

Inhaltsverzeichnis

| | |
|-----------------------|-------|
| Vorwort | V |
| Inhaltsübersicht | VII |
| Inhaltsverzeichnis | IX |
| Literaturverzeichnis | XXV |
| Materialien | XXXIX |
| Abkürzungsverzeichnis | XLI |

| | | |
|---------|--|----|
| § 1 | Einleitung | 1 |
| I. | Ausgangslage | 1 |
| II. | Auswirkung des Merkmals der Staatsangehörigkeit bei der Prämienberechnung (Praxisbeispiel) | 3 |
| III. | Fragestellung und Aufbau der Untersuchung | 5 |
| A. | Fragestellung | 5 |
| B. | Aufbau der Untersuchung | 6 |
| 1. Teil | Grundlagen der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung | 9 |
| § 2 | Begriffe | 10 |
| I. | Versicherung | 10 |
| II. | Versicherter und Versicherungsnehmer | 12 |
| III. | Versicherungsvertrag und Versicherungsaufsicht | 12 |
| A. | Versicherungsvertrag | 12 |
| B. | Versicherungsaufsicht | 13 |
| § 3 | Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung als obligatorische Versicherung | 16 |
| § 4 | Entwicklung der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung | 18 |
| I. | Bis zum Inkrafttreten des aVAG am 1. Januar 1979 | 18 |
| A. | Allgemeines | 18 |

| | | |
|------|---|----|
| B. | Tarifgestaltung | 19 |
| C. | Prämienkalkulation | 19 |
| II. | Von 1979 bis zur Deregulierung per 1. Januar 1996 | 20 |
| A. | Allgemeines | 20 |
| B. | Tarifgestaltung | 21 |
| C. | Prämienkalkulation | 22 |
| III. | Seit der Deregulierung per 1. Januar 1996 | 24 |
| A. | Allgemeines | 24 |
| B. | Tarifgestaltung | 25 |
| 1. | Ziel der Risikoselektion | 25 |
| 2. | Entwicklung neuer Tarifierungsmerkmale | 26 |
| C. | Prämienkalkulation | 29 |
| 1. | Risikoschätzung | 29 |
| a. | Allgemeines | 29 |
| b. | Bedeutung von Statistiken und Wahrscheinlichkeitsrechnung | 29 |
| c. | Einzelheiten zu den Statistiken | 30 |
| 1) | Gesetz der grossen Zahl | 31 |
| 2) | Keine Verwendung ausländischer Daten | 31 |
| 3) | Alter der statistischen Daten | 31 |
| 4) | Einwandfreie Kriterien | 32 |
| 5) | Berücksichtigung von Änderungen | 32 |
| 2. | Berechnung der Gesamtbeitragssumme | 32 |
| 3. | Risikoverteilung | 33 |
| 4. | Zuschläge | 33 |

| | | |
|---------|--|----|
| IV. | Fazit | 33 |
| 2. Teil | Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 1 und 2 BV) | 35 |
| § 5 | Übersicht | 36 |
| § 6 | Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) | 36 |
| I. | Rechtsgleichheit und Forderung nach Gerechtigkeit | 36 |
| II. | Anwendungsbereich des Rechtsgleichheitsgebots | 37 |
| III. | Inhalt des Rechtsgleichheitsgebots | 38 |
| A. | Relative Gleichbehandlung | 38 |
| B. | Vorgehensweise zur Prüfung der Zulässigkeit von Ungleich- bzw. Gleichbehandlungen | 40 |
| 1. | Allgemeines | 40 |
| 2. | Im Bereich der Rechtsetzung | 40 |
| 3. | Im Bereich der Rechtsanwendung | 42 |
| 4. | Exkurs: Modifizierte Verhältnismässigkeits- prüfung | 43 |
| IV. | Träger des Rechtsgleichheitsgebots | 44 |
| V. | Adressaten des Rechtsgleichheitsgebots | 44 |
| VI. | Fazit | 45 |
| § 7 | Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) | 46 |
| I. | Entwicklung des Diskriminierungsverbots | 46 |
| A. | Anknüpfung an das Privilegierungsverbot in Art. 4 aBV | 46 |
| B. | Ansätze eines ungeschriebenen Diskriminierungs- verbots | 47 |
| II. | Begriff der Diskriminierung | 48 |

| | | |
|----|---|----|
| A. | Allgemeines | 48 |
| B. | In der Lehre | 49 |
| 1. | Diskriminierungsverbot als allgemeiner Gleichheitssatz | 49 |
| 2. | Diskriminierungsverbot und der Schutz der Menschenwürde | 50 |
| a. | Allgemeines | 50 |
| b. | Diskriminierungsverbot als Schutz historisch herabgesetzter Gruppen | 51 |
| c. | Diskriminierungsverbot als Schutz eines Menschen in seiner Wertschätzung als Person | 53 |
| 1) | Der Diskriminierungsbegriff von PIERRE TSCHANNEN und REGINA KIENER | 53 |
| 2) | Der Diskriminierungsbegriff von WALTER KÄLIN | 54 |
| 3) | Der Diskriminierungsbegriff von BERNHARD WALDMANN | 55 |
| d. | Diskriminierungsverbot als Schutz historisch herabgesetzter Gruppen sowie als Schutz weiterer entwürdigender Behandlung | 57 |
| C. | In der Rechtsprechung | 60 |
| D. | Eigener Standpunkt | 63 |
| 1. | Auslegung von Art. 8 Abs. 2 BV | 63 |
| a. | Grammatikalische Auslegung | 63 |
| b. | Systematische Auslegung | 64 |
| c. | Historische Auslegung | 65 |
| d. | Zeitgemässe Auslegung | 66 |

| | | |
|------|---|----|
| e. | Teleologische Auslegung | 67 |
| f. | Fazit | 69 |
| 2. | Schlussfolgerung | 70 |
| III. | Tatbestandselemente der Diskriminierung | 72 |
| A. | Sensibles Merkmal | 73 |
| B. | Anknüpfung einer Handlung an ein sensibles Merkmal | 75 |
| C. | Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung | 78 |
| D. | Weitere Aspekte | 82 |
| IV. | Träger der Diskriminierungsverbote | 83 |
| V. | Adressaten der Diskriminierungsverbote | 84 |
| VI. | Fazit | 84 |
| § 8 | Verhältnis zwischen Rechtsgleichheitsgebot und Diskriminierungsverbot | 87 |
| I. | Identische Grundstruktur | 87 |
| II. | Zusätzlicher materieller Gehalt des Diskriminierungsverbots | 88 |
| III. | Diskriminierungsverbot als lex specialis | 89 |
| IV. | Fazit | 90 |
| § 9 | Prüfung der Vereinbarkeit der Tarifierung aufgrund der Staatsangehörigkeit im Bereich der MFHV mit dem Diskriminierungsverbot gemäss Art. 8 Abs. 2 BV | 91 |
| I. | Einleitung | 91 |
| II. | Träger des Diskriminierungsverbots | 92 |
| III. | Anknüpfung an ein von Art. 8 Abs. 2 BV geschütztes Merkmal | 92 |
| A. | Allgemeines | 92 |

| | | |
|-----|---|-----|
| B. | Staatsangehörigkeit als sensibles Merkmal | 93 |
| 1. | In der Lehre | 93 |
| 2. | In der Rechtsprechung | 95 |
| 3. | Eigener Standpunkt | 97 |
| C. | Anknüpfung an das Merkmal der Herkunft | 101 |
| IV. | Vorliegen einer Handlung geknüpft an ein sensibles Merkmal | 102 |
| V. | Rechtfertigung der Ungleichbehandlung | 104 |
| A. | Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung wegen eines sensiblen Merkmals durch Private | 104 |
| B. | Vorliegen einer qualifizierten, sachlichen Begründung | 106 |
| 1. | Legitimes Ziel | 106 |
| 2. | Eignung | 107 |
| 3. | Erforderlichkeit | 109 |
| a. | Keine Querfinanzierung zwischen den Versicherungsnehmern unterschiedlicher Staatsangehörigkeiten | 109 |
| b. | Verwendung ausschliesslich sachlicher Kriterien | 110 |
| c. | Ausbau der individuellen Beteiligung des Versicherten im Schadenfall | 111 |
| d. | Berücksichtigung der Wohnsitzdauer in der Schweiz | 113 |
| e. | Einführung einer Probezeit | 113 |
| f. | Berücksichtigung der Staatsangehörigkeit erst im Schadenfall | 114 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 4. | Zumutbarkeit | 115 |
| VI. | Fazit | 116 |
| VII. | Überprüfung der Praxis der Versicherungsunternehmen durch die FINMA | 117 |
| § 10 | Exkurs: Völkerrechtliche Diskriminierungsverbote | 122 |
| I. | Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) | 122 |
| II. | Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (UNO-Pakt I) und Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte (UNO-Pakt II) | 124 |
| A. | Art. 2 Abs. 2 UNO-Pakt I | 124 |
| B. | Art. 2 Abs. 1 und Art. 26 UNO-Pakt II | 126 |
| III. | Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDÜ) | 127 |
| A. | Ziel des RDÜ und Begriff der Rassendiskriminierung | 128 |
| B. | Merkmal der Staatsangehörigkeit | 129 |
| C. | Akzessorietät des Rassendiskriminierungsverbots | 134 |
| D. | Rassendiskriminierung unter Privaten | 135 |
| E. | Justiziabilität des Schutzes vor Rassendiskriminierung unter Privaten | 137 |
| F. | Fazit | 137 |
| 3. Teil | Grundrechtsbindung (Art. 35 Abs. 2 BV) | 139 |
| § 11 | Übersicht | 140 |
| § 12 | Regelung von Art. 35 Abs. 2 BV | 140 |
| I. | Allgemeines | 140 |
| II. | Staatliche Aufgabe | 141 |

| | | |
|---------|--|-----|
| A. | In der Rechtsprechung | 141 |
| 1. | Beispiele von staatlichen Aufgaben | 141 |
| 2. | Kriterien zur Begründung von staatlichen Aufgaben | 143 |
| 3. | Fazit | 145 |
| B. | In der Lehre | 146 |
| 1. | Allgemeines | 146 |
| 2. | Definition der staatlichen Aufgabe | 146 |
| a. | Gründung auf Verfassung und Gesetz | 147 |
| b. | Zuweisung der Aufgabe zum Staat | 150 |
| 3. | Umfassende Grundrechtsbindung der Gemeinwesen | 152 |
| 4. | Fazit | 154 |
| § 13 | Betrieb der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung als staatliche Aufgabe | 155 |
| I. | Auslegung von Verfassung und Gesetz | 155 |
| A. | Auslegung der massgeblichen Verfassungsbestimmungen | 155 |
| B. | Auslegung der massgeblichen Bundesgesetze | 156 |
| C. | Übertragung staatlicher Aufgaben auf Private | 160 |
| II. | Fazit | 161 |
| 4. Teil | Wirkung der Grundrechte unter Privaten (Art. 35 Abs. 1 und 3 BV) | 163 |
| § 14 | Übersicht | 164 |
| § 15 | Funktion der Grundrechte | 164 |
| I. | Grundrechte als primäre Abwehrrechte gegen den Staat | 164 |

| | | |
|------|---|-----|
| II. | Entwicklung des konstitutiven Grundrechtsverständnisses | 165 |
| III. | Fazit | 168 |
| § 16 | Drittwirkung von Grundrechten | 169 |
| I. | Allgemeines | 169 |
| II. | Direkte Drittwirkung von Grundrechten | 171 |
| A. | In der Lehre | 171 |
| B. | In der Rechtsprechung | 173 |
| III. | Indirekte Drittwirkung von Grundrechten | 175 |
| A. | In der Lehre | 175 |
| B. | In der Rechtsprechung | 176 |
| IV. | Subsidiäre direkte Drittwirkung von Grundrechten | 178 |
| A. | In der Lehre | 178 |
| B. | In der Rechtsprechung | 179 |
| V. | Fazit | 182 |
| § 17 | Grundrechtliche Schutzpflichten | 183 |
| I. | Allgemeines | 183 |
| II. | Verfassungsrechtliche Verankerung grundrechtlicher Schutzpflichten | 184 |
| III. | Nachträgliche und präventive Wirkung grundrechtlicher Schutzpflichten | 185 |
| IV. | Rechtsprechung | 186 |
| A. | Grundsatzentscheide | 186 |
| B. | Weitere Entscheide aus der Bundesgerichtspraxis | 190 |
| C. | Fazit | 193 |
| V. | Adressaten grundrechtlicher Schutzpflichten | 194 |

| | | |
|------|--|-----|
| A. | Legislative | 194 |
| B. | Exekutive und Judikative | 196 |
| C. | Insbesondere die Polizei | 197 |
| VI. | Inhalt grundrechtlicher Schutzpflichten | 197 |
| A. | Rechtliche und tatsächliche Massnahmen zur Erfüllung grundrechtlicher Schutzpflichten | 197 |
| B. | Konkretisierung des Inhalts grundrechtlicher Schutzpflichten anhand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung | 198 |
| VII. | Verhältnis grundrechtlicher Schutzpflichten zur Drittwirkung von Grundrechten | 202 |
| A. | Zur indirekten Drittwirkung von Grundrechten | 202 |
| B. | Zur direkten Drittwirkung von Grundrechten | 203 |
| § 18 | Regelung von Art. 35 Abs. 1 und 3 BV | 205 |
| I. | Auftrag zur Grundrechtsverwirklichung (Art. 35 Abs. 1 BV) | 205 |
| A. | Allgemeines | 205 |
| B. | Inhalt des Grundrechtsverwirklichungsauftrags | 206 |
| 1. | Schaffung der Voraussetzungen zur tatsächlichen Ausübung der Grundrechte | 206 |
| 2. | Schutz vor Beeinträchtigungen der Grundrechte | 206 |
| 3. | Abgrenzung | 207 |
| C. | Adressaten des Grundrechtsverwirklichungsauftrags | 207 |
| II. | Grundrechtsschutz unter Privaten (Art. 35 Abs. 3 BV) | 208 |
| A. | Art. 35 Abs. 3 BV als normativer Anknüpfungspunkt für die Lehre der grundrechtlichen Schutzpflichten | 208 |
| B. | Inhalt von Art. 35 Abs. 3 BV | 209 |

| | | |
|------|--|-----|
| 1. | Verpflichtung der Behörden | 209 |
| 2. | Beschränkung der Schutzpflicht auf Grundrechte, welche sich für die Geltung unter Privaten eignen | 211 |
| 3. | Intensität der Geltung eines Grundrechts unter Privaten | 212 |
| III. | Fazit | 214 |
| § 19 | Wirkung des Rechtsgleichheitsgebots und des Diskriminierungsverbots im Versicherungsverhältnis der Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherung | 215 |
| I. | Einleitung | 215 |
| II. | Direkte Drittwirkung | 215 |
| A. | Diskriminierungsverbot | 215 |
| B. | Rechtsgleichheitsgebot | 216 |
| C. | Fazit | 217 |
| III. | Schutzpflicht des Staates | 217 |
| A. | Beschränkung auf Grundrechte, die sich für die Verwirklichung unter Privaten eignen | 217 |
| 1. | Eignung des Diskriminierungsverbots | 217 |
| 2. | Schutzauftrag aus Art. 8 Abs. 2 BV | 219 |
| 3. | Eignung des Rechtsgleichheitsgebots | 221 |
| 4. | Fazit | 223 |
| B. | Schutzpflichtenauslösender Tatbestand | 223 |
| 1. | Beeinträchtigung des Diskriminierungsverbots | 223 |
| 2. | Kein Verzicht auf die Schutzpflicht durch die Versicherungsnehmer | 225 |
| C. | Schutzpflicht des Gesetzgebers | 226 |

| | | |
|----|---|-----|
| 1. | Zuständigkeit | 227 |
| 2. | Inhalt der Schutzpflicht: Erlass eines Nicht-diskriminierungsgrundsatzes | 227 |
| 3. | Vereinbarkeit mit dem Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit (Art. 27 i.V.m. 94 ff. BV) | 229 |
| a. | Funktionen der Wirtschaftsfreiheit | 229 |
| b. | Schutzbereich der Wirtschaftsfreiheit | 230 |
| c. | Träger der Wirtschaftsfreiheit | 233 |
| d. | Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit | 234 |
| 1) | Grundsatzkonforme oder grundsatzwidrige Massnahme (Art. 94 Abs. 1 und 4 BV) | 234 |
| 2) | Gesetzliche Grundlage (Art. 36 Abs. 1 BV) | 236 |
| 3) | Öffentliches Interesse oder Schutz Grundrechte Dritter (Art. 36 Abs. 2 BV) | 239 |
| 4) | Verhältnismässigkeit (Art. 36 Abs. 3 BV) | 241 |
| a) | Allgemeines | 241 |
| b) | Herstellung praktischer Konkordanz zur Lösung von Grundrechtskollisionen | 241 |
| c) | Abstellen auf Sphärentheorie zur Lösung von Grundrechtskollisionen | 247 |
| d) | Verhältnismässigkeit der vorgeschlagenen Norm | 249 |
| 5) | Kerngehalt (Art. 36 Abs. 4 BV) | 251 |
| 6) | Gleichbehandlung direkter Konkurrenten | 252 |
| 7) | Fazit | 253 |

| | | |
|----|--|-----|
| 4. | Offene Fragen zum Erlass weiterer Vorschriften in Verbindung mit einem gesetzlichen Diskrimi- nierungsverbot | 254 |
| D. | Schutzpflicht der rechtsanwendenden Behörden | 256 |
| 1. | Schutz der Persönlichkeit gemäss Art. 28 ZGB (i.V.m. Art. 19 und 20 OR) | 257 |
| a. | Allgemeines | 257 |
| b. | Verletzung der Persönlichkeit | 258 |
| 1) | Begriff der Persönlichkeit | 258 |
| 2) | Enger Zusammenhang mit dem Schutz der Menschenwürde | 260 |
| 3) | Persönlichkeit als absolut geschütztes Rechtsgut | 261 |
| 4) | Intensität der Beeinträchtigung | 261 |
| 5) | Weitere Tatbestandselemente | 262 |
| c. | Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung | 263 |
| 1) | Einwilligung des Verletzten | 263 |
| 2) | Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse | 264 |
| 3) | Gesetz | 266 |
| d. | Gemeinsamkeiten und Unterschiede des verfassungsrechtlichen Diskriminierungs- verbots und des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit | 266 |
| e. | Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung von Art. 28 ZGB | 270 |
| 1) | Rechtsprechung zur grundrechtskonfor- men Auslegung von Art. 28 ZGB | 271 |

| | | |
|----|---|-----|
| 2) | Rechtsprechung zu Art. 28 ZGB als Instrument zum Schutz vor Diskriminierung unter Privaten | 275 |
| 3) | Meinungsstand in der Lehre zum Diskriminierungsschutz durch Art. 28 ZGB | 280 |
| f. | Prüfung der Vereinbarkeit der Prämienabstufung nach der Staatsangehörigkeit mit Art. 28 ZGB | 282 |
| 1) | Verletzung der Persönlichkeit | 282 |
| 2) | Rechtfertigung der Persönlichkeitsverletzung | 289 |
| a) | Einwilligung des Verletzten | 289 |
| b) | Überwiegendes privates oder öffentliches Interesse | 290 |
| 3) | Fazit | 294 |
| g. | Rechtsfolgen einer Persönlichkeitsverletzung | 295 |
| 2. | Schutz vor Missbrauch durch die Versicherungsunternehmen gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 117 AVO | 296 |
| a. | Allgemeines | 296 |
| b. | Bedeutung und Inhalt des Schutzes der Versicherten vor Missbrauch | 297 |
| c. | Kritik in der Lehre zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs in Art. 117 AVO | 299 |
| d. | Rechtsprechung zum Schutz vor Missbrauch gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 117 AVO | 302 |
| e. | Eigener Standpunkt zur Konkretisierung des Missbrauchsbegriffs in Art. 117 Abs. 2 AVO | 304 |
| 1) | Allgemeines | 304 |

| | | |
|------|---|-----|
| 2) | Art. 117 Abs. 2 AVO als allgemeines Gleichbehandlungsgebot | 304 |
| 3) | Art. 117 Abs. 2 AVO als Diskriminierungsverbot | 306 |
| f. | Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs gemäss Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG | 309 |
| 3. | Fazit | 313 |
| § 20 | Zusammenfassung | 315 |