

DER ABSCHLUSS VON VERSICHERUNGSVERTRÄGEN VON ÖFFENTLICHEN VER- UND ENTSORGUNGSUNTERNEHMEN – WIE HAT SICH DAS VERGABERECHT IN DEN VERGANGENEN 20 JAHREN AUSGEWIRKT?



*Elmar Sittner,
Risikomanagement und
Versicherungsberatung*

Ausgangssituation

Größere öffentliche Energieversorger aber auch Entsorger (zumindest mit eigenen Anlagen) sind im Kern zumindest aus Versicherersicht Industrieunternehmen. Daher werden die Versicherungsverträge, zumindest wenn es sich um die Kernsparten Haftpflichtversicherung, Sachversicherungen und Technische Versicherungen handelt, bei den meisten Versicherern in der Industrieabteilung geführt. Bei kleineren Stadtwerken kann dies auch einmal anders sein, z. B. wenn Verträge bei Kommunalversicherern oder öffentlich-rechtlichen Versicherern bestehen, und dort in der Abteilung für kommunale Versicherungen geführt werden.

Die Häufigkeit der Vertragsvermittlung und Betreuung durch die großen technischen Versicherungsmakler nimmt selbstverständlich mit der Größe der Unternehmen deutlich zu und erreicht bei den großen Unternehmen einen Durchdringungsgrad, der mit dem in der übrigen Industrie vergleichbar ist. Eine Grenze findet die Einschaltung des Versicherungsmaklers dann bei sehr großen Unternehmen, die über firmenverbundene

Versicherungsvermittler verfügen. Bei kleineren Ver- und Entsorgern hingegen ist es heute durchaus noch üblich, dass die Versicherungsverträge komplett über ein öffentlich-rechtliches Versicherungsunternehmen oder einen Kommunalversicherer abgeschlossen werden.

Die Frage, die sich stellt, ist, inwieweit vergaberechtliche Regeln auf diese Unternehmen Anwendung finden, und falls sie Anwendung finden, inwieweit sie in den letzten Jahren zu einer Änderung des Verhaltens bei dem Abschluss von Versicherungsverträgen und, damit einhergehend, der Betreuung von Versicherungsverträgen geführt haben.

Der rechtliche Rahmen

Seit dem Inkrafttreten des Vergaberechtsänderungsgesetzes (das ist immerhin schon über 20 Jahre her!) sind in Deutschland öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Dienstleistungsverträge bei Überschreiten bestimmter, sich von Jahr zu Jahr ändernder Schwellenwerte im Wege der EU-weiten Ausschreibung abzuschließen.

Versicherungsverträge gelten als Dienstleistungsverträge im Sinne des Gesetzes. Bei Versicherungsmaklerverträgen wurde dies anfangs in Zweifel gezogen (diskutiert wurde hier, ob ein Versicherungsmaklervertrag ein entgeltlicher Vertrag ist). Letztendlich hat sich aber die Auffassung durchgesetzt, dass auch diese Maklerverträge entgeltlichen Charakter haben, wenn das Entgelt (also die Courtage oder das Honorar) den Schwellenwert übersteigt.

Wer öffentlicher Auftraggeber ist, bestimmen die §§ 99 ff. GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen). Energieversorgungsunternehmen verstehen sich selbst ganz überwiegend als Sektorenauftraggeber, was auch richtig ist, wenn diese in der Energieversorgung ihre Haupttätig-

keit haben. Bei einem Müllheizkraftwerk sieht dies aber anders aus, da die Energie, die dort produziert wird, meist nur Nebenprodukt zum Hauptgeschäftsfeld der öffentlichen Abfallentsorgung ist. Wenn dort kommunale Gebietskörperschaften die Mehrheit der Geschäftsanteile halten, so findet keine Qualifikation als Sektorenauftraggeber statt und es gelten strengere Maßstäbe. Das Vergaberecht findet aber für beide Auftragbertypen gleichermaßen Anwendung.

Die Unterschiede liegen in den verschiedenen Schwellenwerten, die für den normalen öffentlichen Auftraggeber derzeit bei EUR 221.000,00 und für Sektorenauftraggeber bei dem doppelten, also EUR 442.000,00, liegen. Zudem genießen Sektorenauftraggeber die freie Wahl der zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren und wählen daher regelmäßig das Verhandlungsverfahren. Dieses bietet im Vergleich zum Regelverfahren, also dem offenen Verfahren, einige Freiheiten.

Beim Abschluss von Versicherungsverträgen muss man also zuvor prüfen, ob die Jahresnettoprämie eines Zeitraumes von vier Jahren (zumindest dann, wenn der Vertrag mit der in Deutschland üblichen Verlängerungsklausel ausgestattet ist) des Vertrages bzw. der Verträge, die abgeschlossen werden soll bzw. sollen, diesen Schwellenwert erreicht. Selbst bei einem Sektorenauftraggeber reicht hier also eine Jahresprämie von netto EUR 110.500,00, um die rechtliche Verpflichtung zur Durchführung eines EU-weiten Ausschreibungsverfahrens herbeizuführen. Bei einem Unternehmen, bei dem die Energie nur ein Nebenprodukt ist bzw. das neben der Energieerzeugung noch andere Tätigkeiten der öffentlichen Daseinsvorsorge wahrnimmt, ist es nur die Hälfte dieses Betrages, also EUR 55.250,00.

Tückisch ist, dass nicht nur Neuabschlüsse, sondern auch wesentliche Än-

derungen (wobei Prämienveränderungen von bis zu 10 % noch als nicht wesentlich betrachtet werden) grundsätzlich zu einer Ausschreibungsverpflichtung führen.

Wenn dies aber alles entsprechend beachtet und umgesetzt werden würde, so müssten doch eigentlich sehr viele Unternehmen in Deutschland Jahr für Jahr aus dem Segment der Energieversorgung ihre Versicherungsverträge EU-weit ausschreiben!

Die Wirklichkeit im Jahr 2018

Wie viele Unternehmen eigentlich EU-weit ihre Verträge im Jahr 2018 hätten ausschreiben müssen, ist nicht bekannt. Im Jahr 2018 hat es ca. 150 EU-weite Versicherungsausschreibungen gegeben. Wie in jedem Jahr, waren die meisten dieser Ausschreibungen kommunale Ausschreibungen des Sachversicherungsschutzes. Bei den Energieversorgern (inklusive Entsorger, die auch Energie produzieren) haben wir gerade einmal 5 Ausschreibungen gezählt, wobei es natürlich immer sein kann, dass wir die eine oder andere Ausschreibung übersehen haben. An diesen Zahlen erkennt man, dass das (seit 20 Jahren bestehende) Vergaberecht in diesem Segment keine flächendeckende Beachtung findet.

Von den großen Energiekonzernen fällt nur ein Unternehmen dadurch auf, das regelmäßig seine Versicherungsverträge EU-weit ausschreibt. Die drei anderen Unternehmen halten sich eher zurück. Auch bei den Regionalversorgern, den Stadtwerken und den Müllheizkraftwerken, gibt es nur vereinzelte Ausschreibungen. Die Frage ist, woran dies wohl liegen könnte?

Gründe dafür, lieber nicht EU-weit auszuschreiben

Gründe dafür, lieber nicht EU-weit auszuschreiben, lassen sich viele finden. Wir beschäftigen uns seit dem Jahr 1999 sehr intensiv mit diesem Feld des Abschlusses von Versicherungsverträgen und haben in der zurückliegenden Zeit über 250 Versicherungsausschreibungsverfahren begleitet. In den Gesprächen mit unseren Mandanten haben wir zahlreiche Vorbehalte und Vorurteile gegen dieses (als sehr umständlich wahrgenommene) Verfahren gehört.

Natürlich gibt es verfahrensmäßige Beschränkungen und auch einige, von Versicherungspraktikern als überflüssig oder sogar schädlich wahrgenommene, Regelungen, denen man sich im Verfahren nicht vollständig entziehen kann. Die Ungewissheit des Ausgangs und ein vielleicht dann notwendiger, aber nicht gewollter Wechsel des Vertragspartners ist ein weiterer „Ausschreibungsverhinderer“.

Hinzu kommt die Rechtsprechung der Vergabenaufprüfungsinstanzen, die in mehreren, im Ergebnis relativ gleichlautenden, Beschlüssen entschieden haben, dass Versicherungsmakler in einem Verfahren dann nicht mitwirken dürfen, wenn sie im Nachgang die Verträge auch betreuen und verwalten wollen. Im Lichte dieser Entscheidungen ist es durchaus nachvollziehbar, dass Makler ihre eigenen Kunden aus diesem Segment nicht unbedingt in ein formelles Ausschreibungsverfahren drängen.

Es gibt aber auch tatsächliche Schwierigkeiten, die diejenigen Unternehmen, die sich zur Durchführung eines solchen Ausschreibungsverfahrens entschlossen haben, überwinden müssen, um zu einem guten Ergebnis zu gelangen. Es sei aber an dieser Stelle angemerkt, dass Ausschreibungen, die entsprechend sorgfältig vorbereitet und unter Beachtung der vergaberechtlichen Besonderheiten durchgeführt wurden, dann auch in nahezu allen Fällen zu einem sehr guten Ergebnis geführt haben.

Welche Besonderheiten und Schwierigkeiten gibt es für Energieversorger in einem solchen Ausschreibungsverfahren?

Je komplexer und größer ein Unternehmen ist, desto genauere Risikobeschreibungen und Beurteilungsunterlagen müssen in einem Verfahren z. B. von Sach- oder technischen Versicherungen geliefert werden, damit die Bieter (also Versicherer oder Versicherungsvermittler, letztere im Namen von Versicherern) in der Lage sind, ein entsprechendes Angebot zu kalkulieren. Wenn man sich jetzt ein großes öffentliches Versorgungsunternehmen mit diversen Betriebsstätten, mit Energieerzeugungsanlagen, Verteilungsanlagen, Immobilienvermögen und den aus dem

Betrieb diverser Sparten resultierenden diversen Risiken vorstellt, so kommt man zu dem Ergebnis, dass eine sorgfältige Risikoanalyse und Aufbereitung erforderlich ist, um eine solche Ausschreibung durchzuführen. Hier unterscheidet sich die EU-weite Ausschreibung nicht grundsätzlich von Ausschreibungen, die ohne dieses regulierte Verfahren durchgeführt werden.

Einige Unterschiede hingegen gibt es aber doch:

- Wenn einem Versicherer die Informationen, die ihm ein Kunde oder aber ein Vermittler gibt, zur Angebotserstellung nicht reichen, so tut er dies kund und erhält dann eventuell die benötigten Informationen. Oft wird der Versicherer auch den Wunsch der Risikobesichtigung stellen und dieses wird ihm gewährt werden.

In einem EU-weiten Ausschreibungsverfahren kann dies auch so laufen, muss es aber nicht. Stellt ein Risikoträger Fragen und er erhält keine Antwort, so kann er durch das Stellen eines Nachprüfungsantrages das gesamte Verfahren stoppen. Der Versicherungsnehmer kann dann keinen Vertragsabschluss durchführen. Daher sind lückenhafte Informationen dort mit größeren Risiken verbunden, als dies im normalen Angebotseinholungsverfahren der Fall ist.

- Bei normalen Angebotseinholungen und Vergleichen konzentriert man sich in der Regel als Versicherungsnehmer oder Versicherungsvermittler auf eine überschaubare Anzahl von Anbietern. Dies ist im EU-weiten Ausschreibungsverfahren nicht so ohne weiteres möglich. Gar nicht möglich ist dies zum Beispiel im Offenen Verfahren. Im Verhandlungsverfahren kann man versuchen, die Teilnehmeranzahl zu beschränken, was aber wiederum ebenfalls mit vergaberechtlichen Risiken einhergehen kann.

Nun stelle man sich die Situation vor, dass eine Vielzahl von interessierten Vermittlern und Versicherern an einem interessanten Ausschreibungsverfahren von Sach- und Maschinenversicherungen eines solchen Unternehmens teilnehmen. Sowohl die Underwriter der Sachversicherung der einzelnen Bieter, als auch die Underwriter der technischen Versicherungen würden sich gerne, bevor sie ein verbindliches Angebot

abgeben (und nur solche verbindliche Angebote gibt es im EU-weiten Ausschreibungsverfahren, Anhaltsquotierungen lässt dieses Verfahren nicht zu) einen Überblick über die Risikoverhältnisse beim Kunden verschaffen und sich die Anlagen anschauen. Ein Kunde ist aber kaum in der Lage, innerhalb der dafür zur Verfügung stehenden Angebotszeit einer Vielzahl verschiedener Versicherer seine gesamten Anlagen so genau zu zeigen, wie es der eine oder andere Underwriter gerne hätte.

Soll man nun alle interessierten Bieter gemeinsam zu einem Besichtigungstermin einladen? Die Risiken, die mit einem solchen Zusammenführen der potentiellen Bieter einhergehen, sind demjenigen, der mit dem Abschluss und der Vermittlung von Industrierversicherungsverträge schon einmal zu tun hatte, sicherlich bekannt und müssen hier nicht beschrieben werden.

Eine Lösung bietet hier, nach unserer Erfahrung, ausschließlich die Erstellung detaillierter Beurteilungsunterlagen, sowohl für die Sachversicherung (dort werden die Risikoinformationen zur Kalkulation des Feuerrisikos den größten Teil einnehmen), als auch für den Bereich der technischen Versicherungen. Bei Energieerzeugungsunternehmen, aber auch bei Müllheizkraftwerken, ist dort aber erhebliches Detailwissen notwendig, um die für die Versicherer erforderlichen Informationen bereitzustellen und herauszuarbeiten. Die einfache Beigabe von Anlagenbeschreibungen und Fliebschemata reicht hier nicht aus. Versicherer im Maschinenbereich, und insbesondere der Maschinen-Betriebsunterbrechungsversicherung, haben einen erheblich höheren Wissensdurst, den es zu befriedigen gilt. Und letztlich dient eine sorgfältige Aufbereitung des Risikos ja auch dazu, den gezielten Abschluss, der für den Kunden notwendigen Versicherungsverträge, herbeizuführen. Als Stichworte seien hier bei Energieunternehmen die erhöhten Bezugskosten von Energie im Falle eines Ausfalls von Erzeugungsanlagen, möglicherweise dadurch erhöhte Netznutzungsentgelte sowie sonstige (zeitunabhängig) entstehende Bezugsmehrkosten genannt. Hier bedarf es einer vorherigen genauen Analyse der Strombezugs- und Lieferverträge wie auch eventueller Reserveverträge. Auch eventuelle Redun-



danzen durch Reserveanlagen sind in diese Betrachtung einzubeziehen.

Bei Abfallentsorgung stellt sich zusätzlich die Frage, was bei einem Anlagenstillstand eigentlich mit den andienungspflichtigen kommunalen Abfallmengen geschieht. Bei großen Verbrennungsanlagen ist der Markt oft gar nicht aufnahmefähig genug, jedenfalls nicht zu normalen Konditionen. Hier bedarf es der Schätzung eventueller Mehrkosten bei einem längeren Stillstand. Letztlich wird man auch nicht umhinkommen, bei einem Unternehmen mit mehreren Sparten und mehreren Betriebsstätten eventuelle Wechselwirkungen zu untersuchen, die bei dem Ausfall einer Betriebsstätte bei anderen Betriebsstätten eintreten.

Dies sind alles nur Beispiele, die verdeutlichen sollen, dass eine nicht detailliert genug vorbereitete Ausschreibung tatsächlich zu erheblichen Problemen führen kann. Die Bieter haben hier deutlich weitergehende Rechte, als man dies normalerweise bei Angebotsabfragen bei Versicherern kennt. Mittlerweile gibt es auch durchaus Versicherer und Versicherungsvermittler, die sich darüber durchaus im Klaren sind und diese Rechte auch wahrnehmen.

Wenn man aber nun den einzig möglichen Lösungsansatz wählt und diese Informationen selbst zusammenträgt, um die Zahl der Nachfragen zu reduzieren und Risikobesichtigungen nur in Ausnahmefällen durchführen zu müssen, dann stellt sich die Frage, was eigentlich passiert, wenn diese Informationen in Teilbereichen fehlerhaft sind.

Dabei geht es dann eventuell auch um das Thema vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzungen. In der Praxis wird es daher wohl immer so laufen, dass der Versicherer, der im Ausschreibungsverfahren den Zuschlag erhalten hat, sehr schnell vom Kunden oder Berater aufgefordert wird, die Risiken zu besichtigen. Diese Besichtigung dient dann auch der Überprüfung der Informationen, die im Verfahren gegeben worden sind. Wenn das Ganze dann ohne Beanstandung verläuft, so sinkt das Risiko eventueller vorvertraglicher Anzeigepflichtverletzungen erheblich, wenn es nicht sogar für einen solchen Fall vertraglich ausgeschlossen wird.

- Es gibt aber noch weitere ganz praktische Schwierigkeiten bei einem solchen Verfahren:

Jeder Vergaberechtler berät seine Kunden regelmäßig dahingehend, dass in einem solchen Verfahren immer die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kunden und niemals die AGB des Anbieters Geltung haben dürfen. Dies gilt weitgehend auch für Versicherungsausschreibungen, wobei die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hier durch die Allgemeinen und die Besonderen Vertragsbedingungen ersetzt werden. Man muss also die versicherungsvertraglichen Regelungen sehr weitgehend im Verfahren vorgeben und darf die Versicherer nicht auf Basis ihrer eigenen Vertragskonzepte anbieten lassen. Dies würde schon rein praktisch daran scheitern, dass man diese unterschied-

lichen Vertragskonzepte (und damit unterschiedlichen Angebote) dann synoptisch vergleichen und bewerten müsste.

Nun akzeptieren aber nicht alle Versicherer jede beliebige Erweiterung eines Sach- oder technischen Versicherungsvertrages. Unglücklicherweise sind sich diese Versicherer im Ablehnen bestimmter Ablauf-Klauseln und -Erweiterungen aber auch nicht einig! Dies führt dazu, dass man entweder einen deutlich reduzierten Bedingungsstandard zur Ausschreibung bringt, bei dem man dann nicht befürchten muss, dass ein Versicherer wegen einer zu weitgehenden Klausel kein Angebot abgibt, oder aber man riskiert im schlimmsten Falle, kein ausschreibungskonformes Angebot zu erhalten.

Eine Lösungsmöglichkeit besteht darin, die Klauseln und Bedingungsbestandteile, die man als kritisch identifiziert hat, zum Gegenstand der Ausschreibung zu machen, sie aber nicht verbindlich für die Bieter vorzugeben. Zu diesen Klauseln und Bedingungen kann der jeweilige Bieter sich dann aussuchen, ob er diese vollumfänglich akzeptiert, mit Abänderungen akzeptiert oder ganz ablehnt. Die Konsequenz aus diesem Vorgehen ist, dass man die Vertragsqualität dann zum Gegenstand der Bewertung machen muss, also für jede akzeptierte Erweiterung bestimmte Punkte vergeben muss, um die Angebote auch qualitativ zu unterscheiden.

Variiert man jetzt Angebote auch noch anhand von Vertragslaufzeiten oder unterschiedlicher Selbstbehaltsvarianten, so kann eine solche Bewertung dann undurchsichtig werden (zumindest aus Sicht von Vergaberechtlern, weniger aus der Sicht von Versicherungsexperten), was wiederum zu vergaberechtlichen Risiken führen kann. Allerdings hat das OLG Düsseldorf eine solche Bewertung schon einmal zur Überprüfung vorliegen gehabt und grundsätzlich die Vereinbarkeit mit dem Vergaberecht festgestellt.

Hemmnisse im eigenen Hause

Hemmnisse im eigenen Hause können Stadtwerke und sonstige öffentliche Energieunternehmen, daraus erwachsen, dass es dort häufig Einkaufsabteilungen und Beschaffungsexperten gibt, die an einen bestimmten Standard bei

der Durchführung von Ausschreibungsverfahren gewöhnt sind. Sie wünschen sich in der Regel, dass dieser Standard auch bei Versicherungsausschreibungen eingehalten wird. Allerdings gibt es bestimmte Vertragsbedingungen, die man z. B. bei der Ausschreibung von Gebäudevereinigungsdienstleistungen verwenden kann, die sich aber nicht für die Ausschreibung von Versicherungsverträgen eignen. Im Rahmen der Vorbereitung von EU-weiten Ausschreibungsverfahren muss man also, gemeinsam mit diesen betriebsinternen Fachleuten, Unterlagen entwickeln, die den internen Anforderungen des Auftraggebers Genüge tun, aber keine, ein Versicherungsausschreibungsverfahren gefährdende, Regelungsinhalte haben. Als Beispiel seien hier die üblichen Regelungen für Bietergemeinschaften genannt, die nach den Vorgaben auf den üblichen Druckstücken der Beschaffungsabteilungen regelmäßig gesamtschuldnerisch haften. Versicherungskonsortien hingegen tun dies niemals, schon allein aufgrund versicherungsaufsichtsrechtlicher Bestimmungen.

Marktblockaden vermeiden

Die Notwendigkeit von Versicherungskonsortien allein stellt aber eine weitere Schwierigkeit für solche Verfahren dar. Wenn man sich zum Beispiel die Ausschreibung von Sach- und technischen Versicherungen eines großen Stadtwerkes oder einer großen Müllverbrennungsanlage vorstellt, so kommt man zu dem Ergebnis, dass in der Sachversicherung eine erhebliche Risikoexponierung (Stichwort PML, also Probable Maximum Loss) von oft mehreren EUR 100 Mio. vorliegt. Kein Versicherer wird in der heutigen Zeit bereit sein, ein solches Risiko allein zu zeichnen, sondern es wird immer eine Verteilung auf mehrere Versicherer geben müssen.

Im Energieerzeugungsmarkt und noch mehr im Bereich der Abfallentsorgung stehen aber in Deutschland ohnehin nicht allzu viele Risikoträger für solche Risiken zur Verfügung. Wenn jetzt auch noch eine Anzahl von Industrieversicherungsmaklern Interesse gezeigt hat und an einem solchen Verfahren als Bieter teilnimmt (was ja kein Problem darstellt, sondern mittlerweile regelmäßig üblich ist), so entsteht außerhalb des eigentlichen Ausschreibungsverfahrens ein erheb-

licher Wettbewerb um die zur Verfügung stehenden Risikoträger. Diese werden vielleicht direkt mit dem Verfahren konfrontiert und gleichzeitig von mehreren Maklern angefragt. Dies führt nicht selten zu erheblichen Verwirrungen, schlimmstenfalls kann es sogar zu Doppelangeboten verschiedener Versicherer kommen. Kommt es dazu, stellt sich dann die Frage, ob der vergaberechtlich gebotene geheime Wettbewerb gestört wurde, was dann wieder zu einer Aufhebung des Verfahrens führen könnte. Ein Versicherungsmakler, der vielleicht einen Informationsvorsprung hat, ist aber auch in der Lage, durch sehr frühe Anfragen bei den wesentlichen Risikoträgern den Markt für Direktangebote dieser Risikoträger oder aber auch für Angebote an andere Makler zu blockieren. Das Ganze ist nicht theoretisch, sondern kommt sehr regelmäßig in der Praxis vor.

Wenn man ein Verfahren vorbereitet, muss man sich daher Regelungen überlegen, die solche unliebsamen Erscheinungen möglichst weitgehend ausschließen. Man will ja einen Wettbewerb zwischen den zur Verfügung stehenden Bietern haben, und eben nicht am Ende vielleicht nur ein einziges Angebot bekommen. Denn wenn dieser Bieter darum weiß, dass er der Einzige ist, wird er in seiner Kalkulation wohl kaum an die Grenzen des Möglichen gehen.

Fazit

Die vorgenannten Ausführungen zeigen, dass es durchaus komplizierter sein mag, als öffentlicher Energieversorger seine Versicherungsverträge EU-weit, also in dem gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren, auszuschreiben. Wenn man aber die Besonderheiten und die Regelungen, die hier gelten, beachtet, so sind im Fall eines wirklich offenen Wettbewerbes ganz erstaunlich günstige Angebote zu erwarten.

Zudem vermeidet man dann auch die gesetzlich vorgesehene Sanktion, nach der ein ohne das vorgeschriebene Verfahren abgeschlossener (oder aber wesentlich geänderter) Versicherungsvertrag zunächst einmal für einen Zeitraum von bis zu sechs Monaten unwirksam ist (Rechtsfolge aus § 135 Abs. 2 GWB). Eine solche, dann von Anfang an geltende, Unwirksamkeit wird ein verantwortungsvoller Unternehmensleiter in der Regel vermeiden wollen. ■