

Rechtsprechung zur öffentlichen Ausschreibung von Versicherungsverträgen

– Erfahrungen und Empfehlungen aus der beratenden Begleitung von Vergabeverfahren –

*Dr. Rainer Noch, Rechtsanwalt, München/Unkel, und Elmar Sittner, Leipzig**

Die Vergabe von Versicherungsleistungen stellt einen zunehmend bedeutsamer gewordenen Bereich im Rahmen des Rechts der Vergabe öffentlicher Aufträge dar, das sich zum einen durch eine hohe Komplexität und zum anderen durch eine Vielzahl spezifischer Probleme auszeichnet. Aus diesem Umstand resultiert auch, dass gerade in diesem Segment des Öfferen streitige Sachverhalte entstehen, die dann durch Vergabekammern und Vergabesenate zu entscheiden sind. Dieser Beitrag soll einen Überblick über einige aktuelle Fragen im Bereich der Ausschreibung von Sachversicherungsverträgen kommunaler Auftraggeber geben. Einen gewissen Schwerpunkt bildet dabei die Entscheidung des OLG Celle vom Dezember 2005 zur Angabe von Versicherungswerten in der Leistungsbeschreibung. Diesem Beschluss kommt als Grundsatzentscheidung eine weitreichende Bedeutung für viele Vergabeverfahren zu. Außerdem soll im Weiteren auf die Problematik von Terror-ein- bzw. -ausschlüssen, die Frage zum Umgang mit Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit (VVaG) sowie auf die Problematik von Bieterkonsortien und Doppelangeboten eingegangen werden.

I. Praktische Bedeutung und Struktur der öffentlichen Ausschreibung von Versicherungsverträgen

1. Welche Verträge werden auf welche Weise ausgeschrieben?

In der Hauptsache werden von den kommunalen Auftraggebern Sachversicherungen (Gebäude- und Inhalts-

versicherungen) ausgeschrieben. Diese Versicherungsverträge müssen – wie andere reguläre privatrechtliche Verträge auch – oberhalb einer bestimmten Auftrags-summe (des sogenannten EU-Schwellenwerts in Höhe von 211 000 Euro) gemäß den Bestimmungen des GWB (§§ 97 ff.), der VgV¹ und dem 1. und 2. Abschnitt der VOL/A² öffentlich ausgeschrieben werden. Der Kategorie 6 des Anhangs I A zur VOL/A sind die entsprechenden Dienstleistungsklassifikationen nach dem Gemeinschaftlichen Vokabular für öffentliche Aufträge (Common Procurement Vocabulary [CPV]³) und damit auch die verschiedenen Versicherungsvertragssparten zugewie-

* Dr. Rainer Noch ist Partner der Sozietät Böck Oppler Hering; Elmar Sittner ist Versicherungsberater.

1 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung – BGBl 2005 I 2114 (VgV 2005); vgl. Entwurf einer neuen Fassung (VgV 2006) vom 3. 7. 2006.

2 Vergabeverordnung für Leistungen Teil A (VOL/A) 2002 BAnz Nr. 216 a vom 20. 11. 2002. Voraussichtlich im Dezember 2006 tritt eine neue Fassung der VOL/A (BAnz Nr. 100 a vom 30. 5. 2006) in Kraft, welche die Bestimmungen der Richtlinie 2004/18/EG vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge in deutsches Recht umsetzt – Vergabekoordinierungsrichtlinie für die klassischen Auftraggeber – (VKRL) ABIEG L 134 vom 30. 4. 2004 S. 114. Für den Bereich der Versicherungsausschreibungen enthält sie kaum substanzielle Neuerungen.

3 Verordnung (EG) Nr. 2195/2002 vom 5. 11. 2002 über das Gemeinsame Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV) ABIEG L 340 vom 16. 12. 2002 S. 1.

sen. Unterhalb der EU-Schwellenwerte sind sie als standardisierte Dienstleistung gemäß dem 1. Abschnitt der VOL/A deutschlandweit ausschreibungspflichtig.

Die EU-Schwellenwerte bemessen sich anhand der sogenannten Auftragswerte, und zwar anhand der Netto-Versicherungsprämien (also nach herrschender Auffassung auch ohne die in allen EU-Ländern unterschiedliche Versicherungssteuer). Bei unbestimmten Laufzeiten wird eine Geltungsdauer des Vertrags von vier Jahren unterstellt, also ergibt die vierfache Jahresprämie den Auftragswert. Im Fall einer bestimmten, von vornherein fest vereinbarten Vertragsdauer gilt die Gesamtprämie als Auftragswert (z. B. drei Jahre). Demnach fällt nur ein kleinerer Teil der Vergaben von Versicherungsverträgen unter die EU-weite Ausschreibungspflicht (und damit in die Zuständigkeit einer gegebenenfalls erforderlichen rechtlichen Überprüfung durch die Vergabekammern und die Vergabesenate bei den OLG). Dennoch sind die Basisvorschriften der VOL/A absolut identisch, was dazu führt, dass jede Gerichtsentscheidung, die eigentlich nur für die EU-weiten Ausschreibungsverfahren gilt, auch auf die nationalen Vergabeverfahren anzuwenden ist. Hinzu kommt, dass auch bei den deutschlandweiten Ausschreibungen nach dem 1. Abschnitt der VOL/A die Zulassung von Rechtsschutzmöglichkeiten nach teilweiser Auffassung schon quasi vor der Tür steht. Vermehrte gerichtliche Entscheidungen in einigen Bundesländern geben zu dieser Annahme Anlass. Nach dieser im Vordergrund begriffenen Meinung ist von einer Zweistufigkeit (analog der Zweistufentheorie im Subventionsrecht) gerade auch bei der öffentlichen Auftragsvergabe auszugehen⁴. Dies hat zur Folge, dass der Verwaltungsrechtsweg grundsätzlich gegeben ist, sofern die Sonderzuweisung an die Vergabekammern und -senate nicht greift. Von der Gegenmeinung wird die Zweistufigkeit der öffentlichen Auftragsvergabe, nämlich die Aufteilung in einen öffentlich-rechtlichen Teil der Auswahlentscheidung und in einen zivilrechtlichen Teil des Vertragsschlusses mit der öffentlichen Hand, abgelehnt⁵. Dies hat zur Konsequenz, dass der gesamte Beschaffungsvorgang als Materie des Wettbewerbsrechts eingeordnet wird und der Anwendungsbereich der öffentlich-rechtlichen Streitigkeit (§ 40 Abs. 1 S. 1 VwGO) nicht eröffnet ist. Dann jedoch stellt sich die Frage nach dem Rechtsschutz vor den Zivilgerichten, der gleichfalls von einigen Spruchkörpern zumindest dann bejaht worden ist, wenn sich neben vergaberechtlichen Fragestellungen auch Rechtsprobleme z. B. aus dem allgemeinen Wettbewerbsrecht stellen⁶.

Sind die Ausschreibungspflichten im Bereich der kommunalen Sachversicherungen geklärt, so ist dies auf dem Gebiet der kommunalen Haftpflichtversicherungen an sich vom Prinzip her nicht anders. Diese Verträge sind gleichfalls vom Vergaberecht umfasst, jedoch gibt es hier das Problem, dass der privatwirtschaftliche Anbietermarkt hierauf nicht eingestellt ist.

Deshalb haben sich im Bereich der kommunalen Haftpflichtversicherungen Umlagevereine (sogenannte Kommunale Schadenausgleiche) gebildet, bei denen sich die Kommunen zu sehr günstigen Konditionen versichern können. Nach überwiegender Auffassung wird eine solche Vergabe nicht als Versicherungsvertrag und damit als öffentlicher Auftrag i. S. d. § 99 Abs. 1 GWB bzw. des § 1 VOL/A eingeordnet. Es handelt sich vielmehr um ein nicht ausschreibungspflichtiges verwaltungsinternes Geschäft (sogenanntes „In-House-Geschäft“).

Die Besonderheit dieses Segments liegt darin, dass diese Art von Versicherungen oft durch unbegrenzte Deckungssummen gekennzeichnet sind, die kein Versicherer aus dem privatwirtschaftlichen Bereich anzubieten vermag. Gegebenenfalls wäre es privatwirtschaftlichen

Versicherern möglich, bei kleineren Kommunen Angebote abzugeben mit den für sie auskömmlichen Deckungssummen von z. B. zwischen 20 Mio. Euro und 50 Mio. Euro pro Schaden. Dennoch hat es bisher nahezu überhaupt keine Ausschreibungen solcher Verträge gegeben. Öffentlich-rechtliche Versicherer stellen derzeit Überlegungen an, entsprechende Produkte auf den Markt zu bringen. So etwas setzt allerdings auch bei ihnen voraus, dass (entgegen der üblichen Praxis) Versicherungsverträge mit limitierten Deckungssummen ausgeschrieben werden.

2. Regionale Praxis der Ausschreibung von Versicherungsverträgen

Obschon die Ausschreibungspflichten bundesweit die gleichen sind, ist die regionale Praxis der Ausschreibung von Versicherungsverträgen höchst unterschiedlich.

Es existiert ein deutliches Nord-Süd-Gefälle. In den Bundesländern Sachsen-Anhalt, Niedersachsen, Schleswig-Holstein, Berlin und Nordrhein-Westfalen finden sich häufiger Ausschreibungen solcher Art. In Hessen, Thüringen, Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern sind sie seltener anzutreffen. Noch seltener finden solche Ausschreibungen in Bayern und Baden-Württemberg statt.

Die intensive Beobachtung von nationalen und EU-weiten Ausschreibungen im Bereich der kommunalen Sachversicherungen hat ergeben, dass im Jahr 2003 55 Ausschreibungen stattgefunden haben. Im Jahr 2004 waren es 64 Ausschreibungen und im Jahr 2005 58 Ausschreibungen.

Von diesen beobachteten Ausschreibungen hat keine in Bayern und Baden-Württemberg stattgefunden. Es sei aber einschränkend angemerkt, dass diese Beobachtungen sich auf Ausschreibungen bezogen haben, die den Mitautor interessiert haben, und nicht zu statistischen Zwecken durchgeführt worden sind. Dennoch wird davon ein großer Teil der kommunalen Ausschreibungen von Sachversicherungsverträgen umfasst. Diese Zahlen verdeutlichen, dass (auch wenn sie nicht die Gesamtheit der in diesem Bereich durchgeführten Ausschreibungen repräsentieren) die Ausschreibungspraxis solcher kommunalen Sachversicherungsverträge noch in den Kinderschuhen steckt.

Die Ursachen dieser Ausschreibungspraxis (bzw. eher Nichtausschreibungspraxis) sind vielschichtig. Zum Teil sind die Ausschreibungspflichten schlicht nicht bekannt. Bis Ende der Neunzigerjahre wurden praktisch keinerlei Ausschreibungen vorgenommen, in den Jahren vor 1992, als die Dienstleistungsrichtlinie erst geschaffen wurde und ein Jahr später in Kraft trat, waren diese Arten von Leistungen dem Vergaberecht rechtlich in keiner Weise zugeordnet.

In dem anderen Teil der Fälle, in denen die Ausschreibungen von Versicherungsverträgen vorgenommen wur-

4 OVG Koblenz vom 25. 5. 2005 – 7 B 10356/05 – VergabeR 2005, 478 = IBR 2005, 386; OVG Münster vom 20. 9. 2005 – 15 E 1188/05 – IBR 2006, 39; VG Neustadt/W. vom 20. 2. 2006 – 4 L 210/06 – IBR 2006, 216; vom 19. 10. 2005 – 4 L 1715/05 – IBR 2006, 40.

5 OVG Berlin-Brandenburg vom 21. 9. 2005 – 1 S 105.5 – VergabeR 2006, 85; VG Potsdam vom 20. 9. 2005 – 3 L 627/05 – VergabeR 2006, 83; VG Leipzig vom 6. 9. 2005 – 5 K 1018/05 – VergabeR 2005, 758 = IBR 2005, 561; VG Gelsenkirchen vom 15. 10. 2004 – 12 L 2120/04 – IBR 2004, 710 = EUK 2004, 170.

6 S. betreffend § 4 Nr. 11 UWG zur In-House-Vergabe an einen VVaG OLG Köln vom 15. 7. 2005 – 6 U 17/05 – VersR 2006, 91 = VergabeR 2006, 105 = IBR 2005, 505 = Vergabe Spezial (VS) 2005, 59. Dazu unten mehr.

den, sind hierfür die Tätigkeiten der Kommunalaufsichtsbehörden oder der Landesrechnungshöfe der Anstoß gewesen. So hat es etwa vor einigen Jahren im Land Sachsen-Anhalt Querschnittsprüfungen des Landesrechnungshofs gegeben, die darauf zielten, die Versicherungsverträge der Kommunen zu untersuchen und zu prüfen, ob und inwieweit diese nicht ausgeschrieben werden können und müssen. Die Ausschreibungen führten dann zu großen Prämieinsparungen von bis zu 60 % (!).

Der Landesrechnungshof Hessen hatte die kommunale Versicherungspraxis schon in der Vorstellung der Ergebnisse einer überörtlichen Prüfung (Pressemitteilung des Landesrechnungshofs vom 18. 4. 2000) verdeutlicht. Obwohl die Vorgehensweise und die Systematik dieser Prüfung in Fachkreisen als umstritten gilt, ist der Kernaussage, nämlich der Tatsache, dass Kommunen und Städte häufig überteuert versichert sind, grundsätzlich zuzustimmen.

Eine Querschnittsprüfung des Landesrechnungshofs Rheinland-Pfalz sowie eine (sehr intensiv diese Problematik bearbeitende) Prüfung des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein⁷ gelangen zu gleichen Ergebnissen. Der Landesrechnungshof Schleswig-Holstein stellt in diesem Kommunalbericht fest, dass sich im Bereich der Kommunalversicherung beträchtliche Einsparungen erzielen lassen, wenn die folgenden Punkte beachtet werden:

- Nutzung des Wettbewerbs durch öffentliche Ausschreibungen,
- Vorherige Risikoanalyse insbesondere zur Vermeidung nicht notwendiger Versicherungen,
- Vermehrte Vereinbarung von Selbstbeteiligungen zur Senkung der Prämien,
- Vermeidung von Versicherungsschutz bei Möglichkeiten zur Risikoverringering, Schadensverhütung und Risikoübertragung.

Es wird ausdrücklich an die Kommunen appelliert, den Versicherungsschutz unter Berücksichtigung der Hinweise des Landesrechnungshofs überprüfen zu lassen.

In den Fällen, in denen nicht ausgeschrieben wurde, ist es zum Teil auch die Gewohnheit gewesen, dass man geltende Verträge schlicht weiterlaufen lässt. Schließlich handelt es sich bei der Mehrheit der Verträge um solche, die sich selbst um jeweils ein weiteres Jahr verlängern, wenn sie nicht bis zum 30. 9. gekündigt werden.

In diesem Punkt ist ohnehin ein rechtlich schwer beschreibbares Feld eröffnet. Eine etwaige Nachprüfung vor der Vergabekammer ist praktisch kaum möglich. Das schlichte Weiterlaufenlassen von Verträgen ist von den Bietern deshalb kaum angreifbar, weil entsprechende Ausschreibungsverpflichtungen, welche die Vergabekammer theoretisch aussprechen könnte, so stark in die ureigenste Entscheidungskompetenz der Verwaltung eingreifen, dass sie in der Praxis nicht auferlegt werden können. Die Vergabestelle, also der öffentliche Auftraggeber, ist in erster Linie berechtigt zu entscheiden, ob er ausschreibt (sogenannte Dispositionsfreiheit⁸).

II. Neuere Rechtsprechung zur Ausschreibung von Versicherungsverträgen

1. Leistungsbeschreibung – Angabe der Versicherungswerte (OLG Celle)

a) Problem

Das OLG Celle⁹ hatte darüber zu entscheiden, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber bei der Ausschreibung von

Gebäudeversicherungen mit Unterversicherungsauschluss die Objektwerte in der Leistungsbeschreibung angeben muss. Im konkreten Fall hatte die Vergabestelle Versicherungsleistungen für Gebäude- und Gebäudeinhaltversicherungen mit Unterversicherungsverzicht auf der Grundlage eines Ausschreibungsmusters des Niedersächsischen Städte- und Gemeindebundes (NSGB) ausgeschrieben. Die Angabe der einzelnen Objektwerte mit der Nennung des Jahres der Feststellung des jeweiligen Werts lehnte die Auftraggeberin unter Hinweis auf das Ausschreibungsmuster und die Tatsache, dass ihr die entsprechenden Werte nicht bekannt seien, ab.

Die Entscheidung des Vergabesenats ist deshalb besonders interessant, weil der NSGB in dem Verfahren ein von ihm in Auftrag gegebenes Gutachten vorlegte, in dem der Gutachter versucht, die Nichtangabe der Werte rechtlich zu rechtfertigen. Auch wenn sich – wie nachfolgend gezeigt wird – der Senat der Auffassung des Gutachtens nicht angeschlossen hat, erscheint eine genaue Untersuchung der beiden vertretenen Auffassungen geboten, insbesondere, weil die Frage auch für zukünftige Ausschreibungsverfahren von Bedeutung sein wird.

Im Folgenden sollen daher die Entscheidung des Senats und die Auffassung des NSGB gegenübergestellt und einer kritischen Bewertung unterzogen werden.

b) Entscheidung des Senats

Der Senat stellt in seinem Beschluss fest, dass die Vergabestelle die Werte der zu versichernden Gebäude – vorliegend ging es um 566 Objekte – den Bietern mitzuteilen hat. Gem. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A habe der Auftraggeber alle eine einwandfreie Preisermittlung beeinflussenden Umstände festzustellen und in den Verdingungsunterlagen anzugeben. Dazu gehörten auch die Werte der einzelnen Objekte. Es seien keine Gründe erkennbar, warum in diesem Fall von diesem Grundsatz abgewichen werden solle.

Zunächst einmal werde durch die Pflicht zur Angabe der Werte die Entscheidungsfreiheit der Vergabestelle bei der Formulierung der Leistungsbeschreibung nicht beeinträchtigt. Zudem sei auch der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt, weil Gegenstand des Wettbewerbs der Preis für die definierte Leistung sei und damit unabhängig davon erfolge, welche Parameter die Bieter ihrer Kalkulation zugrunde legten.

Eine Ausnahme von der Verpflichtung des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A komme nur in Betracht, wenn die Bieter sich die notwendigen Informationen ohne größeren Aufwand beschaffen könnten und dieser Aufwand geringer wäre als der, der seitens des Auftraggebers aufgewendet werden müsse, und zudem nicht zu befürchten sei, dass die Vergleichbarkeit der Angebote darunter leide. Vorliegend würde jedoch von den Bietern eine eigene Bewertung von 566 Objekten verlangt. Schon aufgrund dieser hohen Anzahl sei dies unzumutbar. Darüber hinaus handele es sich bei mehreren Objekten um historische Altbauten, auf die ein ansonsten mögliches, standardisiertes Schätzverfahren unanwendbar sei und deren Wert erst durch entsprechende, sachkundige Personen ermittelt werden könne.

⁷ Kommunalbericht des Landesrechnungshofs Schleswig-Holstein des Jahres 2003 S. 84 ff.

⁸ Dazu *Noch*, Vergaberecht kompakt 3. Aufl. 2005 S. 267 m. w. N.

⁹ OLG Celle vom 15. 12. 2005 – 13 Verg 14/05 – VergabeR 2006, 244 = VS 2006, 3; in dem Beschluss wurde die vorinstanzliche Entscheidung der Vergabekammer (VK) Lüneburg vom 7. 9. 2005 – VgK 38/2005 – bestätigt.

Seitens der Vergabestelle wiederum sei der Aufwand für die Bereitstellung der Werte nicht so groß, dass eine Verlagerung auf die Bieter gerechtfertigt sein könne. So habe die Auftraggeberin erklärt, dass die Werte grundsätzlich zur Verfügung stünden und nur zusammengefasst werden müssten. Dies stelle im Vergleich einen wesentlich geringeren Aufwand dar. Zudem stehe einer Herausgabe nicht entgegen, dass durch eine Informationsweitergabe der Wissensvorsprung des Vorversicherers zunichte gemacht werde. Es handle sich bei den Objektwerten gerade nicht um betriebliches Wissen des Vorversicherers, sondern um Wissen der Auftraggeberin.

Somit ergebe sich aus der Gesamtlage, dass die Vergabestelle zur Bereitstellung der Objektwerte verpflichtet sei.

c) Gegenauffassung des NSGB

In dem Verfahren vor dem OLG Celle war seitens der Auftraggeberin ein Gutachten eingebracht worden, das im Auftrag des NSGB erstellt¹⁰ und zu einem abweichenden Ergebnis gekommen war. Im Folgenden sollen einige Punkte des Gutachtens genauer betrachtet und auf ihre rechtliche Vertretbarkeit hin untersucht werden.

aa) Dispositionsfreiheit der Vergabestelle

Das Gutachten des NSGB enthält als eine zentrale Aussage die Feststellung, die Nichtangabe der Objektwerte sei als Entscheidung der Vergabestelle von ihrer sogenannten Dispositionsfreiheit gedeckt. Der Auftraggeber, so der Gutachter, entscheide autonom über seinen Beschaffungsbedarf. In der Entscheidung, die Versicherungswerte nicht anzugeben, liege zugleich eine Entscheidung dafür, den Wettbewerb zu intensivieren, indem nämlich die Wertermittlung, die eine objektive Wertung aufgrund höchst unterschiedlicher Methoden sein könne, den Versicherern überlassen bleibe. Durch die unterschiedlichen Wertermittlungsmethoden könnten sich, so die These, Preisvorteile ergeben, die insgesamt zu einem intensivierten Wettbewerb führten.

Die These des Gutachters ist, vorsichtig formuliert, gewagt. Richtig ist, dass der ausschreibenden Stelle natürlich eine Entscheidungsfreiheit dahin gehend zusteht, ihren Beschaffungsbedarf zu definieren¹¹. Im vorliegenden Fall ist dies dadurch geschehen, dass die Auftraggeberin bestimmt hat, ihre Gebäude samt Inhalt versichern zu wollen, und dadurch, dass sie den Inhalt der Versicherungsverträge festgelegt und in den Ausschreibungsunterlagen angegeben hat. Ob allerdings ihre Entscheidung, die Objektwerte nicht anzugeben, im Rahmen ihrer Dispositionsbefugnis steht, erscheint mehr als zweifelhaft. Insbesondere die Weiterführung dieser These dahin gehend, dass darin zugleich eine Entscheidung für einen intensiveren Wettbewerb liegt, dürfte den Boden des Vertretbaren verlassen.

So beschränkt sich die Entscheidungsfreiheit der Vergabestelle darauf, dass sie selbst festlegen kann, was sie ausschreiben will. Daraus herzuleiten, sie könne auch entscheiden, welche Angaben sie den Bietern mache, geht jedoch zu weit. Dies gilt vor allem dann, wenn man versucht, eine grundsätzliche Schlussfolgerung aus diesen Aussagen zu ziehen. Diese würde lauten: „Je weniger Angaben der Auftraggeber macht, desto intensiver ist der Wettbewerb.“

Eine solche Schlussfolgerung kann im Vergaberecht nicht toleriert werden. Natürlich sind die Bewertungsmethoden unterschiedlich, sodass bei eigenen Bewertungen durch die Bieter unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten sind. Jedoch würde den darauf fußenden Angeboten jegliche Vergleichbarkeit fehlen, da gerade für

die Vergleichbarkeit der Angebote gleiche Ausgangslagen erforderlich sind. Eine Nichtangabe der Objektwerte führt daher nicht zu einer Intensivierung des Wettbewerbs, sondern lediglich zu einer Unvergleichbarkeit der Angebote aufgrund unterschiedlicher Ausgangslagen. Schon das Gutachten selbst spricht von „objektiven Werten“. Wenn dem so ist, bedeutet dies, dass jeder Versicherer bzw. Bieter mit diesen Werten etwas anfangen kann. Gäbe es solche objektiven Werte nicht, läge zudem ein Fall des Verhandlungsverfahrens vor, bei dessen Durchführung die Bieter – je nach den Umständen – mit gewissen Aufwendungen belastet werden können, und nicht ein Fall des Offenen Verfahrens.

Im Übrigen hat die Praxis in diesem Bundesland gezeigt, dass es zu einem wirtschaftlichen Wettbewerb grundsätzlich nur dann gekommen ist, wenn den Empfehlungen des NSGB eben gerade nicht gefolgt wurde. In den anderen Fällen ist in der Regel das Ergebnis gewesen, dass der bisherige Versicherer ein Angebot gemacht hat und die anderen Bieter (die gerne Angebote gemacht hätten) sich dazu nicht in der Lage gesehen haben. Die Vergabestelle, die durch einen Wettbewerb Vorteile erlangen will, sieht sich also gut beraten, diesen durch die richtige Gestaltung der Ausschreibungsunterlagen auch zuzulassen bzw. zu fördern.

bb) Weitergabe der Werte des besitzenden Versicherers – Gleichbehandlungsgrundsatz

Nach Ansicht des NSGB verpflichtet auch der Grundsatz der Gleichbehandlung den Auftraggeber nicht, die Versicherungswerte bekannt zu geben, wenn diese dem Vorversicherer bekannt sind.

Ein Informationsvorsprung eines Bewerbers sei nicht per se wettbewerbswidrig und die Vergabestelle auch nicht verpflichtet, unabhängig von der konkreten Ausschreibung, Wettbewerbsvorteile auszugleichen. So seien sogenannte ererbte Wettbewerbsnachteile nicht auszugleichen. Zudem handele es sich bei den Werten des Vorversicherers um solche, die er zum Teil in Eigenleistung ermittelt habe, die also prinzipiell „ihm gehörten“. Diese Werte offenlegen zu müssen würde jedoch insbesondere dem Wettbewerbsgrundsatz widersprechen, indem selbst erarbeitete Vorteile nicht verwertet werden könnten.

Auch dieser These des Gutachters ist eine gewisse Verwegenheit nicht abzusprechen. Allerdings erscheint hier gleichfalls die rechtliche Bewertung nicht ganz fehlerfrei.

Zunächst einmal ist festzustellen, dass Versicherungswerte nicht, wie vom NSGB behauptet, Eigentum des Versicherers, sondern des VN sind. Bei Versicherungswerten handelt es sich damit erst recht nicht um Betriebsgeheimnisse des Vorversicherers, deren Weitergabe vergaberechtlich unzulässig wäre.

Es ist nun einmal so, dass einer der Grundsätze des Vergaberechts derjenige ist, dass infolge des Wettbewerbsprinzips eine regelmäßige Ausschreibung von Leistungen erforderlich ist¹². Denknöwendig profitieren dabei auch nachfolgende Bieter von Leistungen des Vorbeauftragten. Deshalb ist auch in der vergaberechtlichen

¹⁰ Das Gutachten ist bisher unveröffentlicht.

¹¹ Grundlegend hierzu: OLG Düsseldorf vom 17. 3. 2004 – VII-Verg 3/04 – VergabE C-10-3/04 = BauRB 2004, 271 = EUK 2004, 72. S. auch *Noch* aaO (Fn. 8) S. 267.

¹² VK Bund vom 26. 5. 2000 – VK 2-8/00 – VergabE D-1-8/00 = WuW 2000, 1052 = ZVgR 2000, 186 = EUK 2000, 90 = Behörden Spiegel 7/2000 S. B II.

Judikatur anerkannt, dass nicht jeder Know-how-Transfer als wettbewerbswidrig anzusehen ist. Denn, und auch dies ist anerkannt, durch die Teilnahme an einer öffentlich ausgeschriebenen, in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallenden Auftragsvergabe geben die Bieter jedenfalls einen Teil der im Geschäftsverkehr insbesondere Konkurrenten gegenüber üblichen Geheimhaltung auf¹³. Das öffentliche Auftragswesen setzt demnach eigene Maßstäbe, nach denen ein Auftragnehmer eines öffentlichen Auftrags zu akzeptieren hat, dass nachfolgende Bieter möglicherweise von seinen Leistungen mit profitieren. Dies konterkariert jedoch weder den Wettbewerb noch ist dies vergaberechtlich in irgendeiner Weise unzulässig.

Letztlich muss man sich bei der Bewertung dieser Argumente auch vor Augen führen, dass der Versicherungswert die Kalkulationsgrundlage für die Versicherungsprämie darstellt und damit ein ganz wesentlicher Bestandteil eines Versicherungsvertrags ist (Prämie = Versicherungswert x Prämienatz). Kann ein Versicherer tatsächlich diesen Versicherungswert verschweigen und einem VN untersagen, von den festgestellten Versicherungswerten Gebrauch zu machen? Dabei stellt sich die Frage, ob nicht auch die Wertermittlung durch den Versicherer im Grunde mittels der Prämien des VN oder der VN finanziert worden ist.

cc) Versicherungswerte als sekundäre Tatsachen?

Das Gutachten des NSGB enthält noch eine weitere, höchst unkonventionelle rechtliche Bewertung.

Gem. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A hat die Vergabestelle alle preisbeeinflussenden Umstände anzugeben. Aufgrund der Tatsache, dass dieser Begriff jedoch zu weit gefasst sei, bedürfe es einer Einschränkung. Mit Umständen im Sinne der Vorschrift seien solche tatsächlicher Art gemeint. Damit, dass es sich also um Tatsachen handeln müsse, sei klargestellt, dass Wertungen des Auftraggebers im Sinne der Angabe von Werten eigener Kalkulation nicht selbst zu den preisbeeinflussenden Umständen gehören könnten.

Über diesen Einstieg kommt der Gutachter im vorliegenden Fall zu folgendem Ergebnis:

Der Versicherungswert eines Gebäudes sei das Ergebnis einer – zum Teil subjektiven und methodenabhängigen – Kalkulation, die ihrerseits auf der Grundlage zahlreicher Tatsachen, nämlich der wertbestimmenden Faktoren, erfolgt ist. Damit sei die Feststellung dieses Werts selbst Kalkulation und könne damit nicht gleichzeitig Tatsache i. S. v. § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A sein.

Selbst bei einer weiten Auslegung des Begriffs der Tatsachen sei zu berücksichtigen, dass der Versicherungswert nur eine Folgetatsache sei, die sich aus der Ermittlung ergebe. Gemeint seien in § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A jedoch nur „Primärtatsachen“, zu denen beispielsweise die Bauart, die Geschosshöhe und der Rauminhalt gehörten. Der Gutachter unterteilt demnach, auf eine kurze Formel gebracht, zwischen „Primärtatsachen“ und „Sekundärtatsachen“.

Die vom Gutachter angeführte Unterscheidung entbehrt jedoch jeglicher Grundlage. Zunächst einmal trifft § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A keine Unterscheidung, sondern spricht von „allen Umständen“. Damit gemeint sind sowohl Umstände tatsächlicher als auch rechtlicher Art. Der Versuch über einen noch zutreffenden Verweis auf Entscheidungspraxis und Literatur dahin gehend, dass der Begriff „alle Umstände“ weit zu verstehen sei, damit jedoch eigentlich nur tatsächliche und nicht rechtliche Umstände gemeint seien, schlägt fehl.

In § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ist festgeschrieben, dass der Auftraggeber grundsätzlich zwei Schritte zu durchlaufen hat. Er muss, um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, (1) alle den Preis beeinflussenden Umstände feststellen und (2) sie in den Verdingungsunterlagen angeben.

Damit ist unwiderlegbar normiert, dass die Vergabestelle nicht nur vorhandene Daten, die im Sinne des Gutachters als primäre Tatsachen anzusehen sind, anzugeben hat, sondern auch preisbeeinflussende Umstände festzustellen hat, die laut Gutachten als sekundäre Tatsachen ausscheiden würden.

Die Subsumtion der Versicherungswerte unter den Begriff der preisbeeinflussenden Umstände ist auch erforderlich. Es stellt sich die Frage, was, wenn nicht gerade die Objektwerte, ausschlaggebend für die späteren Angebote sein soll. Damit handelt es sich nicht um irgendeinen Umstand, der zur Preisbildung beiträgt, sondern geradezu um den zentralen Faktor. Der Versuch des Gutachters, hier eine Rechtsauslegung zugunsten des NSGB vorzunehmen, schlägt vollends fehl, weil die vertretenen Ansätze nicht nur auslegungstechnisch unhaltbar sind, sondern sie zudem gegen die zentralen Grundsätze des Vergaberechts verstoßen.

Das OLG hat in seiner Entscheidung dem Gutachten nur wenig Beachtung geschenkt und ist vielmehr durch konsequente Rechtsanwendung unter Beachtung vergaberechtlicher Grundsätze zu dem richtigen Ergebnis gekommen.

2. Leistungsbeschreibung – Terrorschluss (OLG Jena)

In einer Entscheidung des OLG Jena¹⁴ ging es um die Frage des Ausschlusses von Terrorschäden.

Das Angebot der Antragstellerin enthielt einen Versicherungsausschluss von Terrorschäden. Dies führt dazu, dass aus Sicht des Senats der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin von vornherein unbegründet ist.

Ihr Angebot sei gem. § 25 Nr. 1 l b i. V. m. § 21 Nr. 1 III VOL/A zwingend aus der Wertung auszuschließen, da es eine unzulässige Änderung der Verdingungsunterlagen enthalte. Aus der Formulierung der Verdingungsunterlagen könne nicht geschlossen werden, dass die Vergabestelle einen Terrorschluss akzeptieren wolle. Die Passage „Soweit die Mitversicherung von Terrorschäden eine Zusatzprämie erfordert, ist diese in den Angebotsvordrucken auszuweisen“ könne nicht dahin gehend interpretiert werden, dass die Vergabestelle sowohl Angebote mit als auch ohne Terrorschluss anfordern wolle. Zwar enthalte das Angebotsblatt tatsächlich die Möglichkeit, einen Ausschluss von Terrorschäden vorzunehmen, jedoch lediglich für einzelne Standorte. Eine Deutung dahin gehend, dass auch ein genereller Ausschluss möglich sei, solle damit jedoch nicht getroffen werden.

Der Ausschluss des Angebots aus der Wertung liege dabei auch nicht im Ermessen der Vergabestelle. Unterliege ein Angebot zwingend dem Ausschluss, so komme

¹³ OLG Jena vom 26. 10. 1999 – 6 Verg 3/99 – VergabE C-16-3/99 v = BauR 2000, 95 = NZBau 2000, 354 = EUK 2000, 8 = Behörden Spiegel 2/2000 S. B II: „Durch die Teilnahme an einer öffentlich ausgeschriebenen, in den Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB fallenden Auftragsvergabe geben die Bieter jedenfalls einen Teil der im Geschäftsverkehr insbesondere gegenüber Konkurrenten üblichen Geheimhaltung auf.“

¹⁴ OLG Jena vom 2. 1. 2006 – 9 Verg 10/05 – VergabE R 2006, 522.

es nicht darauf an, dass die Vergabestelle selbst den Ausschlussgrund erkenne bzw. zutreffend rechtlich würdige.

Ursprünglich stellte sich bei der Problematik um Terroreinschlüsse in Versicherungen die Frage, ob die Vergabestellen berechtigt sind, im Vergabeverfahren lediglich Versicherungen mit Terroreinschluss abzufragen. Diese Frage hat sich zwischenzeitlich erledigt. Auch vorliegend bejaht der Senat zumindest mittelbar die Stellung der Vergabestelle als Herrin des Verfahrens dahin gehend, dass diese entscheiden kann, welche Leistungen sie abfragt. Dabei ist sie nicht verpflichtet, auch Angebote mit Terrorausschlüssen zuzulassen, wenn Terroreinschlüsse gewünscht sind.

3. Teilnahmefähigkeit von VVaG (OLG Jena und OLG Düsseldorf)

Eine weitere Frage, die sich im Bereich der Vergabe von Versicherungsleistungen stellt, ist der Umgang mit VVaG.

a) OLG Jena

Hierüber hatte zunächst das OLG Jena¹⁵ zu entscheiden. Die Vergabestelle plante, den Zuschlag für Gebäude- und Inventarversicherungen an einen VVaG zu erteilen. Dieser sah in seiner Satzung vor, dass der Versicherte mit Abschluss des Versicherungsvertrags gleichzeitig eine Mitgliedschaft erwerbe. Mit einer solchen Mitgliedschaft ging die Verpflichtung der Mitglieder einher, unter bestimmten Voraussetzungen über die regulären Prämienzahlungen hinaus gewisse Nachschüsse zu leisten. Allerdings sah die Satzung daneben auch die Erbringung von Versicherungsleistungen ohne den Erwerb einer Mitgliedschaft vor. Die Vergabestelle ihrerseits war bereits Mitglied dieses Versicherungsvereins.

Der Senat stellt in seiner Entscheidung fest, dass das Angebot des Versicherungsvereins dahin auszulegen sei, dass es sich um einen Vertrag handele, der unabhängig von einer Mitgliedschaft abgeschlossen werden solle, also somit auch keine Nachschusspflichten enthalte. Die Mitgliedschaft der Vergabestelle ändere daran nichts. Diese Mitgliedschaft bestehe nämlich in einer anderen Sparte. Ein neu abzuschließender Vertrag müsse daher nicht zwingend unter den Regelungen der vorhandenen Mitgliedschaft erfolgen. Auch eine bestehende Mitgliedschaft lasse es zu, dass ein autonomes Versicherungsverhältnis entstehe. Entscheidend sei hier der Parteiwille.

In einem solchen Fall stelle sich demnach nicht mehr die Frage, ob mögliche Nachschusspflichten einer Vereinsmitgliedschaft zu einem preislich unbestimmten Angebot führten.

Die Entscheidung stellt deutlich heraus, dass eine bestehende Mitgliedschaft in einem VVaG nicht die Möglichkeit ausschließt, einen autonomen Vertrag mit diesem Verein abzuschließen, sofern die Vereinssatzung solche Möglichkeiten eröffnet. Damit wird deutlich, dass eine Vergabestelle bei einer einmal abgeschlossenen Mitgliedschaft nicht alternativlos den Regelungen einer Mitgliedschaft unterworfen ist. Auch ein Vertragsabschluss außerhalb der Mitgliedschaft ist möglich. Ausschlaggebend ist hierbei der Parteiwille (in doppelter Hinsicht!).

b) OLG Düsseldorf

Das OLG Düsseldorf¹⁶ hatte sich mit einer ähnlich gelagerten Frage zu befassen. Es ging gleichermaßen um die Frage der Beteiligungsfähigkeit eines VVaG.

aa) Vorgeschichte

Vorgeschichte dieses Beschlusses ist, dass sich gemäß einem Urteil des OLG Köln¹⁷ der VVaG selbst einem Ausschreibungswettbewerb stellen muss. Die öffentliche Hand ist nicht berechtigt, als Träger dieses VVaG die Versicherungsverträge an diesen im Wege des vergabefreien Eigengeschäfts (sogenanntes In-House-Geschäft) zu vergeben. Grund dafür ist, dass die öffentliche Hand sich nicht nach Belieben zusammenschließen darf, um dann Aufträge an eine durch sie gegründete Gesellschaft ausschreibungsfrei zu vergeben. Nicht zuletzt der EuGH hatte in jüngerer Zeit die Voraussetzungen des In-House-Geschäfts zunehmend restriktiver ausgelegt¹⁸. Eine besondere Brisanz war dann im Herbst 2005 entstanden, als die Vergabekammer Münster¹⁹ in der ersten Instanz einen solchen Versicherungsverein für nicht beteiligungsfähig erachtete, weil u. a. der angebotene Versicherungsvertrag mit einer Vereinsmitgliedschaft gekoppelt sei, was ein in der Ausschreibung nicht gefordertes, leistungsmäßiges Aliud darstelle und daher vergaberechtlich zum formalen Ausschluss führen müsse. Des Weiteren wurden in dem Beschluss die etwaigen Nachschusspflichten zulasten der Vereinsmitglieder (Kommunen) für problematisch erachtet (keine festen Preise, Verstoß gegen § 15 VOL/A).

bb) Vereinbarkeit mit Gemeindewirtschaftsrecht, Zulassung zum Wettbewerb

Der OLG-Senat hebt diese Entscheidung auf und stellt in dem aktuellen Beschluss zunächst fest, dass die Mitgliedschaft in einem VVaG keinen Verstoß gegen §§ 107 GO NW, 53 KrO NW darstellt. Eine verbotene wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde durch eine solche Mitgliedschaft komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Anwendungsbereich nicht eröffnet sei. Zwar könne die Mitgliedschaft in einem Verein in einzelnen Fällen als wirtschaftliche Betätigung angesehen werden, jedoch werde die Leistung bei VVaG von einem selbstständig am Markt auftretenden Unternehmen angeboten. Von einer wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinde an einem Unternehmen könne indes jedoch nur gesprochen werden, wenn diese bei wertungsmäßiger und funktionaler Betrachtung beim Betrieb des Unternehmens als Hersteller, Anbieter oder Verteiler von Waren und/oder Dienstleistungen erscheine. Im Bereich eines VVaG könne von einer solchen Stellung der Gemeinden jedoch nicht gesprochen werden.

Der VVaG sei des Weiteren als privatrechtlicher Verein schon generell nicht dem Anwendungsbereich des § 7 Nr. 6 VOL/A zuzuordnen; die Vorschrift schließe nur öffentliche Unternehmen im engeren Sinn als Mitbewerber im Vergabeverfahren aus.

cc) Keine Unvollständigkeit des Angebots

Des Weiteren stellt der Senat klar, dass die in den Satzungen solcher Vereine vorgesehenen Nachschusspflichten für die Mitglieder ein von dem Verein abgegebenes Angebot nicht unvollständig bzw. inkonform machen (§ 25 Nr. 1 I a. i. V. m. § 21 Nr. 1 I VOL/A). In seiner Begründung führt der Senat (leider wenig überzeugend)

15 OLG Jena vom 2. 1. 2006 – 9 Verg 10/05 – VergabeR 2006, 522.

16 OLG Düsseldorf vom 29. 3. 2006 – VII-Verg 77/05 – VergabeR 2006, 509.

17 OLG Köln vom 15. 7. 2005 – 6 U 17/05 – VersR 2006, 91 = VergabeR 2006, 105 = IBR 2005, 505 = VS 2005, 59.

18 S. nur zum Verbot der privaten Minderheitsbeteiligung EuGH vom 11. 1. 2005 – Rs C-26/03 – VergabeR 2005, 44 = VS 2005, 6.

19 VK Münster vom 5. 10. 2005 – VK 19/05.

an, dass es sich bei diesen nicht um Preise handele. Diese seien vielmehr die, wie im Versicherungsbereich üblich, vorher, also „vorschüssig“ zu zahlenden Beiträge. Die Nachschüsse seien unter den Preisbegriff hingegen nicht subsumierbar.

Dies ist indes ein etwas vordergründiges Argument. In den Begriff „vorschüssig“ wird etwas hineininterpretiert, was damit nicht gemeint ist. Alle Versicherungsbeiträge werden grundsätzlich vorschüssig geleistet. Das Wort „vorschüssig“ ist eine Bestimmung der Fälligkeit der Versicherungsprämien.

Offensichtlich scheint hier aber der Schluss gezogen worden zu sein, dass eventuell auftretende Nachschussverpflichtungen nicht zu beachten seien. Solche Nachschussverpflichtungen können in einer Satzung eines VVaG z. B. für den Fall verbindlich vereinbart werden, dass bestimmte Schadensquoten überschritten werden.

In einem solchen Fall würde sich die Gesamtjahresprämie dann aus dem vorschüssig erhobenen Anteil sowie dem Nachschuss zusammensetzen. Es ist nicht erklärlich, warum bei einer Angebotswertung nur vorschüssig zu leistende Prämienanteile und nicht nachschüssig zu leistende Anteile betrachtet werden müssen. Führt man dies in diesem Sinne konsequent weiter, so würde wohl auch das zusätzliche Vereinbaren einer sogenannten Malus-Staffel, die rückwirkende Prämien erhöhungen bei Überschreiten bestimmter Schadensquoten vereinbart, möglich sein, ohne dass dies bei der Wertung Berücksichtigung finden müsste. An diesem Beispiel erkennt man, dass vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung jede Vergabestelle gut beraten ist, diesen Punkt in den Ausschreibungsunterlagen genauestens zu regeln.

Es kommt hinzu, dass diese Sichtweise mit der EuGH-Rechtsprechung in Konflikt steht. Der EuGH hat klar zum Ausdruck gebracht, dass auch Gesichtspunkte in der späteren Vertragsabwicklung vergaberechtlich relevant sind. So hat der EuGH in jüngerer Zeit mehrfach entschieden, dass die Anwendung des Vergaberechts mit den ihm eigenen Rechtsmaßstäben keineswegs im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung endet²⁰. Dies hatte in den vom EuGH beurteilten Fällen sogar die Folge, dass bereits abgeschlossene Verträge, bei denen der Zuschlag vergaberechtswidrig erteilt worden war, aufzulösen waren. Dabei ist die zentrale Argumentation des EuGH in Erinnerung zu rufen, welche darin besteht, dass das Vergaberecht zwar „nur“ Verfahrensvorschriften für das momentan laufende Ausschreibungsverfahren enthält, es jedoch dessen unbeschadet auch bei der späteren Vertragsausführung einen Geltungsanspruch besitzt. Daher sind die etwaig entstehenden Nachschusspflichten auch nach Vergabe des Versicherungsvertrags rechtlich von größter Bedeutung.

Nach Ansicht des Senats seien die Nachschussverpflichtungen jedoch außerdem von ihrer tatsächlichen Bedeutung her lediglich eher theoretischer als praktischer Natur, indem von diesen so gut wie nie Gebrauch gemacht werden müsse. Bei VVaG seien solche Nachschusspflichten zudem üblich. Mit der Teilnahme solcher Vereine an Ausschreibungen müsse aufgrund ihrer expliziten Erwähnung in § 7 VAG gerechnet werden.

Zu beurteilen, ob dies tatsächlich richtig ist, wäre allerdings nur dann möglich, wenn man (u. a.) den Aufbau des gesamten Rückversicherungskonzepts dieses Versicherungsvereins kennt. Nur wenn dies der Fall ist, kann man beurteilen, ob es bei Annahme eines bestimmten Schadensverlaufs zu der Erhebung von Nachschüssen kommen kann. Hierbei müsste man dann die Wahrscheinlichkeit von sogenannten „Kumulschä-

den“ z. B. aufgrund großer Stürme berechnen. Derlei Überlegungen sind in diesem Verfahren nicht angestellt worden.

Auch das zweite Argument, nämlich die Üblichkeit dieser Nachschussverpflichtungen, ist für den Praktiker nicht recht nachvollziehbar. Richtig ist lediglich, dass bei diesem speziellen VVaG die Nachschussverpflichtung üblich ist, da sie in der Satzung verankert ist. Die Rechtsform des VVaG hat aber eine sehr lange Tradition und es gibt sehr viele Versicherungsverträge mit VVaG, die keine Verpflichtung zu eventuellen Nachschüssen enthalten.

Zuletzt macht der Senat deutlich, dass solche Nachschusspflichten auch keine Änderung oder Ergänzung der Verdingungsunterlagen i. S. d. § 25 Nr. 1 I b i. V. m. § 21 Nr. 1 III VOL/A darstellen. Der Nachschuss erweitert lediglich die Zahlungsverpflichtungen des Auftraggebers. Die Leistung selbst bleibe davon jedoch gänzlich unberührt, sodass die Verdingungsunterlagen nicht ergänzt oder verändert würden.

Die Vorschrift des § 15 VOL/A (Erforderlichkeit der Abgabe von Angeboten mit festen Preisen), die von der Vorinstanz, der VK Münster, im Hinblick auf die Nachschusspflichten als nicht eingehalten angesehen wurde, hat der Senat gar nicht geprüft.

Offen lässt der Senat, ob eine verpflichtende Mitgliedschaft eine Änderung oder Ergänzung darstellen könnte, wenn die vergebende Gemeinde nicht Vereinsmitglied ist. Für den Fall, dass sie bereits eine Mitgliedschaft besitze, liege unproblematisch keine Änderung vor. Eine Mitgliedschaft könne lediglich einmal erworben werden, weil eine Doppelmitgliedschaft nicht möglich sei, also de facto eine weitere Mitgliedschaft nicht erworben werden könne und somit auch nicht müsse. Für den Fall, dass die Mitgliedschaft noch nicht besteht, lässt der Senat lediglich anklingen, dass die Verpflichtung zu einer solchen als Änderung oder Ergänzung der Verdingungsunterlagen anzusehen sein könnte.

4. Doppelangebot eines Versicherers (VK Berlin)

Im vorliegenden Fall hatte eine Versicherung als Teil eines Bieterkonsortiums ein Angebot im Vergabeverfahren abgegeben. Gleichzeitig beteiligte sich dieselbe Versicherung als Mitglied eines anderen Bieterkonsortiums ein weiteres Mal mit einem Angebot an dem Verfahren.

Die VK Berlin²¹ sieht darin einen Verstoß gegen § 25 Nr. 1 Abs. 1 f VOL/A i. V. m. § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Es handele sich bei dem Verhalten der Versicherung um eine wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweise in Form eines vergaberechtlich unzulässigen sogenannten Doppelangebots²². Ein solches liege vor, wenn ein Unternehmen einerseits ein eigenes Angebot und darüber hinaus ein Angebot als Mitglied einer Bietergemeinschaft abgebe. In einem solchen Fall sei der Ge-

20 EuGH vom 10. 4. 2003 – Rs C-20/01 und 28/01 [Stadt Braunschweig/Gemeinde Bockhorn] – Slg 2003, I-3609 = VergabE A-1-5/03 = ZfBR 2003, 592 = EUK 2003, 88; vom 9. 9. 2004 – Rs C-125/03 [Kommission ./. Deutschland – Städte Lüdinghausen u. a.] – EUK 2004, 137; vom 6. 4. 2006 – Rs C-410/04 [ANAV ./. Comune di Bari, AMTAB Servizio SpA] – VS 2006, 29 = VergabE 2006, 488.

21 VK Berlin vom 16. 11. 2005 – VK-B1-49/05.

22 OLG Düsseldorf vom 16. 9. 2003 – VII Verg 52/03 – VergabE C-10-52/03 = VergabE 2003, 690 = BauR 2004, 142 = EUK 2003, 156; OLG Jena vom 6. 7. 2004 – 6 Verg 3/04 – VergabE C-16-3/04 = EUK 2004, 126; VK Brandenburg vom 19. 1. 2006 – 2 VK 76/05. Weitere Nachweise bei *Noch aaO* (Fn. 8) S. 303 f., 665.

heimwettbewerb nicht mehr gewährt, wodurch zumindest die abstrakte Gefahr wettbewerbswidriger Abreden entstehe. Dies gelte auch für den Fall, dass sich unterschiedliche Filialen bzw. Niederlassungen desselben Unternehmens an einer Ausschreibung beteiligten.

Aus diesem Grund seien vorliegend beide Angebote auszuschließen.

5. Beteiligung von Versicherungskonsortien

Bei der klassischen Bietergemeinschaft im Sinne der GbR (§§ 705 ff. BGB), die das Vergaberecht kennt, gibt es herkömmlicherweise nur die Gesamtschuld (§ 421 BGB). Bei dem im Versicherungsgewerbe üblichen Bieterkonsortium hingegen haftet jeder Konsortialpartner nur auf seinen Teil (Teilschuld). Das OLG Düsseldorf²³ hat in dem bereits dargestellten Verfahren schließlich ausgesagt, dass ein anbietendes Versicherungskonsortium ausgeschlossen werden muss (§§ 25 Nr. 1 I d, 21 Nr. 1 III 3 VOL/A), wenn dieses nicht die geforderte gemeinschaftliche Haftungserklärung abgebe, obwohl diese ausdrücklich verlangt worden sei.

Aus dieser Sichtweise ist zunächst die praktische Schlussfolgerung zu ziehen, dass die ausschreibenden Stellen am besten von vornherein auf die standardmäßige Abforderung einer gesamtschuldnerischen Haftungserklärung von Bietergemeinschaften oder anderen Formen gemeinschaftlicher Bieter verzichten sollten, um sich den Wettbewerb nicht unnötig zu verengen.

Was im engeren Sinn den Entscheidungsgang des OLG angeht, so steht dieser für richtig gehaltene Ausschluss des Bieterkonsortiums wegen Nichtabgabe der gesamtschuldnerischen Haftungserklärung in einem gewissen Wertungswiderspruch: Einerseits sagt das Gericht, ein privatwirtschaftlicher Versicherer dürfe die Anforderung der Abgabe einer – im Versicherungsgewerbe völlig unüblichen – Haftungserklärung nicht akzeptieren und müsse diesen Sachverhalt gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber rügen, und wenn er dies nicht tue, den Ausschluss vom Verfahren akzeptieren. Andererseits ist der Senat im Fall eines anbietenden VVaG insofern großzügig, als er ihm zugesteht, eine zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossene, aber nicht abgefragte Leistung (nämlich die Vereinsmitgliedschaft nebst den etwaigen Nachschusspflichten) anbieten zu dürfen, ohne dass dies zum Ausschluss vom Verfahren führt. Der Senat argumentiert, die Vergabestelle habe mit dem Anbieten eines VVaG rechnen müssen und, wenn sie das Angebot nur ohne eine Vereinsmitgliedschaft hätte haben wollen, eine diesbezügliche ausdrückliche Regelung treffen müssen.

Wenn dies so wäre, dann müsste man denselben Maßstab auch auf den Fall eines anbietenden Bieterkonsortiums übertragen und sagen: Wenn die Vergabestelle keine Angebote eines Versicherungskonsortiums hätte haben wollen, hätte sie dieses ausdrücklich ausschließen müssen. Im Übrigen ist ihr, genau wie im Fall des anbietenden VVaG, der Vorwurf zu machen, dass sie mit einem Angebot eines üblicherweise nicht gesamtschuldnerisch haftenden Versicherungskonsortiums hätte rechnen müssen. Der Fehler liegt also bei ihr.

Schließlich war es in dem entschiedenen Fall so, dass das nach Meinung des Gerichts auszuschließende Versicherungskonsortium bereit war, die mit Angebotsabgabe nicht vorliegende gesamtschuldnerische Haftungserklärung nachzureichen. Ein solches Nachreichen ist bei Verfahren nach der VOL/A grundsätzlich möglich, anders als bei Verfahren nach der VOB/A. Jedenfalls steht die formalere, auf den Ausschluss zielende Sichtweise des Gerichts betreffend dieses Bieterkonsortium in einem gewissen Wertungswiderspruch zu der von ihm für

richtig erachteten, weiter möglichen Beteiligung des VVaG. Im Zweifel sind die formalen Mängel des Angebots des VVaG (keine festen Preise infolge der Nachschusspflichten, Anbieten einer Vereinsmitgliedschaft) gravierender als eine nachholbare gesamtschuldnerische Haftungserklärung.

III. Summarische Betrachtung der Besonderheiten und neuralgischen Punkte bei der Ausschreibung von Versicherungsverträgen

Das gesamte Vergaberecht wird von den Grundsätzen der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Wettbewerbslichkeit beherrscht (§§ 97 Abs. 1 und Abs. 2 GWB).

Störanfälligkeiten bestehen in verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens. Diese resultieren ganz generell aus Entscheidungsspielräumen des öffentlichen Auftraggebers (sogenanntes Ermessen), beispielsweise daraus, wie formal er generell die Ausschreibung handhabt, was die von den Bietern einzureichenden Unterlagen und Eignungsnachweise angeht. Grundsätzlichen Anlass zu Beanstandungen kann des Weiteren die Gestaltung der Leistungsbeschreibung geben. Vorkenntnisse des Vorversicherers oder auch fehlerhafte Beratung können ein Übriges tun.

Nachfolgend eine Übersicht über neuralgische Stellen im Ablauf des Ausschreibungsverfahrens zur Vergabe von Versicherungsverträgen:

1. Weitergabe von Informationen an bestimmte Bieter im Vorfeld einer Ausschreibungsbekanntmachung

Eine solche Weitergabe kann mehrere Ziele verfolgen. Sie kann bestimmte Bieter einfach darauf aufmerksam machen, dass demnächst eine Ausschreibung erfolgt. Im Versicherungsbereich besteht hierfür ein praktisches Bedürfnis, weil die meisten potenziellen Bieter überhaupt nicht regelmäßig die EU-Bekanntmachungen verfolgen.

Es gibt aber auch Fälle, in denen an bestimmte Versicherer schon Informationen herausgegeben werden, die dann auch Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen sind. Ziel ist es oftmals, eine Markterkundung durchzuführen, d. h. in Erfahrung zu bringen, ob und in welchem Umfang eine Ausschreibung überhaupt zur Verbesserung der versicherungsvertraglichen Situation (sei es in qualitativer oder aber in preislicher Hinsicht) führen kann.

Eine Ausschreibung, die ohne eine solche vorherige Markterkundung durchgeführt wird, kann auch zu unliebsamen Überraschungen führen. Rechtlich stellt sich dabei aber immer die Frage, inwieweit eine solche Markterkundung noch zulässig ist oder aber ob sie die Grenze zu einer Bevorzugung bestimmter Bieter schon überschreitet. Rechtsprechung zu diesem Thema gibt es auf dem Gebiet der Ausschreibung von Versicherungsverträgen nicht. Unbeschadet des oben beschriebenen praktischen Bedürfnisses muss allerdings aus vergaberechtlicher Sicht auf potenzielle Risiken solcher vorbereitender Markterkundungen hingewiesen werden. Es handelt sich insgesamt um ein bislang nicht judiziertes, weil kaum beweisbares Verhalten öffentlicher Auftraggeber.

Klar dürfte indes sein, dass sämtliche Informationen, die im Vorfeld zur Markterkundung herausgegeben werden, dann auch in den Ausschreibungsunterlagen komplett enthalten sein müssen.

23 OLG Düsseldorf vom 29. 3. 2006 – VII-Verg 77/05.

In seltenen Fällen ist es denkbar, dass einzelne Bieter Vorteile erlangen können, die später dann nicht mehr gegenüber den anderen Bietern ausgeglichen werden können. Dies ist aber nur dann denkbar, wenn z. B. umfangreiche Besichtigungen von Versicherungsorten erforderlich sind, die gegebenenfalls im Rahmen der Ausschreibung aus Zeitgründen nicht mehr leistbar sind. Der Bieter, der diese Besichtigungen schon im Vorfeld der Ausschreibung durchgeführt hat, wird hier einen Vorteil haben, der dann auch bis zum Ende des Ausschreibungsverfahrens fortbesteht.

2. Gestaltung der Leistungsbeschreibung und des Leistungsverzeichnisses mit Vorteilen für einen oder bestimmte Bieter

Solche Vorteile können beispielsweise in folgenden Bereichen liegen:

- *Bestimmte Loszuschnitte:* Werden z. B. in einem Los (z. B. Feuer- und EC-Versicherungen) Verwaltungsgebäude, Schulen sowie industrielle Gebäude (z. B. eine Kläranlage, Blockheizkraftwerke oder Abfallbehandlungsanlagen) gemeinsam ausgeschrieben, so werden Versicherer, die im Bereich der industriellen Versicherung nicht tätig sind oder die z. B. aufgrund geschäftspolitischer Erwägungen keine Abfallbehandlungsanlagen in ihrem Bestand dulden, kein Angebot abgeben können.

Diese Versicherer könnten aber vielleicht für die Objekte der Kernverwaltung ein sehr wettbewerbsfähiges Angebot unterbreiten.

- *Kombination bestimmter Versicherungssparten:* Werden in einer Ausschreibung z. B. eine Gebäude- und Inventarversicherung mit anderen Versicherungssparten wie Maschinenversicherungen oder Kunstausstellungsversicherungen kombiniert, so reduziert sich die Zahl der potenziellen Bieter drastisch.

Maschinenversicherungen werden nur von einem Teil der deutschen Versicherungsgesellschaften, die im kommunalen Geschäft tätig sind, angeboten.

Bei Kunstausstellungsversicherungen ist es noch ein erheblich geringerer Teil.

3. Ausschluss der Konsortialbildung

Das Thema Konsortialbildung führt auch regelmäßig zu kontroversen Diskussionen.

Einerseits wird immer wieder angeführt, dass eine Konsortialbildung auch dazu führen kann, dass innerhalb des Versicherungsmarkts Gespräche zwischen den einzelnen Bietern ablaufen und letztendlich dadurch der Wettbewerb stark beeinträchtigt wird (vgl. den Ausschlussstatbestand des § 25 Nr. 1 Abs. 1 f VOL/A: wettbewerbsbeschränkende Abreden). Dem ist im Einzelfall auch durchaus zuzustimmen.

Auf der anderen Seite ist es vielfach aber auch wettbewerbshemmend, wenn die Konsortialbildung ausgeschlossen wird (vgl. das allgemeine Wettbewerbsgebot des § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A). Dies ist dann der Fall, wenn neben den normalen Verwaltungsobjekten auch Objekte mit sehr hohen Versicherungssummen und damit mit einem hohen PML (Probable Maximum Loss, also möglicher Höchstschaten) ausgeschrieben werden.

Die Deckung für diesen möglichen Höchstschaten orientiert sich an den Kapazitäten, die ein Versicherer besitzt. Daran knüpft sich die Frage an, ob der Versicherer ein Risiko allein oder nur mit Beteiligten zeichnen kann.

Natürlich besteht für jeden Versicherer, der ein Angebot unterbreiten möchte, die Möglichkeit, sich entsprechend seiner eigenen Kapazitäten Rückversicherungsschutz einzukaufen.

Hierbei muss man allerdings wissen, dass in dem Fall, in dem fakultativ (also nur für einen bestimmten Vertrag) Rückversicherungsschutz eingekauft werden muss, die gesamte Prämie eventuell stark ansteigt. In diesem Fall wird dieser Versicherer wohl kein wettbewerbsfähiges Angebot unterbreiten können.

Vergabestellen müssen diese Zusammenhänge kennen, um eine entsprechende Gestaltung der Ausschreibung vorzunehmen, die dann zu wirtschaftlichen Angeboten führen kann.

- *Nennung pauschaler Schadensverläufe:* In der Regel benötigen Versicherer zumindest die Nennung von pauschalen Belastungen von vier bis fünf Vorjahren, verteilt auf die versicherten Gefahren sowie die Nennung der Stückzahl der Schäden pro Versicherungsjahr.

Bei einzelnen, sehr großen Schäden sind weitere Informationen wie z. B. die Höhe des Einzelschadens und die Schadensursache erforderlich. Auch kann es wichtig sein, ob seit bestimmten Schadensereignissen Verbesserungen der Risikoverhältnisse (z. B. Brandmeldeanlagen, Einbruchmeldeanlagen) eingetreten sind.

Fehlen solche Informationen, so hat zumindest ein Bieter, nämlich der bisherige Versicherer, einen entscheidenden Vorteil gegenüber allen anderen Bietern. Daher kommt es entscheidend darauf an, dass ein Wissensvorsprung eines Bieters auf die Weise ausgeglichen wird, dass die Vergabestelle alle erforderlichen Informationen im Leistungsverzeichnis zugänglich macht und so abfasst, dass alle Bieter im Wettbewerb gleiche Chancen haben²⁴. Anderenfalls stellt das Fehlen dieser Informationen eine Unvollständigkeit der Ausschreibungsunterlagen (vgl. auch § 8 VOL/A) dar.

4. Eignungskriterien und Eignungsnachweise

- *Forderung von nicht zweckdienlichen Nachweisen:* Häufig werden Nachweise auch bei Versicherungsausschreibungen gefordert, deren Anforderung bei Versicherungsausschreibungen einfach nicht sinnvoll ist. Dies können polizeiliche Führungszeugnisse der Vorstandsmitglieder, aber auch Tariftreueerklärungen oder Bestätigungen von Krankenkassen oder Finanzämtern sein.

Solche Unterlagen haben Versicherer in den meisten Fällen nicht vorrätig und viele Versicherer sind auch nicht bereit, diese Unterlagen einzureichen.

Es scheint auch übertrieben, bei Versicherungsausschreibungen solche Unterlagen anzufordern. Bei der Ausschreibung von Bauleistungen oder Gebäudereinigungsleistungen mag die Anforderung dieser Nachweise einen Sinn haben.

Letztlich sollte man alle Eignungsnachweise anfordern, die tatsächlich in einer Eignungsprüfung für Versicherer notwendig sind.

Schon das Anfordern der Erlaubnisurkunde zum Betrieb einer gewissen Versicherungssparte ist nicht im-

²⁴ VK Bund vom 11. 6. 2002 – VK 1-25/02.

mer sinnvoll. Man fordert diese Erlaubnis eigentlich aus dem Grund an, um im Fall der Teilnahme z. B. ausländischer Versicherungsgesellschaften prüfen zu können, ob diese eine solche Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb in Deutschland besitzen.

Bei deutschen Versicherern kann man das Vorliegen einer solchen Erlaubnis dem Geschäftsbericht, aber auch den Veröffentlichungen der BaFin entnehmen. Andererseits ist es aber gewiss nicht unzumutbar, eine Kopie einer solchen Urkunde bei einer solchen Ausschreibung anzufordern.

Insgesamt ist es für die öffentlichen Auftraggeber ratsam, eine strenge, restriktive Auswahl zu treffen, um sich nachher nicht unnötig in die Situation begeben zu müssen, Bieter mit guten Angeboten infolge formaler Mängel bei den Nachweisen ausschließen zu müssen. Zu beachten ist, dass es insoweit auch nicht anerkannt ist, bei „bekannten Bietern“ in puncto Nachweiserbringung großzügiger zu verfahren, ihnen also quasi einen „Rabatt“ zu gewähren²⁵. Auch ist es nicht möglich, auf die Nachweise aus vorigen Ausschreibungsverfahren zurückzugreifen, weil das Vergaberecht Einzelfallrecht ist und es fordert, dass alle Nachweise immer wieder neu eingereicht werden müssen.

5. Umgang mit formalen Ausschlussgründen

Klar ist, dass bei Vorliegen von zwingenden Ausschlussgründen kein Ermessen für die Vergabestelle besteht²⁶. Ebenso ist durch Rechtsprechung bei vielen fakultativen Ausschlussgründen eine Ermessensreduzierung teilweise bis auf null eingetreten.

Der Formalismus wird aber oftmals und teilweise aus nicht nachvollziehbaren Gründen auf die Spitze getrieben. So ist z. B. ein Fall bekannt, in dem in einer Liste der Versicherungsorte die Einzelprämie pro Objekt einzutragen war. Da diese Liste aus mehreren hundert Objekten bestand, konnte es also passieren, dass dem Bieter einmal ein Schreibfehler unterläuft. Dies war geschehen und der Bieter hat diesen Schreibfehler unter Zuhilfenahme von Tipp-Ex beseitigt. Dies nahm die Vergabestelle zum Anlass, diesen Bieter auszuschließen, obwohl er das beste Angebot unterbreitet hatte.

Hierbei kommt hinzu, dass diese Korrektur nicht in dem Angebotsblatt selbst (dieses war ordnungsgemäß ausgefüllt und unterschrieben) durchgeführt wurde, sondern lediglich bei einer beigefügten Liste, die wohl nur der Plausibilitätsüberprüfung des Angebotspreises dienen sollte.

Ein solches Vorgehen kann wohl auch mit Blick auf die hohen formalen Anforderungen des EU-weiten Ausschreibungsverfahrens nur als übertrieben und nicht sachgerecht bezeichnet werden²⁷.

Letztlich führt es zu einem wirtschaftlich schlechteren Ausschreibungsergebnis.

6. Zuschlagskriterien

Zuschlagskriterien, die man bei Versicherungsausschreibungen immer wieder antrifft, sind:

- **Prämienhöhe:** Dies ist in der Regel das wichtigste Zuschlagskriterium und muss es naturgemäß auch sein.
- **Serviceleistungen:** Bei den Serviceleistungen handelt es sich um ein durchaus problematisches Zuschlagskriterium, über deren inhaltliche Ausgestaltung dann gegebenenfalls vor einer Vergabekammer zu streiten ist.

Wer dieses Zuschlagskriterium in die Ausschreibung einführen will, muss auch sagen, welche Merkmale der Servicedienstleistungen er meint und wie er diese zu bewerten gedenkt. Es gilt die grundsätzliche Anforderung, Zuschlagskriterien möglichst zu präzisieren, damit sie den Transparenzerfordernissen im öffentlichen Ausschreibungswesen entsprechen²⁸.

- **Leistungsumfang:** Wenn durch die Leistungsbeschreibung komplett der Vertragsumfang geregelt ist, bleibt für dieses Zuschlagskriterium naturgemäß kein Platz mehr.

Anders ist dies allerdings, wenn die Leistungsbeschreibung in einem (rechtlich noch zulässigen) Umfang offen gestaltet ist oder wenn bestimmte Leistungsmerkmale als optional in die Ausschreibung eingeführt werden.

Der Leser muss hier wissen, dass ein Gebäude- und Inventarversicherungsvertrag oft Besondere Bedingungen mit einem Umfang von 40 bis 50 DIN-A4-Seiten umfasst. In diesen 40 bis 50 Seiten werden dann einzelne Bestandteile des Versicherungsvertrags geregelt. Nun ist es aber so, dass einzelne Versicherer Leistungsmerkmale entweder gar nicht oder aber nur gegen Zuschlagsprämie anbieten. Weiß man dies, so ist man theoretisch als Vergabestelle in der Lage, gezielt einzelnen Anbietern die Abgabe eines Angebots zu erschweren oder sogar unmöglich zu machen.

Solche Anbieter können dann gegebenenfalls nur ein mit der Ausschreibung nicht in Einklang stehendes, also zwingend auszuschließendes Angebot abgeben.

Beabsichtigt man also als Vergabestelle, einen möglichst breiten Wettbewerb zu initiieren, so muss man bestimmte Leistungsmerkmale optional stellen. Dies führt dann aber dazu, dass man auch den Leistungsumfang einer intensiven Bewertung unterziehen muss und dieser dann ein wesentliches Zuschlagskriterium darstellen muss.

- **Örtliche Präsenz am Versicherungsort:** Dieses Zuschlagskriterium sieht man noch immer relativ häufig. Bei dem Kriterium stellt sich ebenfalls die Frage, ob es sinnvoll ist, und es stellt sich zusätzlich die Frage, ob es überhaupt mit dem Vergaberecht vereinbar ist.

Da das Vergaberecht u. a. den Zweck verfolgt, einem größeren Anbieterkreis die Teilnahme am Wettbewerb zu ermöglichen, resultiert daraus grundsätzlich die Unzulässigkeit eines solchen Zuschlagskriteriums²⁹. Nur in sehr wenigen Konstellationen der dringenden Erforderlichkeit z. B. der Störungsbeseitigung bei bedeutenden technischen Anlagen mit gro-

25 BGH vom 26. 10. 2001 – X ZR 100/99 – VergabeR 2002, 42.

26 Ausgehend von BGH vom 18. 2. 2003 – X ZB 43/02 – Vergabe B-2-1/03 = VergabeR 2003, 313 = NZBau 2003, 293 = ZfBR 2003, 401 = BauR 2003, 1091 = EUK 2003, 54 = IBR 2003, 262.

27 So jetzt auch OLG Schleswig vom 11. 8. 2006 – 1 Verg 1/06.

28 Dazu EuGH vom 12. 12. 2002 – Rs C-470/99 – VergabeR 2003, 141 = NZBau 2003, 162 = ZfBR 2003, 176 = WuW 2003, 205 = BauR 2003, 774 = VersRAI 2003, 34 L; vom 24. 11. 2005 – Rs C-331/04 – VergabeR 2006, 202; OLG Düsseldorf vom 16. 4. 2003 – Verg 64/02 – Vergabe C-10-64/02 = ZfBR 2003, 721 = WuW 2003, 861 (Abfallentsorgung).

29 EuGH vom 27. 10. 2005 – Rs C-234/03 – VergabeR 2006, 63.

ßen Risiken oder Kosten während des Störfalls (Schleusensteuerungsanlagen, Flughafenabfertigungsanlagen) vermag dieses Kriterium im Einzelfall eine Rechtfertigung erlangen.

Generell wird im Fall der Versicherungsausschreibung eine Relevanz der Ortsansässigkeit bzw. der örtlichen Verfügbarkeit zu verneinen sein. In den meisten Fällen ist unklar, aus welchen Gründen eine lokale Präsenz am Versicherungsort überhaupt erforderlich sein soll. Die Regulierung mittlerer und größerer Schäden wird in aller Regel ohnehin nicht von lokalen oder regionalen Agenten in die Wege geleitet.

7. Fazit

Aus dieser überblicksartigen und nicht vollständigen Zusammenstellung möglicher Problembereiche bei einem Versicherungsausschreibungsverfahren wird erkennbar, dass es zahlreiche Möglichkeiten für Vergabestellen gibt, den Wettbewerb zu beeinflussen, zu verengen oder im Extremfall vielleicht sogar in Gänze auszuschalten.

Die Vergabestellen, die ein optimales Ergebnis wünschen, das nur aus einem möglichst breiten Wettbewerb resultieren kann, sollten aber tunlichst darauf achten, durch die Gestaltung der Ausschreibung diesen Wettbewerb auch zu fördern und ihn nicht (wissentlich oder unwissentlich) zu stören oder zu verhindern.