

Kein Anschein von Befangenheit

Unabhängigen Versicherungsbrokern, die ihre Bindungen offen darlegen, ist es ohne weiteres gestattet, als Berater eines öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen mitzuwirken. Eine Replik.

Von Moritz W. Kuhn

Entgegen der Auffassung von Urs Marolf («SCHWEIZER VERSICHERUNG» 1-2003, S.29–31) ist es einem unabhängigen Versicherungsbroker, der seine Bindungen offen darlegt, ohne weiteres gestattet, als Berater eines öffentlichen Auftraggebers bei der Vergabe von Versicherungsdienstleistungen mitzuwirken. Er ist weder befangen noch erweckt er den Anschein von Befangenheit.

Versicherungsdienstleistungen, insbesondere auch Dienstleistungen der unabhängigen Versicherungsbroker, fallen in den Anwendungsbereich des öffentlichen Beschaffungswesens. Es liegt auf der Hand, dass sich der Staat in der Funktion als öffentlicher Auftraggeber der unabhängigen Versicherungsbroker bedient. Dies gilt umso mehr, als sämtliche unabhängigen Versicherungsvermittler als Beauftragte des künftigen Versicherungsnehmers bereits gemäss geltendem Recht (Art.394ff. OR) gestützt auf die gesetzlich verankerte Informations-, Treue- und Rechenschaftspflicht zur Offenbarung ihrer Interessenbindungen verpflichtet sind.

Die von der EU am 30.September 2002 genehmigte und auf den 15. Januar 2003 in Kraft gesetzte Richtlinie 2002/92/EG (EU-Vermittlerrichtlinie) verpflichtet sämtliche (auch die gebundenen) Versicherungsvermittler zu einer schonungslosen Offenlegung ihrer Geschäftsbeziehungen in schriftlicher Form. Im Juni 2003 veröffentlichte der Bundesrat mit seiner Botschaft den Gesetzesentwurf zu einem neuen Versiche-

rungsaufsichtsgesetz (VAG), welcher in Art. 38 ff. die Versicherungsvermittler neu der Aufsicht des Bundesamtes für Privatversicherungswesen (BPV) unterstellt. Die von einem Versicherer unabhängigen Versicherungsvermittler müssen sich in einem Register eintragen lassen. Zudem haben sie – so weit sie an Versicherungsgesellschaften gebunden sind – die Versicherten in Übereinstimmung mit der EU-Vermittlerrichtlinie u. a. über allfällige Vertragsbeziehungen mit Versicherern detailliert aufzuklären.

Notwendiges Know-how

Öffentliche Auftraggeber bedienen sich bei der Vergabe von Versicherungs-

deckungen oftmals eines Versicherungsbrokers, da ihnen das nötige Know-how in der Regel fehlt. Der Beizug unabhängiger Versicherungsbroker durch den öffentlichen Auftraggeber erweist sich in Berücksichtigung dieses Umstands und der rechtlichen Rahmenbedingungen als unproblematisch bzw. drängt sich geradezu auf. Umso erstaunlicher ist es, dass Urs Marolf (Geschäftsführer des Schweizerischen Verbandes der Versicherungs-Generalagenten SVVG/FSA GA) in einem Beitrag in der «SCHWEIZER VERSICHERUNG» (Nr. 1-2003, S. 29–31) mit dem Titel «Versicherungsmakler und die Vergabe von Versicherungsdienstleistungen» zum gegenteiligen Schluss kommt. Der Vorstand der Swiss Insurance Bro-



Die unabhängigen Versicherungsvermittler müssen sich in einem Register eintragen lassen.

Prof. Dr. Moritz W. Kuhn, Rechtsanwalt, ist Präsident des Verbandes Schweizerischer Versicherungsbroker SIBA, www.siba.ch.

Argumentationsgrundlage

Sowohl der Brokerauftrag betreffend die Vermittlung von Versicherungsverträgen als auch das Mandatsverhältnis im Zusammenhang mit der Überwachung des Versicherungsportefeuilles sind wesentlich geprägt von den Treue- und Informationspflichten usw. des Auftragsrechts. Aus der Auskunftspflicht bzw. der Rechenschaftspflicht bzw. der Aufklärungs- und Benachrichtigungspflicht des beauftragten unabhängigen Versicherungsbrokers ergibt sich eine umfassende Offenlegungs- und Informationspflicht, die all jene Tatsachen umfassen muss, die der sorgfältige Beauftragte als für die Rechtsstellung und Rechtsausübung des Auftraggebers wesentlich erkennt bzw. erkennen muss. Dies beinhaltet im öffentlichen Beschaffungswesen in aller Regel auch eine Offenlegung von Courtagen und Kommissionen, die der Versicherer dem Versicherungsbroker aus der vom Versicherungsnehmer zu bezahlenden Prämie zu entrichten hat. Diese Pflichten bestehen auch ohne explizites Verlangen des Auftraggebers bereits vor Abschluss des Vertrages. Aus dieser umfassenden Informationspflicht leitet sich in Verbindung mit den Grundsätzen des öffentlichen Beschaffungswesens, der Gewährleistung der Gleichbehandlung der Anbieter und einer adäquaten wirtschaftlichen Allokation der öffentlichen Mittel die Pflicht des unabhängigen Versicherungsbrokers zu einer umfassenden Offenlegung sämtlicher rechtlicher und faktischer Bindungen und Umstände aller Art ab, die allenfalls geeignet sind, seine Stellung als Berater des öffentlichen Auftraggebers zu beeinflussen.

Gemäss dem im Entwurf vorliegenden VAG werden neu auch die Versicherungsvermittler der Aufsichtsgesetzgebung unterstellt sein. Dies bedeutet u.a., dass sie sich in einem öffentlichen Register eintragen lassen müssen. Der Registereintrag setzt voraus, dass die unabhängigen Versicherungsbroker über eine entsprechende Ausbildung und Berufserfahrung usw. verfügen. Die Versicherungsvermittler und Versicherungsberater haben die Versicherten bereits beim ersten Kontakt wie folgt aufzuklären:

- Identität und Adresse;
- Vertragsbeziehungen, die sie mit Versicherungsunternehmen unterhalten, und
- präzise Angabe darüber, ob die von ihnen in einem bestimmten Versicherungszweig angebotenen Versicherungsdeckungen von einem einzigen oder von mehreren Versicherungsunternehmen stammen.

Weiter wird das BPV dazu berechtigt sein, von den Versicherungsvermittlern Informationen und Unterlagen einzufordern, die diese zur Erfüllung ihrer Aufgabe benötigen. Die These Marolfs, es mangle an einer Aufsicht über die Unabhängigkeit der Broker – auch im revidierten VAG – trifft damit nicht zu.

kers Association (SIBA) hat den Unterzeichnenden in der Folge beauftragt, die Argumentation Marolfs sowie insbesondere das Gutachten von Denis Esseiva, auf das sich Urs Marolf im Wesentlichen abstützt, einer eingehenden Überprüfung – ebenfalls in Form eines Gutachtens – zu unterziehen. Bereits zu Beginn sei vorweggenommen, dass die Thesen Marolfs und Esseivas einer wissenschaftlichen Prüfung nicht standhalten.

Auf der Basis der Ausstandsregeln und des Gleichbehandlungsgrundsatzes untersuchten Marolf bzw. Esseiva die Zulässigkeit des Beizugs unabhängiger Versicherungsbroker im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens einerseits sowie der anschliessenden Policingverwaltung durch dieselben andererseits. Angeblich auf der Basis der Rechtsprechung in Deutschland und Frankreich kommt Marolf zum Schluss, ein Versicherungsbroker unterliege auf Grund diverser Interessenkonflikte sehr oft einem Ausstandsgrund. Der Beizug eines Versicherungsbrokers sei lediglich dann nicht zu beanstanden, wenn dieser dem Gemeinwesen ausschliesslich als beratender und entsprechend von diesem honorierter Experte zur Verfügung stehe. Erstaunlicherweise befassen sich aber die von Esseiva zitierten Präjudizen – von wenigen Ausnahmen in Deutschland abgesehen – nicht mit unabhängigen Versicherungsvermittlern bzw. Versicherungsbrokern. Vielmehr werden andere Beauftragte (Architekten, Rechtsanwälte usw.), deren Situation sich mit jener eines unabhängigen Versicherungsbrokers nicht vergleichen lässt, zur Begründung ihrer These herangezogen. Deren Situation wird anschliessend auf der Grundlage eines m.E. unzulässigen Analogieschlusses unbesehen auf die unabhängigen Versicherungsbroker übertragen.

Gegengutachten

Die Thesen Esseivas und Marolfs stellen sich bei eingehender Betrachtung als reine Postulate aus persönlicher Sicht



Unabhängige Versicherungsbroker, die ihre Bindungen offen deklarieren, können ohne weiteres als Berater eines öffentlichen Auftraggebers mitwirken.

Die Offenlegungspflichten werden noch bedeutend verschärft werden.

dar, verbunden mit der Hoffnung, Richter und Gerichte würden sich bei der Entscheidungsfindung zukünftig auch im Zusammenhang mit Versicherungsbrokern von ihrer Sichtweise lenken lassen. Marolf kommt – ohne sich auf direkt anwendbare Präjudize in der Schweiz stützen zu können – zum Schluss, dass ein Versicherungsbroker in Beachtung der gemäss Verwaltungsverfahrensgesetz geltenden Ausstandsgründe weder an der Entscheidungsfindung teilnehmen, noch diese vorbereiten dürfe. Damit sei das Auswerten von Angeboten durch Versicherungsbroker unzulässig. In solchen Fällen müsse deshalb ernsthaft mit der Aufhebung des Vergabeentscheides gerechnet werden. Marolf verkennt, dass sich für einen unabhängigen (!) Versicherungsbroker, der seine Geschäftsbeziehungen offen legt, die Ausstandsfrage gar nie stellen kann. Aus den gleichen Gründen gilt er auch nie als befangen, da sein Auftraggeber über seine Bindungen restlos aufgeklärt ist.

Vorab wichtig als Ausgangspunkt ist der Begriff des unabhängigen Versicherungsbrokers. Dessen Status unterscheidet sich wesentlich von der Definition des Versicherungsmaklers, welche Marolf und Esseiva – bewusst oder unbewusst – in ihrer Argumentation benutzen. Ein unabhängiger Versicherungsbroker oder -makler ist nicht von

einem Versicherer angestellt, sondern ist diesem gegenüber unabhängig. Der Broker – nach dem SIBA-Berufsbild – «ist weder rechtlich noch wirtschaftlich von einem Versicherer abhängig. Er ist kein Broker, wenn ihm diese Unabhängigkeit fehlt, wenn er z.B. von einem oder mehreren Versicherern (...) beauftragt ist, Geschäfte zu vermitteln, oder wenn Aktien oder andere Geschäftsanteile des Versicherungsbrokers direkt oder indirekt von einem oder mehreren Versicherern (...) gehalten werden.»

Wie bereits ausgeführt, wird das neue VAG die rechtliche und wirtschaftliche Unabhängigkeit des Brokers ebenfalls verlangen und diese damit auch gesetzlich verankern. Art. 41 Abs. 1 des

Gesetzesentwurfes sieht zwingend vor, dass sich nur Versicherungsvermittler, «die weder rechtlich noch wirtschaftlich noch in anderer Weise an ein Versicherungsunternehmen gebunden sind», in das öffentliche Register eintragen lassen müssen bzw. mit dem Status «unabhängig» eintragen lassen dürfen. Die Informations- bzw. Offenlegungspflicht des Brokers ist zentrale Argumentationsgrundlage dieses Artikels (siehe Kasten auf Seite 37).

Ein Versicherungsbroker wird direkt vom Versicherungsnehmer beauftragt und hat diesem den Abschluss von Versicherungsverträgen zu vermitteln. Darüber hinaus beinhaltet sein Mandat in der Regel auch die Überwachung des Versicherungsschutzes bzw. des vorhandenen Versicherungsportefeuilles seines Mandanten. Vom submissionierenden Gemeinwesen werden daher insbesondere die unabhängigen Versicherungsbroker zu Recht präferenziell für die Organisation des Vergabeverfahrens und die Evaluation der Offerten beigezogen.

Als unumstritten gilt, dass Brokerdienstleistungen unter das öffentliche Vergaberecht des Bundes und der Kantone fallen. Bei Erreichen der entsprechenden Schwellenwerte sollte – darin ist Marolf zuzustimmen – bereits die Auswahl eines Brokers im Vorfeld einer Submission einem Ausschreibungsverfahren unterstehen. Weiter gilt als unbestritten, dass ein Versicherungsbroker Beauftragter des öffentlichen Auftraggebers ist und als solcher vom zuständigen öffentlichen Auftraggeber beigezogen wird. Der Beizug von Fachleuten wird, wo dem Gemeinwesen das entsprechende Know-how fehlt, allgemein als zulässig erachtet. Er muss in einem angemessenen Rahmen auch eine Delegation von Kompetenzen beinhalten, so weit dies für eine sinnvolle Abwicklung

des Vergabeverfahrens notwendig ist. Eine vollständige Delegation jedoch würde elementare Grundsätze des öffentlichen Beschaffungsrechts verletzen.

Behörden-Unabhängigkeit

Oberstes Prinzip des öffentlichen Beschaffungswesens ist der Grundsatz der Unabhängigkeit der den Vergabeentscheid treffenden Behörden und der mitwirkenden Hilfspersonen und Berater, so weit diese massgeblich an der Entscheidungsfindung teilhaben. Die Befangenheit eines Behördenmitglieds, eines Beraters bzw. einer Hilfsperson muss dabei nicht bewiesen sein. Der Anschein von Befangenheit genügt. Hilfspersonen und Berater müssen nach Marolf im

Rahmen eines Vergabeverfahrens in den Ausstand treten, wenn

- die Hilfsperson bzw. der Berater geschäftsführendes Organ eines Anbieters ist,
- die Hilfsperson bzw. der Berater, der das Vergabeverfahren vorbereitet hat, daraufhin selber ein Angebot einreicht,
- die Hilfsperson bzw. der Berater in einem besonderen persönlichen oder rechtlichen Verhältnis zu einem der Anbieter steht.

Die Ausstandspflicht einer Hilfsperson bzw. eines Beraters in den Fällen eins und zwei ist stets zu bejahen. In diesem Sinne haben sich auch schon verschiedene Schweizer Gerichte ausgesprochen.

In beiden Fällen besteht für eine Hilfsperson des öffentlichen Auftraggebers ein überwiegendes Interesse daran, das Verfahren in ihrem Sinne zu beeinflussen. Ein Anschein von Befangenheit ist hier regelmässig zu vermuten. Dasselbe gilt vermutungsweise für Versicherungsvermittler, die an einen bestimmten Versicherer arbeitsvertraglich (Subordinationsverhältnis zwischen Versicherer und Versicherungsvermittler) gebunden sind (z. B. firmeneigener Aussendienst usw.).

Den dritten Ausstandsgrund konkretisiert Marolf mit Blick auf den unabhängigen Versicherungsbroker. Das Zusammentreffen folgender Elemente bewirkt nach Auffassung von Marolf eine Ausstandspflicht des Versicherungsbrokers:

- Die Mehrheit der Broker habe mit den wichtigsten Versicherern Rahmenverträge über die zu bezahlenden Courtagen abgeschlossen. Das

Vorliegen einer solchen vertraglichen Beziehung zwischen der Hilfsperson bzw. dem Berater und einem möglichen Anbieter erwecke per se den Anschein von Befangenheit.

- Der Entschädigungsmodus des Versicherungsbrokers, der vom Versicherer eine Courtage beziehe und mit diesem zudem allenfalls noch eine Kommissionsvereinbarung abgeschlossen habe, sei objektiv dazu geeignet, zu einer Ungleichbehandlung der Anbieter zu führen.
- Die Verwaltung des Versicherungsportefeuilles bilde den zentralen Bestandteil des Maklermandates. Der damit verbundene Aufwand – bei gleich bleibenden Kommissionen bzw. Courtagen – sei zudem nur schwer abzuschätzen. Deshalb sei ein Broker geneigt, einen Anbieter, mit dem er gute Geschäftsbeziehungen zu für ihn günstigen Konditionen unterhält, zu bevorzugen.

Aus folgenden Gründen sind die Thesen von Urs Marolf nicht schlüssig:

- Keine Bindung durch Rahmenverträge: Aus einem Rahmenvertrag, der lediglich Courtage- und Kommissionsätze entsetzend den Policenkategorien festsetzt, kann keine vertragliche Beziehung abgeleitet werden, die den Anschein von Befangenheit bewirkt bzw. erweckt. Die von Marolf und Esseiva erwähnten Gerichtsentscheide hatten andere Sachverhalte zum Gegenstand (z.B. ein Anwalt, der als Richter an einem Verfahren gegen einen Klienten beteiligt war, mit dem er über lange Zeit und zum Teil noch während des Verfahrens ein Klientenverhältnis unterhielt usw.). Ein Rahmenvertrag zur Regelung von Courtage- und Kommissionsätzen kann hinsichtlich Intensität, Bindungswirkung und Treuepflicht usw. schlechterdings nicht mit einem Auftragsverhältnis, wie es zwischen einem Anwalt und seinem Klienten besteht, verglichen werden. Ziel jeder erfolgreichen Maklertätigkeit ist der Abschluss eines auf die Bedürfnisse des Versicherungsnehmers zugeschnittenen Versicherungsvertrages zu marktkonformen Preisen. Die Kooperationsvereinbarung des Versicherers mit dem Versicherungsbroker steht demgegenüber im Hintergrund. In Erfüllung seiner auftragsrechtlichen Informationspflichten muss ein Versicherungsbroker – und dies ist der entscheidende Punkt – allerdings seine Bindungen gegenüber

Der Beizug von Fachleuten wird als zulässig erachtet.

dem öffentlichen Auftraggeber vollkommen offen legen. Diese Offenlegungspflichten auch des unabhängigen Versicherungsvermittlers werden mit dem Inkraft-Treten des neuen VAG noch bedeutend verschärft werden. Vereinbarungen betreffs Courtagezahlungen dürfen zudem gemäss dem Berufsbild des SIBA «die Pflichten des Brokers gegenüber dem Kunden aus der Brokervereinbarung nicht beeinträchtigen».

➤ Keine Bindung durch Bezahlung einer Kommission bzw. Courtage durch den Versicherer: Der Entschädigungsmodus ist bei Sicherstellung der erforderlichen Transparenz nicht geeignet, zu einer Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes des Anbieters zu führen. Eine Vergütung müsste von jedem Versicherer, der den Zuschlag erhält, bezahlt werden. Die Höhe der Kommission bzw. Courtage – wenn diese offen gelegt wird – hat somit mit der Wahl des Versicherers nichts zu tun. Das Vorliegen einer Kommissionsvereinbarung mit gewissen Anbietern vermag den Zuschlag an einen bestimmten Versicherer deshalb nicht zu beeinflussen. Die Bindungen des Versicherungsvermittlers sind deklariert worden und dem Auftraggeber daher bekannt.

➤ Keine Bindung auf Grund einer anschliessenden Zusammenarbeit im Rahmen der Policenverwaltung: Die von Marolf und Esseiva angeschnittenen Bedenken werden bereits durch die auftragsrechtlichen Informationspflichten und noch verstärkt durch die in Anlehnung an die EU-Vermittlerrichtlinie im neuen VAG festgelegten Offenlegungspflichten ausgeräumt. Der Broker ist dazu verpflichtet, auch über Einflussfaktoren, von denen er allenfalls betroffen ist, zu informieren. Die Bevorzugung eines bestimmten Versicherers ohne sachlichen Grund wäre damit für den öffentlichen Auftraggeber auf den ersten Blick erkennbar. An diesem klaren Ergebnis vermögen auch die von Marolf erwähnten deutschen und französischen Gerichtsentscheide nichts zu ändern. Französische Gerichtsentscheide zu dieser Thematik existieren keine und alle relevanten deutschen Erkenntnisse sind vor Inkraft-Treten der EU-Vermittlerrichtlinie, die für alle Versicherungsvermittler umfassende Of-

fenlegungspflichten statuiert, ergangen und deshalb zum heutigen Zeitpunkt ohne praktische Relevanz. Aus Deutschland ist seither zu diesem Themenkreis kein rechtskräftiges Urteil mehr bekannt.

Kein Ausstandsgrund

Der Beizug eines unabhängigen Versicherungsbrokers durch den öffentlichen Auftraggeber zur Organisation des Vergabeverfahrens und zur Verwaltung der Versicherungspolice verletzt den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht und begründet keinen Ausstandsgrund. Damit ist es

einem unabhängigen Versicherungsbroker, der seine Bindungen offen deklariert hat, ohne weiteres gestattet, als Berater eines öffentlichen Auftraggebers bei der Vorbereitung und Entscheidungsfindung mitzuwirken und anschliessend seine Dienste zum Abschluss und zur Betreuung der angebotenen Versicherung zur Verfügung zu stellen. Er vermag nicht einmal den Anschein von Befangenheit zu erwecken. Wesentlich problematischer würde sich demgegenüber der Einsatz eines unabhängigen Versicherungsvermittlers (z.B. gebundener Aussendienstmitarbeiter eines Versicherers) gestalten. ■

ANZEIGE



PZ PERSONALBERATUNG ZÜRICH AG

Underwriter Unfall / Kranken

Bei unserer Mandantin erwartet Sie eine anspruchsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit mit verschiedenen Aufgabenschwerpunkten.

Ihre Stärken liegen im Underwriting der Unfall- und Krankenversicherung, welche Sie nicht nur für die Betreuung und Bearbeitung von komplexen Fällen, sondern auch für Fachprojekte, gezielte Marketingaktionen, dem Schulungsbereich und für auftretende Fragestellungen und deren Lösungen in Zusammenarbeit mit Ihren Fachkollegen/innen, einsetzen möchten.

Romano Kämpfen und Thomas Frei stehen Ihnen für detaillierte Auskünfte gerne zur Verfügung und freuen sich auf Ihre Kontaktnahme.

Thomas Frei

Romano Kämpfen

PZ PERSONALBERATUNG ZÜRICH AG
Höschgasse 70 8008 Zürich
Tel. +41 1 384 90 00 Fax +41 1 384 90 01
contact@personalberatungzuerich.ch
www.personalberatungzuerich.ch