

Wien, im Februar 2018

## Fachverband der Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten

### „Gewerberechtliche Überprüfungen bei Versicherungsmaklern“<sup>1</sup>

Aufgrund einiger Anfragen von Mitgliedern möchte Ihnen der Fachverband einen Überblick über die gewerbebehördlichen Befugnisse bei Betriebsprüfungen von Versicherungsmaklern und Beratern in Versicherungsangelegenheiten geben (Bei der gegenständlichen Information handelt es sich um ein Update einer Mitgliederinformation aus dem Jahr 2013). Bitte beachten Sie, dass diese Aufzählung demonstrativ, also beispielhaft ist. Da die IDD bisher noch nicht in nationales Recht umgesetzt wurde, sind etwaige neue Befugnisse in diese Zusammenfassung nicht aufgenommen.

#### ■ Welche Behörde ist für die Überprüfung von Maklern zuständig?

Grundsätzlich sind für Betriebsprüfungen die Bezirksverwaltungsbehörden zuständig. (§ 338 Abs. 1 iVm § 333 Abs. 1 GewO), d.h. die Bezirkshauptmannschaften bzw. in Städten mit eigenem Statut der Magistrat, in Wien die Magistratischen Bezirksämter.

In bestimmten Verwaltungsangelegenheiten (z.B. Verfahren betreffend das Verbot der Ausführung von Tätigkeiten durch ausländische Gewerbetreibende) kann auch die Bundesministerin für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (ehedem: Bundesminister für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft) zuständig sein. Sie kann mit der Durchführung des Verfahrens ganz oder teilweise nachgeordnete Dienststellen betrauen.

#### ■ Wie und in welchem Umfang darf die Behörde prüfen?

Die wichtige Bestimmung in diesem Zusammenhang ist der § 338 Abs. 1 GewO, der wie folgt lautet:

*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,*

<sup>1</sup> Zusammenstellung von Mag. Christian Wetzelberger (Rechtsservice- und Schlichtungsstelle des Fachverbandes Versicherungsmakler) und Mag. Olivia Strahser (Fachverband Versicherungsmakler).

- *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.*

■ **Abs. 2 regelt in diesem Zusammenhang, was der Betriebsinhaber oder dessen Stellvertreter zu tun haben:**

*Soweit dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften erforderlich ist, hat er 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;*
- *weilers 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.*

■ **Was hat die Behörde bei der Prüfung zu beachten?**

Hierfür ist der § 338 Abs.4 ff einschlägig:

*Danach haben die Organe der im Abs. 1 genannten Behörden bei den Amtshandlungen gemäß Abs. 1 und 2 darauf Bedacht zu nehmen, dass jede nicht unbedingt erforderliche Störung oder Behinderung des Betriebes vermieden wird.*

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

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

*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.*

Explizit angesprochen wird im § 338 Abs. 8 GewO die Zusammenarbeit des Bundesministeriums für Digitalisierung und Wirtschaftsstandort (ehedem BM für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft) mit der Finanzmarktaufsicht (FMA) bei der Vollziehung der Bestimmungen über Versicherungsvermittlung und Kreditvermittlung nach diesem Bundesgesetz sowie nach dem BWG und dem Versicherungsaufsichtsgesetz 2016 in wechselseitiger Hilfeleistung. Daraus folgt:

Die Gewerbebehörden sind berechtigt, beim Versicherungsmakler die Einhaltung versicherungsaufsichtsbehördlicher Vorschriften zu kontrollieren und durchzusetzen.

In einer neuen Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 23.10.2017 wiederholt das Höchstgericht, dass das Betreten von Betrieben durch die Behörden nur insoweit gerechtfertigt ist, als dies zur Vollziehung der gewerberechtlichen Vorschriften notwendig ist. Das Vorliegen einer rechtskräftig genehmigten gewerblichen Betriebsanlage ist jedoch nicht Voraussetzung für das Einschreiten der Organe einer Gewerbebehörde. § 338 GewO vermag alleine für die Kontrolle der Einhaltung anderer Rechtsvorschriften keine Rechtsgrundlage darstellen. Die Kontrolle der Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften ist hingegen durch § 338 GewO erfasst. Dazu gehört es auch, bei entsprechenden Verdachtsmomenten zu kontrollieren, ob ein Gewerbe gemäß der hierfür erforderlichen Gewerbeberechtigung ausgeübt wird.

#### ■ **Was darf die Gewerbebehörde beispielsweise überprüfen?**

In § 137b GewO geht es um die fachliche Eignung des Maklers und seiner Mitarbeiter (Stichwort: Ausbildung). In Abs. 6 dieser Bestimmung ist das regelmäßige Überprüfen des Vorliegens der Anforderungen nach Abs. 1 bis 5 durch die Behörde explizit angeführt. Es sind Aufzeichnungen zu führen und in Evidenz zu halten.

Nach § 137c GewO ist eine Berufshaftpflichtversicherung oder gleichwertige Deckungsgarantie abzuschließen. Auch diesen Bereich kann die Behörde kontrollieren.

§ 137f Abs. 3: Überprüfung der Geschäftspapiere. Sie haben in der Kopf- oder Fußzeile Namen, Anschrift, GISA Zahl und die Gewerbebezeichnung „Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten“ zu enthalten

Grundsätzlich muss jemand, der die Vermittlung ausschließlich in einer bestimmten Form ausübt, diese Form auf allen Geschäftspapieren und den nach außen in Erscheinung tretenden Geschäftsschildern führen.

Nach § 137f Abs. 6 GewO besteht eine Hinweispflicht bei Berechtigung zum Empfang von Prämien oder sonstigen für den Kunden bestimmten Beträgen.

#### § 137g GewO: Beratung und Dokumentation

Nach der Beratung, abgestimmt auf Komplexität des angebotenen Vertrages, den Angaben, Wünschen und Bedürfnissen sind die Wünsche des Kunden, welcher Rat erteilt wurde und welches Produkt aus welchem Grund ausgewählt wurde, zu protokollieren.

Nach § 137h GewO hat die Auskunftserteilung auf Papier oder einem anderen dauerhaften Datenträger in klarer und verständlicher Form, auf Deutsch oder in einer anderen vereinbarten Sprache zu erfolgen.

§ 365m-z GewO: Dieser Abschnitt der Gewerbeordnung behandelt die Regeln zur Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung. Wie schon in der Information für Mitglieder (Newsletter September 2017) genau ausgeführt, sind Versicherungsmakler nicht in ihrer gesamten Geschäftstätigkeit betroffen, sondern nur hinsichtlich der Vermittlung von Lebensversicherungen mit Anlagezweck.

Neben allgemeinen Pflichten (z.B. Überprüfung der Kundenidentität), Risikobewertung und eventuell erhöhten Pflichten im Zusammenhang mit politisch exponierte Personen (PEP), sind darüber hinaus diesbezügliche Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten zu beachten. Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen sind ebenso mit den Bestimmungen vertraut zu machen. Es ist sinnvoll, die laufenden Mitarbeiterinformationen und Handlungsanweisungen zu dokumentieren.

In Verbindung mit §137g GewO ist § 28 Z 1 MaklerG zu nennen: Nach dieser Bestimmung hat der Makler sowohl eine angemessene Risikoanalyse sowie ein angemessenes Deckungskonzept für den Kunden zu erstellen.

Nach § 28 Z 2 MaklerG ist der Versicherungsmakler zur Solvenzbeurteilung des Versicherers verpflichtet. Auch dies kann überprüft werden.

#### ■ **Welches Verhalten der Behörde ist unzulässig?**

So hat der VwGH etwa ausgesprochen, dass die Beziehung 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 be-

troffenen Kunden in ihren Rechten, es sei jedoch auch das Gebot der möglichen Schonung des Gewerbetreibenden missachtet worden (vgl. E des VfGH 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 (VfGH 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. VfGH 10.7.1997, 97/07/0021).

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 eine Beschwerde beim jeweiligen Landesverwaltungsgericht möglich.

## ■ Was passiert, wenn die Behörde Verstöße feststellt?

Eine 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.

In diesem Zusammenhang sind die Strafbestimmungen in den §366 ff anzuführen. Einschlägig ist insbesondere § 367 Abs. 58 GewO: Eine Verwaltungsübertretung, die mit Geldstrafe bis zu 2180 Euro zu bestrafen ist, begeht, wer den Bestimmungen der § 136a bis §138 GewO (beinhaltet die wichtigsten Regelungen für Versicherungsmakler) zuwiderhandelt.

Besonders hoch kann die Geldstrafe im Falle des Ausbleibens der Information an die Geldwäschemeldestelle oder die fehlende Auskunftserteilung werden. Hier sind bis zu 30 000 Euro Geldstrafe möglich (§366b ff GewO).

In der Praxis gibt die Behörde bei Beanstandungen mitunter eine Verbesserungsfrist vor, auf die Gewährung der Frist besteht jedoch kein Rechtsanspruch.

Beste Grüße



Christoph Berghammer, MAS  
Fachverbandsobmann



Mag. Erwin Gisch, MBA  
Fachverbandsgeschäftsführer