

# Die Rolle von Versicherungsmaklern und Versicherungsberatern in EU-weiten Ausschreibungsverfahren von Versicherungsverträgen<sup>33</sup> (Teil II)

Von Elmar Sittner, LL.M, Versicherungsberater, Leipzig

## c.) Vergaberechtliche Aspekte zur Tätigkeit als Interessenvertreter / Berater der Vergabestelle

In der vergaberechtlichen Diskussion stehen § 2 Nr. 3 VOL/A, § 6 Nr. 3 VOL/A, § 97 Abs. 1 und 2 GWB sowie § 16 VgV im Vordergrund.

§ 2 Nr. 3 VOL/A sieht vor, daß Leistungen „...unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestelle...“ zu vergeben sind. Zu Anfang wurde hierin ein Ausschluß der Übertragungsmöglichkeit des Verfahrens an Versicherungsmakler gesehen. Diese Diskussion steht jedoch nicht mehr im Vordergrund, da mittlerweile anerkannt ist, daß lediglich die Zuschlagsentscheidung unter Letztverantwortung der Vergabestelle stattzufinden hat, auch wenn sich die Vergabestelle der Unterstützung Dritter bedient<sup>34</sup>.

§ 97 Abs. 1 und 2 GWB, in dem der Neutralitätsgrundsatz und das Diskriminierungsverbot niedergelegt sind, ist eine der wichtigsten Normen des Vergaberechts und spielt in der Literatur und im Schrifttum eine tragende Rolle. Auf ihn stützen sich unter anderem auch die wesentlichen Gerichtsentscheidungen zu diesem Thema.

Beim § 6 Nr. 3 VOL/A, der für Sachverständige gilt, ist umstritten, ob dieser überhaupt auf die Einschaltung von Versicherungsmaklern anwendbar ist.

§ 16 VgV verdrängt sozusagen seit seinem Inkrafttreten<sup>35</sup> den § 6 VOL/A in seiner Bedeutung, da diese Norm eine direkt anwendbare Regelung darstellt<sup>36</sup>.

### (1.) Bewertung

Es ist bei der Sondierung und Bewertung der im 1. Teil dargestellten Literaturmeinungen zu beachten, daß diese naturgemäß sehr interessengeprägt sind. Beiträge haben Vertreter der Versicherungsmaklerwirtschaft und von Versicherungsmaklern beauftragte Gutachter auf der einen Seite sowie auf der anderen Seite Vertreter der Versicherungsunternehmen, die sich gegen eine Einschaltung der Versicherungsmakler zur Wehr gesetzt haben, abgegeben. Wichtig ist aber hierbei, daß die Gerichte sich mit diesen Argumenten auseinandergesetzt haben und (und dies gilt für die vergaberechtliche Bewertung der Zulässigkeit der Maklertätigkeit sowie für die Frage der Entstehung des Courtageanspruches) zu einem relativ einheitlichen

Ergebnis gelangt sind. Das Vergaberecht und das dort im Vorrang anzuwendende Offene Verfahren hat das Ziel, eine persönliche Einwirkung eines Dritten auf die Entscheidungen und Angebote eines Bieters zu unterbinden.

### (a.) § 2 Nr. 3 VOL/A

§ 2 Nr. 3 VOL/A als Teil des Wettbewerbsgrundsatzes und Neutralitätsgebotes verpflichtet die Vergabestelle, Leistungen unter ihrer ausschließlichen Verantwortung zu vergeben. Es ist aber allgemein anerkannt, daß dies nicht bedeutet, daß sich die Vergabestelle nicht fachkundiger Hilfe bedienen darf<sup>37</sup>. Dies bedingt allerdings, daß die letztendliche Verantwortung für die Zuschlagsentscheidung bei der Vergabestelle verbleibt und nicht der eingeschaltete Dritte diese Entscheidung sozusagen für die Vergabestelle trifft<sup>38</sup>.

### (b.) § 6 Nr. 3 VOL/A

Die Rechtsprechung hat den § 6 auf Maklerleistungen teilweise analog angewandt<sup>39</sup>, teilweise unter der Annahme, daß der Makler Sachverständiger im Sinne der Norm sei, direkt angewandt<sup>40</sup>. In der Literatur hingegen wird die analoge Anwendung unter Verweis auf das Fehlen einer dies rechtfertigenden planwidrigen Regelungslücke überwiegend abgelehnt<sup>41</sup>.

Im Hinblick auf die Tatsache, daß man auch ohne den § 6 Nr. 3 VOL/A allein durch die Grundsätze des Vergaberechtes, die auf § 97 GWB gründen (dazu später mehr) sowie bei Anwendung des erst am 01.02.2001 in Kraft getretenen § 16 VgV, der direkt (also ohne den Erst-Recht-Schluß) anwendbar ist, zum gleichen Ergebnis gelangt, ist die Klärung dieser Frage von keiner praktischen Bedeutung mehr und kann offen bleiben.

### (c.) § 97 Abs. 1 und 2 GWB

§ 97 enthält die Grundsätze des freien Wettbewerbes, der Transparenz und der Neutralität und sind damit elementare Prinzipien des Vergaberechtes. Im Kern ging es in der Diskussion um die Frage, ob einerseits mangelnde Neutralität vorliegt und zum zweiten, ob sich diese man-

<sup>33</sup> Der Beitrag basiert auf Auszügen einer Masterarbeit zur Erlangung des Titels „Master of Law“

<sup>34</sup> Roth, in: Müller-Wrede, § 2, Rn 32

<sup>35</sup> Vergabeverordnung, in Kraft getreten am 01.02.2001

<sup>36</sup> Werber, VersR 2008, 1026 ff.

<sup>37</sup> vgl. z.B. Dreher, in: SR Forum Vergabe e.V., Seite 100, 101

<sup>38</sup> vgl. Müller, in: Daub/Eberstein, § 2, Rn. 22; und auch OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 32, 38

<sup>39</sup> vgl. z. B. OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 38

<sup>40</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG v. 16.4.2002 – 6 Verg 1/02, Seite 13; zustimmend auch OLG Rostock v. 29.9.1999 – 17 W Verg 1/99

<sup>41</sup> Boesen, VersR 2000, 1063 (1066 ff.) sowie Teichler, VersR 2000, 295 (296); und auch Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 197

gelnde Neutralität in einer tatsächlichen Beeinträchtigung des Verfahrens bzw. Benachteiligung von Bietern ausge- wirkt hat.

Wenig überzeugend und daher in den Gerichtsentscheidungen<sup>42</sup> folgerichtig verworfen wurde die Forderung u. a. von Boesen, daß es einer konkreten Beeinflussung des Verfahrens bzw. Benachteiligung einzelner Bieter durch die Maklereinschaltung bedarf<sup>43</sup>, die die Bieter nachzuweisen haben. Dies wäre in der Praxis kaum möglich. Gerade im Verfahren der Ausschreibung von Versicherungsverträgen ist es im Regelfall möglich, durch einzelne Klauseln und Bedingungen z.B. in komplexen Sachversicherungsverträgen Einfluß auf das Verfahren und das Anbietersverhalten der Bieter zu nehmen, ohne daß dies im nachhinein als versuchte Einflußnahme bewiesen werden könnte. Der Neutralitätsgrundsatz ist aber einer der wichtigsten Grundsätze des Vergaberechtes und rechtfertigt es insofern auch, den Vergabestellen und eventuell eingeschalteten Versicherungsmaklern aufzuerlegen zu beweisen, daß eine solche Beeinflussung gerade nicht vorliegt. Zugegeben sei, daß es sehr schwierig ist, diesen Beweis zu führen. Sehr weit geht hier Leinemann, der den Auftraggebern empfiehlt, von ihren Beratern strafbewährte Erklärungen dahingehend zu fordern, daß sie keinerlei Geschäftsbeziehungen zu späteren Bietern unterhalten oder aufnehmen<sup>44</sup>.

In der Praxis wurde versucht, dieser Vermutung zu begegnen bzw. durch vertragliche Vereinbarung mit dem Auftraggeber darzulegen, daß ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist. In einem Fall wurde dies durch Festschreibung der Maklercourtage auf einen festen Jahrespauschalbetrag versucht, wobei aber das OLG Celle der Argumentation nicht gefolgt ist und auch hierin eine Diskriminierung von Bietern erkannt hat<sup>45</sup>. Das Schleswig-Holsteinische OLG kam zu dem gleichen Ergebnis auch für den Fall, daß dem Bieter gar keine Courtagezahlungsverpflichtung auferlegt wurde, sondern auf ein nettoisiertes (also um Courtagen bereinigtes) Angebot der Bewerbung ein fiktiver Vergütungsanteil des Maklers hinzurechnet werden sollte. Auch hierin sah man einen Verstoß gegen den Neutralitäts- und Gleichbehandlungsgrundsatz<sup>46</sup>. Das OLG Düsseldorf geht in seiner Argumentation noch einen Schritt weiter und erkennt (völlig zutreffend), daß eine Geschäftsbeziehung zwischen Versicherer und Versicherungsmakler nicht nur von der Höhe einer möglichen Courtage beeinflußt wird. Vielmehr gibt es eine Vielzahl weiterer Aspekte, die es zu beachten gilt. Insbesondere erkannte man dort, daß auch die Qualität und Intensität der Geschäftsbeziehung zwischen Makler und Versicherer eine gewichtige Rolle spielt und nahmen diesen Aspekt zum Anlaß, eine Maklereinschaltung als Interessenkollision und damit als „... gefährlich, und daher besser zu vermeiden ...“ zu betrachten<sup>47</sup>. Klenk schließt seine Erörterungen zu § 16 VgV (die Problemlage ist nahezu identisch) mit der Schlußfolgerung, daß zur Vermeidung einer potentiellen Beeinträchtigung bzw. eines Interessenkonfliktes es ausreichend sei, daß eine Vergütung des Maklers objektiv bestimmbar ist. Hierbei reiche sogar eine prozentuale Fixierung aus<sup>48</sup>. Er übersieht dabei möglicherweise, daß es in bestimmten Markt- und Kundensegmenten (und zwar insbesondere im kommunalen Versicherungsmarkt) Versicherer gibt, die überhaupt nicht mit Versicherungsmaklern zusammenarbeiten, sondern die Betreuung über den eigenen Außendienst gewährleisten und insofern zu keiner Courtagezahlung bereit sind, was einen Interessenkonflikt regelmäßig herbeiführt. In

einer solchen Festlegung ist also kein taugliches Mittel zum Ausschluß des Interessenkonfliktes zu sehen.

Allerdings wäre es dem Makler nunmehr grundsätzlich möglich, (ohne Vermittlungstätigkeit) entsprechende beratende Dienstleistungen zu erbringen. Dies aber setzt aufgrund der (als gefestigt zu bezeichnenden) Rechtsprechung voraus, daß er nachweisen muß, daß ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist. Es stellt sich die Frage, wie er dies tun kann. Die Gerichte haben zu dieser Frage keinerlei Ausführungen gemacht, und auch in der Literatur findet man (mit Ausnahme von Leinemann) hierzu keine Hinweise. Wenn die Gerichte jedoch annehmen, daß ein Interessenkonflikt schon dadurch begründet wird, daß der Makler den Vertrag nach Abschluß betreuen und verwalten will, dann besteht eine Möglichkeit darin, daß bei Ausschreibungsbeginn nachgewiesen wird, daß im konkreten Einzelfall eine solche Absicht seitens des Auftraggebers nicht besteht und der Makler lediglich zur Begleitung des Ausschreibungsverfahrens beauftragt ist. Es sei aber nochmals deutlich darauf hingewiesen, daß die reine Beratung ohne die anschließende Vermittlung und Betreuung der Versicherungsverträge in der Praxis gar nicht Ziel der überwiegenden Zahl der Versicherungsmakler ist, so daß eine solche Konstellation möglicherweise niemals von einem Gericht zu entscheiden sein wird.

Eine andere, praktisch relevante Konstellation jedoch ist bisher nicht Gegenstand von Diskussionen oder Gerichtsentscheidungen geworden. Sie basiert auf der Überlegung, daß es jedem Auftraggeber freistehen muß, für die spätere Vertragsverwaltung und -betreuung einen Vertreter einzuschalten und die Akzeptanz dieser Vertretereinschaltung (ohne zusätzliche Zahlungsverpflichtung) zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen. Schon im Jahr 2001 kam von Vertretern der Versicherungsmaklerschaft der Vorschlag, den Risikotransfer (Versicherungsleistung) und die Servicedienstleistung zu trennen und möglicherweise sogar die Servicedienstleistung in einem gesonderten Verfahren vorab auszuschreiben<sup>49</sup>. Es ist kein Grund erkennbar, warum dies dem Auftraggeber nicht gestattet sein sollte. Ein solcher Vertreter kann auch (und wird häufig) ein Versicherungsmakler sein. Hat dieser aber dann bei der Ausschreibung eben gerade nicht mitgewirkt und erhält er seine Vergütung vom Auftraggeber, so kann ein Versicherungsmakler zumindest das Fortbestehen seiner Vertragsbeziehungen mit dem Auftraggeber auch nach Durchführung einer Ausschreibung sichern. Die Mitwirkung bei der Ausschreibung selbst ist ihm dann aber (wenn er später weiter betreuen will) nicht möglich.

(d.) § 16 VgV

§ 16 VgV schließt gemäß Abs. 1 Nr. 3 b) natürliche Personen von der Mitwirkung im Vergabeverfahren aus, soweit sie (1.) für ein in das Vergabeverfahren eingeschaltetes Unternehmen tätig sind, wenn (2.) dieses Unternehmen zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftraggeber und zum Bieter oder Bewerber hat, es sei denn, daß dadurch für die Person kein Interessenkonflikt besteht oder sich die Entscheidung nicht auf Entscheidungen im Vergabeverfahren auswirkt. § 16 VgV wurde im Nachgang auf eine vielbeachtete Entscheidung des OLG Brandenburg zum Bau des Flughafens Berlin-Schönefeld<sup>50</sup> in dieser Form erlassen und basiert auf dem Rechtsgedanken des § 20 VerwVerfG.

<sup>42</sup> OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 37; auch Schleswig-Holsteinisches OLG v. 16.4.2002 – 6 Verg 1/02, Seite 15

<sup>43</sup> Boesen, VersR 2000, 1063 (1066)

<sup>44</sup> Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rn. 25

<sup>45</sup> OLG Celle v. 1.3.2001 – 13 Verg 1/01, Seite 5

<sup>46</sup> Schleswig-Holsteinisches OLG v. 16.4.2002 – 6 Verg 1/02, Seite 16, 17

<sup>47</sup> OLG Düsseldorf v. 18.10.2000 – Verg 3/00, Seite 35 ff.

<sup>48</sup> Klenk, Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen, Seite 215

<sup>49</sup> Meemken/Gaze, Behördenspiegel 1/2001

<sup>50</sup> OLG Brandenburg v. 3.8.1999 – 6 Verg 1/99

Die Mitwirkung im Vergabeverfahren wird sehr weitgehend definiert, so daß das Tätigwerden jeglicher Art erfasst wird<sup>51</sup>. Mitarbeiter eines Versicherungsmaklerunternehmens erfüllen also generell die erste Voraussetzung der Vorschrift.

Der Begriff „Entscheidungen“ impliziert auch, daß nicht nur die Zuschlagsentscheidung, sondern alle relevanten Entscheidungen des Vergabeverfahrens, also auch bereits die Festlegungen der Leistungsbeschreibungen gemeint sind. Daraus folgt auch, daß der Begriff des Vergabeverfahrens nicht eng ausgelegt werden kann, also das Vergabeverfahren nicht erst mit der Vergabebekanntmachung beginnt, da naturgemäß Festlegungen wie die Leistungsbeschreibung zu einem weit früheren Zeitpunkt getroffen werden. Dies entspricht zwar nicht dem Wortlaut, aber dem Schutzzweck der Norm und stützt sich u. a. auf die amtliche Begründung zu § 16 VgV<sup>52</sup>. Überzeugend ist daher die Auffassung, die das Vergabeverfahren schon mit dem Beschaffungsentschluß als eingeleitet ansieht<sup>53</sup>. Die Gegenansicht sieht den Beginn in der Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung<sup>54</sup>.

Als Argument wird im wesentlichen ins Feld geführt, daß es erst mit Veröffentlichung auch tatsächlich Bieter geben könne. Diese wörtliche Auslegung des § 16 VgV widerspricht aber einerseits dem Willen des Verordnungsgebers und würde andererseits potentiellen Bietern vor der Veröffentlichung den Schutz der Norm völlig entziehen. Es ist gerade bei Versicherungsausschreibungen möglich, durch die Gestaltung der Leistungsbeschreibung starken Einfluß auf das Vergabeverfahren auszuüben. Dem Experten sind in der Regel etliche Möglichkeiten (insbesondere in der industriellen oder kommunalen Sachversicherung) gegeben, durch die Gestaltung einzelner Vertragsinhalte und Klauseln entweder Versicherer an der Angebotsabgabe zu hindern, aber auch anderen Versicherungsgesellschaften einen Vorteil zu verschaffen. Hierzu bedarf es gar nicht einer Teilnahme an der Zuschlagsentscheidung. Dieser Auffassung, die nicht der wörtlichen Auslegung, sondern der teleologischen Auslegung sowie der Begründung des Verordnungsgebers folgt, gebührt daher der Vorzug. Soweit also Höfler § 16 VgV als für Versicherungsmakler nicht anwendbar einstuft<sup>55</sup>, geht er fehl, da er die Entscheidung im Vergabeverfahren auf die bloße Entscheidung über den Zuschlag einschränkt.

Als zweite Voraussetzung ist erforderlich, daß das eingeschaltete Unternehmen oder die Person zugleich geschäftliche Beziehungen zum Auftragnehmer wie zu potentiellen Bietern unterhält. Werber sieht den Ausschluß als nicht begründet an, da er in Zweifel zieht, daß die Beziehung zwischen Versicherer und Versicherungsmakler inkl. der Courtagezahlungsverpflichtung eine Geschäftsbeziehung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 3 VgV darstellt<sup>56</sup>. Dies ist aber bei Versicherungsmaklern zweifellos gegeben, wobei es hier überhaupt nicht darauf ankommt, ob die Beziehungen zwischen Versicherungsmakler und der Versicherungswirtschaft als zweiseitige Verträge, als einseitig verpflichtende Verträge oder aber nur als vertragsähnliche Verhältnisse einzuordnen sind. In der Literatur wird hierzu diskutiert, inwieweit es zumindest eine allgemeine Interessenwahrungspflicht des Versicherungsmaklers gegenüber den Versicherern gibt<sup>57</sup>. Betrachtet man allerdings die Tätigkeit der großen Indu-

strie-Versicherungsmakler, die sich teilweise ausdrücklich vom Kunden genehmigen lassen (im Falle der Nettoisierung der Prämien), sich von den Versicherern Entgelte für Dienstleistungen auszahlen zu lassen, die sie für die Versicherer erbringen (z.B. Risikobesichtigung, Dokumentierung der Versicherungsscheine, Durchführung des Inkassos), so treten spätestens dann Zweifel an der Einseitigkeit von Courtagevereinbarungen auf. Einer der großen führenden Industrie-Versicherungsmakler bezeichnet sich Kunden und Versicherern gegenüber als Geschäftsführer des von ihm betreuten (und auch policierten) Versicherungsvertrages. Auch Klenk sieht die zweite Voraussetzung als erfüllt an, wenn es zwischen Versicherungsmakler und bietendem Versicherungsunternehmen Rahmenabkommen (gemeint sind wohl Courtagezusagen) gibt<sup>58</sup>. Solche Courtagezusagen reichen also in jedem Fall aus, um das Vorliegen geschäftlicher Beziehungen zu bejahen, ohne die ohnehin kein Versicherungsmakler seinen Beruf ausüben könnte<sup>59</sup>.

Der Ausschluß soll aber dann nicht greifen, wenn ein Interessenkonflikt ausgeschlossen ist.

Werber<sup>60</sup> versteht diese Ausnahmeregelung so, daß ein konkreter Interessenkonflikt vorliegen muß und von demjenigen, der sich z.B. auf einen Ausschluß des Maklers gemäß § 16 VgV beruft, den Beweis verlangt, daß ein solcher konkreter Interessenkonflikt auch tatsächlich vorliegt. Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich indes, daß es sich bei ihr um eine widerlegbare Vermutung handelt<sup>61</sup> und daß derjenige, der diese Ausnahme für sich in Anspruch nimmt (also daß eben kein Interessenkonflikt vorliegt), dies auch zu beweisen hat. Im Hinblick auf die Ordnungsmäßigkeit des Vergabeverfahrens allgemein wie auch speziell im Hinblick auf das Vorliegen einer Ausnahme in Abweichung zu einer gesetzlichen Vermutungsregelung ist gemäß den generell geltenden Rechtsgrundsätzen der öffentliche Auftraggeber darlegungs- und beweispflichtig<sup>62</sup>. Niemals kann es Aufgabe eines Dritten sein, solche Beweise zu führen. Insofern hat sich auch durch die Einführung des § 16 VgV an der Gültigkeit der bisherigen Rechtsprechung (insbesondere OLG Düsseldorf) überhaupt nichts geändert. Der Vergabestelle als Herr des Vergabeverfahrens obliegt es regelmäßig, den Beweis zu erbringen, daß ein Interessenkonflikt eben gerade nicht gegeben ist und damit der Ausnahmetatbestand des § 16 VgV erfüllt ist. Klenk sieht einen Lösungsweg für Makler darin, daß sie ihre Vergütung objektiv bestimmen<sup>63</sup>. Unklar bleibt aber, inwieweit durch eine solche Bestimmung die Vermutung widerlegt werden könnte. Folgt man hingegen Leinemann<sup>64</sup>, so wird es für Makler wohl ausgeschlossen sein, im Verfahren tätig zu werden, da sie eine Erklärung, daß sie keine Geschäftsbeziehungen zu potentiellen Bietern unterhalten, nie abgeben könnten. Geschäftsbeziehungen zu einer großen Vielzahl von Versicherern (und damit potentiellen Bietern) zu unterhalten, ist für jeden Versicherungsmakler berufsnotwendig.

Schließlich sollen Personen nicht ausgeschlossen werden, deren Tätigkeit sich nicht auf Entscheidungen im Vergabeverfahren auswirkt. Wie oben schon dargelegt wurde, ist aber das Vergabeverfahren nicht lediglich auf die Zeit zwischen Veröffentlichung und Zuschlagserteilung zu beschränken, sondern beginnt mit dem Beschaf-

<sup>51</sup> Müller, in: *Byok/Jaeger*, § 16, Rn. 1657

<sup>52</sup> BR-Drucks. 455/00, Seite 20

<sup>53</sup> Dippel, in: *JurisRK-VergR*, § 16, Rn. 41

<sup>54</sup> Weyand, *Praxiskommentar Vergaberecht*, § 16, Rn. 3454

<sup>55</sup> Höfler/Bert, *NVersZ* 2001, 197 (203)

<sup>56</sup> Werber, *VersR* 2001, 1313 (1322)

<sup>57</sup> Matusche, *Pflichten und Haftung des Versicherungsmaklers*, Seite 134

<sup>58</sup> Klenk, *Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen*, Seite 84

<sup>59</sup> Tietgens, *Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem Kartellvergaberecht durch kommunale Auftraggeber*, Seite 213

<sup>60</sup> Werber, *VersR* 2008, 1033

<sup>61</sup> Rechten, in: *Willenbruch/Bischoff*, Rn. 33, 34 zu § 16 VgV

<sup>62</sup> Vgl. BGH *VergabeR* 2008, 219; BGH *NJW* 1990, 3151

<sup>63</sup> Klenk, *Probleme bei der Vergabe von Versicherungsleistungen*, Seite 215

<sup>64</sup> Leinemann, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, Rn. 25

fungsentschluß. Daraus werden auch vorbereitende Tätigkeiten, wie z.B. das Erstellen der Leistungsbeschreibung als Tätigkeiten einzustufen sein, die sich auf Entscheidungen im Vergabeverfahren auswirken, selbst wenn ein Makler bei der Auswertung der Angebote anschließend nicht mitwirkt. Da ein Makler in der Regel das gesamte Verfahren von der Vorbereitung der Ausschreibung bis zur Auswertung der Angebote begleitet, hat er (selbst wenn er im Einzelfall von der Teilnahme an der Auswertung ausgeschlossen ist) immer Möglichkeiten, auf Entscheidungen des Verfahrens Einfluß zu nehmen.

Makler, die Courtagerahmenvereinbarungen mit potentiellen Bietern unterhalten, unterliegen also, insbesondere in der Wettbewerbssituation zu Versicherern, die mit diesen Maklern keine solchen Vereinbarungen unterhalten, einem Interessenkonflikt, dem sie sich nur dadurch entziehen können, daß sie von vornherein vereinbaren, daß sie eine spätere Betreuung der durch die Ausschreibung abzuschließenden Versicherungsverträge nicht durchführen. In allen anderen Fällen führt der § 16 VgV zwangsläufig zu einem Ausschluß der Mitwirkung<sup>65</sup>.

## 2. Tätigwerden als Bevollmächtigter der Bieter

### a.) *Versicherungsvertreter*

Hier treten rechtlich überhaupt keine Fragen oder Probleme auf. Der Versicherungsvertreter, egal ob Ausschließlichkeitsvertreter oder Mehrfachvertreter, tritt auch im Ausschreibungsverfahren als solcher auf, so daß sich lediglich die Frage nach seiner Legitimation zur Abgabe des Angebotes stellt. Ist diese vorhanden, so wird ein von einem Vertreter abgegebenes Angebot (wie auch außerhalb des EU-weiten Ausschreibungsverfahrens) dem Versicherer zugerechnet und entsprechend gewertet werden.

### b.) *Versicherungsmakler*

#### aa.) Welche Rechtsstellung nimmt der Versicherungsmakler im Verfahren ein?

Obschon diese Frage rechtlich interessant ist, ist sie bislang an keiner Stelle diskutiert und auch nicht Gegenstand von Rechtsprechung geworden. In der Praxis kommt diese Form der Beteiligung von Maklern zunehmend häufiger vor<sup>66</sup>. Es stellt sich hier also die Frage, ob der Versicherungsmakler, der in Vollmacht eines Versicherers ein Angebot abgibt, überhaupt als Versicherungsmakler tätig ist. Versicherungsmakler ist, wer nicht von einem Versicherer mit der Vermittlung von Geschäften und Verträgen betraut ist, sondern als treuhändischer Sachwalter im Auftrag des Kunden tätig ist<sup>67</sup>. Der so tätige Versicherungsmakler hatte jedoch überhaupt keinen Kontakt zu der Nachfragerseite, sondern hat aufgrund der Veröffentlichung und der Ausschreibungsunterlagen ein Angebot abgegeben. Hier liegt also der Schluß nahe, daß in diesem Fall der Versicherer oder die Versicherungsunternehmen den Versicherungsmakler damit betraut haben, in dieser Ausschreibung oder aber auch generell in EU-weiten Ausschreibungen für sie tätig zu werden. Diese Auslegung korrespondiert auch mit der Praxis, wo es einige Versicherungsmakler gibt, die sich ständig an EU-weiten Ausschreibungen beteiligen und dies immer wieder in Vollmacht der gleichen Versicherer. Damit ist ein solches Tätigwerden eher als Tätigkeit eines Mehrfachvertreters einzuordnen.

Auch die Tatsache, daß gemäß § 59 Abs. 3 Satz 2 VVG als Versicherungsmakler gilt, wer gegenüber dem Versicherungsnehmer den Anschein erweckt, er erbringe seine Leistung als Versicherungsmakler, mag hieran nichts zu verändern. Diese Regelung ist ins VVG aufgenommen worden, um die rechtliche Einordnung der sog. „Pseudomakler“ insbesondere im Hinblick auf ihre Haftung zu regeln und kann daher nicht auf Fälle angewandt werden, in denen der Makler zwar auf dem Briefbogen als Makler auftritt, jedoch (offen erkennbar) überhaupt kein entsprechendes Auftragsverhältnis mit dem Kunden vorliegen kann.

Es stellt sich also nachfolgend die Frage, ob ein solches Auftreten des Versicherungsmaklers nach neuem Vermittlerrecht zulässig ist. Gemäß § 34 d) Abs. 1 GewO bedarf der Versicherungsmakler einer Erlaubnis, in der anzugeben ist, ob diese einem Versicherungsmakler oder Versicherungsvertreter erteilt wird. Dies entspricht dem der EU-Vermittlerrichtlinie<sup>68</sup> entstammenden Polarisationsprinzip, nachdem sich Vermittler für den Status des Maklers oder des Vertreters zu entscheiden haben. Der Gesetzesbegründung ist zu dieser Frage nichts zu entnehmen. Nach dem Wortlaut ist aber klar, daß dieser Versicherungsmakler dann (gewerberechtlich betrachtet) nicht gleichzeitig als Versicherungsvertreter tätig sein darf. Es stellt sich dann auch die Frage, ob diese Tätigkeit mit dem Berufsbild des Versicherungsmaklers überhaupt noch vereinbar ist. Das Berufsbild des Versicherungsmaklers war Leitbild des Gesetzgebers für die Legaldefinition des § 59 VVG, was auch der entsprechenden Gesetzesbegründung zu entnehmen ist<sup>69</sup>. Auch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (heute BaFin) hat schon im Geschäftsbericht des Jahres 1998 eine solche Doppeltätigkeit gerügt<sup>70</sup>. Ein solches Tätigwerden als Vertreter von einem oder mehreren Versicherern kann daher nicht mehr in Übereinstimmung mit diesem Berufsbild gebracht werden und zwar insbesondere, weil hier eben keine Betrauung durch den Versicherungsnehmer, sondern eine Betrauung durch den Versicherer vorliegt.

Makler, die dieses Geschäft auf Dauer betreiben wollen, müssen daher überlegen, ob nicht die Auslagerung dieser Geschäftstätigkeit in ein rechtlich getrenntes Unternehmen erforderlich ist.

#### bb.) Wie haftet der so tätige Versicherungsmakler?

Wird der Makler gemäß seines Berufsbildes tätig, so haftet er gemäß §§ 280 ff. BGB persönlich. Wird er aber als Vertreter tätig, so ist seine eigene Haftung gegenüber der Haftung, die er als Versicherungsmakler übernimmt, deutlich eingeschränkt.

Dies wirft die Frage auf, ob nicht der Makler, der als Mehrfachvertreter aufgetreten ist, schlußendlich doch noch in eine Haftung als Versicherungsmakler „hineingeraten kann“. Der Kunde, der ein EU-weites Ausschreibungsverfahren durchführt, weiß zwar während der Verfahrensdurchführung und bei der Prüfung und Wertung der Angebote sehr genau, daß er niemals einen Versicherungsmakler mit Dienstleistungen beauftragt hat und insofern zu diesem Zeitpunkt auch kein Maklerverhältnis bestehen kann. Wird aber auf ein Angebot des Versicherungsmaklers als Vertreter eines Versicherers oder Konsortiums der Zuschlag erteilt, so enthält dieses Angebot

<sup>65</sup> so im Ergebnis auch *Tietgens*, Die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen nach dem Kartellvergaberecht durch kommunale Auftraggeber, Seite 216

<sup>66</sup> *Sittner*, ZfV 2007, 143 (145 f.); *Sittner*, ZfV 2001, 21 (22 ff.)

<sup>67</sup> *Kollhossner*, in: *Prölls/Martin*, § 48, Rn. 1

<sup>68</sup> Richtlinie 2002/92/EG

<sup>69</sup> BT-Drucks. 16/1935, Seite 23

<sup>70</sup> Geschäftsbericht BAV 1998, Seite 18

bzw. der abgeschlossene Versicherungsvertrag in aller Regel auch Erklärungen zur Tätigkeit des Versicherungsmaklers (sog. „Maklerklausel“). Der Makler erklärt sich dann in seinem wirklichen Erstkontakt mit dem Kunden ausdrücklich oder konkludent als Versicherungsmakler.

Aus alledem könnte sich mithin ergeben, daß mit Zuschlagserteilung oder aber mit dem tatsächlichen Erstkontakt/Erstgespräch mit dem Versicherungsmakler dann durch schlüssiges Handeln beider Vertragsparteien ein Versicherungsmaklervertragsverhältnis zustande kommt, das den Inhalt hat, den durch Ausschreibungsverfahren abgeschlossenen Versicherungsvertrag zu betreuen bzw. zu verwalten. Dem Kunden wird man nicht zumuten können zu erkennen, daß er zwar mit einem Versicherungsmakler verhandelt, dieser aber überhaupt nicht als Versicherungsmakler tätig ist, sondern in diesem Spezialfall als Versicherungsvertreter tätig wird. Daraus ergäbe sich dann, daß für dieses Vertragsverhältnis auch die normale Versicherungsmaklerhaftung greift.

Unterstellt man dies, so stellt sich allerdings die Frage, wofür der Versicherungsmakler haftet. Kann er für bestehende Deckungslücken in dem ausgeschriebenen Vertrag zur Verantwortung gezogen werden? Dies erscheint nicht möglich, da er bei der Konzeption der Leistungsbeschreibung nicht mitgewirkt hat, sondern diese allein auf die Tätigkeiten des Versicherungsnehmers (bzw. anderer Berater) zurückzuführen ist. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn ein Makler (Gleiches würde aber auch für Direktangebote von Versicherern gelten) bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen und der Leistungsbeschreibung auf offen erkennbare Mängel und Deckungslücken nicht hinweist. Eine solche Hinweisverpflichtung ist auch aus anderen Rechtsgebieten, wie z.B. Ausschreibung von Bauleistungen nach VOB, anerkannt<sup>71</sup>. Dort wird im Falle des „treuwidrigen Nichthinweisens“ mindestens ein Mitverschulden gem. § 254 BGB, in schwerwiegenden Fällen sogar eine alleinige Haftung angenommen. Uneingeschränkt wird man dann aber wohl eine Haftung für Fehler, die während der laufenden Betreuung des Vertrages gemacht werden, bejahen können. Schwierig wird es dann, wenn der Makler aufgrund seiner Tätigkeit einen Fehler in dem von ihm betreuten Versicherungsvertrag erkennt bzw. erkennen müßte. Konsequenz ist es, auch dann Hinweis- und Beratungspflichten in der Form zu bejahen, daß er den Auftraggeber zu veranlassen hat, bei der Abstimmung dieser Lücken mitzuwirken oder aber er selbst tätig werden muß, um diese Lücken zu beseitigen.

### C. Zusammenfassung

Versicherungsberater und Versicherungsmakler sind gleichermaßen als Dienstleister im Bereich der EU-weiten Ausschreibung von Versicherungsverträgen tätig. Die Tätigkeit von Makler und Versicherungsberater als Sachverständiger im Sinne des § 6 VOL/A findet in der Praxis aufgrund ihres sehr engen Umfangs und Rahmens kaum statt. Versicherungsberater beschränken sich ihrem Berufsbild gemäß aber auf die Tätigkeit als Interessenvertreter der Vergabestellen, während Makler über diese Tätigkeit hinaus auch häufig als Vertreter von Bieter- oder Bieterkonsortien auftreten. Aus dieser letzteren Tätigkeit heraus ergeben sich berufsrechtliche Probleme, da der Makler dann nicht mehr als Makler, sondern als Mehrfachagent tätig wird.

Die Tätigkeit des Versicherungsmaklers als Berater oder Interessenvertreter der Vergabestelle hat zu einer Reihe von vergaberechtlichen Fragen geführt. Einerseits

kann eine den Courtageanspruch begründende Vermittlungstätigkeit nur im Verhandlungsverfahren geleistet werden. Dieses ist aber nach wie vor nur in Ausnahmefällen zulässig. Daneben ist der von Gerichten und weiten Teilen der Rechtsprechung als berufsstandsimmant angenommenen Interessenkonflikt des Versicherungsmaklers aufgrund seiner Geschäftsverbindungen zur Anbieterseite aus vergaberechtlicher Sicht problematisch. Dies führt dazu, daß der Tätigkeit des Maklers als Vertreter bzw. Berater der Vergabestellen sehr enge Grenzen gesetzt sind.

Die zum Zeitpunkt der Gerichtsentscheidungen zu diesem Problem noch nicht in Kraft gewesene Vorschrift des § 16 VgV verschärft dies, da sie Personen von der Teilnahme an Entscheidungen im Verfahren (was auch die Erstellung der Leistungsbeschreibung selbst umfaßt) ausschließt, die geschäftliche Beziehungen zu Bieter unterhalten, es sei denn, ein Interessenkonflikt ist ausgeschlossen. Den Beweis, daß letzteres der Fall ist, hat der Auftraggeber bzw. sein Berater zu führen.

Aufgrund der Tatsache, daß Maklern nunmehr nach § 34 d) GewO auch die Beratung von Dritten, die nicht Verbraucher sind, gegen ein gesondertes Entgelt erlaubt ist, läßt jedoch die Möglichkeit offen, gegen Honorar (also wie ein Versicherungsberater) Beratungsdienstleistungen bei der Durchführung EU-weiter Ausschreibungen anzubieten. Den von den Gerichten geforderten Nachweis, daß ein Interessenkonflikt nicht vorliegt, könnte der Makler dadurch führen, daß er im Vorhinein vertraglich eine nach Vertragsschluß stattfindende laufende Betreuung des Vertrages ausschließt.

Die Zielrichtung der überwiegenden Zahl der Makler ist es aber nicht, lediglich die Beratungsleistungen in einem Ausschreibungsverfahren zu erbringen, sondern es ist Ziel, auch nach Vertragsabschluß fortlaufend als Versicherungsmakler tätig zu sein. Dieses Ziel können sich Makler rechtlich unbedenklich dadurch sichern, daß der Kunde vorgibt, daß der Vertrag nach Abschluß fortlaufend von diesem Versicherungsmakler betreut wird. Aus vergaberechtlichen Gründen darf für die Bieter aber damit nicht die Verpflichtung zur Zahlung einer Courtage verbunden werden, sondern es muß eine separate Honorierung des Maklers durch seinen Kunden erfolgen (was rechtlich zulässig ist). In der Ausschreibung selbst darf dieser Makler dann aber nicht tätig werden.

Der Versicherungsmakler, der sich als Bevollmächtigter eines oder mehrerer Versicherer an einem EU-weiten Ausschreibungsverfahren mittels Angebot beteiligt, wird in diesem Fall als Vertreter bzw. Mehrfachvertreter tätig. Betreut er diesen Vertrag aber nach Zuschlagserteilung fortlaufend, so ist darin der zumindest schlüssige Abschluß eines Versicherungsmaklervertrages mit seinem Auftraggeber zu sehen, woraus sich entsprechende Haftungen ergeben. Es spricht vieles dafür, daß er schon in der Angebotsphase (spätestens aber mit Beginn der Betreuung) verpflichtet ist, auf erkennbare Fehler bzw. Lücken des Versicherungsvertrages, die auf die Leistungsbeschreibung zurückgehen, hinzuweisen mit dem Ziel, diese Lücken zu beseitigen.

Dieses Tätigwerden als Mehrfachvertreter ist allerdings ein Verstoß gegen das Gewerberecht und steht nicht in Übereinstimmung mit dem Berufsbild des Versicherungsmaklers. Maklerunternehmen, die dieses (lohnende) Geschäftsfeld aufbauen wollen, sollten daher überlegen, für diese Tätigkeit ein Mehrfachvertretungsunternehmen zu gründen.

<sup>71</sup> Zahn, in: Beck'scher VOB/B-Kommentar, Vor § 13, Rn. 32 bis 36