empfehlung durch Fachgruppenbeschluss im Sinne einer Selbstbindung intern verbindlich zu machen.

Zusammenfassung

Neben den zuständigen Behörden und der Wirtschaftskammer sind auch die **Fachgruppen** im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages im WKG zu **Maßnahmen der Pfuscherbekämpfung** berechtigt, in eingeschränktem Umfang und ohne Anmaßung hoheitlicher Rechte auch zu Kontrollmaßnahmen vor Ort. Da es sich dabei um der Fachgruppe zuzurechnende Handlungen handelt, ist nach dem **dualen Vertretungsprinzip** jedenfalls ein gemeinsames Einschreiten zumindest von Fachgruppenobmann/frau und Geschäftsführer notwendig. Dabei sind die Schranken insbesondere des Gewerbe-, Zivil-, Urheber- und Datenschutzrechts zu beachten.

Ein **Einschreiten von Funktionären alleine bzw. einzelner Kammermitglieder** stellt privates Handeln dar, das jedenfalls nicht im Auftrag der Fachgruppe erfolgt und nicht im öffentlichen Interesse liegt, was den zulässigen Eingriffsmaßnahmen engste Grenzen zieht, andernfalls ernste rechtliche Sanktionen drohen.

Im Rahmen des **Hausrechts** sind Kontrollen überhaupt nur mit Einwilligung des Verfügungsberechtigten zulässig.

Funktionsausweis der Fachgruppe Wien der Freizeit- und Sportbetriebe



¹³ „Die Legaldefinition für Videoüberwachung ist so weit gefasst, dass unter Umständen auch das Fotografieren von Einzelbildern oder das Abspeichern von Standbildern darunter fallen könnte, da es sich um eine systematische und fortlaufende Feststellung von Ereignissen handelt“ (*Knyrim*, Datenschutzrecht3 [2015] 224).

Pfuscher-Informationsfolder der Fachgruppe Wien der Freizeit- und Sportbetriebe



Rückfragehinweis^[1]:

Für Rückfragen steht die jeweilige Fachgruppe Freizeit- und Sportbetriebe Ihres Bundeslandes gerne zur Verfügung.

Autor: Dr. jur. Mag. phil. Klaus-Christian Vögl für
Fachverband Freizeit- und Sportbetriebe
Wiedner Hauptstr. 63 | B4 08 | 1045 Wien
T: +43-(0)5-90-900-3554 | F: + 43-(0)5-90-900-3568
E: freizeitbetriebe@wko.at
W: <http://wko.at/freizeitbetriebe>

Wien, 18.2.2016

^[1] Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältiger Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung des Autors oder des Fachverbandes ist ausgeschlossen.