

# Haftpflichtrecht <sup>2</sup> Versicherungsrecht

Herausgegeben von Stephan Fuhrer und Stephan Weber

Silvia Kalbermatten

## **Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung**

Schulthess § 2010

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b>	III
<b>Literaturverzeichnis</b>	IX
<b>Rechtsquellen</b>	XIX
1. Schweiz	XIX
a) Gesetze	XIX
b) Materialien	XXI
2. Europäische Union	XXII
3. Deutschland	XXIII
a) Gesetze	XXIII
b) Materialien	XXIII
<b>Abkürzungen</b>	XXV
<b>Einleitung</b>	1
<b>I. Grundlagen der Versicherung</b>	3
<b>A. Begriff der Versicherung</b>	3
1. Eingrenzung der Definitionsmöglichkeiten	3
2. Definition Versicherungsbegriff	5
a) Funktion der Versicherung	6
b) Gegenstand der Versicherung	8
c) Aufsichtsrechtlicher Begriff der Versicherung	9
(1) Risiko oder Gefahr	11
(2) Leistung des Versicherten (Prämie)	13
(3) Leistung des Versicherers (Rechtsanspruch)	14
(4) Selbständigkeit der Operation	15
(5) Planmässiger Geschäftsbetrieb	16
(6) Polypersonaler Bezug	17
d) Definition des dem VVG unterstellten Versicherungsvertrags	18
(1) Merkmale der Gefahr, der Leistung des Versicherers und der Leistung des Versicherungsnehmers	19
(2) Merkmale der Selbständigkeit der Operation, des planmässigen Geschäftsbetriebs und des polypersonalen Bezugs	19
3. Zusammenfassung	22
<b>B. Historische Entwicklung</b>	23
1. Zeittafel	26
2. Kaufmännische Sicherung	27
a) Codex Hammurabi	27
b) Jüdische Esel- und Schiffseigentümergeinschaft	28
c) Lex Rhodia de iactu	29
d) Seedarlehen	30
e) Foenus nauticum im Mittelalter	31

f) Seeversicherung	32
3. Genossenschaftliche Sicherung	33
a) Altertum	33
b) Römische Kollegien	34
c) Gilden	34
d) Die Rentenversicherung	36
e) Montes pietatis	37
f) Entwicklung der Naturwissenschaften	38
4. Zusammenfassung	39
C. Gefahrengemeinschaft	39
1. Gemeinschaftliche Gefahr	41
2. Gemeinschaft	43
3. Zusammenfassung	45
D. Abgrenzungen	47
1. Sozialversicherung	47
a) Geschichtlicher Hintergrund	47
b) Abgrenzung Sozial- und Privatversicherung	47
(1) Das Wettbewerbsprinzip	50
(2) Das Zustandekommen des Versicherungsverhältnisses	51
(3) Äquivalenz- und Solidaritätsprinzip	51
(4) Das Subsidiaritätsprinzip	54
c) Zusammenfassung	54
2. Obligatorische Versicherung	55
a) Spannungsfeld Vertragsfreiheit und gesetzlicher Zwang	56
b) Spannungsfeld Solidarität und Äquivalenz	56
c) Lösungsansatz	57
d) Zusammenfassung	58
<b>II. Grundlagen eines Gleichbehandlungsgebots</b>	61
A. Nationales Recht	61
1. Verfassung	61
a) Allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 8 Abs. 1 BV)	63
(1) Rechtsträger	63
(2) Bereich der Rechtsetzung	63
(3) Bereich der Rechtsanwendung	64
b) Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV)	65
c) Grundsatz der Gleichberechtigung (Art. 8 Abs. 3 BV)	66
d) Drittwirkung der Grundrechte	68
(1) Allgemeine Drittwirkung	68
(2) Drittwirkung des Art. 8 BV	71
e) Zusammenfassung	74
2. Öffentliches Recht (ohne Aufsicht)	75
a) Kontrahierungspflicht aus öffentlichem Recht	75
b) Art. 261 <sup>bis</sup> StGB	77
(1) geschütztes Rechtsgut	78
(2) Schutzobjekt	79
(3) Art. 261 <sup>bis</sup> Abs. 5 StGB	80

c)	Zusammenfassung	84
3.	Aufsicht	85
a)	Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit	85
b)	Aufsicht über private Versicherungseinrichtungen	86
c)	Missbrauchsbegriff gemäss VAG und AVO	89
(1)	Missbrauchsbegriff im Vorentwurf AVO	90
(2)	Missbrauch gemäss Art. 117 AVO	91
(3)	Missbrauch infolge Ungleichbehandlung gemäss Art. 117 Abs. 2 AVO	92
d)	Zusammenfassung	94
4.	Privatrecht	96
a)	Diskriminierung durch Vertragsverweigerung	96
(1)	Unerlaubte Handlung gemäss Art. 41 Abs. 1 OR	97
(2)	Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 2 OR	98
(3)	Art. 28 Abs. 2 ZGB	101
b)	Diskriminierung im Rahmen eines bestehenden Vertragsverhältnisses	107
(1)	Art. 19 Abs. 2 und 20 Abs. 1 OR	107
c)	Zusammenfassung	109
B.	Rechtsvergleich	111
1.	Aufsichtsrecht	112
a)	§ 11 Abs. 2 VAG	113
b)	§ 21 VAG	114
c)	§ 81 lit. e VAG	115
d)	§ 81 Abs. 2, 4 VAG	116
2.	Zivilrecht	118
<b>III.</b>	<b>Anwendungsbereiche eines Gleichbehandlungsgebots</b>	<b>127</b>
A.	Exkurs: Wirtschaftliche und technische Elemente einer Versicherung	127
B.	Nationalität als Risikomerkmak	129
1.	Schutz vor Ungleichbehandlungen	131
2.	Gesetzliche Grundlagen zur Einschränkung der Wirtschaftsfreiheit	131
a)	Öffentlich-rechtliche Grundlagen	132
(1)	Art. 261 <sup>bis</sup> StGB	132
(2)	Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG i.V.m. Art. 117 Abs. 2 AVO	132
b)	Privatrechtliche Grundlagen	134
(1)	Sittenwidrigkeit gemäss Art. 41 Abs. 2 OR	134
(2)	Persönlichkeitsrecht gemäss Art. 28 ZGB	136
(3)	Art. 19 Abs. 1 und 20 Abs. 2 OR	138
C.	Geschlecht als Risikomerkmak	138
1.	Gleichbehandlungsgebot bei Zusatz-, Taggeldversicherung und beruflicher Vorsorge	140
a)	Zusatzversicherung zur obligatorischen Krankenversicherung	140
b)	Freiwillige Taggeldversicherung	141
c)	Ausserobligatorische berufliche Vorsorge	142
2.	Schutz vor Ungleichbehandlung bei den dem Privatrecht unterstellten Versicherungszweigen	143

a) Aufsichtsrecht	144
(1) Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG	144
(2) Art. 117 Abs. 2 AVO	145
b) Privatrecht	147
D. Präsymptomatische genetische Untersuchungen	147
1. Geschichtlicher Hintergrund	148
2. Abgrenzung Sozial- und Privatversicherung	149
3. Inhalt des GumG	150
a) Das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GumG	150
b) Das Untersuchungsverbot in Art. 26 GumG	151
c) Das Nachforschungsverbot in Art. 27 GumG	151
d) Die zulässige Nachforschung in Art. 28 GumG	152
4. Mögliche Anspruchsgrundlagen	153
a) Öffentlich-rechtliche Anspruchsgrundlagen	154
b) Privatrechtliche Rechtsgrundlagen	156
E. Kulanzzahlungen und Treuerabatte	157
1. Abgrenzung Sozial- und Privatversicherung	158
a) Kulanzzahlungen im Sozialversicherungsrecht	158
b) Kulanzzahlungen im Privatversicherungsrecht	158
c) Rabatte im Privatversicherungsrecht	159
2. Mögliche Anspruchsgrundlagen	159
<b>IV. Zusammenfassung und Thesen</b>	<b>163</b>