

Herausgegeben im Auftrag der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich von G. Biaggini, O. Diggelmann, T. Gächter, A. Glaser,
A. Griffel, C. Kaufmann, H. Keller, R. Kiener, A. Kley, R. Matteotti,
D. Moeckli, M. Oesch, J. Reich, M. Simonek und F. Uhlmann

Viviane Kull

**Die Tarifierung aufgrund der
Staatsangehörigkeit in der
Motorfahrzeug-Haftpflicht-
versicherung**

**Wirkung von Rechtsgleichheitsgebot
und Diskriminierungsverbot
in den Beziehungen unter Privaten**

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 Verhältnismässigkeitsprüfung	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 Diskriminierungsverbots	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 <i>lex specialis</i>	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 Diskriminierungsverbot	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 Diskriminierungsverbots und des privatrechtlichen Schutzes der Persönlichkeit	266
e.	Berücksichtigung der Grundrechte bei der Auslegung von Art. 28 ZGB	270
1)	Rechtsprechung zur grundrechtskonformen 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