

Andreas R. Ziegler / Peter Moser

Sind die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole «europakompatibel»?

**Eine interdisziplinäre Analyse der Vereinbarkeit der
bestehenden kantonalen
Gebäudeversicherungsmonopole mit der
Dienstleistungsfreiheit und den Beihilfenregelungen der
Europäischen Union im Rahmen der geltenden und
zukünftigen bilateralen Abkommen der Schweiz**

Im Rahmen der Diskussionen um das Rahmenabkommen mit der EU wird die Übernahme der Beihilfenregelung der EU durch die Schweiz (und im Fall eines Finanzdienstleistungsabkommens die Übernahme der Dienstleistungsfreiheit) erwogen. Dabei werden immer wieder zwei Aspekte der kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole (KGV) thematisiert, welche mit diesen Regelungen der EU unvereinbar seien: 1. Monopol, 2. Quersubventionierung ausserhalb des Monopolbereichs. Für beide Bereiche bestehen effektiv wichtige Rahmenregelungen in der EU, die aber bereits heute aufgrund der bestehenden Vorgaben nach innerstaatlichem Recht eingehalten werden müssen.

Beitragsarten: Beiträge

Rechtsgebiete: Privatversicherungsrecht; Europarecht

Zitiervorschlag: Andreas R. Ziegler / Peter Moser, Sind die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole «europakompatibel»? , in: Jusletter 12. August 2019

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Charakteristika des KGV-Systems in der Schweiz
 1. Darstellung des KGV-Systems
 2. Vergleich von Monopol- und Wettbewerbslösungen bei Gebäudeversicherungen
 3. Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten
 - a. Gleichbehandlung bei Regulierung und Besteuerung
 - b. Keine Quersubventionierung
 - c. Keine Finanzierungsvorteile
 - d. Keine einseitigen Informationsvorteile
 - e. Organisationsmodelle und Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen
- III. Dienstleistungsfreiheit und Beihilfenregelung der EU
 1. Gebäudeversicherung und Binnenmarkt
 2. Gebäudeversicherung und Dienstleistungsfreiheit
 - a. Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit
 - b. Gebäudeversicherungsmonopol bzw. Versicherungszwang und Dienstleistungsfreiheit
 3. Gebäudeversicherungsmonopole und europäisches Beihilfenrecht
 - a. Beihilfenrecht als Teil des Wettbewerbsrechts
 - b. Gebäudeversicherung und Beihilfegriff
 - c. Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten
- IV. Schlussfolgerungen
 1. Beurteilung des Monopols der Gebäudeversicherung
 2. Beurteilung der Geschäftstätigkeit KGV ausserhalb des Monopolbereichs
 3. Ergebnis
- V. Zusammenfassung

I. Einleitung

[Rz 1] Bei einer allfälligen Übernahme der Binnenmarktregeln der EU auf den Markt für Gebäudeversicherungen sind die Dienstleistungsfreiheit und die Beihilfenregelung besonders relevant. Im Sinne einer Synthese werden in diesem Beitrag deshalb die beiden folgenden Fragen beantwortet:

- Sind die Monopole der KGV mit der Dienstleistungsfreiheit und der Beihilfenregelung vereinbar? Welches sind die kritischen Aspekte und mit welchen Argumenten kann ein Monopol in diesem Bereich gerechtfertigt werden?
- Unter welchen Bedingungen ist die Geschäftstätigkeit der KGV auf Wettbewerbsmärkten im Einklang mit der Beihilfenregelung? Welche Vorkehrungen müssen KGV treffen, damit sie diese Bedingungen erfüllen können?

[Rz 2] Die Antworten basieren auf den ökonomischen und juristischen Argumenten, welche detailliert in den Abschnitten II und III ausgeführt sind. Die juristische Analyse bedarf dabei aufgrund der entsprechenden Vorgaben des EU-Rechts der ökonomischen Analysen, um die Zulässigkeit der geprüften Massnahmen zu bewerten. In diesem Beitrag¹ wird daher zusätzlich die folgende Frage beantwortet:

¹ In welcher Form die Schweiz diese Regelung übernehmen würde und welche Instanzen für deren Durchsetzung verantwortlich wären, soll in diesem Beitrag nicht vertieft werden. Es wird unterstellt, dass in der Schweiz im Be-

- Wie sind die Monopole im Bereich der Gebäudeversicherungen und deren Geschäftstätigkeit in benachbarten Wettbewerbsmärkten ökonomisch zu beurteilen?

[Rz 3] Der Beitrag gliedert sich in drei Teile. In diesem Abschnitt werden das herrschende System und seine Ursprünge dargestellt. Im anschliessenden Abschnitt II wird eine ökonomische Analyse des betroffenen Marktes und der staatlichen Regulierungen vorgenommen. Anschliessend (Abschnitt III) werden die rechtlichen Bestimmungen in der Schweiz und der EU verglichen. Im Abschnitt IV werden im Sinne einer Synthese die beiden anfangs genannten zentralen Fragen beantwortet.

[Rz 4] In Abschnitt II sind die Ausgestaltung der KGV und die Unterschiede zum praktizierten System mit Privatversicherungen beschrieben. Basierend auf einer Auswertung der wesentlichen ökonomischen Studien wird argumentiert, dass regional begrenzte Staatsmonopole in diesem spezifischen Versicherungsmarkt zu besseren Resultaten führen als Marktformen mit mehr Wettbewerb. Zudem wird das Spannungsfeld diskutiert, das sich ergibt, wenn KGV Leistungen ausserhalb des Monopolbereichs in Konkurrenz zu anderen Unternehmen anbieten.

[Rz 5] In Abschnitt III werden die Beihilfenregelung und die Dienstleistungsfreiheit der EU präzise erklärt und deren ökonomische Begründung und Ausgestaltung aufgezeigt. Vertieft dargestellt wird die Praxis der EU bezüglich (Versicherungs-) Monopolen und hinsichtlich des Verhaltens von staatlich beherrschten Unternehmen auf Wettbewerbsmärkten. Die Analyse zeigt, dass Monopole eine Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellen, aber unter gewissen Bedingungen gemäss der Praxis in der EU gerechtfertigt werden können. Ebenso können staatlich beherrschte Unternehmen Leistungen auf Wettbewerbsmärkten anbieten, solange keine verbotene Beihilfe vorliegt.

II. Charakteristika des KGV-Systems in der Schweiz

[Rz 6] In diesem Teil wird die Frage analysiert, wie die Monopole im Bereich der Gebäudeversicherungen und deren Geschäftstätigkeit in benachbarten Wettbewerbsmärkten ökonomisch zu beurteilen sind. Zunächst ist in Abschnitt 1 die Ausgestaltung des Systems der öffentlich-rechtlichen kantonalen Gebäudeversicherungen erklärt und die Unterschiede zum System in den Kantonen, in welchen Privatversicherungen tätig sind, aufgezeigt. Darauf aufbauend werden in Abschnitt 2 die Ergebnisse der beiden Systeme verglichen und dargelegt, weshalb im Bereich der Gebäudeversicherungen ein freier Markt nicht effizient ist und zu unerwünschten Resultaten führt. Es wird aufgezeigt, weshalb ein regional begrenztes Staatsmonopol gegenwärtig die beste Organisationsform darstellt. Schliesslich diskutieren wir im Abschnitt 3 die Herausforderungen, welche entstehen, wenn KGV Versicherungen ausserhalb des Monopolbereichs in Konkurrenz mit der Privatassekuranz anbieten.

reich der Gebäudeversicherung und benachbarter Versicherungsmärkte die EU-Regelung gemäss der gängigen Praxis in der EU angewendet wird.

1. Darstellung des KGV-Systems

[Rz 7] In der Schweiz wird die Gebäudeversicherung gegen Feuer und Elementarschäden durch zwei Systeme sichergestellt. 19 Kantone kennen öffentlich-rechtliche kantonale Gebäudeversicherungen und in den übrigen 7 Kantonen (sogenannte «GUSTAVO»-Kantone bestehend aus Genf, Uri, Schwyz, Tessin, Appenzell IR, Wallis und Obwalden) sind die Gebäude durch Privatversicherungen versichert. Die KGV versichern ca. 85 Prozent der Gebäude in der Schweiz und zeichnen sich durch folgende Eigenschaften aus:²

- Es besteht eine Versicherungspflicht für die Gebäudeeigentümer.
- Die KGV haben ein rechtliches Monopol für Feuer- und Elementarschäden in ihrem Kantonsgebiet. Als Elementarschäden gelten Hochwasser/Überschwemmungen, Sturm, Hagel, Lawinen, Schneedruck, Felssturz, Steinschlag und Erdbeben. Erdbeben ist mit einer Ausnahme (Zürich) ausgeschlossen, jedoch verfügen die KGV über einen Pool für Erdbebendeckung), der jährlich zwei Mal bis 2 Milliarden Franken an Leistungen ausrichten kann. Anspruchsberechtigt sind jedoch die KGV, nicht direkt die Versicherten.
- Die KGV garantieren eine unbegrenzte Deckung und gewährleisten eine Neuwertversicherung. Ein Rückversicherungssystem zwischen den KGV stellt sicher, dass auch hohe Schäden bewältigt werden können (Interkantonale Risikogemeinschaft Elementar).
- Die KGV sind verpflichtet, alle Risiken zu versichern. Die Prämien der KGV (in Promille des Gebäudewertes) weisen in der Regel eine bescheidene Risikoabstufung auf. Eine Ausnahme sind Einheitsprämien im Kanton Zürich.
- Die KGV sind zugleich in der Schadenverhütung und Schadenbekämpfung tätig. Sie können je nach kantonaler Regelung die Hauseigentümer verpflichten, präventive Massnahmen zu treffen, wobei die KGV diese Massnahmen teilweise finanziell unterstützen. Auch nehmen die KGV Einfluss auf die Baubewilligungen. Zudem unterstützen die KGV die Feuerwehr, sowohl finanziell als auch durch Ausbildung. Diese Aufgaben der KGV werden über eine Präventionsabgabe auf den Wert der Liegenschaften durch die Versicherten finanziert.
- Die KGV sind selbstständige, öffentlich-rechtliche Anstalten des kantonalen Rechts, welche nicht gewinnstrebend sind. Allfällige Überschüsse fliessen in die Reserven oder werden in Form von Prämienrabatten an die Versicherten ausgeschüttet. Die Kantone schliessen eine Staatsgarantie ausdrücklich im Gesetz aus und verfügen über kein Dotationskapital bei den KGV.

[Rz 8] In den übrigen sieben Kantonen (GUSTAVO-Kantonen) bieten Privatversicherungen die Elementarschadensversicherung an. Sie versichern ca. 15 Prozent der Gebäude in der Schweiz. Die wesentlichen Unterschiede zu den KGV sind die Folgenden.³

² CORNEL QUINTO, Finanzdienstleistungsabkommen Schweiz-EU (FDA): Text KGV, Bern 2015. REIMUND SCHWARZE et. al., Sichern und Versichern im gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht, Bern 2015, online: https://www.vkg.ch/media/1073/8-ausschreibung_d_2106_v3-0.pdf.

³ Vgl. FINMA, Elementarschadenversicherung in der Schweiz (ES-Versicherung), Historie und Anwendungsbereich, 2017, online: <https://www.finma.ch/de/~media/finma/dokumente/dokumentcenter/myfinma/2ueberwachung/elementarschaden-historie-anwendungsbereich.pdf?la=de>.

- Während die KGV kantonal geregelt sind, unterstehen die Privatversicherungen dem eidgenössischen Versicherungsaufsichtsgesetz. Versicherungen, welche eine Feuerversicherung anbieten, sind verpflichtet, auch eine Elementarschadensversicherung anzubieten.
- Deckungsumfang und Prämientarife sind gesetzlich vereinheitlicht. Demgegenüber unterscheiden sich bei den KGV die Prämien der Elementarversicherung in den verschiedenen Kantonen.
- Ein Elementarschaden-Pool sorgt für einen Risikoausgleich zwischen den Privatversicherungen. Der Pool deckt Schäden bis zu 2 Milliarden Franken pro Jahr ab und ist mit einer zusätzlichen Rückversicherung ausgestattet.
- Die gesetzlich vorgeschriebene Versicherungsdeckung bei Privatversicherungen ist zum Teil kleiner als bei den KGV. Die Deckung ist je nach GUSTAVO-Kantone unterschiedlich, jedoch muss der Vollwert versichert sein. Zudem sind die Leistungen auf 25 Millionen Franken pro Ereignis und Versicherungsnehmer und auf 1 Milliarde Franken pro Ereignis limitiert. Bei den KGV ist der Neuwert unbegrenzt gedeckt.
- Privatversicherer bieten die Elementarschadenversicherungen im Rahmen eines Versicherungspaketes an. Darin kann sowohl die Versicherungsdeckung erhöht, als auch zusätzliche Versicherungen eingeschlossen werden. Diese zusätzlichen Leistungen sind nicht im gleichen Mass reguliert und der Abschluss dieser Versicherungen ist freiwillig. KGV bieten teilweise in diesem Wettbewerbsbereich ebenfalls Versicherungen an (vgl. dazu Abschnitt 3).
- Die Privatversicherungen sind verpflichtet, einen Präventionsbeitrag von den Versicherten einzuziehen. Diese Gelder werden an die GUSTAVO-Kantone abgeliefert. Die Privatversicherungen selbst sind im Unterschied zu den KGV nicht direkt in die Durchführung der Prävention und in die Unterstützung der Feuerwehr involviert. Diese Aufgabe obliegt in den GUSTAVO-Kantonen der öffentlichen Verwaltung.

[Rz 9] In der Tabelle 1 sind die wesentlichen Elemente des KGV im Vergleich zu den Vorgaben der Elementarschadensverordnung zusammenfassend dargestellt.

Tabelle 1: Vergleich KGV und Privatversicherungen

Kriterien	KGV	GUSTAVO (gemäss Aufsichtsvorordnung)
Trägerschaft	Öffentlich-rechtliche Versicherung mit kantonalem Monopol	Privatversicherungen, mit Regulierung des Deckungsumfangs und der Prämien
Versicherungsmodell	Versicherungspflicht bei der KGV, umgekehrt Annahme (Kontrahierungszwang) durch KGV	Versicherungspflicht in einigen Kantonen, ansonsten faktischer Zwang durch
Prämien (Feuer und Elementarschaden)	0.25 bis 0.46 ‰	0.85 ‰ (1)
Deckung	Neuwert, unlimitiert	Vollwert, limitiert (2)
Prävention	Präventionsabgabe und Verantwortung für Prävention	Präventionsabgabe zuhanden des Kantons, aber keine Integration bei Massnahmen
Feuerwehr	Integriert	Nicht integriert

Bemerkungen: (1) Für die GUSTAVO-Kantone setzt sich dieser Wert aus der gesetzlich vorgeschriebene Elementarschadensprämie von 0.46 ‰ und einer mittleren Brandschutzprämie von 0.39 ‰ zusammen. (2) Kantone können eine höhere Deckung verlangen. So schreibt z.B. der Kanton Uri den Neuwert vor.⁴

2. Vergleich von Monopol- und Wettbewerbslösungen bei Gebäudeversicherungen

[Rz 10] Das Ziel der Gebäudeversicherung besteht darin, einen Elementarschaden umfassend, schnell und effizient zu beheben. Gleichzeitig sollen die Ressourcen optimal zwischen Schadensvermeidung (Prävention), Schadensminderung (z.B. Feuerwehr) und Schadensabwicklung aufgeteilt werden, um die Kosten der Versicherung möglichst tief zu halten.

[Rz 11] Im Allgemeinen geht die Volkswirtschaftslehre davon aus, dass der Wettbewerb zwischen privaten Unternehmen die genannten Ziele besser erreicht als staatliche Monopole. Der Wettbewerb spornt die Anbieter zu einer höheren Effizienz an und führt damit zu günstigeren Preisen, besserer Qualität, grösserer Produktvielfalt oder zu tieferen Kosten als bei einem Monopol. Selbstverständlich gilt diese Regel nicht bedingungslos, sondern setzt voraus, dass keine bedeutenden Marktversagen auftreten.

[Rz 12] Bei der Gebäudeversicherung belegen eine Reihe von empirischen Arbeiten, dass diese Regel nicht zutrifft. Entfacht wurde die Debatte in der Schweiz durch ein Gutachten im Auftrag

⁴ Quinto, C. (Fn. 2); SCHWARZE et al. (Fn. 2), S. 15.

der kantonalen Gebäudeversicherungen von UNGERN-STERNBERG (1994)⁵ und ein Gutachten im Auftrag der privaten Versicherungswirtschaft, erstellt von SCHIPS (1995)⁶. Diese Auseinandersetzung löste eine Reihe von weiteren Arbeiten aus, zum Beispiel von KIRCHGÄSSNER (1996)⁷, FELDER & BRINKMANN (1996), EMONS (2001)⁸ und die Untersuchungen wurden auf andere europäische Länder ausgedehnt.⁹ Die Erkenntnisse aus dieser Diskussion unterstützen den Vorteil von staatlichen Monopolen im Bereich der Gebäudeversicherungen:

- Staatliche Monopole haben einen grösseren Anreiz, Präventionsmassnahmen zu fördern und finanziell zu unterstützen. Sie ziehen daraus einen direkten finanziellen Vorteil, weil dadurch in ihrem Versicherungsgebiet die Schadenskosten sinken. Deshalb wenden staatliche Monopole mehr Mittel für die Prävention auf als private Versicherungen.
- Staatliche Monopole weisen deutlich tiefere Schadenszahlungen im Verhältnis zur Versicherungssumme auf als private Versicherungsunternehmen. Das liegt daran, dass die höheren Präventionsaufwendungen der staatlichen Versicherungen die Schäden wirksam reduzieren. Zudem wird vermutet, dass private Anbieter sich gegenüber Kunden kulanter verhalten, um keine Kunden an die Konkurrenz zu verlieren.¹⁰
- Staatliche Monopolversicherungen haben im Vergleich zu privaten Versicherungen deutlich tiefere Prämien. Dazu tragen neben den tieferen Schadenskosten auch tiefere Vertriebs- und Verwaltungskosten dazu bei. Dieses Ergebnis ist äusserst robust und zeigt sich sowohl in Vergleichen der beiden Systeme zum Beispiel in der Schweiz als auch bei Analysen über den Übergang von Monopolen zu wettbewerblichen Systemen. So entsprechen die Prämien in den KGV-Kantonen im Durchschnitt etwa einem Drittel der Prämien in den GUSTAVO-Kantonen. In Deutschland sind seit der Abschaffung der Staatsmonopole und der Einführung des Wettbewerbs die Prämien vor allem für Kleinkunden zwischen 40 und 80% gestiegen.¹¹
- Staatliche Monopole sind auch relativ zu ihren (tieferen) Schadensaufwendungen effizienter als private Versicherungsunternehmen. Dabei wird als Mass der Effizienz die Differenz zwischen Prämien und Schadensaufwendungen im Verhältnis zu den Schadensaufwendungen verwendet. Dieses Ergebnis ist kontrovers. So findet SCHIPS (1995) bei diesem Mass einen kleinen Vorteil seitens der privaten Anbietern, dessen Resultate aber durch KIRCHGÄSSNER (1996) methodisch kritisiert werden. Bei korrekter Methodik findet

⁵ THOMAS UNGERN-STERNBERG, Die kantonalen Gebäudeversicherungen: Eine ökonomische Analyse. Université de Lausanne, Cahiers de recherches économiques, no 9404, Lausanne 1994.

⁶ BERND SCHIPS, Ökonomische Argumente für wirksamen Wettbewerb auch im Versicherungszweig «Gebäudefeuer- und Gebäudeelementarschäden», St. Gallen 1995.

⁷ GERHARD KIRCHGÄSSNER, Ideologie und Information in der Politikberatung. Einige Bemerkungen und ein Fallbeispiel, Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 41, Hamburg 1996, S. 10–41.

⁸ STEFAN FELDER / HENRIK BRINKMANN, Deregulierung der Gebäudeversicherung im Europäischen Binnenmarkt: Lehren für die Schweiz? Schweizerische Zeitschrift für Volkswirtschaft und Statistik, 132/3, 1996, S. 459–472; WINAND EMONS, Imperfect Tests and Natural Insurance Monopolies, Journal of Industrial Economics 49/3, 2003, S. 247–268.

⁹ THOMAS UNGERN-STERNBERG, Gebäudeversicherung in Europa – Die Grenzen des Wettbewerbs. Bern 2002 und ders., Staatseingriffe im Markt für Versicherung gegen Naturkatastrophen, Schweizerische Zeitschrift für Politikwissenschaft 11/4, 2005, S. 123–138.

¹⁰ Vgl. EMONS (Fn. 8); KIRCHGÄSSNER (Fn. 7).

¹¹ Vgl. UNGERN-STERNBERG (Fn. 9), S. 131.

KIRCHGÄSSNER eine höhere Effizienz bei den KGV,¹² ebenso FELDER & BRINKMANN (1996) basierend auf detaillierten Zahlen. Auch der Preisüberwacher kommt nach Berücksichtigung der höheren Brandschutzaufwendungen und der höheren Kapitalerträge der kantonalen Gebäudeversicherungen zum Schluss, dass die Monopolgesellschaften nicht nur absolut, sondern auch relativ etwas effizienter arbeiten als die Privatassekuranz.¹³

- Ohne Versicherungspflicht – unabhängig von der Angebotsform – besteht die Gefahr, dass Liegenschaften nur ungenügend gegen Elementarschäden versichert werden und die Eigentümer darauf vertrauen, dass bei Naturkatastrophen der Staat die Wiederaufbaukosten übernimmt. Dieses Problem trifft vor allem im Ausland auf, da in der Schweiz die meisten Kantone (ausser Genf, Tessin und Wallis) eine Versicherungspflicht kennen.

[Rz 13] Diese Ergebnisse weisen deutlich darauf hin, dass staatliche Monopole gegenüber Privatversicherungen handfeste Vorteile aufweisen. In der Realität sind jedoch beide Marktformen stark reguliert. So werden die kantonalen Gebäudeversicherungen durch die jeweiligen kantonalen Regierungen beaufsichtigt. Die Prämien werden entweder von der Regierung oder von einem teilweise nach politischen Kriterien besetzten Verwaltungsrat festgelegt. Demgegenüber werden private Versicherungsgesellschaften durch die FINMA beaufsichtigt und die Leistungen sind gesetzlich vereinheitlicht. Die FINMA legt die einheitlichen Tarife auf Vorschlag der Versicherungsunternehmen fest. Der Wettbewerb ist also auch in den GUSTAVO-Kantonen stark eingeschränkt, da Versicherungsdeckung und Prämien bei allen Anbietern identisch sind. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich damit um ein staatlich angeordnetes Preis- und Konditionenkartell, in welchem der Spielraum für wirksamen Wettbewerb sehr klein ist.

[Rz 14] Der Grund für die weitgehende Regulierung der Gebäudeversicherung nicht nur in der Schweiz, sondern auch in anderen Ländern, liegt darin, dass der Markt für Gebäudeversicherung durch verschiedene Marktunvollkommenheiten, wie nicht beobachtbare Handlungen und nicht allen verfügbaren Informationen, gekennzeichnet ist. Ökonomen bezeichnen dies als asymmetrische Informationen. Insbesondere vier Probleme erschweren Transaktionen bei Gebäudeversicherungen:¹⁴

- a. *Moral Hazard*: Wird eine vollständige und schnelle Schadensdeckung garantiert, dann besteht die Gefahr, dass Eigentümer von Gebäuden zu wenig in Schutzmassnahmen investieren. Dadurch entstehen zu hohe Schadenskosten.
- b. *Fehlender Versicherungsanreiz*: Besteht die begründete Erwartung, dass bei Naturkatastrophen der Staat oder Spender einen substantiellen Teil der Schäden finanzieren, schwindet die Bereitschaft, eine Versicherung abzuschliessen. Dadurch sinken ebenfalls die Präventionsanreize. Zudem besteht die Gefahr, dass der Wiederaufbau verzögert wird.
- c. *Adverse Selektion oder Negativauswahl*: Werden einheitliche Prämien verlangt, welche sich an den durchschnittlichen Kosten aller Versicherungsnehmer orientieren, so sind Immobilienbesitzer mit tiefen Risiken nicht bereit, die Versicherung abzuschliessen. Als Versicherungskunden verbleiben dann Besitzer von jenen Gebäuden, die ein hohes Risiko aufweisen.

¹² Vgl. KIRCHGÄSSNER (Fn. 7).

¹³ Vgl. Preisüberwacher, Die Prämien der Gebäudeversicherungsanstalten aus der Sicht der Preisüberwachung, Bern 1996.

¹⁴ Vgl. SCHWARZE et. al. (Fn. 2), 7ff.

Das führt zu höheren durchschnittlichen Kosten und damit zu einem Anstieg der Prämie, was diesen Prozess verstärkt. Die adverse Selektion kann durch risikogerechte Prämien gemildert werden, was aber voraussetzt, dass die Versicherungsunternehmen die Risiken korrekt abschätzen können.

- d. *Transaktionskosten*: Transaktionskosten verschiedenster Art erschweren diesen Markt. Da die Transaktionen auf Vertrauen basieren, entstehen bei einem Wettbewerb bedeutende Marketingkosten. Zudem müssen Versicherungsanbieter optimale Präventionsmassnahmen durchsetzen, entweder direktiv oder über Anreize (Selbstbehalte). Im Weiteren muss die Unternehmung in die Risikoanalyse investieren, damit sie korrekte risikogerechte Prämien festlegen kann. Schlechte Risiken werden sich dann möglicherweise diese Prämien nicht mehr leisten können, wodurch der Versicherungsschutz reduziert wird. Schliesslich muss in eine effiziente Schadensabwicklung investiert werden, damit der Wiederaufbau rasch durchgeführt werden kann.

[Rz 15] Aus diesen Gründen existieren reine Marktmodelle ohne Staatshilfe praktisch nirgendswo. Denn unregulierte Systeme führen meist zu Unterdeckung, da Regierungen zu *ex post* Staatshilfen beim Wiederaufbau zumindest bei grossen Ereignissen neigen. Dieses «*Charity-Dilemma*» kann durch eine Versicherungspflicht verhindert werden. Bei Versicherungspflicht und privatem Wettbewerb mit freier Prämiengestaltung werden Versicherungsunternehmen risikogerechte Prämien anstreben. Das kann dazu führen, dass für Gebäude mit hohem Risiko die Prämien sehr hoch und eventuell unbezahlbar werden. Durch Preisregulierung kann dieses Problem gemildert werden, jedoch werden die guten Risiken dann gezwungen, die Kosten der schlechten Risiken mitzufinanzieren.

[Rz 16] In der Schweiz ist der Versicherungsanreiz durch die in fast allen Kantonen geltende Versicherungspflicht gegeben. Das Problem unbezahlbarer hoher Prämien wird durch die Preisregulierung bei den KGV und bei den privaten Versicherungen vermieden.

[Rz 17] Der wesentliche Vorteil der KGV gegenüber dem Modell des regulierten Wettbewerbs besteht darin, dass KGV die *Moral Hazard*-Anreize bei der Prävention wirksamer mildern und gleichzeitig die Transaktionen kostengünstiger abwickeln können als private Versicherungsunternehmen in einem regulierten Markt. Die KGV haben einen Anreiz, mehr Mittel in die Prävention und Intervention zu investieren, weil sie mit ihrem regionalen Monopol direkt von den Vorteilen tieferer Schäden in ihrer Region profitieren. Zudem können sie das Wissen, dass sie aus der Schadensabwicklung erwerben, direkt in der Prävention einsetzen. Hilfreich ist auch, dass die KGV vielfach in hoheitliche Prozesse wie Baubewilligungen oder Raumplanung eingebunden sind. Demgegenüber stehen die KGV nicht in einem Wettbewerb mit Konkurrenten. Das spart auf der einen Seite Marketing- und Vertriebskosten, reduziert aber im Vergleich zu einem wettbewerblichen Markt den Druck, die internen Prozesse ständig zu verbessern und kostengünstiger zu gestalten. Dieser Effizienzdruck ist jedoch auch in den GUSTAVO-Kantonen kaum vorhanden, da die Preise und Leistungen im Elementarversicherungsbereich einheitlich reguliert sind.

[Rz 18] Wie die verschiedenen empirischen Studien zeigen, überwiegen die Vorteile einer Monopollösung deutlich gegenüber einem System eines regulierten Wettbewerbs. Dass die Monopole regional begrenzt sind, hat ebenfalls Vorzüge. So ermöglicht der Vergleich im Sinne eines Benchmarkings einen gewissen Wettbewerb. Zudem können regionale Institutionen stärker in die politischen Institutionen der Regionen eingebunden werden und sich auf die spezifischen Probleme ausrichten.

3. Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten

[Rz 19] Kantonale Gebäudeversicherungen bieten zum Teil Versicherungen ausserhalb der Feuer- und Elementarschäden an. Viele dieser Angebote haben einen engen Bezug zum Kerngeschäft und stehen im Wettbewerb zur Privatassekuranz.

[Rz 20] Gemäss der schweizerischen Rechtsordnung dürfen öffentliche Unternehmen im Grundsatz Güter und Dienstleistungen im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft anbieten. Das Bundesgericht hat in seinem Entscheid «*Glarnersach*» (BGE 138 I 378) klargestellt, dass durch den Markteintritt eines staatlichen Unternehmens mit gleichen Rechten und Pflichten den privaten Unternehmen lediglich ein weiterer Konkurrent entstehe und damit die Wirtschaftsfreiheit nicht eingeschränkt werde. Voraussetzungen für staatliche unternehmerische Tätigkeit ist eine gesetzliche Verankerung der wirtschaftlichen Tätigkeit. Die Tätigkeit muss im Weiteren im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf nicht allein betriebswirtschaftlich oder fiskalisch motiviert sein.¹⁵ Der Wettbewerbsbereich der KGV unterliegt dem Wettbewerbsrecht und die KGV dürfen ihre Marktstellung im Monopolbereich nicht missbrauchen. Eine unzulässige Behinderung im Sinne von Art. 7 KG kann vorliegen, wenn eine KGV die marktbeherrschende Stellung auf einem vorgelagerten Markt wie im vorliegenden Fall dazu missbraucht, um andere Unternehmen auf einem benachbarten Markt in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern.¹⁶

[Rz 21] Damit der Wettbewerb in diesen Märkten gut funktionieren kann, sollte kein Anbieter aufgrund staatlicher Regulierung oder Leistungen einen selektiven Konkurrenzvorteil erhalten.¹⁷ Staatliche und private Unternehmen sind folglich bezüglich Marktzutritts- respektive Marktaustrittsbedingungen sowie Auflagen und Standards gleich zu behandeln.¹⁸ Damit soll sichergestellt werden, dass sich jene Unternehmen mit dem aus Sicht der Kunden besseren Kosten-Leistungsverhältnis im Markt durchsetzen können. Werden staatsnahe Unternehmungen bevorzugt, besteht die Gefahr, dass die Allgemeinheit ein Teil des unternehmerischen Risikos übernimmt und diese Anbieter deshalb übermässige Risiken eingehen. Zudem können dadurch die Entstehung von monopolistischen Märkten befördert werden mit den bekannten negativen Auswirkungen solcher Marktformen. Konkret bedeutet dies, dass Wettbewerbsverzerrungen in vier Bereichen zu vermeiden sind.¹⁹

a. Gleichbehandlung bei Regulierung und Besteuerung

[Rz 22] Private und staatliche Unternehmungen sollten den gleichen Regulierungen und der gleichen Besteuerung unterliegen. Dieses Kriterium ist nur teilweise erfüllt.

¹⁵ Vgl. z. B. JOHANNES REICH, Gebäudeversicherung und «negativ nachgeführte» Bundesverfassung, Aktuelle Juristische Praxis, 2013, S. 1399–1412, S. 1410 ff. und Bundesrat, Staat und Wettbewerb: Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf die Wettbewerbsmärkte, Bern 2017, S. 13 ff.

¹⁶ Vgl. Wettbewerbskommission, Vorabklärung betreffend Eignerstrategie Energie Wasser Bern (ewb) wegen allenfalls unzulässiger Verhaltensweise, Recht und Politik des Wettbewerbs, Bern 2014, S. 79–109, S. 88.

¹⁷ Bundesrat (Fn. 15), S. 9.

¹⁸ Vgl. Polynomics, Staat und Wirtschaft: Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen, Bern 2017, S. 23.

¹⁹ Vgl. Bundesrat (Fn. 15), S. 10–11 und Polynomics (Fn. 18), S. 24–25.

[Rz 23] Die KGV unterstehen mit ihren Angeboten im Wettbewerbsbereich in der Regel nicht wie die Privatassekuranz dem Versicherungsaufsichtsgesetz und damit nicht der Aufsicht durch die FINMA, sondern werden durch die zuständigen Kantone reguliert und beaufsichtigt.²⁰ Dadurch ist eine Gleichbehandlung beispielsweise bei den Kapitalanforderungen und der Solvenzkontrolle nicht automatisch garantiert. Ob die Aufsicht der KGV äquivalent ist wie jene der Privatversicherer, hängt von der Praxis in den 17 Kantonen mit einer KGV ab.

[Rz 24] Die KGV sind zudem nicht steuerpflichtig. Somit werden auch allfällige Gewinne aus dem Angebot im Wettbewerbsbereich nicht besteuert, falls dieser Bereich nicht in einer anderen, steuerpflichtigen Rechtsform geführt wird. Vereinzelt besteht jedoch eine gewisse Gewinnablieferungspflicht an den Kanton, zum Beispiel im Kanton Aargau in der Höhe der potentiellen Steuerlast. In den Genuss einer (expliziten) Staatsgarantie kommen KGV in der Regel nicht, da eine Haftung durch den Kanton ausdrücklich in den entsprechenden Gesetzen ausgeschlossen wird.

b. Keine Quersubventionierung

[Rz 25] Quersubventionierungen zwischen dem geschützten Monopolbereich und dem Wettbewerbsbereich sind zu verhindern.

[Rz 26] Diese Auflage ist unbestritten, unterschiedliche Ansichten bestehen darüber, wie diese Auflage gesichert werden soll. Das Bundesgericht (BGE 138 I 378 E. 9.1) verlangt, dass der Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich kalkulatorisch getrennt sein muss. Systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich sind unzulässig. Jedoch fordert das Bundesgericht keine rechtliche Verselbständigung und Ausgliederung des Wettbewerbsbereichs. Damit entstehen Graubereiche bei der Anrechnung der Gemeinkosten. Auch kann der Markenname der KGV genutzt werden, um im Wettbewerbsbereich Kunden zu akquirieren. Deshalb fordert die Studie von Polynomics²¹ eine strukturelle oder organisatorische Trennung der verschiedenen Bereiche.

c. Keine Finanzierungsvorteile

[Rz 27] Die staatlichen Anbieter sollten für ihre Tätigkeit im Wettbewerbsbereich weder implizit noch explizit eine Staatsgarantie erhalten. Liegt eine Staatsgarantie vor, so muss sie wenigstens nach transparenten Kriterien abgegolten werden.

[Rz 28] Dieses Kriterium ist bei den KGV insofern erfüllt, als die Kantone keine Staatsgarantie für ihre KGV vorsehen, sondern darüber hinaus meist ausdrücklich eine Staatsgarantie im Gesetz ausschliessen. Aufgrund der hohen Reserven und des Rückversicherungssystems ist das Risiko einer Zahlungsunfähigkeit der KGV sehr klein.

²⁰ Vgl. PIERRE TSCHANNEN/THOMAS LOCHER, Aufsicht über das Versicherungsgeschäft kantonalen Gebäudeversicherungen ausserhalb des Monopols, Verwaltungsorganisationsrecht, Staatshaftungsrecht, öffentliches Dienstrecht, Jahrbuch der Schweizerischen Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht 2013, S. 63–97.

²¹ Polynomics, Staat und Wirtschaft: Institutionelle und wettbewerbliche Aspekte bei kantonalen und kommunalen Unternehmen, Bern 2017, S. 24–25.

d. Keine einseitigen Informationsvorteile

[Rz 29] Staatliche Unternehmen dürfen nicht durch Daten aus dem Monopolbereich Vorteile erhalten. Die Wettbewerbskommission verlangt dabei einen sehr sorgfältigen Umgang mit Daten, welche aus dem Monopolbereich stammen.²² Ein Austausch beziehungsweise eine Nutzung von Marktdaten, Kundendaten oder anderen Informationen aus den Monopolbereichen zum Vorteil der Wettbewerbsbereiche kann einen Marktmissbrauch darstellen. Daten aus dem Monopolbereich müssen folglich allen Anbietern im Wettbewerbsbereich zu denselben Bedingungen zugänglich sein.

[Rz 30] Um dieses Kriterium nachweislich zu erfüllen, müssen KGV verschiedene organisatorische Massnahmen und Vorkehrungen im Datenmanagement ergreifen. Es muss sichergestellt werden, dass die Mitarbeitenden im Wettbewerbsbereich nicht direkt oder indirekt Informationsvorteile aus dem Geschäft im Monopolbereich erhalten.

e. Organisationsmodelle und Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen

[Rz 31] Grundsätzlich lassen sich privatwirtschaftliche Tätigkeiten der KGV auf zwei Arten organisieren. Diese Aktivitäten können institutionell getrennt werden und in eine selbstständige private Tochtergesellschaft ausgelagert werden. Diese untersteht wie die Privatassekuranz dem Versicherungsaufsichtsgesetz und wird von der FINMA beaufsichtigt. Ein Beispiel ist die Gebäudeversicherung Bern (GVB), welche die im Wettbewerb angebotenen Produkte in eine Tochtergesellschaft ausgelagert hat. Gegenüber der Wettbewerbskommission hat sich die GVB unter anderem verpflichtet, keine Koppelungsgeschäfte anzubieten, keine gemeinsame Werbung zu betreiben und Daten, welche sie der Tochtergesellschaft zur Verfügung stellt, zu den gleichen Bedingungen anderen Anbietern zeitgleich und zu denselben Bedingungen zur Verfügung zu stellen.²³

[Rz 32] Alternativ können die Produkte im Wettbewerbsbereich gemeinsam mit den Monopolleistungen direkt aus der KGV angeboten werden. Dabei bleibt dieser Bereich innerhalb der gleichen Organisation und es werden lediglich die Kosten buchhalterisch getrennt ausgewiesen.

[Rz 33] Weder das Bundesgericht noch die Wettbewerbskommission haben eine institutionelle Auslagerung verlangt. In beiden Modellen können die oben genannten Bedingungen eingehalten werden. Bei einer institutionellen Trennung dürfte dies jedoch einfacher und transparenter nachweisbar sein als bei lediglich buchhalterischer Trennung. So ist die Gleichbehandlung hinsichtlich Regulierung und Besteuerung in diesem Modell automatisch durch die Unterstellung unter das Versicherungsaufsichtsgesetz garantiert. Finanzströme lassen sich transparent darstellen und gemeinsame Gemeinkosten dürften kleiner sein als bei der buchhalterischen Trennung. Damit wird das Risiko der Querfinanzierung reduziert.

[Rz 34] Abschliessend möchten wir betonen, dass die Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen in beiden Organisationsmodellen möglich ist, aber bei einer institutionellen Trennung lässt sich die Einhaltung der Kriterien besser für Dritte nachvollziehbar darstellen.

²² Vgl. Wettbewerbskommission (Fn.16), S. 101 ff.

²³ Vgl. Wettbewerbskommission (Fn. 16), S. 102 ff.

III. Dienstleistungsfreiheit und Beihilfenregelung der EU

[Rz 35] In diesem Teil beantworten wir die Frage, was die Beihilfenregelung und die Dienstleistungsfreiheit der EU beinhalten und nach welchen Kriterien die EU die Einhaltung dieser beiden Binnenmarktregelungen beurteilt. Zunächst stellen wir die Definitionen der Dienstleistungsfreiheit und des Beihilfebegriffs in der EU dar (dieser Begriff wird in der Schweiz so nicht verwendet) und erläutern die ökonomische Begründung und deren grundsätzliche Ausgestaltung. Vertieft diskutiert wird die Praxis bezüglich (Versicherungs-) Monopole und hinsichtlich des Verhaltens von staatlich beherrschten Unternehmen auf Wettbewerbsmärkten. Hier stützen wir uns u.a. auf folgende Literatur und Materialien ab: KILIAN & WENDT (2017)²⁴ und KHAN & EISENHUT (2018)²⁵ und Bekanntmachung der Europäischen Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. 2016 C 262/1.

1. Gebäudeversicherung und Binnenmarkt

[Rz 36] Die Verhandlungen mit der EU, im Rahmen derer die vorliegende Analyse von Interesse ist, betreffen in erster Linie den Zugang zum Binnenmarkt. Während bislang nur punktuell eine Liberalisierung des Dienstleistungshandels der Schweiz mit der EU vereinbart wurde (z.B. Luftverkehr, Landverkehr), könnte in der Zukunft eine Liberalisierung des ganzen Dienstleistungsverkehrs oder zumindest der Finanzdienstleistungen (inkl. der Versicherungen) angestrebt werden. Dabei wird normalerweise der betroffene Bereich in den Binnenmarkt der EU integriert, was die EU regelmässig nur mit gleichzeitiger Übernahme der anwendbaren Regelungen der betroffenen Bereiche zulässt (Harmonisierung oder Anerkennung der Äquivalenz).

[Rz 37] Der Binnenmarkt ist (nicht anders als in der nationalen Wirtschaftsverfassung vieler Staaten) das Hauptinstrument, um ein zuvor segmentiertes und verzerrtes Wirtschaftsgebiet zusammenzuführen und unerwünschte Verzerrungen zu vermeiden.²⁶ Dazu wurde das Europäische Binnenmarktrecht geschaffen, welches sich aus einer Vielzahl von Instrumenten zusammensetzt, die aber grundsätzlich alle dem genannten Ziel dienen. Dieses Recht hat sich nach und nach entwickelt und unterliegt auch weiterhin einer gewissen Dynamik. Wie in anderen Rechtsgebieten der EU unterscheidet man zwischen primärem Binnenmarktrecht (im Wesentlichen in den von den Mitgliedstaaten ratifizierten Verträgen enthalten), das in der Schweiz von der Funktion etwa dem Verfassungsrecht gleichzusetzen wäre, und dem sekundären Binnenmarktrecht, welches im Wesentlichen aus den auf dem Vertragsrecht fussenden Richtlinien und Verordnungen besteht und idealtypisch (wie in der Schweiz das Gesetzesrecht), das Primärrecht konkretisieren soll.²⁷

[Rz 38] Insbesondere das Sekundärrecht unterliegt der erwähnten Dynamik. Hinzu kommt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der auch im Beihilferecht oder bezüglich der Dienstleistungsfreiheit immer wieder wichtige Leitureile gefällt hat. Das Beihilferecht gehört dabei im Rahmen dieses Konzepts zum Wettbewerbsrecht der EU, in welchem die Europäische Kom-

²⁴ Vgl. WOLFGANG KILIAN/DOMINIK HENNING WENDT, Europäisches Wirtschaftsrecht, Baden-Baden 2017.

²⁵ Vgl. DANIEL-ERASMUS KHAN/DOMINIK EISENHUT, Artikel 51, in: Christoph Vedder/W. Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht – Handkommentar, Baden-Baden 2018, S. 453–455.

²⁶ Vgl. ANDREAS R. ZIEGLER, Internationales Wirtschaftsrecht. 2. Aufl., Bern 2017, S. 11.

²⁷ Vgl. KILIAN/WENDT (Fn. 24), S. 52.

mission eine wichtige Rolle spielt. Als zentrale Vollzugsbehörde führt sie nicht nur Verfahren, um Verstössen gegen das Wettbewerbsrecht (und damit auch des Beihilferechts) zu ahnden, sondern erlässt auch Rechtsakte und Weisungen, die gewisse Aspekte des EU-Rechts klären sollen.²⁸

2. Gebäudeversicherung und Dienstleistungsfreiheit

a. Ausgestaltung der Dienstleistungsfreiheit

[Rz 39] Die Gebäudeversicherung kann in erster Linie als eine Dienstleistung angesehen werden, für die im Binnenmarkt entsprechend eine der vier Grundfreiheiten, die sogenannte Dienstleistungsfreiheit, von primärer Bedeutung ist.

[Rz 40] Dienstleistungsfreiheit bedeutet die Möglichkeit, gegen Entgelt gewerbliche, kaufmännische, handwerkliche oder freiberufliche Tätigkeiten im Binnenmarkt ungehindert grenzüberschreitend auszuüben (Art. 57 S.1 AEUV) oder nachzufragen. Art. 56 AEUV verlangt die Aufhebung jeder Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus den anderen Mitgliedstaaten gilt. Dies gilt für den Fall, dass die Beschränkung geeignet ist, die Tätigkeiten eines Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.²⁹ Um diesen Ziel besser zu erreichen, wurde 2006 die sogenannte Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) erlassen. Zudem gibt es gewisse Spezialregelungen, u.a. auch für Privatversicherungsunternehmen nach Art. 36, 66 und 75 AEUV.³⁰ Diese Bestimmungen sind nicht auf Tätigkeiten anwendbar, die in einem Mitgliedstaat mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind (Art. 62 i.V.m. 51 AEUV). Damit sind aber nur effektiv hoheitliche Aufgaben bzw. Befugnisse (wie Sicherheit oder Polizeiwesen) gemeint.³¹

[Rz 41] Einschränkungen der Dienstleistungsfreiheit sind möglich, müssen aber gewissen rechtlichen Voraussetzungen genügen. Von besonderer Bedeutung ist Art. 52 AEUV auf den Art. 62 AEUV verweist. Solche Einschränkungen müssen in einem anerkannten öffentlichen Interesse liegen, müssen verhältnismässig sein. Der Gerichtshof hat dies folgendermassen konkretisiert:

*«Eine solche Beschränkung kann allerdings gerechtfertigt sein, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht, geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist».*³²

[Rz 42] Zu den zwingenden Gründen zählt der EuGH regelmässig Tätigkeiten im Bereich der sogenannten «Daseinsvorsorge». Dieser dem deutschen Verwaltungsrecht entstammende Begriff

²⁸ Vgl. KILIAN/WENDT (Fn. 24), S. 62.

²⁹ Vgl. in diesem Sinne die Urteile des Europäischen Gerichtshofs vom 25. Juli 1991, Säger, C76/90, Slg. 1991, I4221, Randnr. 12, und vom 3. Oktober 2000, Corsten, C58/98, Slg. 2000, I7919, Randnr. 33.

³⁰ Vgl. etwa KILIAN & WENDT (Fn. 24), S. 141 ff.

³¹ KHAN & EISENHUT (Fn. 25).

³² Vgl. u. a. Urteile vom 5. Juni 1997, SETTG, C-398/95, Slg. 1997, I-3091, Randnr. 21, Cipolla u. a., Randnr. 61, und vom 13. Dezember 2007, United Pan-Europe Communications Belgium u. a., C-250/06, Slg. 2007, I-11135, Randnr. 39.

ist sehr ähnlich zum in der Schweiz vorherrschenden Begriff des «Service public», wie er auch in der französischsprachigen Literatur und Rechtsprechung innerhalb der EU verwendet wird. Zudem müssen die Beschränkungen binnenmarkt- und wettbewerbskonform sein. Ungerechtfertigte oder unverhältnismässige Behinderungen sind selbst dann verboten, wenn sie unterschiedslos auf eigene wie fremde Staatsangehörige angewandt werden.³³ Diese Kriterien sind sehr ähnlich zu jenen, die das Bundesgericht zur Beurteilung der Verfassungskonformität von Monopolen in der Schweiz verwendet (z.B. BGE 124 I 11 bezüglich dem polizeilich oder sozialpolitisch gerechtfertigten Monopol im Rahmen des aargauischen Gebäudeversicherungsgesetzes vom 15. Januar 1934).

b. Gebäudeversicherungsmonopol bzw. Versicherungszwang und Dienstleistungsfreiheit

[Rz 43] Bei einem Monopol geht auch der EuGH prinzipiell von einer Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit aus, die entweder im Rahmen hoheitlicher Tätigkeiten (Art. 51 i.V.m. Art 62 AEUV) oder der zulässigen Einschränkungen (Art. 52 i.V.m. Art 62 AEUV) gerechtfertigt sein muss. In einem Entscheid aus dem Jahre 2009 hat der EuGH festgestellt, dass ein Versicherungssystem das ...

«Risiken abdecken soll, die sich bei nicht nach dem Grundsatz der Solidarität arbeitenden Versicherungsunternehmen versichern lassen, ein Hindernis für die freie Erbringung von Dienstleistungen durch in anderen Mitgliedstaaten niedergelassene Versicherungsgesellschaften, die Versicherungsverträge für derartige Risiken in dem betreffenden Mitgliedstaat anbieten möchten, insoweit darstellen, als es die Ausübung dieser Freiheit behindert oder weniger attraktiv macht, ja sogar unmittelbar oder mittelbar verhindert» (Urteil vom 5. März 2009. Kattner Stahlbau GmbH gegen Maschinenbau- und Metall-Berufsgenossenschaft, C-350/07, Randnr. 83). Ein solches System könne «auch die ihm unterliegenden Unternehmen davon abschrecken oder sogar daran hindern, sich an solche in anderen Mitgliedstaaten als dem ihrer Mitgliedschaft niedergelassene Versicherungsdienstleister zu wenden, und stellt auch für diese Unternehmen ein Hemmnis für den freien Dienstleistungsverkehr dar» (Randnr. 84).

[Rz 44] Allerdings hat der Gerichtshof im gleichen Verfahren entschieden, dass eine solche Abweichung von der Dienstleistungsfreiheit gerechtfertigt sein kann, wenn das System ein zwingendes Erfordernis gewährleistet, nicht protektionistisch und verhältnismässig ist:

«Indem diese Verpflichtung den Zusammenschluss aller dem entsprechenden System unterliegenden Unternehmen innerhalb von Gefahrengemeinschaften gewährleistet, erlaubt sie es nämlich, dass dieses System, mit dem [...] ein soziales Ziel verfolgt wird, so funktioniert, dass der Grundsatz der Solidarität umgesetzt wird, indem insbesondere die Finanzierung über Beiträge erfolgt, deren Höhe nicht streng proportional zu den versicherten Risiken ist, und Leistungen erbracht werden, deren Wert nicht streng proportional zu den Beiträgen ist. Daher kann eine nationale Regelung [...], soweit sie eine Pflichtmitgliedschaft vorsieht,

³³ KILIAN & WENDT (Fn. 24), S. 145.

durch einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses, nämlich das Ziel, das finanzielle Gleichgewicht eines Zweigs der sozialen Sicherheit zu gewährleisten, gerechtfertigt werden, da diese Verpflichtung geeignet ist, die Verwirklichung dieses Ziels zu gewährleisten. » (Randnr. 87 und 88).

[Rz 45] Daraus kann nach unserer Meinung für die in der Schweiz bestehenden Einschränkungen der Wahlfreiheit bei der Gebäudeversicherung abgeleitet werden, dass auch ein faktischer Zwang, eine Gebäudeversicherung mit einem bestimmten Partner abzuschliessen (sei es im Rahmen des Monopols oder der GUSTAVO-Lösung) grundsätzlich als binnenmarktkonform gerechtfertigt werden kann, wenn dargelegt werden kann, dass eine solches Vorgehen einem zwingenden Interesse entspricht, verhältnismässig ist und nicht protektionistisch motiviert ist.

3. Gebäudeversicherungsmonopole und europäisches Beihilfenrecht

a. Beihilfenrecht als Teil des Wettbewerbsrechts

[Rz 46] Neben den Grundfreiheiten stellt das Europäische Wettbewerbsrecht einen wesentlichen Pfeiler des Binnenmarktrechts dar. Es soll im Wesentlichen verhindern, dass der Binnenmarkt durch wettbewerbspolitische Massnahmen unnötig gestört wird. Dies ist besonders wichtig in Bereichen, in denen öffentliche Unternehmen, die in einem Monopolbereich tätig sind, gleichzeitig mit marktwirtschaftlicher Tätigkeit in Konkurrenz mit privaten Anbietern auftreten.

[Rz 47] Das für unsere Fragestellung relevanteste Untergebiet dieses europäischen Wettbewerbsrechts stellt das Europäische Beihilferecht dar.³⁴ Als staatliche Beihilfen (Subventionen) versteht man im Rahmen des Binnenmarktes Vorteile, die unmittelbar aus staatlichen Mitteln finanziert werden und die eine zusätzliche Belastung für die staatliche Stelle darstellen. Dabei kann ein solcher Vorteil auch in einer Verringerung der Belastungen liegen, die ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat (vgl. EuGH, Urteil vom 17. Juni 1999 – C-75/97 Belgien gegen Kommission). Probleme entstehen insbesondere dort, wo eine Mischung öffentlicher und privater Aufgaben besteht.³⁵ Aus Sicht des aktuellen Binnenmarktkonzepts begünstigen Beihilfen bestimmte Unternehmen und Wirtschaftszweige. Dadurch wird der Wettbewerb verfälscht. In Art. 107 AEUV wurde daher die Lösung gewählt, staatliche Beihilfen grundsätzlich zu verbieten, und sie nur ausnahmsweise zuzulassen, wenn gewisse Voraussetzungen erfüllt sind. Man spricht daher von einem Verbot mit Genehmigungsvorbehalt. Entsprechend gilt es im Regelfall abzuklären, ob (1) überhaupt eine Beihilfe vorliegt, und danach allenfalls ob (2) diese durch eine Ausnahme (spezieller oder allgemeiner Natur) gerechtfertigt werden kann.³⁶

[Rz 48] Grundsätzlich führt das Beihilferecht an und für sich nicht zur Neubeurteilung der Zulässigkeit von Monopolen und Regalen (wie oben dargestellt) und verlangt daher selbst auch keine Privatisierung oder Umgestaltung dieser Organisationsformen. Hingegen können Verletzungen des eigentlichen Beihilferechts resultieren, wenn im Rahmen dieser bestehenden Strukturen wirt-

³⁴ Vgl. z.B. ANDREAS BARTOSCH, EU-Beihilfenrecht, München 2016; MARC BUNGENBERG, Beihilfenrecht/Sonderbereiche (Bd. 3), München 2016; THOMAS LÜBBIG, Beihilfenrecht der EU, München 2009.

³⁵ KILLIAN & WENDT (Fn. 24), S. 115.

³⁶ Vgl. BERTOLD BÄR-BOUYSSIÈRE, Art. 107 (Beihilfeverbot, Ausnahmen), in: Jürgen Schwarze, EU-Kommentar, Bär-Bouyssière, Baden-Baden 2012, S. 1255–1326.

schaftliche Tätigkeiten in Konkurrenz zu privatwirtschaftlicher Tätigkeit angeboten werden. Da auch öffentliche Unternehmen Beihilfeempfänger sein können, sind die allgemeinen Beihilferegelungen im diesem Bereich grundsätzlich anwendbar.³⁷

[Rz 49] Erbringt eine Unternehmung gleichzeitig Tätigkeiten im Rahmen eines Regals oder Monopols und Aktivitäten in einem privatwirtschaftlich organisierten Markt, so stellen sich Fragen der Quersubventionierungen der in Konkurrenz erbrachten Dienstleistungen durch die Geschäftstätigkeiten im Rahmen des Regals oder Monopols.³⁸ Gerade um solche Praktiken überhaupt erst überprüfbar zu machen, bestehen umfassende Transparenzregelungen.³⁹

[Rz 50] Folglich sind das Beihilfeverbot mit Genehmigungsvorbehalt und die entsprechenden Transparenzvorschriften nur im Bereich ausserhalb des Gebäudeversicherungsmonopols anwendbar. Hierbei stellt sich die Frage, inwieweit eine Quersubventionierung, d.h. eine Beihilfe für die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der staatlichen Anbieter erfolgt. Dies betrifft sowohl Dienstleistungen im eigenen Kanton, für die privatwirtschaftliche Alternativen bestehen, als auch Leistungen ausserhalb des eigenen Monopolbereichs in anderen Kantonen, wo diese in freier Konkurrenz erbracht werden können.

b. Gebäudeversicherung und Beihilfebegriff

[Rz 51] Die Europäische Kommission hat den von ihr angewandten Beihilfebegriff immer wieder konkretisiert.⁴⁰ Darin hält sie fest, dass auch vom Staat direkt angebotenen Dienstleistungen grundsätzlich zu Wettbewerbsverfälschungen führen können, die der Kontrolle durch die Kommission unterstehen:

*«Die Tatsache, dass die Behörden eine öffentliche Dienstleistung einem internen Dienstleister übertragen (obgleich sie diese auch einem Dritten hätten übertragen können), schliesst eine Wettbewerbsverfälschung nicht aus».*⁴¹

[Rz 52] Aus Sicht der Kommission ist der Wettbewerb aber immer dann unverfälscht (und damit unproblematisch), wenn sämtliche der folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. eine Dienstleistung unterliegt einem (im Einklang mit dem Unionsrecht errichteten) rechtlichen Monopol;
- b. das rechtliche Monopol verunmöglicht nicht nur den Wettbewerb auf dem Markt, sondern auch den Wettbewerb um den Markt, indem es jeglichen möglichen Wettbewerb um die Stellung als alleiniger Erbringer einer Dienstleistung ausschliesst;
- c. die [einem Monopol unterliegende] Dienstleistung konkurriert nicht mit anderen [von privaten Dienstleistern erbrachten ähnlichen] Dienstleistungen;

³⁷ Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE, (Fn. 36), S. 1266.

³⁸ Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE, (Fn. 36), S. 1272.

³⁹ Vgl. insbes. Art. 9 Verordnung (EU) Nr. 651/2014 der Kommission vom 17. Juni 2014 zur Feststellung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Binnenmarkt in Anwendung der Artikel 107 und 108 AEUV (im Folgenden: Allg. Gruppenfreistellungsverordnung), ABl L 2014 187/1.

⁴⁰ Zuletzt in der Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl 2016 C 262/1.

⁴¹ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Titel 6.2., Absätze 187–189.

- d. wenn der Dienstleister auf einem anderen für den Wettbewerb geöffneten (räumlich oder sachlich relevanten) Markt tätig ist, muss eine Quersubventionierung ausgeschlossen werden. Dies setzt voraus, dass getrennte Bücher geführt werden, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäss zugewiesen werden und die staatlichen Zuwendungen für die einem rechtlichen Monopol unterliegende Dienstleistung nicht für andere Tätigkeiten verwendet werden können.

[Rz 53] Ein rechtliches Monopol ist dann gegeben, wenn eine bestimmte Dienstleistung per Gesetz oder Regulierungsmassnahme einem einzigen Dienstleister vorbehalten wird und allen anderen Marktteilnehmern die Erbringung dieser Dienstleistung (sogar zur Deckung einer etwaigen Restnachfrage bei bestimmten Kundengruppen) klar untersagt wird. Die Betrauung eines Unternehmens mit einer öffentlichen Dienstleistung bedeutet jedoch noch nicht, dass dieses Unternehmen ein rechtliches Monopol hat.⁴²

[Rz 54] Bezüglich der Konkurrenzsituation mit anderen Dienstleistern (Bst. b) besteht Wettbewerb um den Markt, wenn beispielsweise eine Konzession auf der Grundlage eines wettbewerblichen Verfahrens erteilt wird.⁴³

[Rz 55] Nach Ansicht der Kommission, können staatliche Förderungen

*«den Wettbewerb selbst dann verfälschen, wenn sie nicht dazu beitragen, dass das Empfängerunternehmen expandieren und Marktanteile gewinnen kann. Es reicht aus, dass eine Beihilfe die Wettbewerbsstellung eines Unternehmens im Vergleich zu seiner Lage ohne Beihilfe stärkt. Eine Beihilfe gilt in diesem Zusammenhang in der Regel bereits dann als wettbewerbsverfälschend, wenn sie ein Unternehmen begünstigt, indem sie es von Kosten befreit, die es normalerweise im Rahmen seiner laufenden Geschäftstätigkeiten zu tragen gehabt hätte».*⁴⁴

[Rz 56] Die Definition der staatlichen Beihilfe setzt zudem nicht voraus, dass die Wettbewerbsverfälschung oder die Auswirkung auf den Dienstleistungshandel erheblich oder wesentlich ist. Der Umstand, dass Beihilfebeträge niedrig oder Empfängerunternehmen klein sind, bedeutet nicht, dass (drohende) Wettbewerbsverfälschungen von vornherein auszuschliessen sind.⁴⁵ Immerhin erachtet die Kommission Beihilfen als unproblematisch, bei denen die Wahrscheinlichkeit einer solchen Verfälschung rein hypothetischer Natur ist.⁴⁶

⁴² Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Fn. 272.

⁴³ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Fn. 272 mit Verweis auf Urteil des Gerichts vom 16. Juli 2014, Deutschland/Kommission, T-295/12, Randnr. 158; Beschluss der Kommission vom 7. Juli 2002 über die staatliche Beihilfe N 356/2002 Vereinigtes Königreich Network Rail, ABl C 232 vom 28. September 2002, S. 2, Erwägungsgründe 75, 76 und 77.

⁴⁴ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Fn. 274 mit Hinweis auf Urteil des Gerichtshofs vom 3. März 2005, Heiser, C-172/03, Randnr. 55.

⁴⁵ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Fn. 275 mit Hinweis auf Urteil des Gerichts erster Instanz vom 29. September 2000, Confederación Española de Transporte de Mercancías/Kommission, T-55/99, Randnr. 89; Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans, C-280/00, Randnr. 81.

⁴⁶ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 Fn. 276 mit Hinweis auf Urteil des Gerichtshofs vom 24. Juli 2003, Altmark Trans, C-280/00, Randnr. 79.

c. Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten

[Rz 57] In Abschnitt II 3. wurde genauer auf das Angebot von Leistungen der Monopole im Wettbewerbsverhältnis eingegangen. Es stellt einen Fall dar, in welchem Beihilfen aufgrund der Praxis der Europäischen Kommission und des Gerichtshofs durchaus problematisch werden können. Dies gilt insbesondere, wenn eine Quersubventionierung vorliegt. Formal wird in diesen Fällen zur Erlangung der notwendigen Transparenz verlangt, dass getrennte Bücher geführt werden, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäss zugewiesen werden, und die staatlichen Zuwendungen für die einem rechtlichen Monopol unterliegende Dienstleistung nicht für andere Tätigkeiten verwendet werden können. Jedoch ist aufgrund des geltenden Binnenmarktrechts das Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten an und für sich zulässig, (vgl. Abschnitt 2.) solange keine verbotene Beihilfe besteht.

[Rz 58] Grundsätzlich finanziert sich die Gebäudeversicherung zwar im Wesentlichen durch die Prämien der Versicherungsnehmer. Wie in Abschnitt II.3 erwähnt, sind die KGV im Regelfall aber nicht steuerpflichtig (oder erhalten steuerliche Vorteile durch die Kantone). Darauf weist auch ein Bericht von SIMON HIRSBRUNNER im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen vom 9. Oktober 2017 hin.⁴⁷ Diese steuerlichen Vorteile stellen wohl bereits Beihilfen dar, die grundsätzlich aufgrund des geltenden Beihilfe- bzw. Binnenmarktrechts verboten sind, wenn sie zur Quersubventionierung, d.h. zum günstigeren Angebot der Dienstleistungen führen, die mit anderen Dienstleistungen konkurrieren.⁴⁸

[Rz 59] Jedoch darf aus der Existenz der Beihilfe allein noch keine Verletzung des EU-Rechts abgeleitet werden. Eine Verletzung des EU-Rechts liegt erst dann vor, wenn sich diese nicht allein auf die im Monopolbereich (und damit ausserhalb des Anwendungsbereichs des Beihilferechts) liegende Tätigkeit bezieht, sondern auf die Dienstleistungen, die im Wettbewerb angeboten werden, einen verzerrenden Einfluss hat. Wenn also etwa allfällige Gewinne aus dem Angebot im Wettbewerbsbereich ebenfalls nicht besteuert werden und damit die Margen so bemessen werden können, dass die im Wettbewerb angebotenen Dienstleistungen billiger (und damit wettbewerbsverzerrend) angeboten werden können, liegt allerdings eine Quersubventionierung vor. Wie im Abschnitt II3 bereits erwähnt, besteht jedoch in gewissen Kantonen eine gewisse Gewinnablieferungspflicht, zum Beispiel im Kanton Aargau, mit der allenfalls die Quersubventionierung bzw. Wettbewerbsverzerrung verhindert oder vermindert werden kann.

[Rz 60] Um nachzuweisen, dass keine Quersubventionierung bzw. Verzerrung der Dienstleistungen im Bereich, der dem Wettbewerb ausgesetzt bleiben soll, stattfindet, verlangt die EU-Rechtsordnung,

*«dass getrennte Bücher geführt werden, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäss zugewiesen werden, und die staatlichen Zuwendungen für die einem rechtlichen Monopol unterliegende Dienstleistung nicht für andere Tätigkeiten verwendet werden können».*⁴⁹

⁴⁷ Vgl. STEFAN HIRSBRUNNER, Bericht im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen über die Folgen einer möglichen Übernahme des Verbots staatlicher Beihilfen, 2017, S. 26, online: https://kdk.ch/fileadmin/files/Newsletter/Gutachten_staetliche_Beihilfen-SteptonJohnson.pdf.

⁴⁸ Vgl. Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Absatz 188.

⁴⁹ Bekanntmachung der Kommission ABl 2016 C 262/1, Abs. 188 Bst. d.

[Rz 61] Dies dürfte in der Praxis gerade für die erwähnten Steuerermässigungen anspruchsvoll, aber nicht unmöglich sein. Eine vollkommene organisatorische Trennung wird nach geltender Rechtslage und Praxis der Kommission (und des Gerichtshofs) nicht verlangt, auch wenn dies in der Praxis allenfalls einfacher zu bewerkstelligen sein könnte und Vorbehalte eher ausräumen könnte. Diese Überlegungen leiten auch die Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts (vgl. Abschnitt II.3). Das Bundesgericht (BGE 138 I 378 E. 9.1) verlangt ebenfalls, dass der Wettbewerbsbereich vom Monopolbereich kalkulatorisch getrennt sein muss. Systematische Quersubventionierungen des Wettbewerbsbereichs aus dem Monopolbereich sind unzulässig. Auch das Bundesgericht fordert keine vollkommene rechtliche Verselbständigung und Ausgliederung des Wettbewerbsbereichs.

[Rz 62] Die Europäische Kommission hat für privatwirtschaftlich tätige Unternehmen verschiedentlich festgehalten, dass komplexe Absprachen über Transferpreise und Kostenallokationen, die Unternehmen bzw. Unternehmensteile entlasten, eine Beihilfe darstellen können.⁵⁰ Hingegen wird es als schwierig erachtet, zu beurteilen, inwiefern die logistische und kommerzielle Unterstützung eines im freien Wettbewerb tätigen Tochterunternehmens (oder Unternehmensteils) durch die Muttergesellschaft eine Beihilfe darstellt.⁵¹ Der Europäische Gerichtshof hat in der Vergangenheit darauf abgestellt, ob das Tochterunternehmen eine Unterstützung zu einem Preis erhalten hat, zudem es diese unter normalen wettbewerblichen Bedingungen nicht erhalten hätte.⁵² Dies setzt eine wirtschaftliche Analyse voraus. Dabei muss berücksichtigt werden, ob die vollständigen Kosten den Faktoren entsprechen, die ein unter normalen Marktbedingungen tätiges Unternehmen bei der Festsetzung der Vergütung für die von ihm erbrachten Dienstleistungen hätte berücksichtigen müssen. Im Fall der französischen Post hat der EuGH festgehalten, dass diese für die Erfüllung ihrer Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (*service public*) bedeutende Infrastrukturen benötige, deren Aufrechterhaltung nicht rein kommerziellen Erwägungen gehorche. Die normalen Marktbedingungen seien daher anhand aller verfügbaren objektiven und nachprüfbaren Faktoren im Rahmen einer wirtschaftlichen Analyse zu ermitteln. Dabei kann eine staatliche Beihilfe ausgeschlossen werden,

«wenn zum einen festgestellt wird, dass die verlangte Gegenleistung vereinbarungsgemäss alle variablen Zusatzkosten, die durch die Gewährung der logistischen und kommerziellen Unterstützung entstanden sind, einen angemessenen Beitrag zu den Festkosten infolge der Nutzung [der öffentlichen Infrastruktur] ... und eine angemessene Vergütung des Eigenkapitals, soweit es zur wettbewerblichen Tätigkeit [des Tochterunternehmens] ... eingesetzt wird, umfasst, und zum anderen kein Grund zu der Annahme besteht, dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgesetzt worden sind.»⁵³

[Rz 63] Die Praxis in der EU zeigt, dass die Schwelle zur Feststellung, ob eine Beihilfe vorliegt, tief ist, aber dass die Anforderungen an den Nachweis, ob diese Beihilfe den Wettbewerb verzerrt, nicht übermässig streng sind. So wird keine institutionelle Trennung verlangt, sondern es ist lediglich nachvollziehbar darzulegen, dass die geforderten Bedingungen weitgehend eingehalten

⁵⁰ Kommission, ABl 1992 Nr. C 105/16 – Volvo/Mitsubishi; ABl 1993 Nr. L 185/43 – Bremer Vulkan.

⁵¹ Vgl. Kommission, ABl 1998 Nr. L 164/37.

⁵² Vgl. BÄR-BOUYSSIÈRE (Fn. 36), S. 1272 f.

⁵³ EuGH, Urteil vom 3. Juli 2003, P u.a., Chronopost, C-83/01 P, Randnr. 40.

werden und kein Grund zur Annahme besteht, dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgesetzt worden sind.

IV. Schlussfolgerungen

1. Beurteilung des Monopols der Gebäudeversicherung

[Rz 64] 19 Kantone kennen öffentlich-rechtliche kantonale Gebäudeversicherungen, die über ein rechtliches Monopol für Feuer- und Elementarschäden in ihrem Kantonsgebiet verfügen. Die Grundeigentümer haben eine Versicherungspflicht bei ihrer KGV. Umgekehrt sind die KGV verpflichtet, alle Risiken zu versichern. Zugleich sind die KGV in der Schadenverhütung und der Schadensbekämpfung tätig und können von Grundeigentümern beispielsweise präventive Massnahmen verlangen.

[Rz 65] Im Folgenden prüfen wir, ob dieses Monopol mit der damit einhergehenden Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit des Grundeigentümers und der Ausschaltung des Wettbewerbs mit dem Binnenmarktrecht der EU vereinbar ist.

[Rz 66] Eine Gebäudeversicherung ist eine Dienstleistung und fällt damit unter die Dienstleistungsfreiheit im Binnenmarkt. Diese Freiheit gewährt die Möglichkeit, Dienstleistungen gegen Entgelt ungehindert grenzüberschreitend auszuüben oder nachzufragen. Daraus leitet sich ab, dass Einschränkungen des Dienstleistungsverkehrs aufzuheben sind, selbst wenn sie unterschiedslos für inländische und ausländische Anbieter gelten.

[Rz 67] Ein Monopol schränkt die Dienstleistungsfreiheit sowohl inländischer als auch ausländischer Versicherungsunternehmen eindeutig ein. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat dies in einer Beurteilung eines Versicherungssystems ausdrücklich festgehalten. Jedoch sind Einschränkungen dieser Freiheit unter gewissen Bedingungen zulässig. Diese müssen ein anerkanntes öffentliches Interesse (in der Terminologie des Gerichtshofs ein zwingendes Erfordernis) verfolgen, dürfen nicht protektionistisch wirken und müssen verhältnismässig sein.

[Rz 68] Daraus kann nach unserer Meinung für die in der Schweiz bestehenden Einschränkungen der Wahlfreiheit bei der Gebäudeversicherung abgeleitet werden, dass sowohl die Versicherungspflicht als auch das Versicherungsmonopol grundsätzlich als binnenmarktkonform gerechtfertigt werden können, solange die erwähnten Kriterien erfüllt sind.

[Rz 69] Die Versicherungspflicht, welche auch in den meisten Kantonen gilt, in denen Privatversicherungen Elementarschäden versichern, wird in der ökonomischen Literatur als eine effiziente Regulierung eingestuft. Die Erfahrungen zeigen, dass ohne diese Pflicht ein grosser Teil der Gebäude nicht versichert wird, besonders auch solche mit hohen Risiken. In solchen Systemen neigen Regierungen bei grossen Schadenereignissen zu Staatshilfen, d.h. zu einer nachträglichen Rettung der betroffenen Gebäudeeigentümer. Damit werden die Kosten externalisiert und auf die Steuerzahler übertragen. Diese Umverteilung reduziert den Anreiz zur Schadensverminderung, wodurch die volkswirtschaftlichen Kosten steigen. Diese werden weiter erhöht, da sich in solchen Systemen der Wiederaufbau meist verzögert.

[Rz 70] Das Monopol der KGV ist ein wesentlich grösserer Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit. Jedoch zeigen verschiedene Studien, dass ein staatliches Monopol im Vergleich zu einem (regulierten) Wettbewerb mit Versicherungspflicht deutliche ökonomische Vorteile aufweist (ausführlich dazu in Abschnitt II.2). Diese Ergebnisse stützen sich sowohl auf den Vergleich der beiden

Systeme in der Schweiz als auch auf Analysen über den Übergang von Monopolen zu wettbewerblichen Systemen im Ausland. Staatliche Monopolversicherungen haben im Vergleich zu privaten Versicherungen wesentlich tiefere Prämien. Dazu tragen zum einen die tieferen Schadenskosten bei, die aufgrund der grösseren Anreize staatlicher Monopole entstehen, Präventionsmassnahmen zu fördern und finanziell zu unterstützen. Staatliche Monopole sind zum andern auch relativ zu ihren (tieferen) Schadensaufwendungen effizienter als private Versicherungsunternehmen und weisen tiefere Vertriebs- und Verwaltungskosten aus.

[Rz 71] Dieses Ergebnis widerspricht der üblichen Regel, nach der Wettbewerb zu einem effizienten Marktergebnis führt. Das erstaunt bei genauerer Analyse jedoch nicht. Denn der Markt für Gebäudeversicherungen ist von asymmetrischen Informationen gekennzeichnet, was zu hohen Transaktionskosten führt. So haben Gebäudeeigentümer einen Anreiz, wenig in Schutzmassnahmen zu investieren, wenn eine umfassende Versicherung besteht (Moral Hazard). Ein Vorteil der KGV besteht darin, dass diese den Moral Hazard-Anreiz bei der Prävention wirksamer mildern und gleichzeitig die Transaktionen kostengünstiger abwickeln können als private Versicherungsunternehmen. Zudem können sie das Wissen, das sie aus der Schadensabwicklung erwerben, direkt in der Prävention einsetzen. Hilfreich ist auch, dass die KGV vielfach in hoheitliche Prozesse wie Baubewilligungen oder Raumplanung eingebunden sind. Dass die Monopole regional begrenzt sind, hat ebenfalls Vorzüge. So ermöglicht der Vergleich im Sinne eines Benchmarkings einen gewissen Wettbewerb. Zudem können regionale Institutionen stärker in die politischen Institutionen der Regionen eingebunden werden und sich auf deren spezifischen Probleme ausrichten.

[Rz 72] Insgesamt führen die kantonalen Gebäudeversicherungsmonopole zu einem effizienten und effektiven Schutz gegen Elementarschäden und zu wesentlichen Vorteilen gegenüber privatwirtschaftlich organisierten Systemen. Diese Vorteile überwiegen die damit verbundene Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit, da das Monopol auf einen relativ kleinen Bereich begrenzt ist, effizient organisiert und diskriminierungsfrei angewandt wird. Eine protektionistische Absicht bzw. Wirkung sind nicht erkennbar. Deshalb erachten wir das Gebäudeversicherungsmonopol als mit dem Binnenmarktrecht der EU vereinbar.

2. Beurteilung der Geschäftstätigkeit KGV ausserhalb des Monopolbereichs

[Rz 73] KGV bieten zum Teil Versicherungen ausserhalb ihres Monopolbereichs an. Viele dieser Angebote haben einen engen Bezug zum Kerngeschäft, stehen jedoch im Wettbewerb mit Angeboten von Privatversicherungen. Gemäss der schweizerischen Rechtsordnung dürfen öffentliche Unternehmen im Grundsatz Güter und Dienstleistungen im Wettbewerb mit der Privatwirtschaft anbieten. Das Bundesgericht hat dies in seiner Entscheid zur Glarner Gebäudeversicherung ausdrücklich bejaht. Voraussetzung ist eine gesetzliche Verankerung. Die Tätigkeit muss im Weiteren im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sein und darf nicht allein betriebswirtschaftlich oder fiskalisch motiviert sein. Zudem unterliegt diese Tätigkeit der KGV dem Wettbewerbsrecht. Die KGV dürfen ihre Marktstellung im Monopolbereich nicht dazu missbrauchen, andere Versicherungsunternehmen auf benachbarten Märkten in der Aufnahme oder Ausübung des Wettbewerbs zu behindern. In dieser Hinsicht enthält folglich bereits die schweizerische Rechtsordnung für die KGV gewisse Auflagen, wenn diese in wettbewerblichen Bereichen ausserhalb ihres Mo-

nopols tätig sind. Es stellt sich die Frage, ob und unter welchen Bedingungen eine Tätigkeit der KGV im wettbewerblichen Bereich mit dem Beihilfenrecht der EU vereinbar ist.

[Rz 74] Das Beihilfenrecht der EU ist Teil des Wettbewerbsrechts und will verhindern, dass Unternehmen durch Beihilfen begünstigt werden und damit der Wettbewerb verfälscht wird. Als staatliche Beihilfen gelten Vorteile, die aus staatlichen Mitteln finanziert werden und die eine zusätzliche Belastung für die staatliche Stelle darstellen. Dabei ist eine Beihilfe bereits dann wettbewerbsverfälschend, wenn sie ein Unternehmen begünstigt, indem es dieses beispielsweise von Kosten befreit, die das Unternehmen normalerweise im Rahmen seiner Geschäftstätigkeiten zu tragen hätte. Beihilfen sind in der EU grundsätzlich verboten, jedoch ausnahmsweise zugelassen. Es besteht ein sogenanntes Verbot mit Genehmigungsvorbehalt.

[Rz 75] Das Beihilfenrecht führt jedoch nicht zu einer Neubeurteilung der Organisationform, also ob ein Monopol zulässig ist oder nicht. Daher ist das Monopol der KGV nicht unter dem Beihilfenrecht zu beurteilen, sondern wie in Abschnitt III.2 nur unter dem Aspekt der Dienstleistungsfreiheit. Folglich ist auch das Angebot von Leistungen der Monopole in Wettbewerbsmärkten an und für sich zulässig, solange keine verbotenen Beihilfen ausgerichtet werden.

[Rz 76] Das Beihilfenrecht ist jedoch auf die Tätigkeiten der KGV ausserhalb des Monopolbereichs anwendbar. Öffentliche Unternehmen können also grundsätzlich Beihilfenempfänger sein und unterstehen damit den Beihilfenregelungen. Im Vordergrund steht dabei die Frage, inwieweit eine Quersubventionierung, d.h. eine Beihilfe für die privatwirtschaftlichen Tätigkeiten der staatlichen Anbieter erfolgt. Dies betrifft bei den KGV sowohl Dienstleistungen im eigenen Kanton, für die privatwirtschaftliche Alternativen bestehen, als auch Leistungen ausserhalb des eigenen Monopolbereichs in anderen Kantonen, wo diese in freier Konkurrenz erbracht werden können.

[Rz 77] Um nachzuweisen, dass keine Quersubventionierung stattfindet, verlangt die EU-Rechtsordnung, dass der Bereich im Wettbewerb buchhalterisch getrennt geführt wird, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäss zugewiesen werden und staatliche Zuwendungen für den Monopolbereich nicht für die Tätigkeit im Wettbewerb verwendet werden. Das schliesst mit ein, dass alle Zusatzkosten, welche dem Unternehmen aus der Tätigkeit im Wettbewerb entstehen, dieser Tätigkeit angerechnet werden. Ebenso muss dieser Bereich einen angemessenen Beitrag an die Fixkosten bezahlen und eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals tragen.

[Rz 78] Das Beihilfenrecht der EU verlangt folglich einen transparenten Ausweis der Kostenteilung nach betriebswirtschaftlichen Kriterien, jedoch nicht eine vollkommene organisatorische Trennung. Damit sind die Anforderungen vergleichbar mit jenen der Schweizer Rechtsordnung und den Anforderungen, welche der Bundesrat in seinem Bericht über die Auswirkungen staatlich beherrschter Unternehmen auf Wettbewerbsmärkte aufführt. Es gilt zu vermeiden, dass staatliche Unternehmen Wettbewerbsvorteile aufgrund einer Bevorzugung bei der Regulierung, einer Quersubventionierung aus dem geschützten Monopolbereich, von Finanzierungsvorteilen oder durch den privilegierten Zugang zu Daten aus dem Monopolbereich erhalten.

[Rz 79] In unserer ökonomischen Analyse in Abschnitt II.3 wird zudem auf potentielle Informations- und Reputationsvorteile hingewiesen. So kann der Markenname der KGV genutzt werden, um im Wettbewerbsbereich Kunden zu akquirieren oder Daten aus dem Monopolbereich können zur Akquisition der Kunden im dem Wettbewerb ausgesetzten Bereich verwendet werden. Hierzu findet man in der Bekanntmachung der Europäischen Kommission und der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs keine direkt anwendbaren Regelungen. Allerdings kann aus dem allgemeinen Verbot der Quersubventionierung und den daraus resultieren-

den Wettbewerbsverzerrungen wohl ein Missbrauchsverbot abgeleitet werden, ähnlich wie es die schweizerische Wettbewerbskommission verlangt.

[Rz 80] Die praktische Herausforderung liegt sowohl in der schweizerischen Rechtsordnung als auch in der Beihilfenregelung der EU in der Erbringung des konkreten Nachweises im Einzelfall. Auch wenn der EuGH nicht übermässig hohe Anforderungen an diesen Nachweis stellt und lediglich verlangt, dass kein Grund zur Annahme bestehen dürfe, dass die betreffenden Faktoren unterschätzt oder willkürlich festgesetzt worden sind, ist die weitgehende Einhaltung aller genannten Bedingungen nachvollziehbar darzulegen.

[Rz 81] Dieser Nachweis kann prinzipiell mit verschiedenen Organisationsmodellen erfolgen. Die Aktivitäten, welche im Wettbewerb erbracht werden, können institutionell getrennt werden und in eine selbstständige private Tochtergesellschaft ausgelagert werden, welche wie die Privatassekuranz dem Versicherungsaufsichtsgesetz untersteht und von der FINMA beaufsichtigt wird. Alternativ können die Produkte im Wettbewerbsbereich gemeinsam mit den Monopolleistungen direkt aus der KGV angeboten werden. Dabei werden lediglich die Kosten buchhalterisch getrennt ausgewiesen. In beiden Organisationsmodellen können die Bedingungen rein theoretisch eingehalten werden. Bei einer institutionellen Trennung dürfte dies jedoch einfacher und transparenter nachweisbar sein als bei einer buchhalterischen Trennung. So ist die Gleichbehandlung hinsichtlich Regulierung und Besteuerung bei der institutionellen Ausgliederung automatisch durch die Unterstellung unter das Versicherungsaufsichtsgesetz garantiert. Finanzströme lassen sich in diesem Modell transparenter darstellen und gemeinsame Gemeinkosten dürften kleiner sein als bei integriertem Angebot. Damit wird das Risiko der Querfinanzierung reduziert.

3. Ergebnis

[Rz 82] Aus der Analyse der ökonomischen Literatur und der juristischen Praxis kommen wir zum Schluss:

- a. Das Monopol der KGV stellt eine zulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit dar. Aufgrund der eindeutig nachweisbaren ökonomischen Vorteile der Monopollösung ist diese Beschränkung zwingend, um eine umfassende Versicherung für alle Grundeigentümer zu tiefen Kosten anbieten zu können. Die Einschränkung ist dabei verhältnismässig und hat keine protektionistische Absicht.
- b. Eine Geschäftstätigkeit der KGV in Bereichen, in welchen sie im Wettbewerb mit privatwirtschaftlichen Anbietern stehen, ist dann mit der Beihilfenregelung der EU vereinbar, wenn diese Tätigkeit von keiner verbotenen Beihilfe profitiert. Die KGV müssen transparent nachweisen können, dass die im Wettbewerb stehende Geschäftstätigkeit alle relevanten Kosten trägt und auch keine anderweitigen Vorteile wie Finanzierungsvorteile oder bevorzugter Zugang zu Daten erhält. Eine Auslagerung in eine separate Gesellschaft ist nicht erforderlich, auch wenn sich bei institutioneller Trennung der Nachweis allenfalls glaubwürdiger und einfacher erbringen lässt.

[Rz 83] Unsere Beurteilung basiert auf der Annahme, dass das relevante Binnenmarktrecht der EU in der Schweiz gemäss der Praxis in der EU auf dem Markt für Gebäudeversicherungen angewendet wird. Nicht berücksichtigt haben wir, welche Institution für diese gleichwertige Anwendung sorgt, also beispielsweise, ob ein schweizerisches Gericht oder die Wettbewerbsbehörde

diese Aufgaben übernehmen würde. Es ist nicht auszuschliessen, dass je nach Ausgestaltung die Umsetzung der Regeln allenfalls konsequenter erfolgt als bei der gegenwärtigen Umsetzung der rein innerschweizerischen Regeln.

V. Zusammenfassung

[Rz 84] Im vorliegenden Beitrag wurde untersucht, ob das in vielen Kantonen der Schweiz bestehende Gebäudeversicherungsmonopol mit der Dienstleistungsfreiheit und der Beihilfenregelung der Europäischen Union (EU) vereinbar ist und unter welchen Bedingungen die Geschäftstätigkeit der kantonalen Gebäudeversicherungen auf den Wettbewerbsmärkten im Einklang mit dieser Beihilfenregelung ist. Die Beurteilung basiert auf der Annahme, dass das relevante Binnenmarktrecht der EU in der Schweiz gemäss der Praxis in der EU auf dem Markt für Gebäudeversicherungen angewendet wird.

[Rz 85] Basierend auf einer Analyse der ökonomischen Literatur und der juristischen Literatur und Praxis kommen wir zum Schluss, dass dieses Monopol eine zulässige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Aufgrund der eindeutig nachweisbaren ökonomischen Vorteile der Monopollösung ist diese Beschränkung gerechtfertigt, um eine umfassende Versicherung für alle Grundeigentümer zu tiefen Kosten anbieten zu können.

[Rz 86] Eine Geschäftstätigkeit der kantonalen Gebäudeversicherungen in Bereichen, in welchen sie im Wettbewerb mit privatwirtschaftlichen Anbietern stehen, ist dann mit der Beihilfenregelung der EU vereinbar, wenn diese Tätigkeit von keiner verbotenen Beihilfe profitiert. Die Versicherungen müssen transparent nachweisen können, dass die im Wettbewerb stehende Geschäftstätigkeit alle relevanten Kosten trägt und auch keine anderweitigen Vorteile (wie Finanzierungsvorteile oder bevorzugter Zugang zu Daten) erhält. Eine Auslagerung in eine separate Gesellschaft ist nicht erforderlich, auch wenn sich bei einer solchen Organisationsform der Nachweis allenfalls glaubwürdiger und einfacher erbringen lässt.

Prof. Dr. ANDREAS R. ZIEGLER, Professor für internationales Recht am Centre de droit comparé, européen et international (CDCEI) an der Ecole de droit der Universität Lausanne.

Prof. Dr. PETER MOSER, Professor für Volkswirtschaftslehre am Zentrum für wirtschaftspolitische Forschung ZWF der Hochschule für Technik und Wirtschaft HTW Chur.

Die Autoren haben für die Vereinigung Kantonalen Gebäudeversicherungen ein Gutachten erstellt, in dem untersucht wird, welche Konsequenzen eine allfällige Übernahme der Beihilfenregelung und der Dienstleistungsfreiheit durch die Schweiz für die Geschäftstätigkeit der kantonalen Gebäudeversicherungen (KGV) hätte.