

Sonder-Versicherungsrechts-Newsletter

9a/2013

des Fachverbandes der Versicherungsmakler und
Berater in Versicherungsangelegenheiten

Zum Thema „Gewerberechtliche Überprüfungen bei Versicherungsmaklern“ Teil (1)

Aufgrund diverser Nachfragen seitens unserer Mitglieder und unter Zugrundelegung einer entsprechenden Empfehlung durch den Fachverbandsausschuss soll der gegenständliche Newsletter einen Überblick über die Befugnisse der Gewerbebehörden bei Betriebsprüfungen von Versicherungsmaklern und Beratern in Versicherungsangelegenheiten verschaffen.

Zuständigkeit

Gemäß § 338 Abs 1 iVm 333 Abs 1 GewO sind die zuständigen Behörden für Betriebsprüfungen die Bezirksverwaltungsbehörde, dh. die **Bezirkshauptmannschaften** bzw. in Städten mit eigenem Statut (Art 116 Abs 3 B-VG) der **Magistrat**, im Bundesland Wien die Magistratischen Bezirksämter.

Gemäß § 334 GewO kann aber auch in bestimmten Verwaltungsangelegenheiten der Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend in erster Instanz zuständig sein. Er kann in diesem Fall mit der Durchführung des Verfahrens ganz oder teilweise nachgeordnete Dienststellen betrauen.

Gesetzliche Befugnisse

Was die Kontrollbefugnisse der Gewerbebehörden betrifft, so sind diese in § 338 GewO geregelt.

Daraus sind für das Gewerbe der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten folgende Bestimmungen hervorzuheben:

„§ 338. (1) Soweit dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist, sind die Organe der zur Vollziehung dieser Vorschriften zuständigen Behörden sowie die von diesen Behörden herangezogenen Sachverständigen berechtigt, Betriebe sowie deren Lagerräume während der Betriebszeiten zu betreten und zu besichtigen und Kontrollen des Lagerbestandes vorzunehmen und in alle Geschäftsunterlagen Einsicht zu nehmen und Beweismittel zu sichern. Der Betriebsinhaber oder dessen Stellvertreter ist spätestens beim Betreten des Betriebes oder der Lagerräume zu verständigen. Insoweit die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes gemäß § 336 bei der Vollziehung dieses Bundesgesetzes mitzuwirken haben, haben ihnen die

Gewerbetreibenden auf Verlangen alle für die Gewerbeausübung maßgebenden behördlichen Urkunden vorzuweisen und zur Einsichtnahme auszuhändigen. Liegt gegen eine Person der Verdacht einer Verwaltungsübertretung gemäß § 366 Abs. 1 Z 1, 2 oder 3 vor, so hat sich diese Person gegenüber den Organen des öffentlichen Sicherheitsdienstes auszuweisen.

(2) Soweit dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist, hat der Betriebsinhaber oder dessen Stellvertreter den Organen der im Abs. 1 genannten Behörden sowie den von diesen Behörden herangezogenen Sachverständigen das Betreten und die Besichtigung des Betriebes und der Lagerräume zu ermöglichen sowie den Anordnungen dieser Organe zur Inbetriebnahme oder Außerbetriebsetzung und über die Betriebsweise von Maschinen und Einrichtungen und zur Vornahme betrieblicher Verrichtungen zu entsprechen; weiters hat er den im Abs. 1 genannten Behörden die notwendigen Auskünfte zu geben, notwendige Unterlagen vorzulegen und erforderlichenfalls Einblick in die Aufzeichnungen über den Lagerbestand sowie über die Warenein- und -ausgänge zu gewähren.

(...)

(4) Die Organe der im Abs. 1 genannten Behörden haben bei den Amtshandlungen gemäß Abs. 1 und 2 darauf Bedacht zu nehmen, daß jede nicht unbedingt erforderliche Störung oder Behinderung des Betriebes vermieden wird.

(5) Die gemäß Abs. 2 letzter Halbsatz erhaltenen Angaben dürfen nur für die Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften verwendet werden.

(6) Die Bestimmungen des Arbeitsinspektionsgesetzes 1993, BGBl. Nr. 27/1993, werden durch dieses Bundesgesetz nicht berührt.

(7) Die Organe der zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften zuständigen Behörden sind berechtigt, die zuständigen Behörden zu verständigen, wenn sie im Rahmen ihrer Tätigkeit zu dem begründeten Verdacht gelangen, daß eine Übertretung arbeitsrechtlicher oder sozialversicherungsrechtlicher oder steuerrechtlicher Vorschriften vorliegt.

(Anm.: richtig: (8)) Das Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit und die FMA arbeiten bei der Vollziehung der Bestimmungen über Versicherungsvermittlung nach diesem Bundesgesetz sowie nach dem BWG und dem VAG in wechselseitiger Hilfeleistung zusammen.“

Nach dem Willen des Gesetzgebers sollten gemäß § 338 Abs 8 GewO durch die Behördenzusammenarbeit mit der FMA Synergieeffekte ermöglicht werden, ferner sollte sich die Zusammenarbeit wegen der Notwendigkeit einer einheitlichen Vollziehung des Gewerberechtes insbesondere auf die Vollziehung der gewerberechtlichen Bestimmungen durch die FMA in dem von ihr zu beaufsichtigenden Bereich erstrecken (vgl EB 2. GewO-Nov 2004).

Daraus folgt, dass auch die Gewerbebehörden berechtigt sind, beim Versicherungsmakler die **Einhaltung versicherungsaufsichtsbehördlicher Vorschriften** zu kontrollieren. Anlässlich der Umsetzung der Versicherungsvermittlerrichtlinie wurde auch verdeutlicht, dass die Behörde alle verfahrensrechtlichen Kompetenzen hat, um die korrekte Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften wirkungsvoll zu kontrollieren und durchzusetzen (vgl Erläuternde Bemerkungen [EB] zur 2. GewO-Nov 2004).

Diese Bestimmung ermöglicht es zwar den Organen der Gewerbebehörden, Betriebe auch dann zu betreten, wenn kein konkreter Verdacht der Nichteinhaltung der gewerberechlichen Vorschriften besteht, allerdings rechtfertigt diese Bestimmung ein Betreten von Betrieben usw. nur insoweit, als dies zur Vollziehung der gewerberechlichen Vorschriften erforderlich ist.

Es ist daher grundsätzlich möglich, dass die Gewerbebehörde ihre Organe in Betriebe zum Zwecke der Kontrolle entsendet, ob bestimmte Vorschriften – gleichgültig, ob es sich um generelle Normen oder um bescheidmäßige Anordnungen handelt – befolgt werden, ohne dass schon der konkrete Verdacht der Nichtbefolgung dieser Vorschriften bestehen muss. Bei allen derartigen Amtshandlungen ist aber unbedingt auch § 338 Abs 4 GewO zu beachten, wonach **jede nicht unbedingt erforderliche Störung oder Behinderung des Betriebes zu vermeiden** ist.

Unzulässige Überschreitungen

So hat der VwGH etwa ausgesprochen, dass die Beiziehung des Filmteams eines privaten Fernsehsenders und dessen Tätigwerden, das der Information der Öffentlichkeit dienen sollte, in § 338 GewO 1994 keine Deckung findet und die beschwerdeführende Gesellschaft dadurch in ihren Rechten verletzt wurde.

In der gleichen Entscheidung wurde festgehalten, das Verlangen nach einer Ausweisleistung der anwesenden Kunden ohne konkreten Verdacht verletze zwar primär die betroffenen Kunden in ihren Rechten, es sei jedoch auch das Gebot der möglichsten Schonung des Gewerbetreibenden missachtet worden (vgl E des VwGH vom 31.1.2013, 2008/04/0216).

Nach der Rechtsprechung des VfGH kann das Betreten eines Raumes durch ein Amtsorgan zwecks Vornahme einer Amtshandlung nicht als Verletzung des Hausrechtes angesehen werden. Sie ist daher auch keine Hausdurchsuchung (vgl etwa VfGHSlg. 6228 uva).

Die in § 338 Abs 2 GewO normierte Verpflichtung des Betriebsinhabers oder seines Stellvertreters ist **nicht von einer vorherigen Verständigung oder Ladung** des Betriebsinhabers abhängig (VwGH 9.9.1998, Zahl 98/04/0101).

Der Wortlaut „vorzulegen“ in § 338 Abs 2 GewO kann nur dahingehend verstanden werden, dass die Betriebsinhaber oder deren Stellvertreter notwendige Unterlagen nur während der Überprüfung des Betriebes auf Verlangen vorzulegen haben. Eine Verpflichtung der Betriebsinhaber, vor der Vornahme der Überprüfung des Betriebes notwendige Unterlagen im Postwege der Behörde zu übermitteln, kann daher dem § 338 Abs 2 GewO nicht entnommen werden. Eine solche Verpflichtung bestünde nur dann, wenn die Vorlage von Unterlagen als Auflage im Genehmigungsbescheid (§ 77 und § 81 GewO) oder in einem Bescheid gemäß § 79 GewO vorgeschrieben wird.

Durch § 338 GewO wird der im Verwaltungsstrafrecht geltende Grundsatz der Unzulässigkeit der Erzwingung einer Beantwortung von gestellten Fragen oder einer wahrheitsgemäßen Aussage (§ 33 Abs 2 und 3 VStG) nicht berührt. Auch die Vorschriften des § 40 Abs 2 AVG über die Wahrung der Kunst-, Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse wird durch diese Bestimmung nicht berührt (EB).

Aus den obigen Ausführungen folgt aber, dass sich ein Versicherungsmakler oder Berater in Versicherungsangelegenheiten der „Vorlagepflicht“ nicht mit der Begründung entziehen kann, er würde dadurch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse verletzen, da der Gesetzgeber die Vorlage ausdrücklich anordnet (vgl VwGH 10.7.1997, 97/07/0021).

Eine derartige **Betriebsprüfung** ist als solche **kein Verwaltungsverfahren**, das mit einem Bescheid zu enden hätte. Sofern Verstöße gegen gewerberechtliche Bestimmungen festgestellt werden sollten, wären ein Verwaltungsstrafverfahren einzuleiten oder Zwangsmaßnahmen nach § 360 GewO zu veranlassen.

Das Vorliegen einer sogenannten faktischen Amtshandlung bei Durchführung gewerbebehördlicher Kontrollen nach § 338 GewO setzt die Anwendung von Zwang voraus. Bloße **Aufforderungen bzw. Wünsche**, die von Organwaltern ausgesprochen werden, stellen **keine Ausübung unmittelbarer behördlicher Befehlsgewalt und Zwangsgewalt** dar. Gegen eine „faktische Amtshandlung“ wäre bis 31.12.2013 eine Beschwerde beim jeweils örtlich zuständigen UVS, danach beim jeweiligen Landesverwaltungsgericht möglich.

Zur Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Betriebsprüfungen wird auch auf den Artikel von Dr. Gerold Holzer in Asscompact, Jänner 2011, S. 17f. verwiesen. Aus rechtlicher Sicht sind seine Ausführungen im Lichte obiger Ausführungen voll zu billigen, die Befugnisse der Gewerbebehörden sind darin ebenfalls umfassend und rechtlich zutreffend dargestellt.

In einem **zweiten Teil dieses Sondernewsletters**, der **in wenigen Wochen verteilt** werden wird, sollen insbesondere die **Prüfbefugnisse der Gewerbebehörden hinsichtlich** der Einhaltung der §§ 365m – 365z GewO dargestellt werden. Hierbei geht es um die für Versicherungsmakler erforderlichen **Maßnahmen zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung**.

Wien, September 2013

Sen.Präs i.R. Hofrat Dr. Gerhard Hellwagner
Vorsitzender der Schlichtungskommission der
Rechtsservice- und Schlichtungsstelle

Mag. Christian Wetzelberger
Jur. Referent der Rechtsservice-
und Schlichtungsstelle (RSS)

Mag. Erwin Gisch, MBA
Geschäftsführer des Fachverbandes
der Versicherungsmakler

