



## Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung

### Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Rahmenordnung von Versicherungspflicht, mittelbar rechtlichem Monopol und Dienstleistungen im Wettbewerb

JOHANNES REICH

Die Ausgestaltung der Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden bildet sowohl in der Rechtsprechung (Ziff. I/A) als auch in der Verfassungsgebung (Ziff. I/B) ein regelmässig wiederkehrendes Thema. Je nach Kanton haben sich unterschiedliche Regelungsmodelle herausgebildet (Ziff. II/B). In Appenzell Innerrhoden – dem Heimatkanton von alt Bundesrat Arnold Koller – sind für den äusseren und den inneren Landesteil gar zwei verschiedene Rechtsregime in Kraft (Ziff. II/B/4). Vor dem Hintergrund der hinsichtlich der Gebäudeversicherung als «negativ» bezeichneten Nachführung der Bundesverfassung (Ziff. I/B und V/B) arbeitet der vorliegende Beitrag die rechtlichen Rahmenbedingungen der zentralen Streitfragen – bundesstaatliche Kompetenzausscheidung (Ziff. II/A), Versicherungspflicht (Ziff. IV), Monopol (Ziff. V) und Dienstleistungen im Wettbewerb (Ziff. VI) – unter Einbezug historischer und ökonomischer Gesichtspunkte (Ziff. III) heraus und bezieht zum Meinungsstreit Stellung.

L'aménagement de l'assurance bâtiment contre les dommages dus aux incendies et aux éléments naturels est un sujet récurrent aussi bien dans la jurisprudence (ch. I/A) que dans l'élaboration de la Constitution (ch. I/B). Les cantons ont mis sur pied différents systèmes de réglementation (ch. II/B). Le canton d'Appenzell Rhodes-Intérieures dispose même de deux régimes juridiques différents pour les districts intérieurs et extérieur (ch. II/B/4). Dans la perspective de la révision de la Constitution, qualifiée de « négative » pour l'assurance des bâtiments (ch. I/B et V/B), la présente contribution identifie le cadre juridique des questions centrales faisant débat – répartition fédérale des compétences (ch. II/A), obligation d'assurance (ch. IV), monopole (ch. V) et prestations en concurrence (ch. VI) – en y intégrant les aspects historiques et économiques (ch. III) et prend position sur cette controverse.

#### Inhaltsübersicht

- I. Gebäudeversicherung im Fokus von Verfassungsgebung und Verfassungsrechtsprechung
  - A. BGE 138 I 378 (*Glarnersach*) als «Wiedergänger» der Verfassungsrechtsprechung
  - B. «Negative Nachführung» als beredtes Schweigen des Verfassungsgebers
- II. «Monopol-» und «GUSTAVO-Kantone»
  - A. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung
  - B. Systematisierende Einteilung der kantonalen Regelungsmodelle
    1. Unterschiedlicher Grad staatlicher Verantwortung
    2. Staatliche Erfüllungsverantwortung: mittelbar rechtliches Monopol
    3. Staatliche Überwachungs- und Gewährleistungsverantwortung: Versicherungspflicht
    4. Marktmodell: Verzicht auf Monopol und Versicherungspflicht
- III. Volkswirtschaftliche und politische Bedingungen der Vielfalt kantonalen Regelungsmodelle
  - A. Versicherung statt freiwilliger Solidarität
  - B. Gründungswelle der Gebäudeversicherungsanstalten zwischen 1804 und 1861
  - C. Brand von Glarus von 1861 und Markteintritt privater Versicherungsunternehmen
  - D. Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Elementarschäden
  - E. Gebäudeversicherungsmonopole unter dem Druck der Deregulierungsbewegung
- IV. Versicherungspflicht
  - A. Gesetzlicher Kontrahierungszwang als Grundrechtseingriff
  - B. Abhängigkeit der Verfassungskonformität von der versicherten Gefahr
- V. Kantonale Gebäudeversicherungsmonopole
  - A. Rechtliche Monopole und Bundesverfassung
  - B. «Negative Nachführung» am Schnittpunkt von Politik und Recht

- C. Monopolvorbehalt der Bundesverfassung zu Gunsten der Kantone
- VI. Dienstleistungen von Gebäudeversicherungsanstalten im Wettbewerb mit Privaten
  - A. Einhegung staatlicher Wirtschaftstätigkeit
    1. Verbot der Entdifferenzierung von Staat und Wirtschaft
    2. Prinzip des Steuerstaates, Steuerwettbewerb und Ökonomisierung der Verwaltung
  - B. Enger Handlungsspielraum der Kantone für Versicherungsdienstleistungen im Wettbewerb
    1. Öffentliche Interessen für Versicherungen im Wettbewerb
    2. Unterbindung von Transferleistungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich
- VII. Schlussfolgerungen

#### I. Gebäudeversicherung im Fokus von Verfassungsgebung und Verfassungsrechtsprechung

##### A. BGE 138 I 378 (*Glarnersach*) als «Wiedergänger» der Verfassungsrechtsprechung

Das Urteil des Bundesgerichts vom 3. Juli 2012 in Sachen «Glarnersach» hat die kantonalen Gebäudeversicherungs-

JOHANNES REICH, Prof. Dr. iur., Rechtsanwalt, LL.M (Yale), Assistenzprofessor für Staats- und Verwaltungsrecht an der Universität Zürich; Academic Visitor an der University of Oxford Faculty of Law (Juni-Dezember 2013).

Der Inhalt von Ziff. V dieses Beitrags wurde unter dem Titel «Wirtschaftsfreiheit, Ökonomisierung der Verwaltung und

monopole und die Grenzen staatlicher Wirtschaftstätigkeit in den Fokus von Politik<sup>1</sup>, Medien<sup>2</sup>, und Wissenschaft<sup>3</sup> gerückt. Anlass des als BGE 138 I 378 veröffentlichten Urteils bildete das am 2. Mai 2010 von der Landsgemeinde des Kantons Glarus beschlossene Gesetz über die Kantonale Sachversicherung Glarus (Sachversicherungsgesetz; SachVG-GL)<sup>4</sup>.<sup>5</sup> Dieses erlaubte es der unter der Kurzbezeichnung «Glarnersach» auftretenden, als selbstständige Anstalt des kantonalen öffentlichen Rechts organisierten Kantonalen Sachversicherung Glarus, über ihr mittelbar rechtliches Monopol im Bereich der obligatorischen «Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden» hinaus, «im Wettbewerb mit den privaten Versicherungsgesellschaften Fahrhabe [Mobilien] und Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden sowie weitere Gefahren» innerhalb und ausserhalb des Kantons Glarus zu versichern<sup>6</sup>. Das Bundesgericht vermochte da-

rin weder einen Verstoss gegen die Bundesverfassung (BV)<sup>7</sup> noch gegen das Versicherungsabkommen mit der Europäischen Union<sup>8</sup> zu erkennen<sup>9</sup>.

In einer zeitlich weiter ausgreifenden Perspektive erscheint das bundesgerichtliche Urteil in Sachen «Glarnersach» gleichsam als *Wiedergänger der Verfassungsgerichtsbarkeit*. Fast auf den Tag genau 116 Jahre vor der Zustimmung zum Sachversicherungsgesetz – am 6. Mai 1894 – hatte die Glarner Landsgemeinde beschlossen, dass «alles [sich] im Kanton befindliche Mobilien obligatorisch» bei der als öffentliche Anstalt kantonalen Rechts ausgestalteten «Assekuranstalt» gegen Feuerschäden zu versichern sei<sup>10</sup>. Der bis 1912 für die Beurteilung von Beschwerden wegen Verstössen gegen die Wirtschaftsfreiheit<sup>11</sup> zuständige Bundesrat hielt in einem Beschluss vom 1. Februar 1895 fest, dass diese «Einführung der obligatorischen staatlichen Mobilienversicherung»<sup>12</sup> auf dem Gesetzesweg vor der Bundesverfassung standhalte<sup>13</sup>. Für diesen Fall hatten die privaten Versicherungsunternehmen angedroht, ihre Geschäftstätigkeit im Kanton Glarus per 1. Juli 1895 vollständig aufzugeben, weshalb sich der Regierungsrat schon vor dem bundesrätlichen Entscheid zu Verhandlungen mit den privaten Versicherungsunternehmen gezwungen sah<sup>14</sup>. Gemäss der am 12. Dezember 1894 erzielten Einigung blieb die Versicherungspflicht für Mobilien bestehen, doch sollten die «Mobilienbesitzer» frei entscheiden können, «die Versicherung entweder bei der staatlichen Mobilienversicherung oder bei einer in der

Steuerstaat. – Stellung öffentlicher Unternehmungen im öffentlichen Wirtschaftsrecht der Schweiz nach BGE 138 I 378 (*Glarnersach*)» anlässlich des von *Avenir Suisse* am 18. April 2013 in Zürich durchgeführten wettbewerbspolitischen Workshops «Subventionsverbot und Schranken für öffentliche Unternehmen» präsentiert; vgl. dazu CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Der Staat wird nicht als Unternehmer gebraucht, *Neue Zürcher Zeitung* vom 19. April 2013, 24. Nachfolgend zitierte Webseiten befinden sich auf dem Stand vom 1. September 2013.

<sup>1</sup> Vgl. Postulat Nr. 12.4172 «Für eine freie Wirtschaftsordnung. Gegen Wettbewerbsverzerrung durch Staatsunternehmen», eingereicht von der Fraktion FDP-Liberale am 13. Dezember 2012 vor dem Hintergrund von BGE 138 I 378 (*Glarnersach*).

<sup>2</sup> Statt aller WERNER ENZ, Das hohe Gut Wirtschaftsfreiheit nimmt Schaden, *Neue Zürcher Zeitung* vom 21. Juli 2012, 26; URS MEISTER, Warum der Staat nicht in den Markt expandieren soll, *Neue Zürcher Zeitung* vom 7. August 2012, 31; CHRISTOPH G. SCHMUTZ, Der Staat wird nicht als Unternehmer gebraucht, *Neue Zürcher Zeitung* vom 19. April 2013, 24.

<sup>3</sup> Vgl. die Urteilsbesprechungen von GIOVANNI BIAGGINI, ZBI 113 (2012), 665–674; YVO HANGARTNER, AJP/PJA 21 (2012), 1817–1823 und PETER HETTICH, AJP/PJA 21 (2012), 1467–1471 sowie STEPHAN FUHRER, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 11 (2012), 429–437, 434 f.; RAPHAEL KRAEMER/ANDREAS STÖCKLI, Grenzenlose Staatswirtschaft?, *Recht* 21 (2013), 28–45; MARKUS SCHOTT, Schwacher Schutz vor staatlicher Unternehmenstätigkeit im Wettbewerbsbereich durch die Wirtschaftsfreiheit, in: *Digitaler Rechtsprechungs-Kommentar* vom 29. August 2012; ferner CORNEL QUINTO/FELIX UHLMANN, Staatswirtschaft ja, aber fair, und RENÉ RHINOW, Die freie Wirtschaftsordnung ernst nehmen, beide in: *Neue Zürcher Zeitung* vom 5. September 2012, 30.

<sup>4</sup> Gesetz über die Kantonale Sachversicherung Glarus vom 2. Mai 2010 (GS V D/1/1).

<sup>5</sup> Vgl. Staatskanzlei des Kantons Glarus, Protokoll der Landsgemeinde vom 2. Mai 2010, 9 f. (online unter <[http://www.gl.ch/xml\\_1/internet/de/application/d14/d15/f1630.cfm?dokguid=9d8d9d182a9741a6ba2ef0ba115e851a](http://www.gl.ch/xml_1/internet/de/application/d14/d15/f1630.cfm?dokguid=9d8d9d182a9741a6ba2ef0ba115e851a)>).

<sup>6</sup> Vgl. Art. 19 Abs. 1, Art. 55 Abs. 1 und Art. 56 SachVG-GL (FN 4); vgl. bereits Art. 48 Abs. 2 Verfassung des Kantons Glar-

rus vom 1. Mai 1988 (KV-GL; SR 132131.217; GS I A/1/1): «Die Anstalt [für die Gebäudeversicherung] kann nach Gesetz weitere Sachversicherungen führen.»; zur Gewährleistung vgl. FN 140.

<sup>7</sup> Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101).

<sup>8</sup> Abkommen vom 10. Oktober 1989 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung (SR 0.961.1).

<sup>9</sup> BGE 138 I 378 E. 9.7, 403 und E. 10.2, 404 (*Glarnersach*).

<sup>10</sup> Vgl. Bundesratsbeschluss vom 1. Februar 1895 über I. den gemeinsamen Rekurs von Helvetia, Schweizerische Feuerversicherungsgesellschaft, et al. und II. den besondern Rekurs der Schweizerischen Mobilienversicherungsgesellschaft gegen das Gesetz betreffend die obligatorische staatliche Mobilienversicherung vom 6. Mai 1894, BBI 1895 I, 188–218, 189 f.

<sup>11</sup> «Wirtschaftsfreiheit» (Art. 27 BV) und «Handels- und Gewerbe-freiheit» (Art. 31 aBV 1874/1947; vgl. FN 18 und Ziff. I/B) werden aufgrund ihrer inhaltlichen Übereinstimmung – vgl. JOHANNES REICH, Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit, Zürich/St. Gallen 2011, N 28–30 – im vorliegenden Beitrag synonym verwendet.

<sup>12</sup> Vgl. Bundesratsbeschluss i.S. *Helvetia et al.* (FN 10), 189.

<sup>13</sup> Bundesratsbeschluss i.S. *Helvetia et al.* (FN 10), 194–203. – Zu den Gründen für die entsprechende Regelung der sachlichen Zuständigkeit vgl. REICH (FN 11), N 468–477.

<sup>14</sup> ARTHUR HÜBSCHMANN, Die obligatorische Mobilienversicherung in der Schweiz, Naumburg (Saale) 1903, 37.

Schweiz konzessionierten [privaten] Feuerversicherungsgesellschaft vorzunehmen»<sup>15</sup>. Am 5. Mai 1895 stimmte die Landsgemeinde dem in diesem Sinn revidierten Gesetz zu<sup>16</sup>. Durch die 1978 mit der Gebäudeversicherungsanstalt organisatorisch zu einer einzigen Verwaltungseinheit verschmolzene «staatliche Mobiliarversicherungsanstalt»<sup>17</sup> steht der Kanton Glarus folglich seit 1895 mit privaten Versicherungsunternehmen im Wettbewerb.

## B. «Negative Nachführung» als beredtes Schweigen des Verfassungsgebers

Wie die Schilderung der politischen und rechtlichen Auseinandersetzungen um das Regelungsmodell im Kanton Glarus zeigt, ist die Regulierung der Gebäudeversicherung in einem Spannungsverhältnis zwischen kantonaler Regelungskompetenz einerseits und bundesverfassungsrechtlichen Vorgaben im Bereich der Grundrechte (Art. 27 BV) und den Zuständigkeiten des Bundes (Art. 98 Abs. 3 BV) andererseits angesiedelt. Auch im Prozess der Verfassungsschöpfung und -erneuerung bildet die Gebäudeversicherung daher ein regelmässig wiederkehrendes Thema. Rund zehn Jahre nach Inkrafttreten der Bundesverfassung vom 29. Mai 1874 [aBV (1874)]<sup>18</sup>, welche die Wirtschaftsfreiheit erstmals gewährleistete<sup>19</sup>, wies der Bundesrat einen staatsrechtlichen Rekurs ab, mit dem gerügt worden war, dass die Errichtung einer auf einem mittelbar rechtlichen Monopol beruhenden kantonalen Brandversicherungsanstalt gegen die Bundesverfassung verstosse<sup>20</sup>. Die an dieser Entscheidung in der Literatur seit Ende des 19. Jahrhunderts immer wieder erhobene Kritik ist nie gänzlich verstummt<sup>21</sup>, auch wenn sie

sich in der Rechtsprechung nicht durchzusetzen vermochte (vgl. Ziff. V/B). Im Rahmen der Revision der «Neuen Wirtschaftsartikel» der Bundesverfassung vom 1. Oktober 1947<sup>22</sup> beliess es der Bundesrat daher bei der knappen Bemerkung, die Zulässigkeit kantonaler Versicherungsmonopole sei «bezweifelt worden»<sup>23</sup>.

Nachdem sich die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole in den 1990er-Jahren erheblichen politischen Anfechtungen ausgesetzt sahen (vgl. Ziff. III/E), war die «Nachführung» der Bundesverfassung vom Bemühen geprägt, eine autoritative Klärung der Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit solcher Monopole zu vermeiden, um das Reformprojekt insgesamt nicht zu gefährden<sup>24</sup>. Nachdem sich der Bundesrat in seiner Botschaft zur Streitfrage ausgeschwiegen hatte<sup>25</sup>, unternahm Ständerat *Paul Gemperli* als ehemaliger Präsident des Rückversicherungsverbandes der kantonalen Gebäudeversicherungen (dazu Ziff. III/C)<sup>26</sup> den Versuch, den Bundesrat dazu zu bewegen, die Rechtslage klarzustellen<sup>27</sup>. Bundesrat *Arnold Koller* betonte hierauf, dass man sich auch im Bereich der Gebäudeversicherung «streng» an das «Konzept der Nachführung» halte und am «geltenden Rechtszustand nichts» ändern wolle<sup>28</sup>. Noch akzentuierter führte Ständerat *René Rhinow* als Präsident der ständerätlichen Verfassungskommission aus, dass die «in der Tat» bestehende «Unklarheit» «im Sinne des *negativen* Nachführens» «genau gleich weitergeführt» werde, sodass die Zulässigkeit der Gebäudeversicherungsmonopole auch weiterhin «diskutabel» bleibe<sup>29</sup>.

<sup>15</sup> § 2 Gesetz betreffend die obligatorische Mobiliarversicherung und die staatliche Mobiliarversicherungsanstalt [des Kantons Glarus] vom 5. Mai 1895, in: Landsbuch des Kantons Glarus (1896) IV, 35 f.

<sup>16</sup> HÜBSCHMANN (FN 14), 37.

<sup>17</sup> Zur Fusion vgl. Staatskanzlei des Kantons Glarus, Memorial für die Landsgemeinde des Kantons Glarus 2010, Glarus 2010, 27 f. (online unter <<http://www.landsgemeinde.gl.ch/sites/landsgemeinde.gl.ch/files/2010/memorial/memorial.pdf>>).

<sup>18</sup> («Alte») Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, in Kraft bis am 31. Dezember 1999.

<sup>19</sup> Art. 31 Abs. 1 aBV (1874); vgl. FN 18.

<sup>20</sup> Bericht des Bundesrates an die Bundesversammlung über seine Geschäftsführung im Jahre 1884, BBl 1885 II 641–730, 694 f. (mit der Zusammenfassung des Bundesratsbeschlusses vom 27. April 1884 betreffend das Begehren zweier privater Feuerversicherungsgesellschaften gegen das Brandversicherungsgesetz des Kantons Nidwalden).

<sup>21</sup> Als Erster wohl THEODOR BERTHEAU, Die bundesgerichtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Zürich 1895, 130 f., 136; später

ebenso FRITZ FLEINER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingen 1923, S. 382/Anm. 25; in jüngerer Zeit MARKUS SCHOTT, Staat und Wettbewerb, Zürich/St. Gallen/Baden-Baden 2010, N 768; KLAUS A. VALLENDER/PETER HETTICH/JENS LEHNE, Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung, 4. A., Bern 2006, § 5 N 168.

<sup>22</sup> Zu den Hintergründen vgl. RENÉ RHINOW/GERHARD SCHMID/GIOVANNI BIAGGINI/FELIX UHLMANN, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. A., Basel 2011, § 3 N 57–65; REICH (FN 11), N 592–612 m.w.H.

<sup>23</sup> Botschaft über eine Partialrevision der Wirtschaftsartikel der Bundesverfassung vom 10. September 1937, BBl 1937 II 833–902, 884.

<sup>24</sup> Vgl. Ständerat *René Rhinow*, Amtliches Bulletin der Bundesversammlung, Ständerat, Separatdruck Reform der Bundesversammlung, Bern 1998, 88/rechte Spalte.

<sup>25</sup> Vgl. Botschaft über eine neue Bundesverfassung vom 20. November 1996, BBl 1997 I 1–642, 297.

<sup>26</sup> Vgl. auch *Paul Gemperli*, Vorteile der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten, Neue Zürcher Zeitung vom 11. Juni 1993, 40.

<sup>27</sup> Vgl. Ständerat *Paul Gemperli*, Amtl. Bull. Ständerat (FN 24), 87 f.

<sup>28</sup> Bundesrat *Arnold Koller*, Amtl. Bull. Ständerat (FN 24), 89/linke Spalte.

<sup>29</sup> Ständerat *René Rhinow*, Amtl. Bull. Ständerat (FN 24), 88/rechte Spalte (Hervorhebungen hinzugefügt).

## II. «Monopol-» und «GUSTAVO-Kantone»

### A. Bundesstaatliche Kompetenzverteilung

Art. 34 Abs. 2 aBV (1874) bestimmte, dass der «Geschäftsbetrieb (...) von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens (...) der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes» untersteht. Bloss formal gestrafft hält Art. 98 Abs. 3 BV fest, dass der Bund «Vorschriften über das Privatversicherungswesen» erlässt<sup>30</sup>. Strittig ist, ob sich der «private» Charakter eines Versicherungsunternehmens aus der *Trägerschaft des Versicherungsunternehmens* oder aus der *Natur des Versicherungsverhältnisses* erschliesst<sup>31</sup>.

Ohne Bedeutung ist die Streitfrage, soweit eine Gebäudeversicherungsanstalt Leistungen im Monopolbereich erbringt. Da die Anstalten Teil der kantonalen Verwaltung sind und das auf einem rechtlichen Monopol beruhende Versicherungsverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur ist<sup>32</sup>, besteht in diesem Sachbereich eine ausschliesslich *kantonale* Gesetzgebungskompetenz (Art. 98 Abs. 3 *e contrario* i.V.m. Art. 3 und Art. 42 Abs. 1 BV). Relevant ist der Meinungsstreit jedoch, soweit Gebäudeversicherungsanstalten mit privaten Versicherungsunternehmen im Wettbewerb stehen.

Vorschriften und Aufsicht des Staates im Versicherungswesen rechtfertigen sich «vor allem durch die wirtschaftliche Bedeutung des Privatversicherungssektors und die Notwendigkeit, die *Interessen der Versicherten* zu wahren<sup>33</sup>.» Die Auffassung, wonach die Trägerschaft des Versicherungsunternehmens relevantes Kriterium zur Begrenzung der Bundeskompetenz i.S.v. Art. 98 Abs. 3 BV sei, stützte sich wesentlich auf das Argument, dass die In-

teressen der Versicherten durch die den Gebäudeversicherungsanstalten in zahlreichen Kantonen garantierte subsidiäre Haftung (*Staatsgarantie*) gewahrt würden, weshalb für Regelungen und die Aufsicht des Bundes kein Bedarf bestehe<sup>34</sup>. Dieser Argumentation ist die Grundlage entzogen, nachdem die Staatsgarantie nur noch im Kanton Nidwalden besteht<sup>35</sup>. Den Interessen der Versicherten als Telos von Art. 98 Abs. 3 BV ist durch die gleichmässige, mithin *unmittelbare* und *direkte* Anwendung des Versicherungsaufsichtsgesetzes<sup>36</sup>, einschliesslich dessen Solvenz- und Rückstellungsvorschriften, und eine von kantonalen Eigentümerinteressen *unabhängige* und sachkundige Aufsicht seitens der Eidgenössischen Finanzmarktaufsicht (FINMA) am besten gedient<sup>37</sup>. Die nicht weiter begründete Auffassung des Bundesgerichts, die mit einer einheitlichen Anwendung des Versicherungsaufsichtsgesetzes verbundene «geteilte Aufsicht über dasselbe Versicherungsunternehmen» erscheine «nicht als sinnvoll»<sup>38</sup>, überzeugt nicht. Immerhin hat sich eine solche nach Sachbereich differenzierte, duale Aufsicht in der Krankenversicherung (vgl. Art. 12 Abs. 2 und 3 KVG<sup>39</sup>) bewährt<sup>40</sup>. Gebäudeversicherungsanstalten sind sodann frei, durch Auslagerung der Dienstleistungen im Wettbewerb an eine Tochtergesellschaft eine für jede Konzerngesellschaft einheitliche Aufsicht zu ermöglichen<sup>41</sup>.

<sup>30</sup> Vgl. Botschaft neue Bundesverfassung (FN 25), 305.

<sup>31</sup> Offen gelassen in BGE 138 I 378 E. 9.5, 402 (*Glarnersach*); unentschieden auch WALTHER BURCKHARDT, Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3. A., Bern 1931, 285; PIERMARCO ZEN-RUFFINEN, Art. 34 Abs. 2 aBV, in: Jean François Aubert et al. (Hrsg.), Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874, Basel/Zürich/Bern 1990, N 9 f.; für die Trägerschaft als massgebendes Kriterium wohl RETO JACOBS, Art. 98 BV, in: Bernhard Ehrenzeller/Philippe Mastronardi/Rainer J. Schweizer/Klaus A. Vallen-der (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, Band I, 2. A., Zürich/St. Gallen/Basel/Genf 2008, N 14 und VALLENDER/HETTICH/LEHNE (FN 21), § 19 N 7.

<sup>32</sup> Ebenso ADOLF KLEINER, Das Versicherungsverhältnis in der öffentlichen Gebäudeversicherung, Mitteilungen der Vereinigung kantonalen Feuerversicherungen 58 (1979), 5–47, 9 f.

<sup>33</sup> Botschaft zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag vom 9. Mai 2003, BBl 2003 3789–3874, 3863 (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>34</sup> Vgl. EMIL NAEF, Feuerversicherung, in: Naum Reichesberg (Hrsg.), Handwörterbuch der Schweizerischen Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung. Band III/2. Teil, Bern 1911, 1261–1296, 1274 (wonach die Staatsgarantie in sämtlichen Monopolkantonen zumindest stillschweigend vorausgesetzt werde); ebenso CH. SIMON, Das Versicherungswesen in der Schweiz, Mitteilungen der Vereinigung schweizerischer Versicherungsmathematiker 20 (1925), 71–148, 75 f.

<sup>35</sup> Vgl. Art. 3 Abs. 3 Gesetz über die Nidwaldner Gebäude- und Mobiliarversicherung vom 27. April 1986 (Sachversicherungsgesetz, NSVG-NW; NG 867.1).

<sup>36</sup> Bundesgesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen vom 17. Dezember 2004 (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG; SR 961.01).

<sup>37</sup> Im Resultat ebenso MONICA MÄCHLER, Art. 1 VAG, in: Peter Ch. Hsu/Eric Stupp (Hrsg.), Basler Kommentar. Versicherungsaufsichtsgesetz, Basel 2013, N 33 f.; FUHRER (FN 3), 41 f.; ROLF H. WEBER/PATRICK UMBACH, Versicherungsaufsichtsrecht, Bern 2006, § 4 N 3 (auf der Basis des VAG); HELMUT HEISS/ULRIKE MÖNNICH, Art. 2 VAG, in: Hsu/Stupp, a.a.O., N 7; a.M. BGE 138 I 378 E. 9.5, 402 (*Glarnersach*).

<sup>38</sup> BGE 138 I 378 E. 9.5, 402 (*Glarnersach*).

<sup>39</sup> Bundesgesetz über die Krankenversicherung vom 18. März 1998 (SR 832.10).

<sup>40</sup> MÄCHLER (FN 37), N 34.

<sup>41</sup> MÄCHLER (FN 37), N 34.

## B. Systematisierende Einteilung der kantonalen Regelungsmodelle

### 1. Unterschiedlicher Grad staatlicher Verantwortung

Die Regelungsmodelle im Bereich der Gebäudeversicherung lassen sich systematisierend nach dem Grad der vom jeweiligen Kanton übernommenen staatlichen Verantwortung einordnen<sup>42</sup>. Die *volle staatliche Erfüllungsverantwortung* übernehmen Kantone, welche die Versicherung von Gebäuden gegen das Risiko von Feuer- und Elementarschäden zur *Staatsaufgabe* erklären, indem sie die entsprechenden Leistungen in eigener administrativer Regie durch eine Anstalt öffentlichen Rechts selbst erbringen (vgl. Ziff. II/B/2)<sup>43</sup>. Kantone, die lediglich eine Versicherungspflicht statuieren, nehmen eine *staatliche Überwachungsverantwortung* wahr<sup>44</sup>: Sie verpflichten Eigentümer von Gebäuden, diese gegen bestimmte Risiken zu versichern und stellen sicher, dass dieser Pflicht nachgelebt wird (vgl. Ziff. II/B/3). Eine *Gewährleistungsverantwortung*<sup>45</sup> übernehmen diese Kantone insofern, als sie sicherstellen, dass die verwaltungsrechtliche Pflicht effektiv erfüllt werden kann (vgl. Ziff. II/B/3). Vier Kantone haben sich schliesslich auf das *Marktmodell* festgelegt: Leistungen im Bereich der Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden werden allein von privaten Versicherungsunternehmen erbracht. Es ist der Entscheidung der Gebäudeeigentümer überlassen, entsprechende Versicherungsverträge abzuschliessen (vgl. Ziff. II/B/4).

### 2. Staatliche Erfüllungsverantwortung: mittelbar rechtliches Monopol

Sowohl eine *Versicherungspflicht* als auch ein kantonales, mittelbar rechtliches *Monopol* ist im Recht von neun-

zehn Kantonen (Aargau<sup>46</sup>, Appenzell Ausserrhoden<sup>47</sup>, Basel-Landschaft<sup>48</sup>, Basel-Stadt<sup>49</sup>, Bern<sup>50</sup>, Freiburg<sup>51</sup>, Glarus<sup>52</sup>, Graubünden<sup>53</sup>, Jura<sup>54</sup>, Luzern<sup>55</sup>, Neuenburg<sup>56</sup>, Nidwalden<sup>57</sup>, Schaffhausen<sup>58</sup>, Solothurn<sup>59</sup>, St. Gallen<sup>60</sup>, Thurgau<sup>61</sup>, Waadt<sup>62</sup>, Zug<sup>63</sup>, Zürich<sup>64</sup>) vorgesehen («Monopolkantone»). Kein rechtliches Monopol besteht in den Kantonen Genf, Uri, Schwyz, Tessin, Appenzell Innerrhoden, Wallis (frz.: *Valais*) und Obwalden, die zu-

<sup>42</sup> Vgl. die Entfaltung dieser Abstufungen bei EBERHART SCHMIDT-ASSMANN, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. A., Berlin etc. 2004, Kap. 3 N 109–117; GUNNAR FOLKE SCHUPPERT, Verwaltungswissenschaft, Baden-Baden 2000, 400–408; für den Zusammenhang mit dem Begriff der «Regulierung» vgl. JOHANNES REICH, Regulierung, Regulierungsrecht und *Regulatory State*, Forum Historiae Iuris, Artikel vom 22. Mai 2013, online unter <<http://www.forhistiur.de/zitat/1305reich.htm>>, N 17.

<sup>43</sup> Zur Erfüllungsverantwortung allgemein SCHMIDT-ASSMANN (FN 42), Kap. 3 N 111; SCHUPPERT (FN 42), 404.

<sup>44</sup> Zur Überwachungsverantwortung im Allgemeinen SCHUPPERT (FN 42), 406.

<sup>45</sup> Dazu allgemein SCHMIDT-ASSMANN (FN 42), Kap. 3 N 113 f.; SCHUPPERT (FN 42), 406; ferner REICH (FN 42), N 17–22, 42.

<sup>46</sup> § 55 Abs. 1 Bst. f Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SR 131.227; SAR 110.000); § 7 Abs. 1 Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 19. September 2006 (Gebäudeversicherungsgesetz, GebVG-AG; SAR 673.100).

<sup>47</sup> Art. 46 Abs. 1 und 2 Verfassung des Kantons Appenzell Ausserrhoden vom 30. April 1995 (SR 131.224.1; bGS 111.1); Art. 3 Abs. 1 und 2 Gesetz über die Gebäude- und Grundstückversicherung vom 30. April 1995 (Assekuranzgesetz; bGS 862.1).

<sup>48</sup> § 128 Abs. 1 und 2 Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 17. Mai 1984 (SR 131.222.2; SGS 100); § 9 Gesetz über die Versicherung von Gebäuden und Grundstücken vom 12. Januar 1981 (Sachversicherungsgesetz; SGS 350).

<sup>49</sup> § 3 Abs. 1 Gebäudeversicherungsgesetz vom 22. März 1973 (SG 695.100).

<sup>50</sup> Art. 4 und Art. 8 Gebäudeversicherungsgesetz vom 9. Juni 2010 (GVG-BE; BSG 873.11).

<sup>51</sup> Art. 1 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 1 Gesetz über die Versicherung der Gebäude gegen Brand und andere Schäden vom 6. Mai 1965 (SGF 732.1.1).

<sup>52</sup> Art. 48 KV-GL (FN 6); Art. 18 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 1 SachVG-GL (FN 4).

<sup>53</sup> Art. 3 Gesetz über die Gebäudeversicherung im Kanton Graubünden vom 15. Juni 2010 (Gebäudeversicherungsgesetz, GebVG-GR; BR 830.100).

<sup>54</sup> Art. 3 Loi sur l'assurance immobilière du 6 décembre 1978 (RSJU 873.11).

<sup>55</sup> § 9 Gebäudeversicherungsgesetz vom 29. Juni 1976 (SRL 750).

<sup>56</sup> Art. 13 und 16 Loi sur la préservation et l'assurance des bâtiments du 29 avril 2003 (LAB; RSN 863.10).

<sup>57</sup> Art. 9 Abs. 1 NSVG-NW (FN 35).

<sup>58</sup> Art. 3 Gesetz über die Gebäudeversicherung im Kanton Schaffhausen vom 8. Dezember 2003 (Gebäudeversicherungsgesetz, GebVG-SH; SHR 960.100).

<sup>59</sup> Art. 99 Abs. 3 Verfassung des Kantons Solothurn vom 8. Juni 1986 (SR 131.221; BGS 111.1); § 16 Gesetz über die Gebäudeversicherung, Brandverhütung, Feuerwehr und Elementarschadenhilfe vom 24. September 1972 (Gebäudeversicherungsgesetz, GVG-SO; BGS 618.111).

<sup>60</sup> Art. 9 Abs. 1 Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 26. Dezember 1960 (SGS 873.1).

<sup>61</sup> § 83 Verfassung des Kantons Thurgau vom 16. März 1987 (SR 131.228; RB 101); § 4 Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 23. August 1976 (Gebäudeversicherungsgesetz; RB 956.1).

<sup>62</sup> Art. 1 Loi concernant l'assurance des bâtiments et du mobilier contre l'incendie et les éléments naturels du 17 novembre 1952 (LAIEN-VD; RSV 963.41).

<sup>63</sup> Art. 14 Verfassung des Kantons Zug vom 31. Januar 1894 (SR 131.218; BGS 111.1); § 3 Abs. 1 Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 20. Dezember 1979 (GVG-ZG; BGS 722.11).

<sup>64</sup> § 10 Gesetz über die Gebäudeversicherung vom 2. März 1975 (GebVG-ZH; LS 862.1).

sammen aufgrund ihrer jeweiligen Anfangsbuchstaben als «GUSTAVO-Kantone» bezeichnet werden. Letztere vereinigen lediglich 17% des Gebäudekapitals auf sich<sup>65</sup>. 83% des Gebäudekapitals bzw. 2,1 Millionen Gebäude mit einem gemeinsamen Versicherungswert von mehr als CHF 1'800 Milliarden sind auf der Grundlage mittelbar rechtlicher Monopole kantonalen Rechts versichert<sup>66</sup>.

### 3. Staatliche Überwachungs- und Gewährleistungsverantwortung: Versicherungspflicht

Obwalden<sup>67</sup>, Schwyz<sup>68</sup> und Uri<sup>69</sup> verpflichten Eigentümer von Gebäuden lediglich dazu, diese bei privaten Versicherungsunternehmen gegen Feuer- und Elementarschäden zu versichern (*Versicherungspflicht*). Es obliegt folglich der jeweiligen kantonalen Verwaltung, die Einhaltung dieser Pflicht sicherzustellen (*Überwachungsverantwortung*)<sup>70</sup>. Überdies ist zu gewährleisten, dass die Versicherungspflicht auch betreffend Risiken, die weder von einem einzelnen noch von einer Gruppe privater Versicherungsunternehmen übernommen werden (sog. notleidende Risiken), tatsächlich eingehalten wird. Schliesslich sind Regeln im Fall der Nicht- oder nicht gehörigen Erfüllung durch den Prämienschuldner zu treffen (*Gewährleistungsverantwortung*)<sup>71</sup>.

<sup>65</sup> Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen, Geschäftsbericht 2010, Bern 2010, 2 (online unter <<http://vkf.ch/getmedia/3bfb28aa-6f92-4fac-afaa-809bb28f021e/Geschäftsbericht-2010.pdf.aspx>>).

<sup>66</sup> Bundesamt für Statistik, Historische statistische Tabellen der Schweiz, Kantonale Feuer- und Elementarschadenversicherung 1888–2007 (online unter <<http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/dienstleistungen/history/01/00/13/03.Document.161651.xls>>).

<sup>67</sup> Art. 21 Abs. 1 Gesetz über die amtliche Schätzung der Grundstücke und das Grundpfandrecht (Schätzungs- und Grundpfandgesetz) vom 26. Oktober 2006 (GDB 213.7).

<sup>68</sup> § 77 Abs. 1 Einführungsgesetz zum schweizerischen Zivilgesetzbuch vom 14. September 1978 (SRSZ 210.100).

<sup>69</sup> Art. 3 Gesetz über die obligatorische Gebäudeversicherung vom 7. März 1993 (Gebäudeversicherungsgesetz; RB 40.1402).

<sup>70</sup> Für den Kanton Obwalden Art. 21 Abs. 2 Schätzungs- und Grundpfandgesetz (FN 67); für den Kanton Uri vgl. Art. 12 Abs. 2 Bst. b Gebäudeversicherungsgesetz (FN 69). Im Kanton Schwyz ist die Versicherungspflicht (vgl. FN 68) strafbewehrt, deren Kontrolle obliegt im Übrigen aber dem Grundpfandgläubiger, da keine «amtliche Versicherungskontrolle geführt» wird; vgl. § 1 i.V.m. § 11 und § 6 Verordnung über die obligatorische Versicherung der Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden vom 25. März 1981 (SRSZ 531.110).

<sup>71</sup> Vgl. beispielsweise für den Kanton Schwyz §§ 7–10 Verordnung über die obligatorische Versicherung der Gebäude (FN 70) und Art. 6 und 10 Vereinbarung betreffend die obligatorische Versicherung der Gebäude gegen Feuerschaden im Kanton Schwyz vom 1. Januar 1994 (SRSZ 531.111.1); für den Kanton Uri Art. 8 Abs. 2 Bst. e und Abs. 3 Gebäudeversicherungsgesetz (FN 69) sowie

### 4. Marktmodell: Verzicht auf Monopol und Versicherungspflicht

In den vier Kantonen Genf, Tessin, Wallis<sup>72</sup> und Appenzell Innerrhoden besteht weder eine *Versicherungspflicht* noch ein *rechtliches Monopol*. Der Heimatkanton von alt Bundesrat Arnold Koller – Appenzell Innerrhoden – hob die 1902 eingeführte, auf «unverpfändete» Gebäude beschränkte Versicherungspflicht 2003 auf<sup>73</sup>. Für den äusseren Landesteil – den eine Exklave bildenden Bezirk Oberegg<sup>74</sup> – besteht jedoch nicht nur die Pflicht, Gebäude gegen Feuer- und Elementarschäden zu versichern, sondern auch ein entsprechendes mittelbar rechtliches Monopol der zur Bezirksverwaltung gehörenden Gebäudeassuranz des Bezirkes Oberegg<sup>75</sup>. Versicherungspflicht und Monopol stützen sich lediglich auf deren Statuten, bedürften aber eigentlich einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn (vgl. Ziff. IV/B, VI/A).

## III. Volkswirtschaftliche und politische Bedingungen der Vielfalt kantonaler Regelungsmodelle

### A. Versicherung statt freiwilliger Solidarität

Die verschiedenen kantonalen Regelungsmodelle im Bereich der Gebäudeversicherung (vgl. Ziff. II/B) haben sich im Wesentlichen zwischen 1805 und 1870 etabliert. Um

Art. 5 und 8 Gesetz über die Staatshilfe bei Elementarschäden vom 6. Dezember 1964 (RB 40.1401).

<sup>72</sup> Nach Art. 16 Abs. 2 Verfassung des Kantons Wallis vom 8. März 1907 (SR 131.232; SGS/VS 101.1) «kann» der Kanton Wallis indessen «die obligatorische (...) Immobilien-Feuerversicherung einführen», doch hat der Kanton bisher von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>73</sup> FRIEDRICH SCHWAB, Bericht über die Feuerversicherung in den Kantonen mit Gebäudeversicherungszwang, Bern 1918, 10 f.; FERDINAND ELSENER, Das Versicherungsobligatorium in der privaten Feuerversicherung und seine Auswirkungen auf das Versicherungsverhältnis, Zürich/Affoltern am Albis 1943, 20, 42, 89; KARL WELLSCH, Die Entwicklung und Bedeutung des staatlichen Feuerassuranzwesens (...), Zürich 1951, 45 f.; die Aufhebung wurde beschlossen durch Grossratsbeschluss betreffend Aufhebung der Verordnung betreffend die Gebäude-Versicherung gegen Feuerschaden für den Kanton Appenzell I. Rh., in: Protokoll der Verhandlungen des Grossen Rates des Kantons Appenzell Innerrhoden vom 24. März 2003, 37–41 (online unter <<http://www.ai.ch/dl.php/de/20030905141813/P20030324.pdf>>).

<sup>74</sup> Art. 1 Abs. 2 Grossratsbeschluss über die Landesteile vom 28. Oktober 1996 (GS 132.100).

<sup>75</sup> Vgl. Art. 2, 7, 11–20 Statuten für die Gebäudeassuranz des Bezirkes Oberegg vom 21. Mai 2006 (online unter <[http://www.oberegg.ch/documents/Statuten\\_GVA2006.pdf](http://www.oberegg.ch/documents/Statuten_GVA2006.pdf)>).

die Wende vom 18. zum 19. Jahrhundert stiessen die eingetübten Formen freiwilliger Solidarität an Grenzen: Die Hilfgelder, die infolge staatlich und kirchlich durchgeführter («Liebes-» oder «Brandsteuern») oder legitimierter («Brandbettel») Spendensammlungen durch Feuersbrünste Geschädigten zukamen<sup>76</sup>, vermochten nur noch selten einen wesentlichen Teil des erlittenen Schadens zu decken<sup>77</sup>. Daher gewann die Idee der obligatorischen Versicherung gegen Feuerschäden politisch an Unterstützung<sup>78</sup>. Von der Brandversicherung versprach man sich neben der Sicherung von *Steuersubstrat* eine *Belebung des Hypothekar-, Immobilien- und Kreditmarktes*, da der amtlich festgelegte Versicherungswert die Transaktionskosten senken und die Kreditwürdigkeit der Eigentümer verbessern würde<sup>79</sup>. Aus *sozialpolitischen Motiven* sollte Geschädigten zudem ein «sicheres Mittel» in die Hand gegeben werden, sich «vom Schlag des Schicksals» rasch zu erholen<sup>80</sup>.

## B. Gründungswelle der Gebäudeversicherungsanstalten zwischen 1804 und 1861

Bis zur Angliederung des bis dahin zum vorderösterreichischen Breisgau gehörenden Fricktals an den Kanton Aargau im Jahr 1803 waren die dort gelegenen Gebäude bei der «Feuerassekuranz-Societät» Breisgau versichert<sup>81</sup>. Um die Kündigung der nunmehr ungenügend gesicherten Hypotheken durch die Gläubiger nach dem Wegfall

des Versicherungsschutzes zu verhindern, übernahm der Kanton Aargau am 14. Mai 1804 die entsprechenden Versicherungsverhältnisse und errichtete am 16. Mai 1805 mit der «Allgemeinen Feuer-Assekuranz-Gesellschaft für den Kanton Aargau» die erste kantonale Gebäudeversicherungsanstalt<sup>82</sup>. Diesem Vorbild folgten 1806 Bern und Thurgau, 1807 Basel und St. Gallen, 1808 Zürich, 1809 Schaffhausen und Solothurn, 1810 Freiburg, Luzern und Neuenburg, 1811 Glarus und die Waadt und 1812 Zug<sup>83</sup>. Kurz nach der Teilung des Kantons Basel errichtete auch der Kanton Basel-Landschaft 1833 eine Gebäudeversicherungsanstalt<sup>84</sup>. 1841 zog der Kanton Appenzell Auser rhoden nach<sup>85</sup>.

## C. Brand von Glarus von 1861 und Markteintritt privater Versicherungsunternehmen

Der Brand von Glarus, der in der Nacht vom 10./11. Mai 1861 acht Menschen das Leben kostete und 593 Gebäude und damit den gesamten Kern des Marktfleckens zerstörte, bildete für die staatlichen Gebäudeversicherungen eine *Bewährungsprobe* und *Katalysator für Reformen* zugleich. Der Brand hatte Sachschäden in der Höhe von CHF 8,7 Mio. verursacht<sup>86</sup>, was heute kaufkraftbereinigt einem Betrag von rund einer Milliarde Schweizer Franken entspricht<sup>87</sup>. Für CHF 2,65 Mio. hatte die kantonale Gebäudeversicherung einzustehen<sup>88</sup>. Der bei dieser insgesamt versicherte Gebäudewert belief sich auf CHF 20 Mio<sup>89</sup>. Da keine Rückversicherung abgeschlossen worden war<sup>90</sup>, wurden die Schulden vom Kanton Gla-

<sup>76</sup> Vgl. VERENA ROTHENBÜHLER, 200 Jahre sichern und versichern, Die Gebäudeversicherung Kanton Zürich 1808–2008, Zürich 2008, 15 f.

<sup>77</sup> Am Beispiel des Brandes von Bischofszell (TG) vom 16./17. Mai 1743 VERENA ROTHENBÜHLER, Prolog und Kap. 1–3 und 5, in: Verena Rothenbühler/Daniel Kauz/Martin Lengwiler (Hrsg.), Funkenflug und Wassernot, Gebäudeversicherung im Thurgau 1806–2006, Frauenfeld 2006, 9–22.

<sup>78</sup> Vgl. NAEF (FN 34), 1282 f.; sowie ELSENER (FN 73), 3 f., 34; HÜBSCHMANN (FN 14), 1, 35 f.; ROTHENBÜHLER (FN 77), 17–21; DIES. (FN 77), 29 f., 37–41; WELLISCH (FN 73), 27 f.

<sup>79</sup> In diesem Sinn Botschaft zum Gesetz über die Errichtung einer allgemeinen Feuer-Assekuranz-Gesellschaft für den Kanton Aargau, zit. bei NAEF (FN 34), 1281 f.; ferner ELSENER (FN 73), 13, 34; ROTHENBÜHLER (FN 77), 40 f., 45–49, 63 f.; HANS SEILER, Entwicklungsgeschichtliche Darstellung der Gebäudebrandversicherung in der Schweiz, Bern 1950, 66, 153; WELLISCH (FN 73), 28.

<sup>80</sup> Präambel des Gesetzes für eine Brandassekuranzanstalt des Kantons Thurgau von 1806 (Rechtschreibung angepasst), zit. nach ROTHENBÜHLER (FN 77), 39.

<sup>81</sup> Vgl. HÜBSCHMANN (FN 14), 1 f.; ANDREAS STEIGMEIER, Feuer, Wind und Wasser, 200 Jahre Gebäudeversicherung im Aargau, Aarau 2005, 7 f.; SEILER (FN 79), 61 f.; HANS-MARTIN OBERHOLZER, Zur Rechts- und Gründungsgeschichte der Privatversicherung, Weinfelden 1992, 135; WELLISCH (FN 73), 27 f.

<sup>82</sup> JOSEPH JUNG, Die Winterthur, Eine Versicherungsgeschichte, Zürich 2000, 20; OBERHOLZER (FN 81), 135; SEILER (FN 79), 62–67; STEIGMEIER (FN 81), 8 f.; WELLISCH (FN 73), 27.

<sup>83</sup> ELSENER (FN 73), 12 f.; HÜBSCHMANN (FN 14), 1 f., 34; NAEF (FN 34), 1268; SEILER (FN 79), 61–84; SIMON (FN 34), 73; SCHWAB (FN 73), 6; WELLISCH (FN 73), 27–71. Bern und Neuenburg statuierten jedoch keine Versicherungspflicht; vgl. NAEF (FN 34), 1270.

<sup>84</sup> HÜBSCHMANN (FN 14), 2; NAEF (FN 34), 1268; SEILER (FN 79), 84; WELLISCH (FN 73), 48 f.

<sup>85</sup> NAEF (FN 34), 1265–1268; SIMON (FN 83), 73; WELLISCH (FN 73), 43 f.

<sup>86</sup> Vgl. dazu DANIEL KAUZ, Kap. 4 und 7, in: Rothenbühler/Kauz/Lengwiler (FN 77), 75–88, 75 f.; JUNG (FN 82), 20; JAKOB WINTELER, Geschichte des Landes Glarus. Band II, Glarus 1954, 528 f.; ferner WALTER HAUSER, Stadt in Flammen, Der Brand von Glarus im Jahre 1861, Zürich 2011, 136–139.

<sup>87</sup> QUIRINIUS REICHEN, Entfesselte Elemente, Bern 2006, 40.

<sup>88</sup> JUNG (FN 82), 20; WINTELER (FN 86), 528 f.; STEIGMEIER (FN 81), 35.

<sup>89</sup> NAEF (FN 34), 1271.

<sup>90</sup> NAEF (FN 34), 1271.

rus übernommen, der dafür während 20 Jahren Sondersteuern erheben, eine Anleihe ausgeben und ein zinsloses Darlehen des Bundes in Anspruch nehmen musste<sup>91</sup>.

Diese Ereignisse riefen die *privaten Versicherungsunternehmen* auf den Plan, die nunmehr in den Markt für Versicherungen von Gebäuden gegen Feuerschäden eintraten und auf die *Abschaffung der kantonalen Monopole* drängten<sup>92</sup>. In vielen Kantonen prägte die Demokratische Bewegung, die den Staat als «bürgerliche «Selbsthilfegemeinschaft»<sup>93</sup> verstand, die Wirtschaftspolitik. Wohl deshalb schritt einzig der Kanton Genf 1864 zur Liquidation der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalt<sup>94</sup>. Gleichwohl verlor das Regelungsmodell voller staatlicher Erfüllungsverantwortung (vgl. Ziff. II/B/2) ab 1861 deutlich an Zuspruch. Einzig Nidwalden (1894) und Graubünden (1907) errichteten nach dem Brand von Glarus noch Gebäudeversicherungsanstalten<sup>95</sup>. In den damaligen «Monopolkantonen» beschleunigte das Brandereignis *Reformen*, die darauf zielten, versicherungstechnisch zu den privaten Anbietern aufzuschliessen<sup>96</sup>. Das Umlageverfahren wurde durch risikobasierte Klassifikations- und Prämiensysteme abgelöst, Reservefonds für die Absicherung gegen Grossrisiken wurden geschaffen und die meisten Anstalten schlossen für einen Teil der versicherten Summe Rückversicherungen ab<sup>97</sup>. Zu diesem Zweck wurde 1910 der «Rückversicherungsverband kantonal-schweizerischer Feuerversicherungsanstalten» (heute: «Interkantonaler Rückversicherungsverband IRV») gegründet<sup>98</sup>. Der interkantonalen Koordination dient seit

1903 die «Vereinigung Kantonaler Feuerversicherungen VKF»<sup>99</sup>.

## D. Erweiterung der Versicherungsdeckung auf Elementarschäden

Als *Elementarschäden* gelten durch «Hochwasser, Überschwemmung, Sturm, Hagel, Lawinen, Schneedruck, Felssturz, Steinschlag oder Erdbeben», nicht aber durch *Erdbeben* verursachte Schäden (Art. 173 Abs. 1 und Abs. 3 Bst. e AVO<sup>100</sup>). Letztere nehmen Privatversicherungsunternehmen und die meisten Gebäudeversicherungsanstalten von der Schadensdeckung aus<sup>101</sup>. Elementarschäden galten bis in die 1930er-Jahre aufgrund ihrer regional und zeitlich stark variierender Eintrittswahrscheinlichkeit als «unversicherbar»<sup>102</sup>. Eine Reihe von Naturkatastrophen und die ungenügende Schadensdeckung durch freiwillige Hilfeleistungen führten zwischen 1890 und 1930 zu einem Meinungsumschwung<sup>103</sup>. Zwischen 1926 (Waadt) und 1956 (Nidwalden) erweiterten sämtliche Gebäudeversicherungsanstalten ihre Versicherungsdeckung auf Elementarschäden<sup>104</sup>. Privaten Versicherungsunternehmen ist die sozialpolitisch und volkswirtschaftlich motivierte Koppelung zwischen Elementarschadens- und Feuerversicherung durch Art. 33 Abs. 1 VAG vorgeschrieben<sup>105</sup>.

<sup>91</sup> Vgl. HÜBSCHMANN (FN 14), 34; KAUF (FN 86), 75 f.; WINTERLER (FN 86), 529.

<sup>92</sup> Zu den politischen Vorstössen vgl. KONRAD MEYER, Die Freiebung der Gebäude-Assekuranz in der Schweiz vor den gesetzgebenden Räten, 1862–1875, 3. A., Zürich 1875, 1, 8, 14–32; zu den erhobenen Beschwerden an den Bundesrat als rechtsprechende Behörde vgl. FN 10, 136–138.

<sup>93</sup> BARBARA WEINMANN, Eine andere Bürgergesellschaft, Klassischer Republikanismus und Kommunalismus im Kanton Zürich im späten 18. und 19. Jahrhundert, Göttingen 2002, 303.

<sup>94</sup> Zur Liquidation der Genfer Anstalt vgl. SCHWAB (FN 73), 8; NAEF (FN 34), 1272 f.; ferner HÜBSCHMANN (FN 14), 2; SEILER (FN 79), 86; WELLISCH (FN 73), 58 f.

<sup>95</sup> Vgl. NAEF (FN 34), 1268; SEILER (FN 79), 92 f., 118–124; SIMON (FN 34), 73 f.; WELLISCH (FN 73), 65 f., 68 f. Einen Sonderfall bildet der Kanton Jura, der anlässlich seiner Gründung 1979 eine Gebäudeversicherungsanstalt errichtet hat.

<sup>96</sup> MEYER (FN 92), 1; NAEF (FN 34), 1284; ROTHENBÜHLER (FN 77), 89; SEILER (FN 79), 164; SIMON (FN 34), 84.

<sup>97</sup> Vgl. NAEF (FN 34), 1270 f.; SCHWAB (FN 73), 15 f.; SIMON (FN 34), 74.

<sup>98</sup> Vgl. NAEF (FN 34), 1274 f.; ROTHENBÜHLER (FN 76), 53; SEILER (FN 79), 99 f., 105–117; ferner STEFAN VOGEL, in: Urs Glaus/Heinrich Honsell (Hrsg.), Gebäudeversicherung. Systematischer Kommentar, Basel 2009, 35 f./N 32–35.

<sup>99</sup> Vgl. NAEF (FN 34), 1272–1274; ROTHENBÜHLER (FN 76), 45–48; DIES. (FN 77), 89–91, 96–102; SEILER (FN 79), 85–98; STEIGMEIER (FN 81), 35–39; zu Aufgaben und Organisation der VKF vgl. statt anderer VOGEL (FN 98), S. 34/N 28 f.

<sup>100</sup> Verordnung über die Beaufsichtigung von privaten Versicherungsunternehmen vom 9. November 2005 (Aufsichtsverordnung, AVO; SR 961.011.1).

<sup>101</sup> Vgl. ADOLF KLEINER, Die versicherte Gefahr in der öffentlichen Gebäudeversicherung, Mitteilungen der Vereinigung kantonaler Feuerversicherungen 58 (1979) 16–63, 39–61; DIETER GERSPACH, in: Glaus/Honsell (FN 98), S. 98 f./N 141 f.; CHRISTOPH FREY, Art. 33 VAG, in: Hsu/Stupp (FN 37), N 99; CHRISTINE WANNER, 100 Jahre zeitgemäss, Meilensteine in der Brand- und Elementarschadensversicherung in der Schweiz, Bern 2002, 79–88; vgl. aber § 22 GebVG-ZH (FN 64) und Motion Nr. 11.3511 «Obligatorische Erdbebenversicherung» von Ständerat Jean-René Fournier.

<sup>102</sup> Vgl. HERMANN LANZ-STAUFFER/CURT ROMMEL, Elementarschäden und Versicherung, Band I, Bern 1936, V.

<sup>103</sup> Bericht des Eidgenössischen Versicherungsamtes von 1929, zit. nach SEILER (FN 79), 149; WANNER (FN 101), 24–70.

<sup>104</sup> CHRISTINE WANNER, Ein untragbares Risiko? Naturkatastrophen als Auslöser für Lernprozesse, *Traverse* 3 (2003), 100–114, 107.

<sup>105</sup> Vgl. Botschaft VAG (FN 33), 3842; Botschaft zum Abkommen zwischen der Schweiz und der EWG betreffend die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung und zum Bundesgesetz über die Direktversicherung mit Ausnahme der Lebensversicherung, BBl 1991 IV, 1–183, 24.



## E. Gebäudeversicherungsmonopole unter dem Druck der Deregulierungsbewegung

Während den von Liberalisierung und Deregulierung geprägten 1990er-Jahren<sup>106</sup> gerieten die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole erneut unter Druck<sup>107</sup>. Als zentraler Streitpunkt erwies sich die Frage der durch die verschiedenen kantonalen Regelungsmodelle verursachten gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverluste oder -gewinne<sup>108</sup>. Ein aus diesem Anlass von den kantonalen Gebäudeversicherungen in Auftrag gegebenes Gutachten gelangte zum Schluss, dass die Effizienz des Modells der staatlichen Erfüllungsverantwortung (Monopol; Ziff. II/B/2) gemessen an der Durchschnittsprämie *höher* sei als diejenige der «GUSTAVO-Kantone» (Ziff. II/B/3 und 4)<sup>109</sup>. Ein daraufhin auf Betreiben der Privatassekuranz erstelltes Gutachten gelangte zum gegenteiligen Resultat<sup>110</sup>. Alle in der Folge publizierten Untersuchungen bestätigten im Wesentlichen die Ergebnisse des *Gutachtens der kantonalen Gebäudeversicherungsanstalten*<sup>111</sup>.

<sup>106</sup> Vgl. ANDRÉ MACH, *La Suisse entre internalisation et changements politiques internes*, Zürich/Chur 2006, 326 f.

<sup>107</sup> Stellvertretend für die Auseinandersetzung WALTER GÜNTHARDT, Gutachten aus marktwirtschaftlicher Sicht, *Neue Zürcher Zeitung* vom 31. Januar 1995, 23 einerseits und GEMPERLI (FN 26) andererseits; sodann GERHARD SCHWARZ, Ein «Fossil» schlägt zurück, *Neue Zürcher Zeitung* vom 24. Juni 1994, 23.

<sup>108</sup> Zum Ganzen GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Ideologie und Information in der Politikberatung*, *Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik* 41 (1996) 9–41, 16 f., 31 f.

<sup>109</sup> THOMAS VON UNGERN-STERNBERG, *Die kantonalen Gebäudeversicherungen*, *Cahier de recherches économiques* no. 9405, Lausanne 1994.

<sup>110</sup> BERNHARD SCHIPS, *Ökonomische Argumente für wirksamen Wettbewerb auch im Versicherungszweig «Gebäudefeuer- und Gebäudeelementarschäden»*, St. Gallen 1995; dazu THOMAS VON UNGERN-STERNBERG, *Kritische Überlegungen zu dem Gutachten von Professor Schips über die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole*, *Cahier de recherches économiques* no. 9502, Lausanne 1995, 3a (wonach die Durchschnittsprämie pro CHF 1'000.– Versicherungssumme in den «Monopolkantonen» im Zeitraum von 1984 bis 1993 CHF 0.639, in den «GUSTAVO-Kantonen» dagegen CHF 1.09 betragen).

<sup>111</sup> GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *On the Efficiency of a Public Insurance Monopoly, The Case of Housing Insurance in Switzerland*, in: Pio Baake/Rainald Borck (Hrsg.), *Public Economics and Public Choice, Contributions in Honor of Charles B. Blankart*, Berlin etc. 2007, 221–242, 226, 233 f.; ferner HENRIK BRINKMANN, *Die kantonalen Gebäudeversicherungen*, Bern 1997, 21–25; KARL EPPE/REINHARD SCHAFFER, *The Transition from Monopoly to Competition*, *European Economic Review* 40 (1996), 1123–1131, 1130; STEFAN FELDER, *Fire Insurance in Germany*, *European Economic Review* 40 (1996) 1133–1141; STEFAN FELDER/HENRIK BRINKMANN, *Deregulierung der Gebäudeversicherung im Europäischen Binnenmarkt*, *Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik*

Das Bundesgericht zog daraus den Schluss, «ein zureichendes öffentliches Interesse an einer Monopolisierung der Gebäudeversicherung» sei «ausgewiesen»<sup>112</sup>.

Die höhere Effizienz des Monopols lässt sich zum einen mit Grössenvorteilen von Monopolisten, deren grösseren Anreizen, in Prävention zu investieren, und der fortgeschrittenen Standardisierung der Dienstleistungen, die nur wenig Raum für einen die X-Effizienz<sup>113</sup> steigernden technologischen Fortschritt zulässt, erklären<sup>114</sup>. Zum anderen sind Versicherungen *Vertrauensgüter* (*credence goods*)<sup>115</sup>. Da sich deren Nutzen für Versicherungsnehmer erst im Schadensfall zeigt, bildet die *Beratung*, nicht der Preis (Prämienhöhe), den wesentlichen Faktor im Wettbewerb<sup>116</sup>. Für die vornehmlich auf Provisionsbasis arbeitenden Versicherungsvertreter können bei Schadenseintritt überdies Anreize bestehen, zwecks Kundenbindung über den vertraglich geschuldeten Betrag hinaus Leistungen auszurichten (*moral hazard*)<sup>117</sup>.

## IV. Versicherungspflicht

### A. Gesetzlicher Kontrahierungszwang als Grundrechtseingriff

Eine gesetzliche Versicherungspflicht tangiert die Freiheit, einen Vertrag abzuschliessen oder darauf zu verzichten, also die *Abschlussfreiheit* als Teil der Vertragsfreiheit. Letztere bildet nach überwiegender Ansicht einen Teilgehalt der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV)<sup>118</sup>. Daher

132 (1996) 457–472, 469; THOMAS VON UNGERN-STERNBERG, *Efficient Monopolies*, Oxford/New York, 108–119.

<sup>112</sup> BGE 124 I 25 E. 3g, 31 (*Wiggis Park AG*).

<sup>113</sup> Das von allokativer Effizienz zu unterscheidende Konzept geht auf HARVEY LEIBENSTEIN, *Allocative Efficiency vs. «X-Efficiency»*, *American Economic Review* 56 (1966), 392–415, 397–413 zurück.

<sup>114</sup> Vgl. BRINKMANN (FN 111), 32 f.; KIRCHGÄSSNER (FN 111), 233, 236 f.; VON UNGERN-STERNBERG (FN 111), 121 f.

<sup>115</sup> Zu den Vertrauensgütern vgl. MICHAEL R. DARBY/EDI KARNI, *Free Competition and the Optimal Amount of Fraud*, *Journal of Law and Economics* 16 (1973), 67–88, 81 f. sowie WINAND EMONS, *Credence Goods Monopolists*, *International Journal of Industrial Organization* 19 (2001), 375–389, 375 f.

<sup>116</sup> VON UNGERN-STERNBERG (FN 111), 120 f.; BRINKMANN (FN 111), 25 f.

<sup>117</sup> KIRCHGÄSSNER (FN 111), 233 f.; DERS. (FN 108), 21; BRINKMANN (FN 111), 33 f.

<sup>118</sup> Statt aller FRITZ FLEINER/ZACCARIA GIACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, Zürich 1949, 286, 292, 295 f.; ETIENNE GRISEL, *Liberté économique*, Bern 2005, N 361; PAUL RICHLI, *Grundriss des schweizerischen Wirtschaftsverfassungsrechts*, Bern 2007, N 129; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (FN 21), § 5 N 58; a.M. MARKUS SCHEFER, *Die Kerngehalte von Grundrechten*, Bern 2001, 291; zum Ganzen auch REICH (FN 11), N 341 m.w.H.

erscheint die von 22 Kantonen statuierte Pflicht, Gebäude gegen das Risiko von Feuer- und Elementarschäden zu versichern (vgl. Ziff. II/B/4), als Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit, die an Art. 36 sowie Art. 94 Abs. 1 und 4 BV zu messen ist<sup>119</sup>. Vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit weicht die Versicherungspflicht nicht ab, da sie nicht den Schutz bestimmter Interessengruppen oder Branchenangehöriger bezweckt<sup>120</sup>. Die Versicherungspflicht lässt sich auch als Einschränkung der *Eigentumsgarantie* (Art. 26 BV) einordnen, die ebenso nach Art. 36 BV zu beurteilen ist<sup>121</sup>.

## B. Abhängigkeit der Verfassungskonformität von der versicherten Gefahr

Quantitativ betrachtet erscheint ein gesetzlicher Kontrahierungszwang zur Versicherung von Gebäuden gegen die Gefahr von Feuer- und Elementarschäden als bloss geringfügiger Eingriff: Die Prämien liegen relativ zur Versicherungssumme tief<sup>122</sup> und bei grundpfandbelasteten Grundstücken wird der Gläubiger ohnehin auf dem Abschluss einer entsprechenden Versicherung beharren<sup>123</sup>. In ihrer Wirkung kommt die aufgrund der Versicherungspflicht geschuldete Prämie indessen einer öffentlichen Abgabe nahe, weshalb der Kreis der Pflichtigen und die aufgrund ihres Neu- oder Zeitwerts zu versichernden Objekte in einem *Gesetz im formellen Sinn* zu umschreiben sind (vgl. Art. 127 Abs. 1 BV; Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Für die Versicherungspflicht bestehen *öffentliche Interessen* sozialpolitischer und volkswirtschaftlicher Natur (Art. 36 Abs. 2 BV; vgl. Ziff. III/B). Deren Gewicht in Bezug auf die *Verhältnismässigkeit* variiert nach Eintrittswahrscheinlichkeit und potenzieller Schadenshöhe der versicherten Gefahr. Hinsichtlich der Gefahr von Schäden durch Feuer, Hochwasser, Überschwemmung, Sturm, Hagel, Lawinen, Schneedruck, Felssturz, Steinschlag und Erdbeben dürften die Kriterien der Verhältnismässigkeit stets erfüllt sein. Aufgrund sehr geringer

Eintrittswahrscheinlichkeit nicht erforderlich erscheint dagegen die Versicherungspflicht betreffend die Gefahr von Implosionen<sup>124</sup>. Gleiches gilt für Gefahren, die mit dem Absturz und Zusammenstoss von Flugkörpern sowie dem unerlaubten oder in Not erfolgenden Abwurf von Ballast aus Flugkörpern in Zusammenhang stehen<sup>125</sup>, da diesbezüglich eine bundesrechtliche Gefährdungshaftung des Halters von Luftfahrzeugen besteht (vgl. Art. 64 und Art. 66 LFG<sup>126</sup>).

Für *Mobilien* besteht in den Kantonen Freiburg<sup>127</sup>, Jura<sup>128</sup>, Nidwalden<sup>129</sup> und Waadt<sup>130</sup> eine Versicherungspflicht. Diese lässt sich allenfalls mit sozialpolitischen, nicht aber mit volkswirtschaftlichen Interessen begründen (vgl. Ziff. III/B). Anders als Gebäude sind Mobilien für deren Eigentümer jedoch kaum je von existenzieller Bedeutung. Auch ist das Schadenspotenzial bei Mobilien deutlich kleiner. Daher erweist sich die Versicherungspflicht für Mobilien als weder erforderlich noch zumutbar<sup>131</sup>.

## V. Kantonale Gebäudeversicherungsmonopole

### A. Rechtliche Monopole und Bundesverfassung

Neunzehn Kantone haben die Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden als mittelbar rechtliches Monopol ausgestaltet (vgl. Ziff. II/B/2). Der Abschluss einer entsprechenden Versicherung ist daher obligatorisch und hat bei der dafür vorgesehenen kanto-

<sup>119</sup> A.M. GEORG MÜLLER, in: Glaus/Honsell (FN 98), S. 40/N 9.

<sup>120</sup> Eingehend REICH (FN 11), N 864–877 m.w.H.

<sup>121</sup> In diesem Sinn G. MÜLLER (FN 119), S. 40 f./N 9 f.; noch strikt verwaltungs-, nicht (auch) verfassungsrechtlich argumentierend ELSENER (FN 73), 22 f. («Eingriff in die persönliche Freiheit»).

<sup>122</sup> Ausgehend von UNGERN-STERNBERG (FN 110), 3a lag die Prämie zwischen 1984 und 1993 bei einem Versicherungswert von CHF 500'000 zwischen rund CHF 320.–/Jahr und CHF 550.–/Jahr; vgl. FN 110.

<sup>123</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 819 und Art. 822 Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210) und Art. 57 f. Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1).

<sup>124</sup> So aber § 11 Abs. 1 Bst. c GebVG-AG (FN 46); die Zulässigkeit eines diesbezüglichen Monopols verneinend GERSPACH (FN 101), S. 78/N 68.

<sup>125</sup> Vgl. (teilweise jedoch subsidiär) § 11 Abs. 1 Bst. e GebVG-AG (FN 46); Art. 10 Abs. 1. Bst. d GebVG-GR (FN 53); Art. 8 Abs. 1 Bst. e GebVG-SH (FN 58); § 12 Abs. 1 Bst. g GVG-SO (FN 59); § 21 Abs. 1 Bst. f GVG-ZG (FN 63); § 18 Abs. 1 Ziff. 5 GebVG-ZH (FN 64).

<sup>126</sup> Bundesgesetz vom 21. Dezember 1948 über die Luftfahrt (Luftfahrtgesetz; SR 748.0).

<sup>127</sup> Art. 1 Gesetz über die obligatorische Versicherung der Fahrhabe gegen Feuerschäden vom 3. Februar 1966 (SGF 732.2.1); zu den Entstehungsbedingungen HÜBSCHMANN (FN 14), 30–33.

<sup>128</sup> Art. 1 loi sur l'assurance mobilière contre l'incendie du 6 décembre 1978 (RSJU 873.21).

<sup>129</sup> Art. 30 NSVG-NW (FN 35).

<sup>130</sup> Art. 6a LAIEN-VD (FN 62); vgl. dazu FN 136.

<sup>131</sup> Skeptisch auch G. MÜLLER (FN 119), S. 45/N 29; a.M. wohl MICHAEL KOHLER/URS PETER ZELGER, in: Glaus/Honsell (FN 98), S. 355–357/N 21 f., 28 f.; SCHWAB (FN 73), 12.

nalen Verwaltungseinheit (Gebäudeversicherungsanstalt) zu erfolgen. Für privatwirtschaftliche Anbieter verbleibt kein Raum. Gebäudeversicherungsmonopole sind deshalb schwerwiegende Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit. Als solche sind sie an Art. 27 i.V.m. Art. 36 sowie Art. 94 Abs. 1 und 4 BV zu messen und bedürfen einer Grundlage im Gesetz selbst (Art. 36 Abs. 1 Satz 2 BV). Da Gebäudeversicherungsmonopole nicht untrennbar mit der Herrschaft über Grund und Boden verbunden sind, bilden sie keine kantonalen Regalrechte (Art. 94 Abs. 4 BV)<sup>132</sup>.

## B. «Negative Nachführung» am Schnittpunkt von Politik und Recht

Anlässlich der Reform der Bundesverfassung wurde darauf verzichtet, die Frage der Vereinbarkeit kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole mit der Bundesverfassung zu klären (vgl. Ziff. I/B). Nachdem die kantonalen Monopole im Zug der Liberalisierungs- und Deregulierungswelle der 1990er-Jahre politisch unter Druck geraten waren, die «Monopolkantone» aber am Modell voller staatlicher Erfüllungsverantwortung festhalten wollten (vgl. Ziff. III/E), hätte eine Klärung der Streitfrage in jedem Fall erheblichen politischen Widerstand hervorgerufen. Dies hätte das gesamte Reformprojekt gefährden können (vgl. Ziff. I/B). Es hat daher *politisch* zweckrationalem Verhalten entsprochen, die Rechtslage – nur fünf Tage nachdem das Bundesgericht entschieden hatte, dass das glarnerische Gebäudeversicherungsmonopol *nicht* gegen die Wirtschaftsfreiheit verstösst<sup>133</sup> – zunächst als weit unklarer darzustellen, als sie sich nach rechtlichen Gesichtspunkten präsentiert hat, um den geltenden Rechtszustand daraufhin gleichsam unberührt, «genau gleich»<sup>134</sup> in die reformierte Bundesverfassung zu überführen (vgl. Ziff. I/B).

*Verfassungsrechtlich* besteht eine bis 1875 zurückreichende, ununterbrochene Kette von Präjudizien des Bundesrates<sup>135</sup>, des Bundesgerichts und – im Rahmen der Gewährleistung der Kantonsverfassungen (Art. 51 Abs. 2

i.V.m. Art. 172 Abs. 2 BV) – der *Bundesversammlung*, die ausnahmslos festhalten, dass mittelbar rechtliche Monopole kantonalen Rechts im Bereich der Versicherung von Gebäuden gegen Feuer- und Elementarschäden mit dem Bundesrecht *vereinbar* sind. Implizit vertrat der Bundesrat diese Rechtsauffassung erstmals in einem Rekursentscheid von 1875<sup>136</sup>, explizit in einem weiteren Entscheid vom 19. August 1884<sup>137</sup> und in der Folge wiederum in den Jahren 1895, 1902 und 1911<sup>138</sup>. Das Bundesgericht setzte diese ständige Rechtsprechung 1911 fort und bestätigte sie zuletzt 1998<sup>139</sup>. Die Bundesversammlung hat Kantonsverfassungen, die das Gebäudeversicherungsmonopol vorsehen, die Gewährleistung ausnahmslos erteilt und damit zum Ausdruck gebracht, dass die entsprechenden Bestimmungen «dem Bundesrecht nicht widersprechen» (Art. 51 Abs. 2 Satz 2 BV)<sup>140</sup>. Unbestritten ist schliesslich, dass der Verfassungsgeber von 1874 die Zulässigkeit entsprechender Monopole in sechzehn von damals fünf- und zwanzig Kantonen und Halbkantonen nicht in Frage stellen wollte<sup>141</sup>.

<sup>132</sup> BGE 124 I 11 E. 3d, 16 (*Georg Müller*); G. MÜLLER (FN 119), S. 44 f./N 25–27; REICH (FN 11), N 948.

<sup>133</sup> BGE 124 I 25 E. 3g, 31 (*Wiggis Park AG*) vom 27. Februar 1998 (wohl erst Wochen später publiziert); die relevante Sitzung des Ständerats fand am 4. März 1998 statt; vgl. Amtl. Bull. Ständerat (FN 24), 83–101.

<sup>134</sup> Ständerat RENÉ RHINOW, Amtl. Bull. Ständerat (FN 24), 88/rechte Spalte.

<sup>135</sup> Bis 1912 war der Bundesrat, nicht das Bundesgericht, für die Behandlung staatsrechtlicher Rekurse wegen Verletzung der Wirtschaftsfreiheit sachlich zuständig; zu den Gründen vgl. REICH (FN 11), N 468–479.

<sup>136</sup> Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1875, BBl 1876 II 497–604, 592 f.: Zulässigkeit des Waadtländer Monopols betreffend die Versicherung von *Mobilien*, woraus zu schliessen ist, dass für das weniger weit gehende Gebäudeversicherungsmonopol Gleiches gelten muss (*argumentum a maiore ad minus*).

<sup>137</sup> Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1884 (FN 20), 694 f.

<sup>138</sup> Bericht des Bundesrates über seine Geschäftsführung im Jahre 1884 (FN 20), 694 f.; Bundesratsbeschluss i.S. *Helvetia et al.* (FN 10), 194–203; Bundesratsbeschluss über die Beschwerde der *Gebrüder Wyrsch & Cie. gegen den Regierungsrat des Kantons Unterwalden nid dem Wald* wegen Beeinträchtigung der Handels- und Gewerbefreiheit vom 26. Juli 1902, BBl 1902 IV 77–92, 91; Bundesratsbeschluss über die Beschwerde der *Helvetia, Schweizerische Feuerversicherungsgesellschaft, et al. gegen das Gesetz des Kantons Graubünden* betreffend die Gebäude-Brandversicherung vom 27. Januar 1911, BBl 1911 I 213–221 E. 3/S. 221.

<sup>139</sup> BGE 37 I 503 E. 5, 524, f. (*Helvetia und Konsorten*), 124 I 25 E. 3g 31 (*Wiggis Park AG*).

<sup>140</sup> Vgl. Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Thurgau vom 4. Dezember 1989, BBl 1989 III, 1722 (dazu FN 61); Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Solothurn vom 21. September 1987, BBl 1987 III, 270 (dazu FN 59); Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Basel-Landschaft vom 11. Juni 1986, BBl 1986 II, 681 (dazu FN 48); Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Aargau vom 15. Dezember 1981, BBl 1981 III, 1131 (dazu FN 46) und besonders Bundesbeschluss über die Gewährleistung der Verfassung des Kantons Glarus vom 4. Dezember 1989, BBl 1989 III, 1723, einschliesslich Art. 48 KV-GL (dazu FN 6).

<sup>141</sup> BURCKHARDT (FN 31), 228 m.w.H.

### C. Monopolvorbehalt der Bundesverfassung zu Gunsten der Kantone

Die mittelbar rechtlichen Monopole kantonalen Rechts beruhen demnach auf einem impliziten bundesverfassungsrechtlichen Vorbehalt zu Gunsten der Kantone<sup>142</sup>. Die Abschaffung der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole bedürfte daher einer formellen Änderung der Bundesverfassung, was sich angesichts der zu erwartenden erheblichen volkswirtschaftlichen Auswirkungen eines solchen Schritts<sup>143</sup> auch aus funktionell-rechtlichen Gründen rechtfertigt. Eine bundesgesetzliche Aufhebung der Gebäudeversicherungsmonopole scheiterte an einer mangelnden Verbandszuständigkeit des Bundes (vgl. Ziff. II/A).

## VI. Dienstleistungen von Gebäudeversicherungsanstalten im Wettbewerb mit Privaten

### A. Einhegung staatlicher Wirtschaftstätigkeit

#### 1. Verbot der Entdifferenzierung von Staat und Wirtschaft

Steht eine Gebäudeversicherungsanstalt in Teilmärkten in Konkurrenz zu privaten Versicherungsunternehmen, sind Letztere nicht in ihrer Wirtschaftsfreiheit berührt (Art. 27 BV)<sup>144</sup>. Staatliche unternehmerische Tätigkeit muss gleichwohl auf einer *Grundlage im Gesetz selbst* beruhen, die den Bereich, in dem sich das wirtschaftliche

Handeln des Gemeinwesens entfalten soll, festlegt<sup>145</sup>. Dabei sind die Regeln der Gesetzesdelegation einzuhalten<sup>146</sup>. Sodann muss die wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens im Wettbewerb im *öffentlichen Interesse* liegen, darf die an den öffentlichen Interessen orientierte, gesetzlich festgelegte Zwecksetzung nicht überschreiten (*Spezialitätsprinzip*) und muss sich auf das im öffentlichen Interesse Notwendige beschränken (*Verhältnismässigkeit*)<sup>147</sup>. Schliesslich darf vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit unter Vorbehalt von Art. 94 Abs. 4 BV nicht abgewichen werden (Art. 94 Abs. 1 BV) und es ist der objektivrechtlichen Dimension der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 BV) Rechnung zu tragen<sup>148</sup>. Daher ist die staatliche Wirtschaftstätigkeit *wettbewerbsneutral* auszugestalten, muss also möglichst zu jenen Bedingungen erfolgen, die auch für private Mitbewerber gelten<sup>149</sup>.

Diese Elemente der verfassungsrechtlichen Einhegung staatlicher Wirtschaftstätigkeit widersprechen regelmässig der für die Privatwirtschaft typischen betriebswirtschaftlichen Logik, für die eine an Gewinnchancen orientierte dynamische Expansion der Geschäftstätigkeit charakteristisch ist. Insofern enthält die Bundesverfassung ein *Entdifferenzierungsverbot*: Wirtschaftliche Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz mit Privaten ist einer *anderen* Rationalität verpflichtet als privatwirtschaftliche, indem sie im *öffentlichen Interesse* zu liegen hat und nicht allein betriebswirtschaftlich oder fiskalisch motiviert sein darf<sup>150</sup>.

#### 2. Prinzip des Steuerstaates, Steuerwettbewerb und Ökonomisierung der Verwaltung

Die verfassungsrechtliche Einhegung stellt zudem sicher, dass das Gemeinwesen seine Aufwendungen nicht in *so-*

<sup>142</sup> Mit anderer Begründung gl.M. BGE 124 I 25 E. 3k, 32 (*Wiggis Park AG*); BURCKHARDT (FN 31), 228; FLEINER/GIACOMETTI (FN 118), S. 309/Fn. 29; DAVID HOFMANN, *La liberté économique suisse face au droit européen*, Bern 2005, 143; G. MÜLLER (FN 119), S. 50 f./N 45; CLAUDE RUEY, *Monopoles cantonaux et liberté économique*, Lausanne 1988, 251; a.M. BERTHEAU (FN 21), 130 f., 136; FLEINER (FN 21), S. 382/Fn. 25; SCHOTT (FN 21), N 768; KARIN SUTTER-SOMM, *Das Monopol im schweizerischen Verwaltungs- und Verfassungsrecht*, Basel 1989, 167 f.; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (FN 21), § 5 N 168; vgl. auch REICH (FN 11), N 935, wonach «Art. 98 BV (Banken und Versicherungen) *den Bund* nicht [ermächtigt], vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen.» (Hervorhebungen hinzugefügt).

<sup>143</sup> Zu den erheblichen Prämiensteigerungen nach Abschaffung der Gebäudeversicherungsmonopole in deutschen Bundesländern vgl. EPPE/SCHAFFER (FN 111), 1129 f.; FELDER (FN 111), 1140 f.; FELDER/BRINKMANN (FN 111), 462–464.

<sup>144</sup> Statt aller BGE 138 I 378 E. 6.2.2 385–387 (*Glarnersach*); PETER HÄNNI/ANDREAS STÖCKLI, *Schweizerisches Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Bern 2013, N 1725–1727; zur Begründung vgl. REICH (FN 11), N 106, 912.

<sup>145</sup> Vgl. statt aller RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 22), § 18 N 111; VALLENDER/HETTICH/LEHNE (FN 21), § 5 N 182 f.

<sup>146</sup> BIAGGINI (FN 3), 673 (mit entsprechender Kritik an BGE 138 I 378 E. 7.2 f., 391 f. [*Glarnersach*]).

<sup>147</sup> Statt aller RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 22), § 18 N 93–116; eingehend zum Spezialitätsprinzip FELIX UHLMANN, *Gewinnorientiertes Staatshandeln*, Basel 1997, 245–249.

<sup>148</sup> Vgl. nur RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 22), § 18 N 93–116; HÄNNI/STÖCKLI (FN 144), N 1717–1724.

<sup>149</sup> Vgl. dazu RHINOW/SCHMID/BIAGGINI/UHLMANN (FN 22), § 18 N 55–74; UHLMANN (FN 147), 175 f.; STEFAN VOGEL, *Der Staat als Marktteilnehmer*, Zürich 2000, 159 f.; REICH (FN 11), N 911–914.

<sup>150</sup> Vgl. bereits Bundesratsbeschluss i.S. *Helvetia et al.* (FN 10), 189, wonach die wirtschaftliche Tätigkeit deshalb zulässig sei, weil der Kanton keinen «Erwerbs-(Gewinn-)zweck» verfolge, sondern lediglich versuche, «eine Quelle der Verarmung zu verstopfen.»; zu eng BGE 138 I 378 E. 8.5 und 8.6.2, 395–397 (*Glarnersach*), wo betriebswirtschaftliche Interessen «ohne Weiteres» als öffentliche Interessen anerkannt werden; kritisch auch BIAGGINI (FN 3), 672 f.

zialstaatlich fragwürdiger Weise<sup>151</sup> hauptsächlich über gewinnorientierte wirtschaftliche Tätigkeiten deckt, sondern seine Einnahmen nach dem *Prinzip des Steuerstaates*<sup>152</sup>, an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Pflichtigen orientiert (vgl. Art. 127 Abs. 2 BV), in berechenbarer, allgemeiner und gleicher Weise über die von ihm erhobenen Steuern erzielt<sup>153</sup>. Der internationale, interkantonale und interkommunale *Steuerwettbewerb* kann potenziell unerwünschte Anreize setzen, dieses Prinzip zu unterlaufen. Er zwingt Bund, Kantone und Gemeinden dazu, die fiskalische Belastung natürlicher und juristischer Personen tief zu halten. Gebietskörperschaften könnten daher versucht sein, sich durch wirtschaftliche Tätigkeiten Einnahmequellen zu erschliessen, die nicht als fiskalische Belastung sichtbar werden<sup>154</sup>. Die *Ökonomisierung der Verwaltung* vermag möglicherweise in ähnlicher Weise unerwünschte Anreize zu erzeugen, indem sie Verwaltungseinheiten animiert, Dienstleistungen auch in Konkurrenz zu Privaten anzubieten, um vorhandene Ressourcen oder Synergiepotenziale betriebswirtschaftlich optimal zu nutzen<sup>155</sup>.

<sup>151</sup> Prägnant ERNST FORSTHOFF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 8–36, 31 a.E.: «Der moderne Rechtsstaat ist Sozialstaat wesentlich in seiner Funktion als Steuerstaat.»; prinzipiell zustimmend JÜRGEN HABERMAS, Strukturwandel der Öffentlichkeit (1962), Frankfurt am Main 1990, 335 f. (mit der Einschränkung, dass der Unterschied zwischen Eingriffen in das Eigentum und Verfügungen über Privateigentum durch den Staat «[i]m Zuge der sozialstaatlichen Entwicklung» nur noch ein gradueller sei).

<sup>152</sup> Ein verfassungsrechtlicher Vorrang der Finanzierung des Staates über Steuern lässt sich mit Blick auf die zeitlich weit zurückreichende eigenwirtschaftliche Betätigung des Staates – vgl. REICH (FN 11), N 287–289 – auf der Basis der Bundesverfassung indessen nicht im Sinne einer *normativen Verpflichtung* behaupten; so tendenziell für das Grundgesetz aber BVerfGE 78, 249 (266 f.); JOSEF ISENSEE, Steuerstaat als Staatsform, in: Rolf Stödter/Werner Thiene (Hrsg.), Hamburg, Deutschland, Europa. FS Hans Peter Ipsen, Tübingen 1977, 409–436, 420 f., 431 f. und KLAUS VOGEL, Der Finanz- und Steuerstaat, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 3. A., Heidelberg 2004, § 30 N 69 f.

<sup>153</sup> Ähnlich BIAGGINI (FN 3), 672.

<sup>154</sup> Vgl. das in FN 155 geschilderte Beispiel.

<sup>155</sup> Illustrativ für beide Tendenzen ist *Energie Wasser Bern* (ewb), ein selbstständiges öffentlich-rechtliches Unternehmen der Stadt Bern, dessen Tätigkeit teilweise auf rechtlichen und faktischen Monopolen beruht (Wasser, Energie, Abfall). Darüber hinaus hat ewb, auch durch Übernahmen privater Unternehmen, in weitere Geschäftsbereiche expandiert (z.B. Haus- und Dachtechnik, Telekommunikation, Elektromobilität). Ewb ist zur jährlichen Gewinnablieferung an die Stadt Bern verpflichtet; vgl. Ziff. 3.3 Eignerstrategie (online unter <[www.bern.ch/stadtverwaltung/sue/infosue/tr2eignerstrategie.pdf](http://www.bern.ch/stadtverwaltung/sue/infosue/tr2eignerstrategie.pdf)>). Die Ausschüttungen an die Stadt Bern betragen 2011 CHF 67 Mio., 2012 CHF 43 Mio.; vgl. Ewb, Geschäfts- und Nachhaltigkeitsbericht 2012, Bern 2013, 67, 103 bzw. Geschäfts- und

## B. Enger Handlungsspielraum der Kantone für Versicherungsdienstleistungen im Wettbewerb

### 1. Öffentliche Interessen für Versicherungen im Wettbewerb

Hinsichtlich der Versicherung von Gebäuden gegen die Gefahr von Feuer- und Elementarschäden dürften am ehesten noch im Bereich derjenigen Geschäftsfelder, die in einem engen und unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit der Haupttätigkeit stehen, überwiegende öffentliche Interessen für Versicherungen im Wettbewerb bestehen. Das gilt für Versicherungen, welche die *obligatorische Deckung und Leistung erweitern*, indem sie den Versicherungsschutz in vollem oder beschränktem Umfang auf zusätzliche Risiken wie Erdbeben, Terrorakte, Unruhen oder Wasserschäden ausdehnen<sup>156</sup>, nicht aber etwa für separat oder im «*product bundling*» angebotene Haftpflicht-, Motorfahrzeug- und Rechtsschutzversicherungen<sup>157</sup>.

### 2. Unterbindung von Transferleistungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich

Sinn des Gebotes der Wettbewerbsneutralität ist es, dem Gemeinwesen keine strukturell vorbestehenden Wettbewerbsvorteile zu verschaffen (vgl. Ziff. VI/A/1). Daher überzeugt es nicht, Wettbewerbsneutralität auf ein Verbot *planmässiger* Transferzahlungen («systematische Quersubventionierungen») vom Monopol- in den Wettbewerbsbereich zu verkürzen<sup>158</sup>. Unklar ist zunächst, weshalb unplanmässige, «unsystematische» Geldzahlungen verfassungsrechtlich bedenkenlos hinzunehmen sein sollten<sup>159</sup>. Zudem lässt die vom Regelungszweck abstrahierende Anwendung des Verbots von «Quersubventionierungen» auf im engen Sinn *finanzielle* Transfers ausser Acht, dass insbesondere in der Versicherungsbranche *Information* – also präzise und hochwertige Akquise- und Risikodaten über Versicherungsobjekte, wie sie nur für den Monopolisten im Gebäudeversicherungsbereich er-

Nachhaltigkeitsbericht 2011, Bern 2012, 74, 94, beide online unter <[www.ewb.ch](http://www.ewb.ch)>.

<sup>156</sup> Entsprechend Art. 17–21 Gebäudeversicherungsverordnung [des Kantons Bern] vom 27. Oktober 2010 (GVV-BE; BSG 873.111).

<sup>157</sup> Solche Dienstleistungen bietet aber die *Glarnersach* an (vgl. <<http://glarnersach.ch/privatkunden/versicherungenimwettbewerb/haushaltversicherung-siebensachen.html>>), obwohl in Art. 48 Abs. 2 KV-GL (FN 6) nur von «Sachversicherungen» die Rede ist.

<sup>158</sup> So aber BGE 138 I 378 E. 9.1 S. 398 (*Glarnersach*).

<sup>159</sup> BIAGGINI (FN 3), 673.

hältlich sind – einen erheblichen Wettbewerbsvorteil verschaffen, indem sie die genaue Abstimmung der Prämie auf das konkrete Risiko ermöglichen<sup>160</sup>.

Wettbewerbsverzerrungen lassen sich demnach nur minimieren, wenn Transferleistungen zwischen Monopol- und Wettbewerbsbereich – also sämtliche Geld-, Sach-, Dienst- und Informationsleistungen, die ohne marktconforme Gegenleistung erfolgen – ganz *generell* unterbunden werden. Das setzt im Regelfall datenschutzrechtliche Vorkehrungen und die rechtliche *Verselbständigung und Ausgliederung des Wettbewerbsbereichs* voraus<sup>161</sup>. Aufgrund der Verbandszuständigkeit des Bundes das Versicherungswesen und die privatwirtschaftliche Erwerbstätigkeit betreffend, könnten die «Monopolkantone» (vgl. Ziff. II/B/2) bundesgesetzlich zur Unterbindung solcher Transferleistungen und zur Verselbständigung des Wettbewerbsbereichs verpflichtet werden (vgl. Art. 98 Abs. 3, Art. 95 Abs. 1 BV; vgl. Ziff. II/A)<sup>162</sup>.

## VII. Schlussfolgerungen

Die Praxis der «neuen» Bundesverfassung vom 18. April 1999 verdeutlicht, dass sich die komplexen Streitfragen im Bereiche der Gebäudeversicherung dank verbesserter Struktur und Transparenz des Verfassungsdokuments kohärenter in den relevanten verfassungsrechtlichen Bezugsrahmen einordnen lassen. Mit der zeitlichen Distanz schwindet indessen das Bewusstsein für die konkreten Intentionen, die hinter Entscheiden hinsichtlich der Gestaltung von Struktur und Systematik der Bundesverfassung gestanden haben<sup>163</sup>. Auf einer rechtstheoretischen

Ebene zeigt sich am Meinungsstreit über die Zulässigkeit kantonaler Gebäudeversicherungsmonopole, dass Verfassungs- und Gesetzgeber «qualifiziert»<sup>164</sup> nur *wortreich* schweigen können, was wiederum dazu führt, dass eben dieses beredte Schweigen *gedeutet* wird und dadurch völlig unterschiedlichen Interpretationen zugänglich ist<sup>165</sup>. Das wiederum durchkreuzt das Ziel des Verfassungsgebers, den geltenden Rechtszustand «genau gleich»<sup>166</sup> fortzuschreiben. Grund dafür ist letztlich, dass es der Politik kaum je vergönnt ist, dem Ratschlag LUDWIG WITTGENSTEINS nachzuleben, wonach man schweigen muss, worüber man nicht sprechen kann<sup>167</sup>.

<sup>160</sup> FUHRER (FN 3), 435 f.

<sup>161</sup> In diesem Sinn Art. 7 Abs. 2 und 3 GBV-BE (FN 50) sowie Art. 14 Abs. 2 und 4 GVV-BE (FN 156); a.M. BGE 138 I 378 E. 9.2 S. 399 (*Glarnersach*); QUINTO/ÜHLMANN (FN 3), 30.

<sup>162</sup> Das setzt freilich das unter Ziff. III/A dargelegte Verständnis von Art. 98 Abs. 3 BV voraus. Zur «privatwirtschaftlichen Erwerbstätigkeit» i.S.v. Art. 95 Abs. 1 BV gehört auch die Erbringung «marktfähige[r] Dienstleistungen» durch das Gemeinwesen; so GIOVANNI BIAGGINI, BV, Kommentar, Zürich 2007, Art. 95 BV N 5.

<sup>163</sup> Beispielsweise dürfte es kaum den Zielen des Verfassungsgebers entsprechen haben, mit der systematischen Trennung des Grundrechts und des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit die Frage der wirtschaftlichen Tätigkeit des Gemeinwesens in Konkurrenz mit Privaten fast vollständig aus dem grundrechtlichen Kontext heraus zu lösen, wie dies in BGE 138 I 378 E. 6 S. 384–390 (*Glarnersach*) geschehen ist. Der bei den Zuständigkeiten des Bundes eingeordnete Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) ist nämlich nicht mit der objektiv-rechtlichen bzw. konstitutiven Dimension des Grundrechts der Wirtschaftsfreiheit zu verwechseln; vgl. REICH (FN 11), N 838, N 847.

<sup>164</sup> Zum Topos des «qualifizierten» Schweigens des Gesetzgebers stilbildend ARTHUR MEIER-HAYOZ, Der Richter als Gesetzgeber, Zürich 1951, 70.

<sup>165</sup> Als Beleg im vorliegenden Zusammenhang vgl. die abweichenden Interpretationen der ständerätlichen Debatte (vgl. Ziff. I/B und V/B) durch *Hofmann* (FN 142), 143 und *SCHOTT* (FN 21), N 768 hinsichtlich der Zulässigkeit der Gebäudeversicherungsmonopole.

<sup>166</sup> Vgl. vorne Ziff. I/B und V/B.

<sup>167</sup> LUDWIG WITTGENSTEIN, *Tractatus Logico Philosophicus*, London 1922, S. 23/Nr. 7: «[W]hereof one cannot speak, thereof one must be silent.»