

Vergütung von Leistungserbringern und Versicherungsbrokern im Dreiecksverhältnis

Remuneration of Service Providers and Insurance Brokers in Triangular Relationship

Versicherungsunternehmen («VU») können im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit vertraglich begründet in gewisser Weise von Leistungserbringern und Versicherungsbrokern abhängig sein. Es fehlt unter solchen Umständen an einem wirksamen Preiswettbewerb und es fragt sich, wie VU am besten auf überhöhte Vergütungsansprüche reagieren können.

Insurance undertakings may depend in some ways on service providers and insurance brokers based on contract in the context of their business activities. There is no effective price competition under such circumstances and one may raise the question how insurance undertakings can react best to excessive compensation claims.



Alois Rimle
Dr. iur., LL.M.,
Rechtsanwalt

Inhalt

Markt und Vergütung	1
Gerechte Vergütung	1
Marktpreise mit Gerechtigkeitsvermutung	2
Markt mit ungerechten Preisen	2
Marktmacht und ungerechte Preise	2
Abhängigkeit und Vergütung	3
Dreiecksverhältnisse im Versicherungsgeschäft	3
Vertraglich begründete Abhängigkeiten	3
Fehlender Preiswettbewerb, Marktmacht	4
Rechtsverletzungstendenz bei Abhängigkeit	4
Mögliche Reaktion betroffener VU	4
Spitalkosten bei Zusatzversicherung	4
Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb ...	4
Marktmacht von Privatspitälern	5
Rechtliche Beurteilung	6
Mögliche Reaktion betroffener VU	6
Reparaturkosten bei MFZ-Versicherung ..	6
Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb ...	6
Rechtliche Beurteilung	7
Mögliche Reaktion betroffener VU	7

Brokervergütung	7
Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb ...	7
Rechtliche Beurteilung	8
Mögliche Reaktion betroffener VU	9
Geplante Gesetzesrevision	9
Gesetzesumsetzungsprognose	9
Zusammenfassung der Ergebnisse	11
Abkürzungsverzeichnis	11

Markt und Vergütung

Gerechte Vergütung

Wenn nachfolgend von überhöhten Vergütungen für die Erbringung von Dienstleistungen die Rede sein soll, muss vorher gewissermassen als „Referenzgrösse“ kurz beschrieben werden, was eine nicht überhöhte, d.h. angemessene oder gerechte, Vergütung ist.

Eine Vergütung kann ethisch dann als gerecht verstanden werden, wenn sie einen angemessenen direkten oder indirekten Bezug zur erbrachten Leistung (Qualität, Schwierigkeit,

Dauer etc.) und zum Leistungserbringer (Anstrengung, Erfahrung, Ausbildung etc.) herstellt und zudem Vergleichen mit anderen Vergütungen, Leistungen und Leistungserbringern standhält. Vergütungen lassen sich grundsätzlich innerhalb eines Staates mit einheitlichem politischen und wirtschaftlichen System vergleichen. In der wirklichen Welt sind bezahlte Vergütungen nur beschränkt gerecht im so verstandenen Sinn. Es entspricht einem verbreiteten Irrtum anzunehmen, die Höhe der Vergütung für die Erbringung von Arbeits- oder Dienstleistungen hänge allein von der persönlichen Leistung und Qualifikation des Arbeitnehmers oder Beauftragten ab. Sie hängt zudem etwa davon ab, in welcher Industrie man tätig ist und ob auf dem relevanten Markt wirksamer Wettbewerb stattfindet oder nicht. Wer also eine hohe Vergütung bezieht, kann diese möglicherweise nur teilweise mit seiner eigenen Leistung und Qualifikation in Verbindung bringen. Teilweise kann sie auch dem System bzw. einem Systemfehler geschuldet sein, insbesondere wenn es an einem wirksamen Wettbewerb fehlt.

Marktpreise mit Gerechtigkeitsvermutung

Die Vergütung für die Erbringung von Arbeits- und Dienstleistungen wird in Staaten wie der Schweiz mit liberaler Demokratie und sozialer Marktwirtschaft grundsätzlich im privaten Sektor über den Markt bestimmt. Dabei gelten Vergütungen vermutungsweise als gerecht, wenn sie unter der Bedingung eines wirksamen Wettbewerbs vertraglich festgelegt werden. Beispielsweise wird der Lohn bei der Anstellung eines neuen Mitarbeiters auf dem relevanten Arbeitsmarkt bestimmt, d.h. unter anderem durch Vergleiche, indem festgestellt wird, welcher Lohn einem Mitarbeiter mit entsprechender Erfahrung und Ausbildung von anderen Unternehmen in derselben Industrie bezahlt wird. Beispielsweise wird die Prämie für die Erbringung von Versicherungsdienstleistungen auf dem relevanten Versicherungsmarkt bestimmt.

Der Markt bezeichnet das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage nach einem ökonomischen Gut (z.B. einer Ware oder einer Dienstleistung). Marktteilnehmer (Akteure) sind die Anbieter und Nachfrager, die aufgrund einer mehr oder weniger festgelegten Marktordnung ihre Handelsobjekte austauschen. Derjenige Preis eines Gutes, der zur Übereinstimmung von angebotener und nachgefragter Menge führt, dem sogenannten Marktgleichgewicht, wird als Marktpreis bezeichnet. In einem Markt können Marktteilnehmer zwischen mehreren Anbietern bzw. Nachfragern eines Gutes wählen. Dabei

versuchen sie, einen möglichst tiefen Preis zu zahlen bzw. einen möglichst hohen Preis zu erzielen. Nach Vertragsabschluss erhält der Nachfrager das Gut vom Anbieter und der Nachfrager zahlt den Preis an den Anbieter.

Im Marktkontext wird üblicherweise allgemein von «Preis» für Ware oder Dienstleistung gesprochen. Bei den nachfolgenden Ausführungen geht es um Preise für Dienstleistungen. Dabei wird mehrheitlich der spezifischere Begriff «Vergütung» verwendet.

Markt mit ungerechten Preisen

Der freie Markt führt nicht immer zu Vereinbarungen von gerechten Vergütungen. Gegebenenfalls kann es aus ethischen Gründen erforderlich sein, durch gesetzliche Regelung korrigierend einzugreifen, um ungerechte Vergütungen zu vermeiden.

Wenn es auf einem Markt zu einem Überhang des Angebots bei geringer Nachfrage oder zu einem knappen Angebot bei grosser Nachfrage kommt (*Nachfrage- bzw. Angebotsmarkt*), sinken bzw. steigen die Preise. Beispielsweise kann es auf dem Arbeitsmarkt zu Vergütungen kommen, die sich mit der persönlich erbrachten Leistung oder dem Unternehmensgewinn nicht erklären lassen. In solchen Fällen kann der Staat aus Gerechtigkeitsüberlegungen korrigierend eingreifen. So wurden etwa in verschiedenen Branchen und in einzelnen Kantonen Mindestlöhne eingeführt, um extrem tiefe Löhne zu bekämpfen. So wurden etwa überhöhte Managersaläre insofern reguliert, als börsenkotierte Aktiengesellschaften diese offenlegen und von der Generalversammlung genehmigen lassen müssen und mithin die Aktionärsrechte gestärkt werden (siehe Verordnung gegen übermässige Vergütungen bei börsenkotierten Aktiengesellschaften).

Marktmacht und ungerechte Preise

Wenn auf einem Markt kein wirksamer Wettbewerb stattfindet, weil einzelne Marktteilnehmer über Marktmacht verfügen (*marktmächtige Unternehmen*), kann dies zulasten anderer Teilnehmer zu überhöhten Vergütungen kommen, die missbräuchlich erscheinen. Aus dem Markteinfluss ergibt sich die Gefahr, Preise unbesehen des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage festzulegen (BBl 1984 II 755).

Die Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs kann behindert werden, wenn im Markt agierende Unternehmen über Marktmacht verfügen. Es fehlt an einem wirksamen Wettbewerb, wenn die Abnehmer nicht die Möglichkeit haben, ohne

erheblichen Aufwand auf vergleichbare Angebote auszuweichen (vgl. Art. 12 Preisüberwachungsgesetz (PüG)). Fehlt es an einem wirksamen Wettbewerb, kann es zu Preismissbrauch kommen. Unternehmen mit Marktmacht tendieren dazu, ihre Stellung im Markt auszunützen und den wirksamen Wettbewerb einzuschränken. Es versteht sich von selbst, dass Marktteilnehmer, die bei der Festlegung von Preisen nicht in einem wirksamen Wettbewerb stehen, im eigenen Interesse versuchen werden, auf der Angebotsseite höhere Preise zu verlangen und auf der Nachfrageseite tiefere Preise durchzusetzen.

Das schweizerische Konzept verbietet das Bestehen von marktmächtigen Unternehmen an sich nicht, sondern will nur deren volkswirtschaftlich oder sozial schädlichen Auswirkungen bekämpfen. In der schweizerischen Wirtschaft werden somit stets marktmächtige Unternehmen bestehen, wobei die Gefahr missbräuchlicher Preisbildung immanent sein wird (BBI 1984 II 755 (766)).

Marktmacht wird nur bei starker Ausprägung durch Kartell- und Preisüberwachungsgesetz beschränkt. Es können vereinfacht folgende Fälle unterschieden werden:

- *Preismissbrauch*: Kommt es mangels wirksamen Wettbewerbs zu einem Preismissbrauch durch ein marktmächtiges Unternehmen, kann der Preisüberwacher eingreifen und eine Preiserhöhung verbieten oder eine Preissenkung verfügen (Art. 10 PüG).
- *Marktbeherrschung*: Als marktbeherrschende Unternehmen gelten gemäss Art. 4 Abs. 2 Kartellgesetz (KG) einzelne oder mehrere Unternehmen, die auf einem relevanten Markt als Anbieter oder Nachfrager in der Lage sind, sich von anderen Marktteilnehmern (Mitbewerbern, Anbietern oder Nachfragern) in einem gewissen Grad unabhängig zu verhalten. Das Kartellgesetz schränkt die Vertragsfreiheit marktbeherrschender Unternehmen ein. Verhaltensweisen marktbeherrschender Unternehmen sind dann unzulässig, wenn sie ohne sachlichen Grund und mithin in missbräuchlicher Ausnützung der marktbeherrschenden Stellung andere Unternehmen in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs behindern oder die Marktgegenseite benachteiligen (Art. 7 Abs. 1 KG).
- *Relative Marktmacht*: Von der absoluten Marktmacht ist die relative Marktmacht zu unterscheiden. Dabei geht es nicht um den relevanten volkswirtschaftlichen Markt, sondern um individuelle Abhängigkeiten, die zu

einer Wettbewerbsbeschränkung führen (z.B. Abhängigkeit eines Zulieferers von einem Grossunternehmen). In Deutschland ist die relative Marktmacht in § 20 Abs. 1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geregelt. In der Schweiz ist umstritten, inwiefern das Kartellgesetz neben dem Wettbewerb als Institution (Institutionschutz) auch die Wettbewerbsfreiheit der einzelnen Wettbewerber (Individualschutz) schützt (vgl. JENS LEHNE, Basler Kommentar zum Kartellgesetz, Basel 2010, Art. 1 N 38 ff.). Der Nationalrat will gegenwärtig Art. 7 KG auf relativ marktmächtige Unternehmen ausdehnen, von denen andere Unternehmen beim Angebot oder bei der Nachfrage abhängig sind, weil keine ausreichenden und zumutbaren Ausweichmöglichkeiten vorhanden sind (RETO JACOBS, Entwicklungen im Kartellrecht, Berichtszeitraum Jan. 2019 - Jan. 2020, in: SJZ 116 (2020) Nr. 9, S. 303).

Abhängigkeit und Vergütung

Dreiecksverhältnisse im Versicherungsgeschäft

Im Versicherungsgeschäft gibt es unterschiedliche Dreiecksverhältnisse, in denen VU aufgrund vertraglicher Regelung von Drittunternehmen abhängig sind. Das gilt beispielsweise für folgende Konstellationen:

- Verhältnis zwischen VU, Versicherungsnehmer (VN) und Privatspital als Leistungserbringer in der Krankenzusatzversicherung;
- Verhältnis zwischen VU, VN und Garage als Leistungserbringer in der MFZ-Versicherung;
- Verhältnis zwischen VU, VN und Versicherungsbroker im Unternehmensgeschäft.

Vertraglich begründete Abhängigkeiten

Bei der Krankenzusatzversicherung und der MFZ-Versicherung wählt der VN aufgrund des Versicherungsvertrags mit dem VU für gewöhnlich als Nachfrager den Leistungserbringer selbst aus und entscheidet über dessen Angebot. Hingegen bezahlt er die Dienstleistung nicht selbst, sondern lässt das VU für ihn bezahlen. Unter solchen Umständen befindet sich das VU in der Position des zahlenden Dritten und kann vom Leistungserbringer unter Umständen zu überhöhten Zahlungen «gezwungen» werden. Es besteht insofern ein vertraglich begründetes Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Leistungserbringer. Eine solche Konstellation besteht beispielsweise, wenn ein versicherter

Fahrzeughalter sein Unfallfahrzeug in die eigene Garage zur Reparatur bringt oder wenn sich eine privatversicherte Person im selbst gewählten Spital und vom selbst gewählten Arzt operieren lässt (siehe S. 4 ff. und S. 6 f.).

Ein VN wählt (als Nachfrager auf dem Vermittlungsmarkt) den Versicherungsbroker selbst aus und bezahlt diesen für die Erbringung der Dienstleistung wirtschaftlich auch selbst, wobei er aber die Höhe der Vergütung nicht kennt, die vom VU erst nachträglich ausbezahlt und dem VN weiterbelastet wird. Der VN entscheidet auf dem Versicherungsmarkt nicht selbst über den Geschäftsabschluss mit einem VU, sondern faktisch der Versicherungsbroker. Dabei wird die Brokervergütung fällig und vom VU ausbezahlt und dem VN weiterbelastet. Unter solchen Umständen handelt der Versicherungsbroker gewissermassen als entscheidender Dritter und kann ein VU indirekt zur Bezahlung überhöhter Vergütungen «motivieren», die das VU dem VN für gewöhnlich weiterbelastet. Es besteht insofern ein vertraglich begründetes Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Versicherungsbroker (siehe S. 7).

Fehlender Preiswettbewerb, Marktmacht

Leistungserbringer und Versicherungsbroker nehmen in Dreiecksverhältnissen mit VN und VU unter den beschriebenen Umständen eine dominante Position ein. Bei diesem Muster vertraglich begründeter Abhängigkeit findet kein wirksamer *Preiswettbewerb* statt. Die bezahlten Vergütungen tendieren in der Folge zulasten des VU bzw. VN nach oben. Sie fallen mit anderen Worten höher aus, als wenn VU bzw. VN als Nachfrager auf dem relevanten Markt gleichzeitig selbst entscheiden könnten und bezahlen müssten. Die Gründe für tendenziell höhere Vergütungen liegen auf der Hand: Zunächst hat ein Nachfrager, der nicht selbst bezahlen muss, kein eigenes Interesse, Preise zu vergleichen und deren Angemessenheit zu überprüfen. Sodann befindet sich ein Nachfrager, der die Preise nicht kennt, gar nicht in der Lage, diese zu vergleichen und deren Angemessenheit zu verifizieren.

Des Weiteren kann das Muster vertraglich begründeter Abhängigkeit in Dreiecksverhältnissen zu *Marktmacht auf der Gegenseite* führen oder wenigstens zu solcher beitragen. Das ist beispielsweise bei Privatspitälern der Fall. Es besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Privatspital, und das Privatspital verfügt über Marktmacht oder gar über eine marktbeherrschende Stellung auf dem Einkaufsmarkt im Kontext eines zweistufigen Wettbewerbskonzepts (siehe S. 5 f.).

Rechtsverletzungstendenz bei Abhängigkeit

Vertraglich begründete Abhängigkeiten in einem Dreiecksverhältnis führen tendenziell zu rechtswidrigem Verhalten, wenn auf diesem Weg im eigenen Interesse höhere Preise erzielt werden können. Ein dominantes Unternehmen ist unter Umständen in der Lage, im eigenen Interesse einen höheren Preis durchzusetzen, auch wenn dabei gegen Gesetzes- und Vertragsbestimmungen verstossen wird. Wer eine Geschäftsbeziehung „kontrolliert“, wird, weil er kann, möglicherweise mehr verlangen, als rechtlich vorgesehen und zulässig ist. Bei möglichen Gesetzesverletzungen geht es insbesondere um die Verletzung von Aufsichtsgesetzen, des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) und des Strafgesetzbuches (StGB).

Mögliche Reaktion betroffener VU

Es ist grundsätzlich zulässig, Verträge abzuschliessen und dabei Abhängigkeiten im Rahmen der Vertragsdurchführung zu schaffen. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, wie ein VU reagieren kann, wenn es in einem Dreiecksverhältnis von einem Leistungserbringer oder Versicherungsbroker abhängig ist und dabei mit überhöhten Preisen konfrontiert wird. Es bestehen für Unternehmen grundsätzlich folgende Reaktionsmöglichkeiten, deren Funktionstauglichkeit von Fall zu Fall beurteilt werden muss:

- die Dominanz des Unternehmens brechen (z.B. durch Vertragsgestaltung, Kontrolle oder Transparenz);
- die überhöhten Preise aus wirtschaftlichen Überlegungen akzeptieren;
- auf das Geschäft mit dem dominanten Unternehmen ersatzlos verzichten.

Spitalkosten bei Zusatzversicherung

Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb

Privatspitäler operieren in einem Dreiecksverhältnis mit VN und VU. Sie dominieren die Dreiecksbeziehung, indem die VN gemäss Versicherungsvertrag als Nachfrager über den Leistungsbezug entscheiden können, diesen aber nicht selbst bezahlen müssen. Die Bezahlung erfolgt durch das VU. Es entsteht auf diese Weise ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Leistungserbringer. Die Zusatzversicherung beinhaltet in der Regel die volle Kostendeckung

der Behandlung, gleichgültig in welchem Spital diese erfolgt. Damit spielt für den Versicherten der Preis keine Rolle; der Versicherte kennt diesen meistens gar nicht.

In der Folge findet kein Preiswettbewerb auf dem relevanten Markt statt. Des Weiteren findet regelmässig auch kein echter Qualitätswettbewerb zwischen den Spitälern statt. Es besteht in der Schweiz wenig Transparenz hinsichtlich des Qualitätsniveaus der verschiedenen Spitäler. Damit spielt das Qualitätsniveau bei der Spitalwahl kaum eine Rolle; die Versicherten beurteilen die Qualität vielmehr mittels Empfehlung des Arztes oder von Bekannten. Im Ergebnis sind die Versicherten nicht in der Lage, Druck auf die Spitäler auszuüben, dass diese im Wettbewerb stehen würden. Es besteht so ein „strukturelles Problem“ des mangelnden Preis- und Qualitätswettbewerbs (RPW 2008/4, 573 f.).

Marktmacht von Privatspitälern

Die WEKO beschreibt den Gesundheitsmarkt in einer Verfügung von 2001 als ein zweistufiges Wettbewerbskonzept hinsichtlich der Darstellung der Rolle der Krankenversicherer, der Leistungserbringer und der Versicherten. Die Versicherten nehmen im Krankheitsfall medizinische Dienstleistungen der Leistungserbringer in Anspruch. Sie sind in Bezug auf diese Dienstleistungen die Nachfrager. Die Versicherten erhalten für die Inanspruchnahme dieser Dienstleistungen von den Krankenversicherern den Versicherungsschutz gegen Zahlung einer Prämie (Versicherungsmarkt). Bei der Geltung bzw. Aushandlung der Tarife und Konditionen für diese Dienstleistungen stehen sich ausschliesslich die Leistungserbringer und die Krankenversicherer gegenüber (Einkaufsmarkt). Bezüglich der stationären Gesundheitsdienstleistungen sind die Leistungserbringer die Anbieter und die Krankenversicherer die Nachfrager. Die Versicherten können bei den Tarifverhandlungen nicht die Marktgegenseite bilden (RPW 2001/4, 662).

Auf dem Versicherungsmarkt treten die Versicherten als Nachfrager und die Krankenversicherer als Anbieter der Versicherungsdeckung im Zusatzversicherungsbereich auf. Es bestehen auf diesem Markt verschiedene Versicherungsprodukte, die sich hinsichtlich ihrer Preise (Prämien) und Leistungen unterscheiden. Betreffend Versicherungsangebote und deren Preise besteht grundsätzlich ein Wettbewerb. Das Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) enthält eine Vorschrift betreffend Prämientarife der VU gegenüber den Versicherten auf den Versicherungsmärkten. Gemäss Art. 4 Abs. 2 lit. r

VAG müssen die Krankenversicherer die Tarife und Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Bereich der Zusatzversicherungen der FINMA zur Genehmigung vorlegen. Die Tarife müssen gemäss Art. 38 VAG darauf geprüft werden, „ob sich die vorgesehenen Prämien in einem Rahmen halten, der einerseits die Solvenz der einzelnen Versicherungseinrichtungen und andererseits den Schutz der Versicherten vor Missbrauch gewährleistet.“ Wegen des beschränkten Fokus der Genehmigung durch die FINMA stellt das Genehmigungserfordernis nach VAG keine vorbehaltene Vorschrift im Sinne von Art. 3 Abs. 1 KG dar. Der Wettbewerb wird dadurch auf dem Krankenversicherungsmarkt nicht unterbunden (vgl. BVGE B-8800/2010; BVGE B-7407/2009).

Für die Marktstellung der Spitäler spielen zahlreiche Faktoren eine Rolle. Das „Gesamtpaket“ über zahlreiche Parameter hinweg ist für die Beurteilung massgebend. Der wichtigste Parameter ist die Aufführung eines Spitals in der kantonalen Spitalliste. Spitäler auf der kantonalen Spitalliste dürfen ihre Leistungen zulasten der obligatorischen Krankenversicherung abrechnen. Weitere wichtige Parameter sind die folgenden: die für das Spital tätigen Ärzte/-innen, das Ausrichten an Patientenbedürfnissen, die Infrastruktur, das Leistungsangebot und die Grösse. Wenn ein Spital auf der kantonalen Spitalliste aufgeführt ist und zulasten der obligatorischen Krankenversicherung abrechnen kann, dürfte es für Krankenversicherer faktisch ausgeschlossen sein, die Behandlung zwar durch die Grundversicherung, nicht aber durch die Zusatzversicherung zu decken. Der faktische Kontrahierungszwang der Krankenversicherer, der sich aus der Bedeutung der freien Spitalwahl bei der Zusatzversicherung ergibt, gilt bei solchen Spitälern noch verstärkt. Zu einer starken Positionierung im Markt kommt bei solchen Spitälern noch ein Abhängigkeitsverhältnis in der Zusatzversicherung hinzu (RPW 2008/4, 575 ff.).

Diese Situation kann zu einer marktbeherrschenden Stellung des Spitals führen, sodass es für einen Krankenversicherer nicht möglich ist, das Spital als wichtiger Anbieter von der Versicherungsdeckung auszuschliessen (faktischer Kontrahierungszwang; vgl. RPW 2008/4, 577 f.). Aber auch ohne marktbeherrschende Stellung im Sinne von Art. 7 KG besteht für die Krankenversicherer ein erheblicher Druck, Zusatzversicherungsprodukte anzubieten, die eine Behandlung in wichtigen Privatspitälern und Privatkliniken versichern, wenn sie auf dem Versicherungsmarkt keine Nachteile hinnehmen wollen. Die Folge sind freilich tendenziell überer-

höhte Versicherungsprämien bei der Spitalzusatzversicherung zulasten der Versichertengemeinschaft.

Rechtliche Beurteilung

Wenn im beschriebenen Wettbewerbsumfeld Privatspitäler sowie deren Ärzte überhöhte Hotel- und Behandlungskosten in Rechnung stellen können, aber kartellrechtlich noch keine marktbeherrschende Stellung vorliegt, stellt sich die Frage nach der rechtlichen Handhabe. Diese ist beschränkt.

Die FINMA kann im Rahmen der Produktgenehmigung nicht eingreifen. Es kann den Krankenversicherern an sich nichts vorgeworfen werden, solange ihre Prämien lediglich die effektiven Kosten der Spitalbehandlung abbilden. Ein allfälliger Preismissbrauch lässt sich somit nicht bei den Krankenversicherern lokalisieren.

Immerhin kann der Preisüberwacher im Fall von missbräuchlichen Preisen eingreifen. Kürzlich kritisierte der Preisüberwacher die Höhe der Tarife, die die Spital STS Thun AG im Zusatzversicherungsbereich den Zusatzversicherern verrechnete. In der Folge kam es zu einer einvernehmlichen Regelung mit einer Verpflichtung zur Tarifreduktion, die am 1. Januar 2020 in Kraft trat und ab diesem Zeitpunkt auf drei Jahre befristet wurde. In der einvernehmlichen Regelung wurde als Begründung Folgendes ausgeführt: «Im Zusammenhang mit den Zusatzversicherungstarifen kann grundsätzlich das Problem der intransparenten Tarifierung geortet werden. Die branchenweit praktizierten Tarifmodelle im Zusatzversicherungsbereich führen zu Verzerrungen und die Vergütungen der Zusatzversicherungen sind im Einzelfall nicht kostenmässig herleitbar, so dass Doppelverrechnungen von bereits mit den OKP-Tarifen bezahlten Leistungen drohen. Es bedarf deshalb einer flächendeckenden Änderung des aktuellen Zustands. Die vorliegende einvernehmliche Regelung ist insofern als Pionierregelung zu sehen. Der Preisüberwacher ist gewillt, die Zusatzversicherungstarife in den nächsten drei Jahren auf breiter Front in einem Benchmarkverfahren anzugehen.» (Einvernehmliche Regelung gemäss Art. 9 PüG zwischen der Spital STS Thun AG und dem Preisüberwacher betreffend Tarife im Zusatzversicherungsbereich vom 21. Januar 2020). Somit wird der Preisüberwacher nun auch gegenüber anderen Spitälern tätig werden. Dabei geht es (wie gesagt) aber nur um eine Missbrauchsüberprüfung.

Im Ergebnis besteht grundsätzlich nur dann eine rechtliche Handhabe gegen marktmächtige Privatspitäler, wenn eine marktbeherrschende

Stellung oder Preismissbrauch vorliegt oder wenn aufgrund von Marktmacht oder Abhängigkeit anderweitige Rechtsvorschriften verletzt werden.

Mögliche Reaktion betroffener VU

Als Reaktion von VU auf überhöhte Hotel- und Behandlungskosten stehen die Tarifverträge im Vordergrund. Wenn im Bereich der Spitalzusatzversicherung kein Tarifvertrag mit einem Spital besteht, kommen aus versicherungstechnischen Gründen im Rahmen der Versicherungsprodukte grundsätzlich Höchsttarife zum Tragen. Es gilt gegenüber der versicherten Person ein maximaler Betrag, der bei einem Aufenthalt in der privaten, halbprivaten oder allgemeinen Abteilung aus der Zusatzversicherung vergütet wird.

Als Parteien eines Tarifvertrags im Bereich der stationären Gesundheitsdienstleistungen stehen sich einzelne oder mehrere (stationäre) Leistungserbringer oder deren Verbände sowie einzelne oder mehrere VU oder deren Verbände gegenüber. Krankenversicherer können untereinander direkte Absprachen treffen, wenn sie Tarife oder andere Wettbewerbsparameter mit Leistungserbringern verhandeln. Es handelt sich dabei um horizontale Abreden (gleiche Marktstufe). Solche Abreden können grundsätzlich unzulässige Wettbewerbsabreden im Sinne des Kartellgesetzes darstellen. Hingegen können gemeinsame Verhandlungen auf Seiten der Krankenversicherer aber auch zum Aufbau einer Gegenmacht gegenüber marktbeherrschenden Spitälern unter gewissen Umständen gemäss Art. 5 Abs. 2 KG gerechtfertigt sein. Der Aufbau einer „Gegenmacht“ zur Relativierung oder Eliminierung von Marktmacht auf der Marktgegenseite und die damit allenfalls bewirkte Kostensenkung kann unter dem Aspekt der Effizienzgründe gewürdigt werden (Art. 5 Abs. 2 KG; vgl. Luzerner Fall von 2008, Praxis der WEKO in RPW 2008, 544 und 564).

Reparaturkosten bei MFZ-Versicherung

Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb

Die Haftpflicht- und Kaskoversicherung beinhaltet für gewöhnlich die volle Kostendeckung bei Reparaturen abzüglich eines fixen Selbstbehalts, gleichgültig in welcher Garage die Reparatur erfolgt. Die Interessen der Teilnehmer auf

dem Markt können wie folgt beschrieben werden:

- **VN:** Die Höhe der Reparaturkosten spielt für den VN grundsätzlich (abgesehen von einer allfälligen künftigen Prämienhöhung) keine Rolle. Es besteht für ihn kein Anlass, die Angemessenheit der Kosten zu überprüfen. Der VN erfährt die Höhe der Reparaturkosten meistens ohnehin nicht. Die Rechnung wird direkt an das VU gesandt; dem VN wird lediglich der Selbstbehalt in Rechnung gestellt. Vor diesem Hintergrund wird der VN die bestmögliche Reparatur von einer selbst ausgewählten Markengarage verlangen.
- **Garage:** Die Garage, die bei grösseren Reparaturen mehr als bei kleineren Reparaturen verdient, wird tendenziell eine «Luxusversion» der Reparatur ausführen. Für die Garage ist es möglich, eine hohe Rechnung zu stellen, ohne dabei die Kundenbeziehung zu gefährden. Es besteht kein Risiko, dass der Kunde die Garage aus Kostengründen wechselt, denn dieser muss die Rechnung ja nicht selbst bezahlen.
- **VU:** Das VU hat bei herkömmlichen Policen keinen Einfluss auf die Wahl der Garage und an sich auch nicht auf die Ausführung der Reparatur. Es erhält nach dem Unfall lediglich die Schadenmeldung und muss nach erfolgter Reparatur die Rechnung bezahlen.

Unter den beschriebenen Umständen ist es nachvollziehbar, dass die Reparaturkosten tendenziell hoch ausfallen. Die Garage verfügt über eine dominante Position, und damit verbunden besteht ein Missbrauchspotential. Es besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Garage. Ein Preiswettbewerb findet nicht statt. Überhöhte Reparaturkosten führen zu höheren Prämien in der Haftpflicht- und Kaskoversicherung zulasten der Versichertengemeinschaft.

Rechtliche Beurteilung

Wenn die vom VN gewählte Garage lediglich den durch den Unfall entstandenen Schaden am Fahrzeug repariert und angemessen in Rechnung stellt, besteht kein Raum für eine rechtliche Beanstandung.

Anders verhält es sich rechtlich, wenn die Garage vorsätzlich zusätzliche Reparaturen durchführt und in Rechnung stellt, obwohl diesbezüglich gar keine Versicherungsdeckung besteht. Es besteht eine gewisse Tendenz der dominanten Garage zu rechtswidrigem Verhalten. Dabei kann es vorkommen, dass eine Garage dem Kunden kreative Vorschläge unterbreitet, welche Schäden, die nicht durch den Unfall verursacht worden sind, auch noch auf Kosten des VU

repariert werden könnten. In solchen Fällen kann möglicherweise Versicherungsbetrug vorliegen, d.h. eine Handlung, mit welcher der VN oder ein Dritter vom VU in betrügerischer Absicht Versicherungsleistungen beansprucht (Art. 146 StGB). Des Weiteren ist das VU wegen betrügerischer Begründung des Versicherungsanspruchs nach Art. 40 Versicherungsvertragsgesetz (VVG) in solchen Fällen nicht an den Versicherungsvertrag gebunden.

Mögliche Reaktion betroffener VU

Das Missbrauchspotential bei der Reparatur von versicherten Schadenfahrzeugen ist allgemein bekannt. Deshalb ist es in der Schweiz üblich, dass VU die Garagen kontrollieren und Schadenfotos verlangen oder bei grösseren Schäden einen Schadenexperten entsenden, um den entstandenen Schaden zu begutachten und die Reparaturkosten einzuschätzen. Auf diese Weise kann der dominanten Position der Garage und der Tendenz zu überhöhten Kosten entgegen gewirkt werden.

Ein anderer Ansatz, der von einzelnen VU in neuerer Zeit verfolgt wird, besteht darin, im Versicherungsvertrag vorzusehen, dass das VU im Schadenfall die Garage bestimmen darf und der VN im Gegenzug eine Prämienreduktion erhält. Das VU schliesst mit mehreren Garagen Dienstleistungsverträge ab, wodurch diese zu Dienstleistern des VU und nicht des VN werden. Im Ergebnis sind Auftragsgeber und Zahler identisch. Die dominante Position der Garage und die damit verbundene Missbrauchsgefahr werden beseitigt. Wenn solche Vereinbarungen koordiniert zwischen mehreren VU und einer Vielzahl von Garagen abgeschlossen werden, ist eine kartellrechtliche Überprüfung erforderlich. Es muss sichergestellt werden, dass keine unzulässige Wettbewerbsabrede vorliegt.

Brokervergütung

Abhängigkeit und fehlender Preiswettbewerb

Versicherungsbroker werden von Unternehmen beauftragt, sie in Versicherungsfragen zu beraten, passende Versicherungslösungen zu finden und dementsprechend mit VU Versicherungsverträge abzuschliessen. Die rechtliche Grundlage für den Entschädigungsanspruch des Versicherungsbrokers gegenüber dem VN ergibt sich für gewöhnlich aus den Rechtsverhältnissen im Dreieck zwischen VN, VU und Versiche-

rungsbroker. Das entsprechende Entschädigungsmodell basiert auf der Vermittlung von Bruttopolicen. Dieses wird vom Bundesgericht in BGE 142 III 657 (661 f.) wie folgt beschrieben: «[Es] wird im Versicherungsmaklervertrag vereinbart, die Entschädigung des Versicherungsmaklers erfolge über die Courtage, die ihm das VU ausrichtet. Die Bemessung resp. die Höhe dieser Courtage wird im Versicherungsmaklervertrag häufig, wenn nicht gar im Regelfall, nicht geregelt [...]. Über deren Höhe einigen sich in der typischen Situation das VU und der Versicherungsmakler, sei es durch eine explizite Vereinbarung [...] oder konkludent durch Anwendung eines in der Branche usanzmässig verwendeten Satzes [...]. Das VU wiederum rechnet diese Courtage in die von ihm dem VN offerierte (Brutto)Prämie des Versicherungsvertrags ein, wodurch - wirtschaftlich betrachtet - der VN durch seine Prämienzahlung an das VU die Courtage des Versicherungsmaklers finanziert.» «Im Rahmen der Vertragsfreiheit ist es den Parteien unbenommen, ein solches Entschädigungsmodell zu vereinbaren.»

Wenn der Makler- bzw. Brokervertrag die Höhe der Courtage nicht regelt, kann dies aber nicht bedeuten, dass VU und Versicherungsbroker zu Lasten des VN eine beliebige Höhe festlegen könnten. Der Versicherungsbroker erbringt gegenüber dem VN eine entgeltliche Dienstleistung. Der Brokervertrag untersteht (auch) dem Auftragsrecht nach Art. 394 ff. OR. Danach ist eine Vergütung zu leisten, wenn sie verabredet oder üblich ist (Art. 394 Abs. 3 OR). Es folgt, dass der Versicherungsbroker für seine Brokerdienstleistungen nur eine marktübliche Courtage beanspruchen kann, es sei denn, der Brokervertrag sieht ausdrücklich eine andere Regelung vor.

Versicherungsbroker verfügen im Dreiecksverhältnis mit VU und VN über eine dominante Position, indem sie faktisch entscheiden können, bei welchem VU das Geschäft mit dem VN platziert wird. Hinzu kommt, dass es nach meinem Verständnis auf dem Versicherungsmarkt gegenwärtig üblich ist, dem VN nicht offenzulegen, wie hoch Nettoprämie und Courtage sind, sondern lediglich die Bruttoprämie in Rechnung zu stellen (was der Bestimmung von Art. 3 Abs. 1 lit. c VVG widerspricht, die eine vorvertragliche Offenlegung der Nettoprämie verlangt). Der VN weiss somit nicht, was er für die Brokerdienstleistung zahlen muss. Die Versicherungsbroker können ihre dominante Position dank Nichtoffenlegung der Brokervergütung dadurch missbrauchen, dass sie die Annahme einer Offerte nicht allein von Qualität und Preis, sondern zusätzlich auch von anderen Faktoren abhängig

machen, insbesondere von der Höhe ihrer eigenen Vergütung. Es besteht ein Abhängigkeitsverhältnis zwischen VU und Versicherungsbroker. Wenn ein VU das Geschäft mit dem Kunden des Versicherungsbrokers abschliessen will, muss es unter Umständen bereit sein, eine vom Versicherungsbroker verlangte überhöhte Vergütung zu bezahlen. Ansonsten riskiert es, vom Versicherungsbroker bei der Geschäftsplatzierung nicht berücksichtigt zu werden. VU werden oftmals zur Bezahlung bereit sein, solange sie die Broker-Vergütung dem VN über die Bruttoprämie oder die Verwaltungskosten (Teil der Nettoprämie) weiterbelasten können.

Eine solche Praxis führt zur Vermeidung des Preiswettbewerbs zwischen Versicherungsbrokern. Die VN zahlen eine Vergütung, deren Höhe sie nicht kennen und die sie dementsprechend auch nicht überprüfen und vergleichen können. Für die VU spielt die Höhe der Broker-Vergütung nur eine untergeordnete Rolle, solange sie diese dem VN weiterbelasten können. VU taugen nur beschränkt als „Preiskontrollleure“ im Interesse der VN. Sie haben letztlich ihre eigenen Interessen, die von jenen der VN abweichen. Unter diesen Umständen besteht eine gewisse Tendenz, dass der Versicherungsbroker mehr als die übliche Courtage verlangt und dass die Vergütung von einem VU auch bezahlt wird. Der VN und die konkurrierenden VU haben dabei das Nachsehen.

Es ist aus Gerechtigkeitsüberlegungen erforderlich, dass die VN wissen, wem sie wieviel für welche Dienstleistung bezahlen. Nur so sind sie selbst in der Lage, die Höhe der Vergütung zu überprüfen und zu widersprechen, wenn sie nicht einverstanden sind. Gegebenenfalls entsteht Preisdruck, weil die Versicherungsbroker in einem Markt mit wirksamen Wettbewerb agieren müssen. Das ist gut so; der wirksame Wettbewerb wird im Interesse einer freiheitlichen marktwirtschaftlichen Ordnung in unserem Rechtssystem ja ausdrücklich gefördert (vgl. Art. 1 KG).

Überhöhte Vergütungen des Brokers können ganz unterschiedlich ausgestaltet sein. Versicherungsbroker verlangen über die übliche Courtage hinaus gelegentlich Retrozessionen, Zusatzzahlungen ohne Gegenleistung (z.B. „pay to play“, „last call“ etc.) oder überhöhte Entschädigungen für echte Zusatzdienstleistungen (z.B. Panelteilnahme, Kundentreffen etc.).

Rechtliche Beurteilung

Wenn die Zahlung einer überhöhten Vergütung an den Versicherungsbroker ohne Offenlegung gegenüber dem VN und mit Weiterbelastung an

diesen die Chancen eines Geschäftsabschlusses für das VU verbessert, dürften regelmässig Vertrags- und Gesetzesverletzungen seitens des Versicherungsbrokers, aber auch seitens des VU vorliegen. Die Rechtslage ist im Einzelfall zu prüfen. Im Vordergrund stehen privatrechtlich die Vertragsverletzung, aufsichtsrechtlich der Missbrauch, wettbewerbsrechtlich der unlautere Wettbewerb und strafrechtlich die Privatbestechung und ungetreue Geschäftsbesorgung.

Mögliche Reaktion betroffener VU

Dem VU steht es frei, die Zahlung einer überhöhten Vergütung an den Versicherungsbroker zu verweigern oder diese gegenüber dem VN offenzulegen oder deren Offenlegung zu verlangen. Dann besteht allerdings grundsätzlich ein Risiko, dass der Versicherungsbroker die Offerte eines Konkurrenzunternehmens berücksichtigen wird, das zur Zahlung der überhöhten Vergütung bereit ist.

Wenn VU aus wirtschaftlichen Überlegungen bereit sind, dem Versicherungsbroker eine überhöhte Vergütung zu bezahlen, können sie auch selbst Recht verletzen. Gewisse Rechtsverletzungsrisiken erscheinen aus Sicht des VU als tragbar, andere nicht. Tragbar dürfte das Rechtsverletzungsrisiko sein, wenn das eigene Verhalten lediglich privatrechtlich als Vertragsverletzung und wettbewerbsrechtlich als unlauterer Wettbewerb mit bloss privatrechtlichen Folgen beurteilt werden könnte. Hingegen sollten VU dort die rote Linie ziehen, wo das eigene Verhalten aufsichtsrechtlich als Missbrauch und/oder strafrechtlich als Privatbestechung beurteilt werden könnte. In solchen Fällen empfiehlt es sich für das VU, eine überhöhte Vergütung an den Versicherungsbroker trotz möglicher Geschäftseinbusse zu verweigern oder zumindest geeignete Massnahmen zu ergreifen, um die eigene rechtliche Position zu verbessern.

Geplante Gesetzesrevision

Es ist geplant, das VAG im Bereich der Vergütung des Brokers in teilweiser Anlehnung an das Finanzdienstleistungsgesetz (FIDLEG) zu revidieren. Danach sollen ungebundene Versicherungsvermittler ihre Entschädigung gegenüber VN wie folgt offenlegen (Art. 45a des Vernehmlassungsentwurfs vom 14. November 2018):

- Sie dürfen Entschädigungen von VU oder sonstigen Dritten annehmen, wenn sie die VN ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben.
- Wenn sie eine Vergütung von VN erhalten, dürfen sie Entschädigungen von VU oder sonstigen Dritten nur annehmen, wenn sie

die VN ausdrücklich über die Entschädigung informiert haben und diese ausdrücklich darauf verzichten, oder wenn sie die Entschädigung vollumfänglich an die VN weitergeben.

Ungebundene Versicherungsvermittler müssen Gewähr für die Erfüllung ihrer Pflichten nach VAG bieten (Art. 42 E-VAG). Sie werden von der FINMA beaufsichtigt. Zudem müssen sie sich einer Ombudsstelle anschliessen (Art. 83 E-VAG).

Die geplante Gesetzesrevision wird vor allem mit dem bestehenden Interessenkonflikt begründet: Dem Courtagesystem ist ein Interessenkonflikt der ungebundenen Versicherungsvermittler inhärent. Diese sind wegen des Auftragsverhältnisses verpflichtet, die Interessen ihrer Kunden gegenüber dem VU wahrzunehmen. Gleichzeitig werden sie aber von diesem für ihre Vermittlungstätigkeit bezahlt. Diese Konstellation führt zu einem Konflikt zwischen dem Interesse der Kunden an einem optimalen Versicherungsvertrag und dem Interesse der ungebundenen Versicherungsvermittler an einer möglichst hohen Entschädigung (Erläuternder Bericht zur Vernehmlassungsvorlage vom 14. November 2018, S. 38).

Die geplante Gesetzesrevision kann aber auch und m.E. umfassender mit fehlendem Preiswettbewerb begründet werden. Wenn der VN nicht weiss, wieviel er an den Versicherungsbroker zahlen muss, kann er auch keine Preise vergleichen und beanstanden. Es kommt in der Folge tendenziell zu überhöhten Preisen. Zudem kann sich eine negative Rückwirkung auf den Versicherungsmarkt ergeben, indem der VN unter Umständen nicht die beste Versicherungslösung (unter Berücksichtigung von Deckung und Prämie), sondern die Versicherungslösung jenes VU erhält, welches zur Zahlung einer überhöhten Broker-Vergütung bereit ist.

Gesetzesumsetzungsprognose

Gesetz und Gesetzesumsetzung

Was im Gesetz steht, ist nur die eine Hälfte des Rechts. Die andere Hälfte betrifft die Umsetzung des Gesetzes, die ebenso wichtig ist. Denn eine Gesetzesbestimmung, die nicht umgesetzt wird, ist letztlich nutzlos.

Ob eine Gesetzesbestimmung von den Adressaten tatsächlich umgesetzt wird, hängt vor allem von folgenden Faktoren ab:

- Interesse des Gesetzesadressaten an der Nichtumsetzung der Gesetzesbestimmung (Nichtumsetzungsinteresse);

- Akzeptanz der Nichtumsetzung durch andere Marktteilnehmer (Nichtumsetzungsakzeptanz);
- Risiko einer Sanktionierung der Nichtumsetzung (Sanktionierungsrisiko).

Je nachdem, wie es sich im Einzelfall mit Nichtumsetzungsinteresse, Nichtumsetzungsakzeptanz und Sanktionierungsrisiko verhält, wird der Grad der Gesetzesumsetzung höher oder tiefer ausfallen. Der Umsetzungsgrad wird tendenziell tief sein, wenn das Nichtumsetzungsinteresse hoch, die Nichtumsetzungsakzeptanz ebenfalls hoch und das Sanktionierungsrisiko tief ist. Dagegen wird der Umsetzungsgrad tendenziell hoch sein, wenn das Nichtumsetzungsinteresse tief, die Nichtumsetzungsakzeptanz ebenfalls tief und das Sanktionierungsrisiko hoch ist.

Geplante Offenlegungspflicht des Versicherungsbrokers

Es genügt im Rahmen der laufenden Gesetzesrevision m.E. nicht, ungebundene Versicherungsvermittler gesetzlich zur Offenlegung der Brokervergütung zu verpflichten (Art. 45a E-VAG). Dies ergibt sich aus nachfolgender vereinfachter Gesetzesumsetzungsanalyse:

- *Nichtumsetzungsinteresse*: Die Versicherungsbroker haben ein Interesse an der Nichtoffenlegung ihrer Vergütung gegenüber den VN. Bei einer Offenlegung würde nämlich ein echter Preiswettbewerb stattfinden und Brokervergütungen würden tendenziell tiefer ausfallen. Es ergibt sich ein hohes Nichtumsetzungsinteresse seitens der Versicherungsbroker.
- *Nichtumsetzungsakzeptanz*: Die VU werden wegen ihrer Abhängigkeit von den Versicherungsbrokern tendenziell nicht überprüfen, ob diese ihre Entschädigung gegenüber den VN tatsächlich offenlegen oder nicht. Sie werden eine Nichtoffenlegung im Allgemeinen akzeptieren müssen. Des Weiteren werden die VN (erfahrungsgemäss) nur vereinzelt ihren Informationsanspruch durchsetzen und allenfalls privatrechtlich (soweit überhaupt möglich) eine Herausgabe verlangen. Es ergibt sich eine hohe Nichtumsetzungsakzeptanz seitens der VU und VN.
- *Sanktionierungsrisiko*: Es ist keine strafrechtliche Sanktion für die Verletzung der Offenlegungspflicht durch den ungebundenen Versicherungsvermittler vorgesehen (vgl. Art. 86 E-VAG). Es besteht lediglich die Möglichkeit von aufsichtsrechtlichen Massnahmen durch die FINMA. Die FINMA kann bei Kenntnisnahme des Fehlverhaltens die Offenlegung (und allenfalls die Weitergabe

der Entschädigung) verlangen und im Fall von Missbrauch weitere Massnahmen ergreifen (Art. 46 E-VAG). Eine rein aufsichtsrechtliche Rechtsdurchsetzung erscheint angesichts der hohen Zahl der Versicherungsbroker schwierig. Es resultiert ein tiefes Sanktionierungsrisiko.

Die Gesetzesumsetzungsanalyse ergibt für die geplante Offenlegungspflicht des ungebundenen Versicherungsvermittlers nach Art. 45a E-VAG, würde die Bestimmung in Rechtskraft erwachsen, einen tiefen Umsetzungsgrad. Das Nichtumsetzungsinteresse ist hoch, die Nichtumsetzungsakzeptanz ist ebenfalls hoch und das Sanktionierungsrisiko ist tief. Es kann deshalb prognostiziert werden, dass zahlreiche Versicherungsbroker auch nach einem allfälligen Inkrafttreten der neuen gesetzlichen Regelung von einer transparenten Geschäftspraxis absehen und die Kunden über ihre Vergütung weiterhin im Dunkeln lassen würden. Eine dominante Position lässt sich ohne erhebliches Sanktionierungsrisiko nicht durch zusätzliche Pflichten zulasten des dominanten Unternehmens selbst wirksam beschränken. Dieses wird Pflichten, die den eigenen Interessen widersprechen, oftmals nicht umsetzen, solange das Risiko einer Sanktionierung gering erscheint.

Zusätzliche Offenlegungspflicht des VU

Es stellt sich die Frage, wie die geplante Gesetzesrevision im Interesse einer besseren Umsetzung geändert werden könnte. Ein effizienter Ansatz würde m.E. darin bestehen, zusätzlich auch die VU zur Offenlegung zu verpflichten. Sie müssten danach nicht nur die Bruttoprämie, sondern ausdrücklich auch die Nettoprämie und die Brokervergütung ausweisen. Die Gesetzesumsetzungsprognose für eine solche zusätzliche Offenlegungspflicht der VU würde bedeutend besser ausfallen: Das Nichtumsetzungsinteresse wäre tief, weil die VU an sich selbst an einer Vergütungstransparenz gegenüber ihren Kunden interessiert wären. Die Nichtumsetzungsakzeptanz wäre hoch, weil die Versicherungsbroker sich trotz ihrer dominanten Position kaum dagegenstellen könnten, wären sie doch selbst zur Offenlegung verpflichtet. Das Sanktionierungsrisiko wäre auch ohne Strafdrohung hoch, weil sich die stark regulierten VU (insbesondere hinsichtlich der Gewähr für einwandfreie Geschäftstätigkeit) den drohenden aufsichtsrechtlichen Massnahmen nicht entziehen könnten. Im Ergebnis wäre bei einer ergänzenden spezifischen Offenlegungspflicht der VU zu erwarten, dass die VN im Regelfall tatsächlich über die Broker-Vergütung informiert würden. Dies wäre auch im Interesse der VU.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Vertraglich begründete Abhängigkeiten zwischen VU und Leistungserbringern oder Versicherungsbrokern im Dreiecksverhältnis hängen mit einem fehlenden Preiswettbewerb und überhöhten Vergütungen zusammen. Solche Abhängigkeiten bestehen seitens der VU etwa gegenüber Garagen in der MFZ-Versicherung, gegenüber Privatspitälern in der Krankenzusatzversicherung und gegenüber Versicherungsbrokern im Unternehmensgeschäft. Sie sind rechtlich grundsätzlich zulässig, erzeugen aber eine schädliche Wirkung auf dem relevanten Markt. Es fragt sich, wie solche «Systemfehler» vermieden werden können.

Die Frage richtet sich zuerst an die betroffenen VU. Am besten können VU im Fall von Garagen reagieren. Sie können Garagen kontrollieren oder versuchen, mit mehreren von ihnen Dienstleistungsverträge abzuschliessen, um so Abhängigkeit zu vermeiden. Schwieriger erweist sich die Lage im Fall von Privatspitälern. VU können versuchen, Tarifverträge mit Privatspitälern auszuhandeln und dabei soweit erforderlich Gegenmacht aufzubauen. Noch schwieriger verhält es sich im Fall von Versicherungsbrokern. VU sind wegen ihrer Abhängigkeit von Versicherungsbrokern m.E. gegenwärtig kaum in der Lage, Vergütungstransparenz gegenüber VN herzustellen und so Preiswettbewerb zu ermöglichen.

Wo betroffene VU selbst nicht in der Lage sind, schädliche Abhängigkeiten zu vermeiden und Preiswettbewerb zu ermöglichen, sind Gesetzgeber und Gesetzesumsetzungsbehörde gefragt. Im Fall von Garagen besteht seitens des Gesetzgebers kein Handlungsbedarf. Im Fall von Privatspitälern kann allenfalls der Preisüberwacher gegen missbräuchliche Vergütungen auf der Grundlage des Preisüberwachungsgesetzes eingreifen. Es können eventuell auch

besondere gesetzliche Regelungen in Betracht gezogen werden. Im Fall von Versicherungsbrokern müssen m.E. nicht nur diese selbst, sondern auch die VU zur Offenlegung der Brokervergütung gegenüber den VN gesetzlich verpflichtet werden. Nur so kann sichergestellt werden, dass die erwünschte Vergütungstransparenz tatsächlich auch umgesetzt wird.

Abkürzungsverzeichnis

BBI	Bundesblatt
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BVGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheid
E-VVG	Entwurf der Revision des Versicherungsvertragsgesetzes von 1908
FIDELG	Finanzdienstleistungsgesetz von 2018
FINMA	Eidgenössische Finanzmarktaufsicht
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1958 (Deutschland)
KG	Kartellgesetz von 1995
MFZ	Motorfahrzeug
OR	Schweizerisches Obligationenrecht von 1911.
PüG	Preisüberwachungsgesetz von 1985
RPW	Recht und Politik des Wettbewerbs
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch von 1937
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1986
VAG	Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über die Versicherungsunternehmen von 2004
VN	Versicherungsnehmer
VU	Versicherungsunternehmen
VVG	Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag von 1908
WEKO	Wettbewerbskommission

Alois Rimle
Dr.iur, LL.M.,
Rechtsanwalt

rimle@ruossvoegele.ch

RUOSS VÖGELE
Kreuzstrasse 54
CH-8032 Zürich
+41 55 253 44 00
www.ruossvoegele.ch

RUOSS VÖGELE kommentiert in Legal Insights Themen des schweizerischen Rechts. Die darin enthaltenen Informationen und Kommentare stellen keine rechtliche Beratung dar. Rechtsentwicklungen können dazu führen, dass darin enthaltene Informationen nicht mehr aktuell sind. Die in diesen Medien erfolgten Ausführungen sollen deshalb nicht ohne spezifische rechtliche Beratung zum Anlass für Entscheide oder Handlungen genommen werden.

