

TE Vfgh Erkenntnis 2008/6/21 V332/08

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 21.06.2008

Index

50 Gewerberecht

50/01 Gewerbeordnung

Norm

B-VG Art18 Abs2

B-VG Art139 Abs1 / Präjudizialität

B-VG Art139 Abs1 / Prüfungsgegenstand

BGBIG 2004 (Art4 KundmachungsreformG 2004) §4 Abs1 Z2

Erlass des BMWA vom 21.11.05 betreffend das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung

GewO 1994 §32 Abs6, §137 Abs2, §137b Abs1, Abs4

1. B-VG Art. 18 heute
2. B-VG Art. 18 gültig ab 01.07.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2012zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
5. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
6. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1996zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
7. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
8. B-VG Art. 18 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1996zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 18 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 139 heute
2. B-VG Art. 139 gültig ab 01.01.2015zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 139 gültig von 30.11.1996 bis 31.12.2003zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 659/1996
6. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.1991 bis 29.11.1996zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
7. B-VG Art. 139 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
8. B-VG Art. 139 gültig von 21.07.1962 bis 30.06.1976zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 205/1962
9. B-VG Art. 139 gültig von 19.12.1945 bis 20.07.1962zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
10. B-VG Art. 139 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 139 heute
2. B-VG Art. 139 gültig ab 01.01.2015zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013

3. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 139 gültig von 30.11.1996 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 659/1996
6. B-VG Art. 139 gültig von 01.01.1991 bis 29.11.1996 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
7. B-VG Art. 139 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
8. B-VG Art. 139 gültig von 21.07.1962 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 205/1962
9. B-VG Art. 139 gültig von 19.12.1945 bis 20.07.1962 zuletzt geändert durch StGBl. Nr. 4/1945
10. B-VG Art. 139 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. GewO 1994 § 32 heute
2. GewO 1994 § 32 gültig ab 18.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 94/2017
3. GewO 1994 § 32 gültig von 15.01.2005 bis 17.07.2017 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 131/2004
4. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2003 bis 14.01.2005 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 48/2003
5. GewO 1994 § 32 gültig von 01.08.2002 bis 31.07.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 111/2002
6. GewO 1994 § 32 gültig von 01.07.1997 bis 31.07.2002 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 63/1997
7. GewO 1994 § 32 gültig von 19.03.1994 bis 30.06.1997

Leitsatz

Gesetzwidrigkeit eines Erlasses betreffend das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung mangels Kundmachung im Bundesgesetzblatt; Verordnungscharakter aufgrund imperativer Formulierungen und allgemein verbindlicher Anordnungen für die Rechtsunterworfenen; Einschränkung des behördlichen Entscheidungsspielraums betreffend den möglichen Umfang des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung und die Befähigungsvoraussetzungen; Mindestmaß an Publizität erreicht

Spruch

Die Verordnung (d.i. Punkt 1. des Erlasses) des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 21. November 2005, Z BMWA-30.599/0339-I/7/2005, betreffend das Gewerberecht wird als gesetzwidrig aufgehoben.

Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruches im Bundesgesetzblatt II verpflichtet. Der Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit ist zur unverzüglichen Kundmachung dieses Ausspruches im Bundesgesetzblatt römisch II verpflichtet.

Begründung

Entscheidungsgründe:

I. Beim Verfassungsgerichtshof ist zu B831/07 ein Verfahren römisch eins. Beim Verfassungsgerichtshof ist zu B831/07 ein Verfahren

über die Beschwerde gegen einen Berufungsbescheid des Landeshauptmannes von Niederösterreich anhängig, der einen Bescheid des Bürgermeisters der Stadt St. Pölten im Wesentlichen bestätigt, womit dem Beschwerdeführer, einem Inhaber der Gewerbeberechtigung für das Gewerbe der gewerblichen Vermögensberatung gemäß §94 Z75 Gewerbeordnung 1994 (im Folgenden: GewO 1994), die Ausübung des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung in der Form Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten untersagt wird.

Der Landeshauptmann von Niederösterreich begründet die Untersagung mit Formulierungen, die stellenweise dem Wortlaut des Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 21. November 2005, Z BMWA-30.599/0339-I/7/2005, entsprechen. Die Behörde nimmt auf den "auf bestimmte Geschäftsfelder begrenzten Tätigkeitsumfang (...) auf Grund eines Nebengewerbes" Bezug und folgert, dass "ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig" seien. Die Gewerbeanmeldung des Berufungswerbers im Nebengewerbe hätte daher nicht auf den gesamten Berechtigungsumfang des Gewerbes Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten lauten dürfen.

In der gegen diesen Bescheid nach Art 144 B-VG erhobenen Beschwerde wird ein Verstoß gegen die verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechte auf Freiheit der Erwerbstätigkeit gemäß Art 6 StGG und auf Gleichheit aller Staatsbürger vor dem Gesetz gemäß Art 7 B-VG sowie gegen Art 18 B-VG behauptet und die Einleitung eines Gesetzesprüfungsverfahrens betreffend die angewendeten Bestimmungen der Gewerbeordnung angeregt.

II. Aus Anlass dieses Beschwerdeverfahrens sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit des im Spruch genannten und vorläufig als Verordnung qualifizierten Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit entstanden.
römisch II. Aus Anlass dieses Beschwerdeverfahrens sind beim Verfassungsgerichtshof Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit des im Spruch genannten und vorläufig als Verordnung qualifizierten Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit entstanden.

1. Die maßgebliche Rechtslage stellt sich wie folgt dar:

Mit der Novelle BGBl. I 131/2004 zur Gewerbeordnung 1994, BGBl. 194/1994, wurde die Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (ABl. 2003 L 9, S 3) umgesetzt. Seit In-Kraft-Treten der entsprechenden Bestimmungen am 15. Jänner 2005 kann das Gewerbe der Versicherungsvermittlung nach §32 Abs6 GewO 1994 auch in der Form eines sog. Nebengewerbes angemeldet und ausgeübt werden. Dieses Recht steht gemäß §137 Abs2 GewO 1994 nur u.a. nach Erbringung der Nachweise gemäß den Bestimmungen der §§137 bis 138 GewO 1994 und den sonstigen Bestimmungen betreffend Versicherungsvermittlung zu. Gemäß §137b Abs4 GewO 1994 können durch Verordnung nähere Vorgaben hinsichtlich der erforderlichen fachlichen Eignung für die nebengewerbliche Tätigkeit getroffen werden. Mit der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 131 aus 2004, zur Gewerbeordnung 1994, Bundesgesetzblatt 194 aus 1994, wurde die Richtlinie 2002/92/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. Dezember 2002 über Versicherungsvermittlung (ABl. 2003 L 9, S 3) umgesetzt. Seit In-Kraft-Treten der entsprechenden Bestimmungen am 15. Jänner 2005 kann das Gewerbe der Versicherungsvermittlung nach §32 Abs6 GewO 1994 auch in der Form eines sog. Nebengewerbes angemeldet und ausgeübt werden. Dieses Recht steht gemäß §137 Abs2 GewO 1994 nur u.a. nach Erbringung der Nachweise gemäß den Bestimmungen der §§137 bis 138 GewO 1994 und den sonstigen Bestimmungen betreffend Versicherungsvermittlung zu. Gemäß §137b Abs4 GewO 1994 können durch Verordnung nähere Vorgaben hinsichtlich der erforderlichen fachlichen Eignung für die nebengewerbliche Tätigkeit getroffen werden.

1.1. Die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, BGBl. 194/1994 in der im Hinblick auf den Erlass maßgeblichen Fassung BGBl. I 131/2004 betreffend das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung lauten wie folgt: 1.1. Die Bestimmungen der Gewerbeordnung 1994, Bundesgesetzblatt 194 aus 1994, in der im Hinblick auf den Erlass maßgeblichen Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 131 aus 2004, betreffend das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung lauten wie folgt:

"Sonstige Rechte von Gewerbetreibenden

§32. (1) - (5) [...]

1. (6) Absatz 6 Gewerbetreibenden sind, wenn die Versicherung eine Ergänzung der im Rahmen der Haupttätigkeit gelieferten Waren oder erbrachten Dienstleistungen darstellt, gemäß den Bestimmungen der §§137 bis 138 und den sonstigen Bestimmungen betreffend Versicherungsvermittlung auch Tätigkeiten der Versicherungsvermittlung erlaubt. Die Ausübung dieses Rechts steht nur nach Erbringung der Nachweise und Registrierung gemäß den genannten Bestimmungen zu.

[...]

Versicherungsvermittlung

§137. (1) [...]

1. (2) Absatz 2 Nach diesem Bundesgesetz kann die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung - entsprechend der tatsächlichen Beziehung zu Versicherungsunternehmen - in der Form 'Versicherungsagent' oder in der Form 'Versicherungsmakler und Berater in Versicherungsangelegenheiten' erfolgen und zwar im Umfang einer Gewerbeberechtigung nach §94 Z75 oder Z76 oder als Nebengewerbe. Bei einem Nebengewerbe kann es sich entweder um ein sonstiges Recht im Rahmen einer Berechtigung nach diesem Bundesgesetz im Sinne des §32 Abs6 oder um eine Nebentätigkeit zur Ergänzung von im Rahmen einer Hauptberufstätigkeit auf Grund eines anderen Gesetzes gelieferten Waren oder erbrachten Dienstleistungen handeln.

1. (3) Absatz 3- (6) [...]

[...]

Berufliche Anforderungen

Guter Leumund und Befähigung

§137b. (1) Der Einzelunternehmer oder im Falle von Gesellschaften (§9 Abs1) wenigstens ein Drittel aller dem Leitungsorgan eines Unternehmens angehörenden Personen, die für die Versicherungsvermittlung verantwortlich sind, sowie alle direkt bei der Versicherungsvermittlung mitwirkenden Beschäftigten haben die dazu erforderliche fachliche Eignung zu besitzen. Diese kann entweder durch den Befähigungsnachweis für die Gewerbe Versicherungsvermittlung oder Gewerbliche Vermögensberatung oder gemäß §19 durch einschlägige Ausbildungsgänge oder durch adäquate Verwendungszeiten erfüllt werden.

1. (2)Absatz 2- (3) [...]

1. (4)Absatz 4 Bezuglich der fachlichen Eignung bei nebengewerblicher Tätigkeit [...] können in einer Verordnung gemäß §18 nähere Vorschriften getroffen werden.

1. (5)Absatz 5- (7) [...]"

1.2. Für gewerbliche Vermögensberater (nach §94 Z75 GewO 1994), die bereits vor In-Kraft-Treten der GewO-Novelle BGBI. I 131/2004 das Gewerbe der Versicherungsvermittlung als "sonstiges Recht" im Sinne von §32 Abs1 GewO 1994 ausgeübt hatten, wurde in §376 Z18 Abs6 GewO 1994 ein Übergangszeitraum für die Überleitung in das neue Nebengewerbe festgelegt. Das neue Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung (iSv §32 Abs6 GewO 1994 idF BGBI. I 131/2004) konnte danach bis 30. Mai 2005 unter Vorlage des Nachweises, die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung auf Grundlage einer sonstigen Berechtigung gemäß §32 GewO 1994 idF vor der GewO-Novelle über einen Zeitraum von drei Jahren ausgeübt zu haben, angemeldet werden. Im Erlassweg (Erlass des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 17. Jänner 2005, Z BMWA-30.599/5251-1-I/7/2004) wurden darüber hinaus jene Vermögensberater, die im Rahmen einer Befähigungsprüfung bereits entsprechende Kenntnisse nachgewiesen haben, vom Nachweis der dreijährigen Praxis befreit. 1.2. Für gewerbliche Vermögensberater (nach §94 Z75 GewO 1994), die bereits vor In-Kraft-Treten der GewO-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, 131 aus 2004, das Gewerbe der Versicherungsvermittlung als "sonstiges Recht" im Sinne von §32 Abs1 GewO 1994 ausgeübt hatten, wurde in §376 Z18 Abs6 GewO 1994 ein Übergangszeitraum für die Überleitung in das neue Nebengewerbe festgelegt. Das neue Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung (iSv §32 Abs6 GewO 1994 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, 131 aus 2004,) konnte danach bis 30. Mai 2005 unter Vorlage des Nachweises, die Tätigkeit der Versicherungsvermittlung auf Grundlage einer sonstigen Berechtigung gemäß §32 GewO 1994 in der Fassung vor der GewO-Novelle über einen Zeitraum von drei Jahren ausgeübt zu haben, angemeldet werden. Im Erlassweg (Erlass des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 17. Jänner 2005, Z BMWA-30.599/5251-1-I/7/2004) wurden darüber hinaus jene Vermögensberater, die im Rahmen einer Befähigungsprüfung bereits entsprechende Kenntnisse nachgewiesen haben, vom Nachweis der dreijährigen Praxis befreit.

1.3. Der in Prüfung gezogene Punkt 1. des Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vom 21. November 2005, Z BMWA-30.599/0339-I/7/2005, betrifft dagegen die erforderlichen Nachweise für Neuanmeldungen bzw. für Anmeldungen des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung nach Ablauf der in §376 Z18 Abs6 GewO 1994 genannten Übergangsfrist, d.h. nach dem 30. Mai 2005, und enthält daneben Vorgaben in Bezug auf den Umfang des Nebengewerbes.

Der Erlass lautet auszugsweise wie folgt (Hervorhebungen im Original):

"Aus gegebenem Anlass wird Folgendes mitgeteilt:

1. Zum Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung gemäß §32 Abs6 und §137 Abs2 GewO 1994

a) Nennung der Haupttätigkeit im Register beim Nebengewerbe

Der Umfang des Nebengewerbes ist wegen seines ergänzenden Charakters in zweifacher Weise eingeschränkt: Einerseits abstrakt durch eine Beschränkung auf jene Versicherungsprodukte, die angesichts des Haupttätigkeitsumfanges denkmöglich sind, andererseits durch den notwendig ergänzenden Zusammenhang zum konkreten Inhalt des jeweiligen Geschäftsfalls. Haupttätigkeiten können dabei entweder der Gewerbeordnung unterliegen oder auch Tätigkeiten sein, bei denen dies nicht der Fall ist (z.B. Steuerberater oder Speditionsangestellter).

Zur einfacheren Erkennbarkeit des abstrakten Umfanges des jeweiligen Nebengewerbes hätte die eintragende

Gewerbebehörde im Feld neben dem Gewerbewortlaut in Klammer nunmehr auch den Wortlaut der Haupttätigkeit einzutragen (wird aber nicht Teil des Gewerbewortlautes). Beim Handelsgewerbe wäre, falls eine Spezialisierung auf ein bestimmtes Handelsgewerbe bekannt gegeben wird (seitens des Gewerbetreibenden oder der Wirtschaftskammern), auch diese Spezialisierung ersichtlich zu machen.

Auch bisherige Eintragungen sind von den Gewerbebehörden sukzessive im genannten Sinn zu ergänzen, soweit die Berufsvertretungen, insbesondere betreffend den Ausübungsumfang beim Handelsgewerbe, von sich aus entsprechende Informationen übermitteln.

Die Eintragung hat sich an folgenden Beispielen zu orientieren:

[...]

Die Angabe der Haupttätigkeit ist nicht Teil des Gewerbewortlautes; daher kann bei einer Änderung der Haupttätigkeit dieser Hinweis von der Behörde von Amts wegen gebührenfrei aktualisiert werden.

b) weitere Feststellungen zum Nebengewerbe

Aus dem ergänzenden Charakter des Nebengewerbes ergibt sich insbesondere, dass die nebengewerbliche Vermittlung nur im selben Einzelgeschäft wie die Dienstleistung oder Warenlieferung im Rahmen der Hauptberechtigung erfolgen kann und diesem konkreten Hauptgeschäft inhaltlich dienlich sein muss (Kinscher - Paliege-Barfuß, GewO 7. Aufl., FN 8 zu §32 sowie EB zu GR Nov 2002, mit der der Begriff der ergänzenden Leistung erstmals eingeführt wurde; u.a. OGH 6 Ob 605/95 allgem. zum Begriff eines Nebenrechtes als einem Hauptrecht 'dienendes' Recht). Aufgrund dieses zwingenden Zweckzusammenhangs zwischen dem Hauptinhalt des getätigten Geschäftes und der Versicherungsvermittlung ergibt sich etwa, dass ein KFZ - Händler, wenn er einen Neuwagen verkauft, eine Haftpflichtversicherung für diesen Wagen vermitteln darf, nicht aber z. B. eine klassische Lebensversicherung.

Aus dem in dieser Ausdrücklichkeit durch die GR Nov 2004 nun neu eingeführten Begriffspaar der 'Haupttätigkeit' (§32 Abs6 erster Satz GewO) gegenüber der 'Nebentätigkeit/Nebengewerbe' (§137 Abs2 GewO) ergibt sich außerdem auch zwingend eine quantitative Unterordnung, die dadurch noch unterstrichen wird, dass das Nebengewerbe sogar nur einen 'Zusatz' zum Hauptgewerbe bildet (Art2 Z7 zweiter Teilabsatz RL 2002/92/EG - 'zusätzlicher' Charakter). Dies bedeutet unter anderem, dass auch der erzielte Umsatzerlös (§232 Abs1 HGB) aus dem Geschäftsteil, der dem Nebengewerbe entspricht, dem Umsatzerlös aus dem zugehörigen Geschäftsteil, der den Hauptgegenstand bildet, wesentlich untergeordnet sein muss (ähnlich, aber damals weniger explizit auch Rechtslage vor GR Nov 1993).

Nach Auffassung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit ist es daher insgesamt gesehen zulässig, wenn im Rahmen eines Geschäftsfalles der Nebengeschäftsteil einen Anteil von 10% des Umsatzerlöses aus dem damit verbundenen Hauptgeschäftsteil nicht wesentlich überschreitet. Entstehen aus einer Vermittlung Umsatzerlöse während einer längeren Laufzeit, ist zur Berechnung die Gesamtnutzungsdauer des versicherten Objektes gemäß den Grundsätzen des Einkommenssteuerrechts heranzuziehen, z.B. PKW, gemäß §8 Abs6 EStG acht Jahre. (Maßgebend ist also der Umsatzerlös aus dem einzelnen Geschäftsfall und nicht etwa der jährliche Gesamtumsatzerlös des Unternehmens. Beim jährlichen Gesamtumsatzerlös müsste die genannte Grenze allerdings umso eher erfüllt sein, da ja nicht davon auszugehen ist, dass jedes getätigte Hauptgeschäft durch ein Geschäft aus dem Nebengewerbe ergänzt wurde.)

Allgemein erfordert der Ausnahmeharakter des Nebengewerbes wegen der damit verbundenen Gefahr der Umgehung der Berechtigungsumfänge und der Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen - speziell angesichts der Frage der Kammermitgliedschaften und der Befähigungsanforderungen beim Gewerbezugang - beim Nebengewerbe eine im Zweifel einschränkende Auslegung der anzuwendenden Vorschriften durch die Gewerbebehörden:

Die genannten Kriterien gelten für alle, die das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung beantragt haben, also etwa auch für 'Gewerbliche Vermögensberater'. Insbesondere sind auch bei diesem Gewerbe wegen des auf bestimmte Geschäftsfelder begrenzten Tätigkeitsumfanges auf Grund eines Nebengewerbes ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig. Meldet daher ein Gewerblicher Vermögensberater ein Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung in der Form Agent, so ergibt sich aus dem engen Zweckzusammenhang bei taxativ aufgezähltem Berufsumfang, dass maximal nur die Versicherungszweige der Anlage A Z. 8, 9, 14, 16 und 23 zum VAG eingetragen werden dürfen. Damit wäre übrigens

auch der Umfang nebengewerblicher Tätigkeiten in der Form als Makler umrissen. Die genannten Kriterien gelten für alle, die das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung beantragt haben, also etwa auch für 'Gewerbliche Vermögensberater'. Insbesondere sind auch bei diesem Gewerbe wegen des auf bestimmte Geschäftsfelder begrenzten Tätigkeitsumfanges auf Grund eines Nebengewerbes ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig. Meldet daher ein Gewerblicher Vermögensberater ein Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung in der Form Agent, so ergibt sich aus dem engen Zweckzusammenhang bei taxativ aufgezähltem Berufsumfang, dass maximal nur die Versicherungszweige der Anlage A Ziffer 8., 9, 14, 16 und 23 zum VAG eingetragen werden dürfen. Damit wäre übrigens auch der Umfang nebengewerblicher Tätigkeiten in der Form als Makler umrissen.

Umso geringer wird zumeist wegen des erforderlichen engen Zweckzusammenhangs in einem konkreten Geschäftsfall die zulässige Anzahl an Produkten sein.

Aus dem strengen Auslegungsprinzip und in Verbindung mit dem akzessorischen Charakter folgt auch, dass das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung beim Gewerblichen Vermögensberater nur in derselben Form angemeldet werden darf, in der auch die diesem Gewerbe nun immanente Lebens- und Unfallversicherung ausgeübt wird (Beispiel:

Lebens- und Unfallversicherung als Versicherungsagent, das bedeutet, auch das Nebengewerbe darf nur in der Form Versicherungsagent eingetragen werden).

Beim KFZ - Handel kommen nur Z1 (Insassen - Unfall), Z3, Z10, Z17 (KFZ - Rechtsschutz) und Z19 (Kreditrestschuld für KFZ - Kredite) der Anlage A zum VAG in Frage.

Bestehende Registereintragungen (d.h. also die bei Ausführungsform Versicherungsagent bzw. umfassende Vermittlung beim Nebengewerbe eingetragenen Versicherungszweige) sind von der Behörde dementsprechend zu überprüfen und gegebenenfalls richtig zu stellen; es handelt sich auch hier um eine gebührenfreie amtliche Klarstellung.

Insgesamt besteht also beim Nebengewerbe der Grundsatz der im Zweifel streng einschränkenden Auslegung der anzuwendenden Vorschriften, insbesondere was den Gewerberechtsumfang und die Begründung des Nebengewerbes selbst anbetrifft.

Liegen bei bestimmten Haupttätigkeiten Zweifel über die Erfüllbarkeit der Voraussetzungen vor, ergibt sich bei diesen daher, dass auch die Anmeldung einer nebengewerblichen Tätigkeit unzulässig ist: Dies wäre etwa beim Finanzdienstleistungsassistenten (§19 Abs2a WAG iVm §2 Abs1 Z14 GewO) der Fall. Liegen bei bestimmten Haupttätigkeiten Zweifel über die Erfüllbarkeit der Voraussetzungen vor, ergibt sich bei diesen daher, dass auch die Anmeldung einer nebengewerblichen Tätigkeit unzulässig ist: Dies wäre etwa beim Finanzdienstleistungsassistenten (§19 Abs2a WAG in Verbindung mit §2 Abs1 Z14 GewO) der Fall.

Daher sind von den Behörden Gewerbeanmeldungen eines Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung bei Finanzdienstleistungsassistenten nicht mehr entgegenzunehmen.

Allenfalls bereits bestehende Berechtigungen hätten einen nur theoretischen Berechtigungsinhalt. Erfolgt keine Zurücklegung, so kann die Berechtigung aber belassen werden, ohne ein Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten. Will ein Finanzdienstleistungsassistent tatsächlich im üblichen Sinn Versicherungsprodukte vermitteln, benötigt er dafür die Versicherungsvermittlung als Hauptgewerbe und hätte - unter Berücksichtigung seiner individuellen Befähigung - eine Änderung des Nebengewerbes in ein Hauptgewerbe zu erwirken. Solche Fälle sind analog einer Gewerberechtserweiterung zu behandeln.

c) Befähigung

Jedenfalls ist - im Unterschied zur bisherigen Rechtslage bei den Nebenrechten - nach der neuen Rechtslage (die ja erstmalig auch hier ein genaues Regulativ vorsieht) unbeschadet aller anderen nun genauso wie beim Vollgewerbe zu erfüllenden Voraussetzungen, ein Befähigungsnachweis auch für die nebengewerbliche Tätigkeit erforderlich.

Generell erfordert das Nebengewerbe (vgl. auch Art4 RL 2002/92): Generell erfordert das Nebengewerbe vergleiche auch Art4 RL 2002/92):

* allgemeines versicherungsspezifisches Grundwissen und

* durch den ergänzenden Charakter zum Hauptgewerbe

definiertes spartenspezifisches Wissen über die Produkte, die im Umfang des jeweiligen Nebengewerbes zulässig sind

Dies wäre jedenfalls bei der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zu beachten, auch, wenn ein Verfahren nach §19 GewO stattfinden sollte."

1.4. Im Rahmen der Gewerberechtsnovelle mit BGBl. I 42/2008 vom 26. Februar 2008 wurden einzelne Regelungen des in Prüfung gezogenen Punkt 1. des Erlasses in Gesetzesform gegossen. 1.4. Im Rahmen der Gewerberechtsnovelle mit Bundesgesetzblatt Teil eins, 42 aus 2008, vom 26. Februar 2008 wurden einzelne Regelungen des in Prüfung gezogenen Punkt 1. des Erlasses in Gesetzesform gegossen.

2. Die Bedenken gegen die Gesetzmäßigkeit sind im Prüfungsbeschluss wie folgt formuliert (Hervorhebungen im Original):

"4.1. Vorauszuschicken ist, dass es nicht darauf ankommt, ob der Erlass im Spruch oder in der Begründung des im Anlassbeschwerdeverfahren angefochtenen Bescheides explizit angeführt wird (vgl. VfSlg. 11.272/1987, 17.244/2004). Vielmehr ist entscheidend, ob er tatsächlich die Rechtslage hinsichtlich der Begrifflichkeit des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung verbindlich näher gestaltet. Dies kann dann angenommen werden, wenn der Bescheid, auch wenn der Erlass nicht zitiert wird, inhaltlich im Wesentlichen dem Erlass entspricht und sich in der Begründung sprachlich an diesen anlehnt (vgl. VfSlg. 11.467/1987). "4.1. Vorauszuschicken ist, dass es nicht darauf ankommt, ob der Erlass im Spruch oder in der Begründung des im Anlassbeschwerdeverfahren angefochtenen Bescheides explizit angeführt wird vergleiche VfSlg. 11.272/1987, 17.244/2004). Vielmehr ist entscheidend, ob er tatsächlich die Rechtslage hinsichtlich der Begrifflichkeit des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung verbindlich näher gestaltet. Dies kann dann angenommen werden, wenn der Bescheid, auch wenn der Erlass nicht zitiert wird, inhaltlich im Wesentlichen dem Erlass entspricht und sich in der Begründung sprachlich an diesen anlehnt vergleiche VfSlg. 11.467/1987).

4.2. Die belangte Behörde dürfte bei ihrer Entscheidung den Erlass offenkundig angewendet haben, auch wenn sie diesen nicht ausdrücklich zitiert hat. Sie hat sich inhaltlich auf den Erlass gestützt, indem sie sich erkennbar an dessen Wortlaut in einzelnen Begründungspassagen angelehnt hat. Sie hat in der Bescheidbegründung etwa ausgeführt, dass 'wegen des auf bestimmte Geschäftsfelder begrenzten Tätigkeitsumfanges auf Grund eines Nebengewerbes ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig seien'. Aus dem 'engen Zweckzusammenhang bei taxativem Berufsumfang' ergäbe sich damit, dass ein gewerblicher Vermögensberater allein 'etwa die Versicherungszweige Z8 (Feuer- und Elementarschäden) oder Z9 (Sonstige Sachschäden) zum Versicherungsaufsichtsgesetz' anmelden dürfe.

5. Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 8649/1979, 11.472/1987, 13.632/1993) ist für die Qualität als Verordnung nicht der formelle Adressatenkreis und die äußere Bezeichnung und auch nicht die Art der Verlautbarung, sondern der Inhalt des Verwaltungsaktes maßgeblich.

5.1. Voraussetzung für die Verordnungsqualität eines etwa als 'Mitteilung' bezeichneten Verwaltungsaktes ist u.a., dass seine Formulierungen imperativ gehalten sind (und sich nicht etwa in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen), indem sie das Gesetz bindend auslegen (VfSlg. 5905/1969) und für eine allgemein bestimmte Vielzahl von Personen unmittelbar Geltung beanspruchen (dazu zB VfSlg. 4759/1964, 8649/1979, 8807/1980, 9416/1982, 10.170/1984, 11.467/1987, 13.632/1993, 14.154/1995, 17.244/2004, 17.806/2006).

5.2. Diese Voraussetzungen dürften auf den in Prüfung gezogenen Punkt 1. des Erlasses des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit zutreffen. Seine Formulierungen scheinen in den entscheidenden Punkten imperativ zu sein, weil sie sich nicht in einer bloßen Wiederholung des Gesetzestextes erschöpfen, sondern das Gesetz, insbesondere den Begriff des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung nach §32 Abs6 und §137 Abs2 GewO, verbindlich auslegen wollen.

Im Erlass heißt es u.a.: 'Entstehen aus einer Vermittlung Umsatzerlöse während einer längeren Laufzeit, ist zur Berechnung die Gesamtnutzungsdauer des versicherten Objektes gemäß den Grundsätzen des Einkommenssteuerrechts heranzuziehen, z.B. PKW, gemäß §8 Abs6 EStG acht Jahre.' Damit trifft der Bundesminister im Erlass ebenso eine Anordnung, die über eine bloße Information über einen Rechenvorgang hinausgeht, wie der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft in einem Schreiben an die AMA für die Berechnung des AMA-Beitrages, das vom Verfassungsgerichtshof ebenfalls als Verordnung gewertet wurde (VfGH 28.2.2007, V97-100/06).

In vergleichbarer Weise wird ferner angeordnet, dass 'der Ausnahmeharakter des Nebengewerbes (...) eine im Zweifel einschränkende Auslegung der anzuwendenden Vorschriften durch die Gewerbebehörden (erfordert)', ferner dass 'ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig' seien, 'dass maximal die Versicherungszweige der Anlage A Z. 8, 9, 14, 16 und 23 zum VAG eingetragen werden dürfen', dass 'daher (...) von den Behörden Gewerbeanmeldungen eines Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung bei Finanzdienstleistungsassistenten nicht mehr entgegen zu nehmen' 'sind', dass 'generell das Nebengewerbe (...) allgemeines versicherungsspezifisches Grundwissen und durch den ergänzenden Charakter zum Hauptgewerbe definiertes spartenspezifisches Wissen' 'erfordert', schließlich dass 'dies jedenfalls bei der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zu beachten' 'wäre'. In vergleichbarer Weise wird ferner angeordnet, dass 'der Ausnahmeharakter des Nebengewerbes (...) eine im Zweifel einschränkende Auslegung der anzuwendenden Vorschriften durch die Gewerbebehörden (erfordert)', ferner dass 'ergänzende und daher im Zweckzusammenhang liegende Versicherungsprodukte nur in wenigen Sparten denkbar und sonst unzulässig' seien, 'dass maximal die Versicherungszweige der Anlage A Ziffer 8., 9, 14, 16 und 23 zum VAG eingetragen werden dürfen', dass 'daher (...) von den Behörden Gewerbeanmeldungen eines Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung bei Finanzdienstleistungsassistenten nicht mehr entgegen zu nehmen' 'sind', dass 'generell das Nebengewerbe (...) allgemeines versicherungsspezifisches Grundwissen und durch den ergänzenden Charakter zum Hauptgewerbe definiertes spartenspezifisches Wissen' 'erfordert', schließlich dass 'dies jedenfalls bei der Prüfung der Zulassungsvoraussetzungen zu beachten' 'wäre'.

5.3. Der Verfassungsgerichtshof geht vorläufig davon aus, dass dem in Prüfung gezogenen Punkt 1. Verordnungscharakter zukommt, da die Begrifflichkeit des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung gemäß §32 Abs6 und §137 Abs2 GewO - insbesondere im Hinblick auf den Gewerberechtsumfang (Forderung eines 'engen Zweckzusammenhangs' und Aufzählung der 'maximal' zulässigen Versicherungszweige, quantitative Einschränkung auf 10% des gesamten Umsatzerlöses) und die für die Anmeldung erforderlichen Voraussetzungen (genaue Anforderungen in Bezug auf den Nachweis der Befähigung) - mit genereller Verbindlichkeit ausgelegt wird und sich in dieser Präzision auch nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben dürfte (in Bezug auf den erforderlichen Nachweis der Befähigung für das Nebengewerbe enthält das Gesetz selbst, sieht man von der Verordnungsermächtigung nach §137b Abs4 GewO ab, keine näheren Ausführungen).

Durch diese präzisen Anordnungen wird der - vom Gesetz zunächst eröffnete - Beurteilungsspielraum der Behörde erheblich eingeschränkt, sodass insoweit eine neue Gestaltung der Rechtslage vorliegt (vgl. zu diesem Aspekt VfSlg. 8807/1980, 10.170/1984, 15.694/1999, 17.244/2004). Durch diese präzisen Anordnungen wird der - vom Gesetz zunächst eröffnete - Beurteilungsspielraum der Behörde erheblich eingeschränkt, sodass insoweit eine neue Gestaltung der Rechtslage vorliegt vergleiche zu diesem Aspekt VfSlg. 8807/1980, 10.170/1984, 15.694/1999, 17.244/2004).

Der Rechtsbegriff des Nebengewerbes der Versicherungsvermittlung wird dabei in einer ganz bestimmten Weise konkretisiert und somit genau festgelegt, dass eine Person, die die solcherart spezifizierten Voraussetzungen erfüllt, das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung anmelden kann und dies einer Person, die diese Voraussetzungen nicht erfüllt, untersagt wird. Die Rechtsstellung der Normunterworfenen wird damit unmittelbar gestaltet. Dies ergibt sich insbesondere aus einer Passage auf Seite 4, in der es wörtlich heißt: 'Aus dem strengen Auslegungsprinzip (...) folgt auch, dass das Nebengewerbe der Versicherungsvermittlung beim Gewerblichen Vermögensberater nur in derselben Form angemeldet werden darf (...).' (Hervorhebung im Original).

5.4. Dass die Formulierungen zum Teil auch als bloße Hinweise, Anregungen und Hilfestellungen an die unterstellten Verwaltungsbehörden verstanden werden können (vgl. etwa den einleitenden Satz des Erlasses: 'Aus gegebenem Anlass wird Folgendes mitgeteilt'), dürfte an dieser Qualifikation des Erlasses nichts ändern. Anhaltspunkte dafür, dass insgesamt nur eine unverbindliche Rechtsansicht geäußert wurde, kann der Verfassungsgerichtshof vorläufig nicht finden. Da sich die getroffenen Anordnungen auf die Rechtsunterworfenen auswirken, ändert an der Qualifikation als Rechtsverordnung nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 2556/1953, 4759/1964, 5905/1969, 6291/1970, 8649/1979, 9416/1982, 10.170/1984, 11.467/1987, 13.021/1992, 13.632/1993, 15.694/1999, 17.244/2004 und 17.849/2006) auch der Umstand nichts, dass der Erlass nur an unterstellte Verwaltungsbehörden ('Ämter der Landesregierungen') adressiert ist. 5.4. Dass die Formulierungen zum Teil auch als bloße Hinweise, Anregungen und Hilfestellungen an die unterstellten Verwaltungsbehörden verstanden werden können vergleiche

etwa den einleitenden Satz des Erlasses: 'Aus gegebenem Anlass wird Folgendes mitgeteilt'), dürfte an dieser Qualifikation des Erlasses nichts ändern. Anhaltspunkte dafür, dass insgesamt nur eine unverbindliche Rechtsansicht geäußert wurde, kann der Verfassungsgerichtshof vorläufig nicht finden. Da sich die getroffenen Anordnungen auf die Rechtsunterworfenen auswirken, ändert an der Qualifikation als Rechtsverordnung nach der ständigen Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes (zB VfSlg. 2556/1953, 4759/1964, 5905/1969, 6291/1970, 8649/1979, 9416/1982, 10.170/1984, 11.467/1987, 13.021/1992,

Quelle: Verfassungsgerichtshof VfGH, <http://www.vfgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at