

Die Rolle von Versicherungsmaklern und Versicherungsberatern in EU-weiten Ausschreibungsverfahren von Versicherungsverträgen¹ (Teil I)

Von Elmar Sittner, LL.M, Versicherungsberater, Leipzig

A. Einleitung

Seit Inkrafttreten des Kartellvergaberechtes am 01.01.1999 hat sich ein neues Betätigungsfeld sowohl für Versicherungsvermittler als auch für Versicherungsberater ergeben.

Aufgrund der Tatsache, daß es geschätzt ca. 10.000 öffentliche Auftraggeber² gibt, die bei dem Neuabschluß oder der wesentlichen Änderung von Versicherungsverträgen grundsätzlich zur Durchführung eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens verpflichtet werden, und dem Umstand, daß es in den vergangenen Jahren immer nur jährlich zwischen 40 und 70 solcher Verfahren gegeben hat³, ergibt sich die Vermutung, daß es sich vorliegend um ein Geschäftsfeld handelt, das in den nächsten Jahren stark anwachsen wird.

Die öffentlichen Auftraggeber haben den Wunsch oder sehen es sogar als notwendig an, sich bei der Durchführung solcher Ausschreibungen fachkundiger Unterstützung und Beratung zu bedienen. In der Praxis treten hier Versicherungsberater, aber auch Versicherungsmakler auf. Die Untersuchung der Möglichkeiten der Tätigkeit dieser Berater und Vermittler sowie die rechtliche Einordnung vor dem Hintergrund der aufgetretenen praktischen und rechtlichen Probleme (die oftmals auch zum Gegenstand von Vergabenaachprüfungsverfahren werden) ist Ziel dieses Beitrages. Unproblematisch ist hier die große Berufsgruppe der Versicherungsvertreter, da diese niemals auf Seiten der Vergabestelle, sondern regelmäßig auf Bieterseite auftreten. Versicherungsmakler hingegen treten sowohl als Vertreter der Vergabestellen wie auch vermehrt als Vertreter von Bietern oder Bieterkonsortien auf, was einerseits Fragen in bezug auf die gebotene Neutralität und andererseits Fragen hinsichtlich des Berufsbildes aufwirft.

Bei der Prüfung der überwiegenden Zahl der angesprochenen Rechtsfragen spielt nicht nur das Vergaberecht der jeweiligen Berufsgruppe, sondern auch das Vermittler- und Berufsrecht eine wichtige Rolle.

Die Klärung dieser Fragen ist sowohl für den Versicherungsnehmer, der eine EU-weite Ausschreibung durchführt und sich dabei angemessen beraten lassen will, als auch für Versicherungsvermittler/-makler und Versicherer,

die sich rechtskonform an der Ausschreibung beteiligen wollen, wichtig.

B. Hauptteil

I. Arten des Vergabeverfahrens

§ 101 GWB sowie § 3 a) VOL/A unterscheiden drei Verfahrensarten:

1. Offenes Verfahren

Das Offene Verfahren entspricht der öffentlichen Ausschreibung für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte. Das Offene Verfahren hat Vorrang vor den anderen Verfahren, die nur in begründeten Ausnahmefällen anwendbar sind. Lediglich Sektorenauftraggeber haben gemäß § 101 Abs. 6 Satz 2 GWB die freie Wahl zwischen allen drei Verfahren.

2. Nichtoffenes Verfahren

Das Nichtoffene Verfahren kann gemäß § 3 a) VOL/A nur in begründeten Ausnahmefällen gewählt werden. Wann ein solcher begründeter Ausnahmefall vorliegt, ist nur allgemein durch den Verweis in § 3 a) Nr. 1 Abs. 1 auf die Basisvorschriften des § 3 Nr. 3 VOL/A definiert, die lediglich grob umrissene Ausnahmefälle für die Wahl der beschränkten Ausschreibung enthält. Im Europarecht sind das Offene und Nichtoffene Verfahren ohnehin gleichrangig, was das Schweigen der Vorschriften des zweiten Abschnitts der VOL/A (sog. „a“-Paragraphen) zu erklären vermag. In bezug auf Versicherungsausschreibungen gibt es zur Anwendung des Nichtoffenen Verfahrens keine nähergehende Rechtsprechung. Auch Klenk mißt dem Nichtoffenen Verfahren im Bereich der Versicherungsausschreibung mit Verweis auf die bei Versicherungsausschreibungen seiner Ansicht nach geringe Wichtigkeit der Eignungsprüfung keine Bedeutung zu⁴.

Dennoch gibt es einen Anwendungsbereich für das Nichtoffene Verfahren. Dieser ist insbesondere dann gegeben, wenn im Rahmen einer Ausschreibung vertrauliche Informationen z.B. über Sicherheitsmaßnahmen bei der Vergabe von Ausstellungsversicherungsverträgen in den Ausschreibungsunterlagen enthalten sind. Diese soll dann nicht jeder Interessent erhalten können, sondern es wird im Rahmen eines Qualifikationsverfahrens zuvor ein geeigneter Bieterkreis ausgewählt (sog. öffentlicher Teilnahmewettbewerb), mit dem dann das eigentliche Verfahren durchgeführt wird. Dieses entspricht dann allerdings weitestgehend dem Offenen Verfahren.

¹ Der Beitrag basiert auf Auszügen einer Masterarbeit zur Erlangung des Titels „Master of Law“

² Diese Zahl wird auf Veranstaltungen und Podiumsdiskussionen zu vergaberechtlichen Themen häufig genannt.

³ Angabe basiert auf den eigenen fortlaufenden Beobachtungen der Veröffentlichungen im EU-Amtsblatt

⁴ Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 160

3. Verhandlungsverfahren

Dieses Verfahren entspricht der freihändigen Vergabe und ist ebenfalls nur in absoluten Ausnahmefällen zulässig. In Ausschreibungsverfahren von Versicherungsverträgen wurde teilweise versucht, dieses Verhandlungsverfahren zu wählen, und zwar unter Berufung auf die Ausnahme des § 3 a) Nr. 1 c) VOL/A. Danach müssen vertragliche Spezifikationen (also Inhalte des Versicherungsvertrages) nicht hinreichend genau festgelegt werden können, um den Auftrag im Offenen oder Nichtoffenen Verfahren vergeben zu können.

In der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 18.10.2000 wurde allerdings (ausführlich begründet) der Vorrang des Offenen Verfahrens dargelegt und entschieden, daß für Ausschreibungen, die z.B. kommunale Sachversicherungsverträge betreffen, keine Ausnahmen erkennbar sind. Es ist grundsätzlich Aufgabe des Auftraggebers, die Gründe darzulegen, die die Wahl des Verhandlungsverfahrens im Einzelfall rechtfertigen⁵.

Dreher hat schon im Jahr 2000 darauf hingewiesen, daß das Verhandlungsverfahren die absolute Ausnahme bleiben muß⁶. Dies entspricht der gängigen und in den letzten Jahren vertieften Rechts- und Entscheidungspraxis des EuGH und der nationalen Gerichte sowie der Nachprüfungsinstanzen.

Höfler⁷ vertritt die Auffassung, daß bei Versicherungsausschreibungen, die Leistungen außerhalb des Standardgeschäftes zum Inhalt haben, immer das Verhandlungsverfahren zulässig sei. Als Beispiel nennt er hier die Kidnapping-Versicherung und damit einen seltenen Extremfall. Er verkennt allerdings, daß Kidnapping-Versicherungen sicherlich niemals in irgend einem der 3 Verfahren EU-weit ausgeschrieben werden. Darüber hinaus stellt sich auch die Frage, was Standardgeschäft eigentlich ist. Dieses Abgrenzungsmerkmal erscheint zu ungenau und ist daher nicht tauglich.

Werber vertritt demgegenüber die Auffassung (mit Hinweis auf die europarechtlichen Grundlagen und einer seiner Meinung nach nicht richtlinienkonformen Umsetzung in deutsches Recht), daß bei der Ausschreibung von Versicherungsdienstleistungen grundsätzlich die Wahl des Verhandlungsverfahrens zulässig sei. Im übrigen ist er der Auffassung, schon die Besonderheiten von Versicherungsausschreibungen rechtfertigen es, diese als Ausnahme vom Grundsatz des Vorzugs des Offenen Verfahrens im Verhandlungsverfahren auszuschreiben⁸. So ist es seiner Ansicht nach der Vergabestelle, die mit eigenen Mitteln nicht in der Lage ist, eine Ausschreibung durchzuführen, erlaubt, als Lösungsweg das Verhandlungsverfahren zu wählen. Dem ist nicht zuzustimmen. Vielmehr kann besonderer Beratungsbedarf bei der Ausschreibung von Versicherungsverträgen nicht die grundsätzliche Zulässigkeit des Verhandlungsverfahrens begründen. Vielmehr hat die ausschreibende Stelle dann Dritte mit den Tätigkeiten zu beauftragen, die sie selbst nicht erledigen kann⁹. Auch in seiner jüngsten Veröffentlichung weist er nochmals darauf hin, daß die Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG (von Werber als Basisrichtlinie bezeichnet) das Verhandlungsverfahren bei komplexen Dienstleistungen

erlaubt, was allerdings nicht neu ist¹⁰. Hierin liegt allerdings kein Freibrief für die Verwendung des Verhandlungsverfahrens. Vielmehr beziehen sich die Ausnahmen (was auch aus der Nennung der Dienstleistungen in lit. b des Artikels 30 Abs. 1 gefolgert werden kann) vor allem auf Dienstleistungen planerischen sowie geistig-schöpferischen Charakters.

§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A legt dem Auftraggeber die Verpflichtung auf, die Leistung so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, um Bieter eine sichere Kalkulation zu ermöglichen. Grundsätzlich sollen sich Vergabestellen dieser Verpflichtung auch nicht mittels eines Verhandlungsverfahrens entziehen können. Letztendlich würde ein solches Verhandlungsverfahren (ohne verlässliche Leistungsbeschreibung) dann dazu führen, daß keine vergleichbaren Angebote seitens der Bieter eingereicht werden könnten.

Tiedgens verwirft ebenfalls weitgehend die Auffassungen Höflers und Werbers und sieht Anwendungsbereiche für das Verhandlungsverfahren allerdings im sog. „Industrieversicherungsgeschäft“¹¹.

Letzterer Auffassung ist zum Teil zuzustimmen. Zwar ist es auch im Industrieversicherungsgeschäft, wie die Praxis der vergangenen Jahre eindeutig bewiesen hat, möglich, Versicherungsleistungen im Offenen Verfahren auszuschreiben. In einigen Fällen, insbesondere wenn die Bedingungswerke nicht ohne das für den Auftraggeber unzumutbare Risiko des Scheiterns eindeutig bestimmt vorgegeben werden können, bietet das Verhandlungsverfahren allerdings die einzige Möglichkeit, erfolgreich ein solches Ausschreibungsverfahren abzuschließen¹². In diesen Fällen hat sich in der Praxis auch noch niemals ein Bieter gegen die Wahl des Verhandlungsverfahrens erfolgreich zur Wehr gesetzt. Solche Fälle müssen aber die absolute Ausnahme bleiben, da es schließlich auch Aufgabe einer ordnungsgemäßen Leistungsbeschreibung ist, die wesentliche Grundlage eines späteren Versicherungsvertrages zu bilden¹³.

Mehr als 90 % der relevanten Ausschreibungen (ohne Sektorauftraggeber) erfolgen aber heute im Offenen Verfahren¹⁴.

II. Mögliche Tätigkeiten eingeschalteter Berater / Vermittler im Verfahren

1. Tätigwerden als Beauftragter der Vergabestelle

a.) Versicherungsberater

aa.) Tätigkeit als Sachverständiger gem. § 6 VOL/A

Sachverständiger im Sinne des § 6 VOL/A ist nicht derjenige, der als Interessenvertreter der ausschreibenden Stelle auftritt, sondern der unparteiische Gutachter, der zu bestimmten fachlich eingegrenzten Fragen Stellung nimmt¹⁵.

Die Grenze der Sachverständigentätigkeit wird dann überschritten, wenn einem Dritten ein Vergabeverfahren ganz oder teilweise zu weitgehend selbstständiger Durchführung übertragen ist¹⁶.

⁵ Vgl. hierzu OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 11 ff.; so auch Müller-Stüler, VersR 1999, 1060 (1063)

⁶ Dreher, in: SR Forum Vergabe e.V., Seite 98 ff.

⁷ Höfler, in: SR Forum Vergabe e.V., Seite 15 f.

⁸ Werber, VersR 2001, 1313 (1313 ff.)

⁹ so auch Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 166

¹⁰ Werber, VersR 2008, 1026 ff.

¹¹ Tiedgens, Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem Kartellvergaberecht durch kommunale Auftraggeber, Seite 133 ff.

¹² Vgl. Rocke/Sittner, Verwaltungsgrundschau 2001, 195 (197); Sittner, VersicherungsPraxis 2003, 130 (132)

¹³ Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 169

¹⁴ Quelle ist die laufende Beobachtung von Veröffentlichungen von Versicherungsausschreibungen im EU-Amtsblatt durch den Verfasser

¹⁵ so Lux, in: Müller-Wrede, § 6, Rn. 11, 12; Müller, in: Daub/Eberstein, § 6, Rn. 11, 12

¹⁶ OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 36

Allein das Schleswig-Holsteinische OLG hat den Makler grundsätzlich als Sachverständigen betrachtet und die oben skizzierte Abgrenzung nicht vorgenommen¹⁷.

Versicherungsberater sind in seltenen Einzelfällen als Sachverständige tätig, zum Teil auch ergänzend zu einem anderen Versicherungsberater, der als Interessenvertreter oder Berater der Vergabestelle das gesamte Verfahren begleitet.

bb.) Tätigkeit als Interessenvertreter/
Berater der Vergabestelle

(1.) Tätigkeitsbereich des Beraters

Der Aufgabenbereich, in Abgrenzung zu der oben vorgenommenen Tätigkeit des Sachverständigen, umfaßt in den meisten Fällen die Begleitung des gesamten Vergabeverfahrens. Dies beginnt häufig schon mit der Beratung der Vergabestelle, ob es überhaupt sinnvoll ist, ein solches Ausschreibungsverfahren durchzuführen. Die Tätigkeiten des Beraters werden daher häufig in 6 einzelne Phasen (Verfahrensschritte) eingeteilt, die von der Risikoanalyse und Analyse des Versicherungsschutzes über die Markterkundung mit Anfertigung einer Erfolgsprognose, im Verfahren notwendige Tätigkeiten wie Anfertigung der Ausschreibungsunterlagen, Beantwortung von Bieterfragen über die Auswertung der Angebote bis zu der Begleitung der Gespräche mit den erfolgreichen Bietern reichen¹⁸.

(2.) Vertragliche Vereinbarungen, Arten der Honorierung sowie Haftung

Zwischen Auftraggeber und Versicherungsberater wird in der Regel ein Beratungsvertrag, der rechtlich als Geschäftsbesorgungsvertrag mit dienstvertraglichen Elementen zu qualifizieren ist, geschlossen. Der Aufgabenbereich wird in der Regel genau beschrieben. Oftmals werden sogar die einzelnen Verfahrensschritte / Phasen des Ausschreibungsverfahrens im einzelnen genannt und es werden die Unterlagen und Schriftstücke genannt, die der Berater für die Vergabestelle zu entwerfen hat. Dies alles unterscheidet sich sehr stark von dem oft relativ pauschal gehaltenen Versicherungsmaklervertrag, der z.B. bei Industrieversicherungsmaklern üblich ist und der im Regelfall die vollumfängliche Betreuung sämtlicher Versicherungsverträge des Auftraggebers zum Gegenstand hat¹⁹.

Die Honorierung des Versicherungsberaters erfolgte früher regelmäßig in Anlehnung an die BRAGO bzw. das RVG, was aber nach der Übernahme des Versicherungsberaters in die GewO wohl so nicht mehr möglich ist. Der Versicherungsberater ist dennoch in der Gestaltung seiner Honorierung frei. Üblich sind Honorierungen an Hand des Stunden- oder Tagesaufwandes oder aber auch pauschale Vereinbarungen.

Die Haftung bei Pflichtverletzungen und Verstößen gegen den Beratungsvertrag ergibt sich aus den §§ 280 ff. BGB. Wird die Haftung nicht durch Vertrag begrenzt, so gilt sie also uneingeschränkt und für einfaches Verschulden. Die Beweislast für Pflichtverletzung, Schaden und Kausalität liegt beim Auftraggeber. Der Berater hingegen hat zu beweisen, daß er den Schaden nicht zu vertreten hat²⁰.

b.) Versicherungsmakler

Der Tätigkeitsbereich des Maklers, der als Interessenvertreter / Berater der Vergabestelle tätig wird, umfaßt im wesentlichen die gleichen Aufgaben wie die des Versicherungsberaters. Die Abgrenzung zum Sachverständigen und Interessenvertreter / Berater der Vergabestelle wurde oben vorgenommen. Es bestand, abgesehen von der Meinung des Schleswig-Holsteinischen OLG, einhellig die Auffassung, daß die Tätigkeit des Versicherungsmaklers und des Sachverständigen nicht zusammenpassen und daß Versicherungsmakler regelmäßig nicht als Sachverständige im Sinne des § 6 VOL/A anzusehen sind²¹.

aa.) Tätigkeitsbereich

Grundsätzlich geht es um die umfassende Beratung des Kunden von der Analyse der Risikosituation bis hin zum Abschluß des Vertrages und (und dies unterscheidet den Makler wesentlich vom Versicherungsberater) in der anschließenden Betreuung und Verwaltung des zustande gekommenen Versicherungsschutzes.

Denkbar ist nach der Erweiterung der Befugnisse des Versicherungsmaklers durch § 34 d) Abs. 1 der GewO, daß ein Versicherungsmakler heute auch die Durchführung einer solchen Dienstleistung ohne Vertragsvermittlung gegen gesondertes Honorar durchführt. Tut er dies, so unterscheidet sich dann die konkrete Tätigkeit (rechtlich betrachtet) überhaupt nicht mehr von der gleichgelagerten Tätigkeit des Versicherungsberaters.

In der Praxis kommt dies jedoch fast nie vor. Makler, die in einem solchen Verfahren auftreten, wollen entweder einen neuen Kunden gewinnen und für diesen dann auch im Nachgang des Ausschreibungsverfahrens als Versicherungsmakler tätig sein (ob gegen Courtage oder im Falle der Nettoisierung der Prämie gegen Honorar kann dahinstehen) oder aber sie wollen die Ausschreibung für einen bereits bestehenden Kunden durchführen, der z.B. aus haushaltrechtlichen Gründen gehalten ist, eine EU-weite Ausschreibung durchzuführen. In letzterem Fall haben Makler dann im Regelfall das Interesse, auch nach Beendigung der Ausschreibung als Versicherungsmakler des Kunden tätig zu bleiben und den Vertragsabschluß nicht etwa einem Versicherungsvertreter oder einem anderen Versicherungsmakler zu überlassen.

Derjenige Versicherungsmakler, der nur Beratungstätigkeit im Verfahren übernehmen will, kann hierüber heute einen gleichgearteten Beratungsvertrag abschließen, wie es der Versicherungsberater in der Regel tut.

Der Versicherungsmakler, der (seinem ursprünglichen Berufsbild entsprechend) entweder neuer Makler werden oder Makler für den auszuschreibenden Vertrag bleiben will, schließt allerdings in aller Regel keine solchen Beratungsverträge, die nur das Ausschreibungsverfahren betreffen, sondern schließt (oder hat bereits geschlossen) einen Maklervertrag, der häufig die Vermittlung und die Betreuung aller Versicherungsverträge des Kunden umfaßt.

bb.) Vermittlungstätigkeit im Verfahren und Honorierung

Eine sehr umstrittene Frage war von Anbeginn der Tätigkeit des Versicherungsmaklers bei solchen Verfahren die Möglichkeit der Versicherungsvertragsvermittlung. Dreher stellt hierzu fest, daß bei Vorliegen einer Courtage-

¹⁷ Schleswig-Holsteinisches OLG v. 16.4.2002 – 6 Verg 1/02, Seite 12 ff.

¹⁸ Vgl. Sittner, VersicherungsPraxis 2003, 130 (135 ff.)

¹⁹ Vgl. Kollhoser, in: Prölss/Martin, § 48, Rn. 5

²⁰ Heinrichs, in: Palandt, § 280, Rn. 34

²¹ so auch Teichler, VersR 2000, 295 (296)

vereinbarung der Makler gegenüber dem Versicherer als Nachweismakler bzw. Vermittlungsmakler im Sinne des § 652 BGB und gegenüber dem Versicherungsnehmer als Versicherungsmakler im Sinne von § 93 HGB tätig wird²². Er befindet sich damit im Einklang mit der fast einhelligen Auffassung²³, die nur von Fetzer in Zweifel gezogen wird²⁴.

Den Rechtsgrund für die Vergütung des Maklers bildet in der Regel eine Courtagezusage, die er mit dem Versicherer abgeschlossen hat. Hieraus folgt in der Praxis, daß, wenn ein Versicherer den Zuschlag erhält, der mit dem Makler eine solche Courtagezusage abgeschlossen hat und mit dem Makler in diesem Fall auch zusammenarbeiten will (ihn also als Makler akzeptiert), gar keine Probleme auftreten. Probleme treten aber regelmäßig in Fällen auf, wo solche Courtagevereinbarungen fehlen oder wo ein Versicherer vielleicht über einen anderen Makler oder Vermittler das Angebot abgegeben hat.

Festzuhalten bleibt, daß die Maklertätigkeit für den Vertragsabschluß zumindest mitursächlich sein muß, was eine wesentliche Vermittlungsleistung des Maklers durch Fördern der Abschlußbereitschaft des Kunden bedingt²⁵.

Im Ausschreibungsverfahren wird eine von vornherein abschlußwillige Vergabestelle (sonst würde sie kein Ausschreibungsverfahren durchführen) durch Veröffentlichung im EU-Amtsblatt mit den grundsätzlich abschlußwilligen Versicherern zusammengebracht. Für einen Vermittlungsakt ist hier also kein Raum. Im Offenen und im Nichtoffenen Verfahren bestehen daher nach herrschender Auffassung keine Möglichkeiten für den Makler, diese seinem Berufsbild entsprechenden und den Vergütungsanspruch begründenden Tätigkeiten durchzuführen. Etwas anderes gilt lediglich im Verhandlungsverfahren (insbesondere ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb), da in diesem Verfahren (sofern es vom Makler durchgeführt wird) der Makler Versicherer direkt ansprechen und mit diesen dann auch Verhandlungen führen kann²⁶.

Kernpunkt der Argumentation einer Gegenauffassung ist, daß der Makler sozusagen als Instrument zur Erbringung seiner Maklerleistung hier die Form der EU-weiten Ausschreibung wählt. Der Auftraggeber habe ihm im Maklerauftrag die Auswahl des im Hinblick auf den Vertragsabschluß förderlichen Einwirkungsmittels überlassen. Eine

Beschränkung auf das bloße Verhandeln als Vermittlungstätigkeit sei in Maklerverträgen nicht zu finden. Damit sei die Wahl des EU-weiten Ausschreibungsverfahrens (auch des Offenen Verfahrens) als courtagebegründende Vermittlungsaktivität vertragsgerecht²⁷.

Die Argumentation erscheint aber nicht überzeugend, sondern eher konstruiert, da der Versicherungsnehmer in aller Regel durch das Vergaberecht gezwungen sein dürfte, genau diese Art der Ausschreibung zu wählen.

Fetzer führt ferner aus, daß für den Fall, daß eine Vermittlungstätigkeit gegeben ist, auch grundsätzlich ein Courtageanspruch gegen den Versicherer besteht, sofern mit diesem eine Courtagezusage besteht. Fehlt es an einer solchen Courtagezusage, so könne der Versicherer in sein Angebot einen sogenannten Vorbehaltsvermerk aufnehmen, in dem er deutlich macht, daß er nicht zur Zahlung einer Courtage bereit ist. Diesen Vorbehaltsvermerk soll man dann in die Wirtschaftlichkeitsbeurteilung gemäß § 25 Nr. 3 VOL/A aufnehmen können. Fehlt es an diesem Vorbehaltsvermerk, so habe der Versicherer die Zusammenarbeit und damit auch die Verpflichtung zur Courtagezahlung akzeptiert²⁸.

Auch dieses Argument muß starken Bedenken begegnen. Schon allein der Vermerk eines Vorbehaltes in einem Angebot dürfte aus vergaberechtlichen Gründen unzulässig sein, da ein solcher Vorbehalt eine Änderung der Vorgaben der Verdingungsunterlagen gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 1 d) VOL/A darstellt. Dies setzt voraus, daß die Verpflichtung zur Courtage zulässig vorgegeben wurde, wovon Fetzer aber in seiner Argumentation ausgeht. Ein solches Angebot wäre dann also zwingend von der Wertung auszuschließen.

Fleischer versucht ebenfalls zu begründen, warum innerhalb eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens eine courtagepflichtige Vermittlung möglich ist. Er geht hier allerdings von der Prämisse aus, daß ein Versicherer sich an einer Ausschreibung beteiligt und zu diesem Zeitpunkt noch keine grundsätzliche Abschlußbereitschaft besteht²⁹. Damit kann es sich allerdings nur um das Verhandlungsverfahren handeln, nicht aber um das Offene Verfahren, da im Offenen Verfahren eine Beteiligung regelmäßig in der Abgabe eines Angebotes besteht. Gibt man aber ein Angebot ab, ist man auch bereit, zu den Angebotskonditionen den Vertrag abzuschließen.

²² Dreher, in: SR Forum Vergabe e.V., Seite 103 ff.

²³ Vgl. Kollhoser, in: Prölss/Martin, § 48, Rn. 2, Rn. 28 ff.; Griess/Zinnert, Der Versicherungsmakler, Seite 155 ff.

²⁴ Fetzer, VersR 2000, 1311 (1317 f.)

²⁵ Dreher, BADK-Info, 4/2000, 108 (116, 117)

²⁶ Vgl. hierzu auch Dreher, BADK-Info, 4/2000, 108 (116) sowie Trautner/Förster, VergabeR 2001, 190 (200)

²⁷ so Fetzer, VersR 2000, 1311 (1319)

²⁸ Fetzer, VersR 2000, 1311 (1317)

²⁹ Fleischer, NVersZ 2001, 204 (208)

Klenk sieht in der Erfassung der Risikostruktur, der Erstellung eines Deckungskonzeptes und der Beratung bei der Bewertung der eingegangenen Angebote eine Leistung, die auch eine bewußte und zweckgerichtete Förderung der grundsätzlich bestehenden Abschlußbereitschaft der Bieter darstellt. Er sieht diese Leistungen daher als courtagebegründende Maklerleistungen auch im Offenen Verfahren an³⁰. Auch hier muß aber hinterfragt werden, wie (zumindest für das Offene und Nichtoffene Verfahren) durch diese Argumentation der Kunstgriff gelingen soll, eine courtagepflichtige Vermittlung in ein Vertragsabschlußverfahren hineinzudeuten, das ganz bewußt die Vermittlung und die sonstige Einflußnahme Dritter auf das Verfahren und deren Ausgang verhindern bzw. begrenzen will.

Das OLG Celle hat hierzu klargestellt, daß die Einschaltung eines Maklers in ein Vergabeverfahren dann unzulässig ist, wenn der Versicherer, der den Zuschlag erhält, zur Übernahme einer Courtage verpflichtet wird. Im entschiedenen Fall wurde die Courtage sogar auf einen Festbetrag pro Kalenderjahr festgeschrieben³¹. Auch das Schleswig-Holsteinische OLG stuft die Courtagezah-

lungsverpflichtung als Nichtschuld ein, die der Versicherer nicht hinnehmen muß, da sie vergaberechswidrig ist. Dort wird ausgeführt, daß ein Courtageanspruch gemäß § 652 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht gegeben ist, da das sogenannte Vergabemanagement keinen rechtlich relevanten Nachweis der Gelegenheit zum Vertragsschluß zulasse. Der Makler habe aber auch nicht die Rolle eines Vermittlers. Dies wird schon durch das Wesen des Offenen Verfahrens gemäß § 101 Abs. 1 GWB ausgeschlossen³².

Im Ergebnis bleibt hier festzuhalten, daß sich die Gegenauffassung nicht durchgesetzt hat. Versicherungsmakler verzichten, sofern sie in Ausschreibungsverfahren auf Seite der Vergabestelle tätig werden, heute in aller Regel auf den Versuch, eine Courtagezahlungsverpflichtung durch Vorgabe in den Ausschreibungsunterlagen zu begründen. Im Verhandlungsverfahren (insbesondere ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb) jedoch kann der Makler seiner ursprünglichen Tätigkeit, also die Abschlußbereitschaft herbeizuführen oder zu fördern, nachkommen und begründet dadurch auch einen Courtageanspruch.

(Fortsetzung folgt)

³⁰ Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 187

³¹ OLG Celle v. 1.3.2001 – 13 Verg 1/01, Seite 4, 5

³² Schleswig-Holsteinisches OLG v. 16.4.2002 – 6 Verg 1/02, Seite 16 ff.