

Nr. 192

Christian Armbrüster

**Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats)
und seine Auswirkungen**

2012

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHES WIRTSCHAFTSRECHT

Vorträge und Berichte

Nr. 192

herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums



Dr. Christian Armbrüster

Professor an der Freien Universität Berlin
Richter am Kammergericht

Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen

Referate im Rahmen des Symposiums
„Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes“

Bonn, den 07. November 2011

Copyright bei den Autoren

ausschließlich erhältlich beim Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht

www.zew.uni-bonn.de

Druck: Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

Inhalt

1. Der Paukenschlag	1
2. Wie alles begann	3
3. Die Ruhe vor dem Sturm	5
4. Der Sturm	6
5. Überzeugt der EuGH?	8
6. Hat der EuGH das letzte Wort?	14
7. Praktische Folgefragen des Urteils	15
a) Differenzierungsalternativen	15
b) Übergangszeitraum	17
8. Ausblick	20
9. Zusammenfassung	21

1. Der Paukenschlag

„Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig ist.“

Dies ist die Kernaussage des mit Spannung erwarteten Urteils des EuGH in der Rechtssache *Test-Achats*.¹ Seinen Namen bezieht das Urteil von einem der Kläger des Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 EG, in dem das Urteil ergangen ist. Darin hatte der EuGH über die Frage zu befinden, ob eine an das Geschlecht anknüpfende Differenzierung von Prämien und Leistungen in Versicherungsverträgen mit europäischem Recht vereinbar ist. Geklagt hatten neben dem Verbraucherschutzverein *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL* zwei (männliche) Privatleute gegen den *Conseil des ministres* von Belgien. Der belgische Rechtsstreit dreht sich um die Nichtigkeitserklärung eines belgischen Gesetzes, dessen Inhalt der Regelung in § 20 Abs. 2 S. 1 AGG entspricht. Demnach sind geschlechtsbezogene Differenzierungen bei Prämien und Leistungen in Versicherungsverträgen unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

Das Vorabentscheidungsverfahren zeichnet sich durch die Besonderheit aus, dass hier nicht, wie dies sonst meist der Fall ist, unmittelbar die Vereinbarkeit nationalen (hier: belgischen) Rechts mit vorrangigem Europarecht in Rede stand. Vielmehr ging es darum, ob Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG (im Folgenden: Gender-Richtlinie) mit europäischem Recht vereinbar ist. Nach jener Vorschrift sind proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann möglich, wenn die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Von jener Öffnungsklausel hat der deutsche Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 S. 1 AGG Gebrauch gemacht.

¹ EuGH, Urt. v. 01.03.2011 – Rs. 236/09, NJW 2011, 907, 909 (Rn. 34).

Der EuGH hat nun die genannte Öffnungsklausel in Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie mit Wirkung vom 21.12.2012 für ungültig erklärt und damit sowohl der darauf beruhenden belgischen Regelung als auch der deutschen und sonstigen Parallelvorschriften für die Zukunft die Grundlage entzogen. Mithin müssen § 20 Abs. 2 S. 1 AGG ebenso wie diejenigen Vorgaben des Versicherungsaufsichtsrechts, die geschlechtsbezogene Differenzierungen zulassen oder gar verlangen, aufgehoben werden.² In Zukunft darf es somit allein noch sog. Unisex-Tarife geben.

Soweit ersichtlich, hat das Gericht damit erstmals einen Sekundärrechtsakt wegen Verstoßes gegen das europarechtliche Gleichbehandlungsgebot für ungültig erklärt.³ Dieser Paukenschlag hat die Öffentlichkeit nicht völlig unvorbereitet getroffen. Im Ergebnis folgt das Gericht nämlich weitgehend den Schlussanträgen von Generalanwältin *Juliane Kokott*⁴. Ab dem Stichtag, der fünf Jahre nach dem Ablauf der Umsetzungsfrist für die Gender-Richtlinie liegt, dürfen mithin keine nach dem Geschlecht differenzierenden Versicherungstarife und -bedingungen mehr vereinbart werden.

Das Urteil gilt spartenübergreifend für alle Versicherungszweige. Praktisch ist es freilich insbesondere für die Lebens- und die Krankenversicherung bedeutsam. In diesen Zweigen führt die Abkehr von der geschlechtsbezogenen Differenzierung zu einem völligen Paradigmenwechsel. So ist jene Differenzierung in § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG für die substitutive Krankenversicherung bislang sogar verbindlich vorgeschrieben, und auch in der Lebensversicherung galt das Geschlecht neben dem Alter und dem Gesundheitszustand als ein konstitutives Element der Prämienkalkulation. Auch außerhalb der Personenversicherung hat es geschlechtsbezogene Differenzierungen

² Zur Umsetzungsverpflichtung s. näher *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1450 f.; *Rolfs/Binz*, VersR 2011, 714, 716.

³ *Purnhagen*, EuR 2011, 690.

⁴ Abgedruckt in VersR 2010, 1571 ff.

gegeben; das wichtigste Beispiel hierfür bieten die Frauentarife in der Kfz-Versicherung. Der Verdacht einer Diskriminierung, der es entgegenzutreten gilt, liegt bei derartigen Gestaltungen nach hergebrachtem Verständnis völlig fern; im Gegenteil lässt sich darin ein Ausdruck des Bemühens um eine möglichst risikoadäquate und damit gerechte Prämie erblicken.⁵

Bestätigt wird dieser Befund nicht zuletzt dadurch, dass sich die Berücksichtigung des Geschlechts in der bisherigen Versicherungspraxis keineswegs einseitig auswirkt.⁶ So profitieren Frauen außer in der Kfz-Versicherung etwa auch in der Risikolebensversicherung von niedrigeren Prämien als Männer. In den meisten Sparten werden durch die geschlechtsbezogene Differenzierung bislang freilich Männer begünstigt; dies gilt namentlich für die Krankheitskostenversicherung, aber etwa auch für die Berufsunfähigkeits- oder die Rentenversicherung. Alle diese Unterschiede lassen sich mit den hergebrachten versicherungstechnischen Kalkulationsregeln erklären; unter den für eine risikoäquivalente Prämie jedenfalls statistisch relevanten Faktoren spielt dabei jeweils das Geschlecht eine Rolle. Beispiele bieten in der Kfz-Versicherung das defensivere und damit weniger schadensträchtige Fahrverhalten von Frauen oder in der Krankheitskostenversicherung deren höhere Lebenserwartung und intensivere Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen.

2. Wie alles begann

Grundsätzlich sind im Versicherungssektor anders als bei typischen Massengeschäften wie dem Kauf eines Konsumguts vielfältige risikobezogene Differenzierungen geradezu vertragsimmanent, und zwar auch solche, die an der Person des Versicherungsnehmers anknüpfen. Es gilt nämlich stets, eine risikogemäße Ausgestaltung von Prämie und Vertragsbedingungen zu gewährleisten. Darin, dass nunmehr jegliche

⁵ Hoffmann, ZIP 2011, 1445 f.

⁶ Hoffmann, ZIP 2011, 1445, 1446.

geschlechtsbezogene Differenzierung ab dem Stichtag untersagt wird, liegt mithin ein Eingriff in die versicherungstechnischen Kalkulationsgrundlagen. Jener Eingriff ist durch eine gesellschaftspolitische Wertung motiviert, nämlich das Ziel einer Gleichbehandlung von Männern und Frauen.

Ein frühes Beispiel dafür, wie derartige versicherungsfremde Wertungen die Kalkulationsregeln beeinflussen, lässt sich in dem Verbot sog. Ausländertarife durch § 81e VAG erblicken. Nach jener Vorschrift gilt es als (aufsichtsrechtlich zu ahndender) Mißstand, wenn in Tarifbestimmungen und Prämienkalkulationsregeln auf die Staatsangehörigkeit oder die ethnische Herkunft des Versicherungsnehmers abgestellt wird. Dieser Regelung vorangegangen waren ein Rundschreiben des damaligen Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen⁷ als Vorgänger der BaFin und ein noch entscheidend auf die Unterschiedlichkeit der Risiken abstellendes Urteil des BVerwG⁸. Rechtstatsächlicher Hintergrund waren die damaligen sog. Balkantarife in der Kfz-Versicherung, in denen jüngeren Männern aus dem Balkan deutlich erhöhte Prämien abverlangt wurden, da sie statistisch ein erheblich gesteigertes Schadensrisiko aufwiesen. Jene Differenzierung wurde vom Gesetzgeber als gesellschaftspolitisch nicht hinnehmbar angesehen.

Dafür lassen sich triftige, nicht zuletzt auch integrationspolitische Gründe anführen, denen an dieser Stelle nicht weiter nachzugehen ist. Für die hier interessierenden geschlechtsbezogenen Differenzierungen gilt es insoweit nur festzuhalten, dass damit erstmals und lange vor Umsetzung der europäischen Antidiskriminierungsrichtlinien⁹ eine gesellschaftspolitische Wertung zur Abkehr von statistisch begründbaren und damit versicherungstechnisch erheblichen Unterscheidungen zwang. In ähnlicher

⁷ Rundschr. R 4/83.

⁸ BVerwGE 79, 326, 333 ff. = VersR 1988, 817.

⁹ Zu ihnen eingehend *Thüsing*, in: MünchKomm-BGB, 6. Aufl. 2012, Einl. AGG Rn. 14 ff.

Weise hat der Richtliniengeber in Art. 5 Abs. 3 der Gender-Richtlinie die geschlechtsneutrale Verteilung der Kosten von Schwangerschaft und Mutterschaft angeordnet. Im Zuge der Umsetzung dieser Richtlinienvorgabe in § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ist diese Regelung durch den deutschen Gesetzgeber diese Regelung als „sozialpolitisch motivierte Ausnahme“¹⁰ gekennzeichnet worden. Ein weiteres Beispiel bietet die sog. Riester-Rente, für die der deutsche Gesetzgeber von Anfang an eine geschlechtsneutrale Prämienkalkulation vorgeschrieben hat; dieser Fall liegt freilich insofern besonders, als dass bei staatlich geförderten Anlageprodukten der Staat als Subventionsgeber auch die Anforderungen an die Förderungsfähigkeit festlegen kann.

3. Die Ruhe vor dem Sturm

In der Zeit zwischen dem Inkrafttreten von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG am 18.08.2006 und dem mit den Schlussanträgen der Generalanwältin vom 30.09.2010 einsetzenden Sturm bestand um die Möglichkeit einer geschlechtsbezogenen Differenzierung relative Ruhe. Der deutsche Gesetzgeber hatte klargestellt, dass es ihm bei der Einbeziehung privater Versicherungsverträge in das Antidiskriminierungsrecht lediglich darum ging, die Versicherungsnehmer vor Willkür zu schützen; damit sollte hingegen ausdrücklich nicht die risikobezogene Prämien- und Leistungsdifferenzierung in Frage gestellt werden.¹¹

Über die Legitimität von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG gab es seit dessen Inkrafttreten keine grundsätzliche Auseinandersetzung. Der Blick hatte sich vielmehr auf eine Reihe von Auslegungsfragen gerichtet. So stellte sich das Problem, wie mit der Verwertbarkeit unternehmensinterner statistischer Daten im Rahmen einer Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 1 AGG umzugehen ist.¹² Für eine Zulässigkeit lässt sich neben dem Gesetzeswortlaut auch die Gewährleistung einer risikoäquivalenten Prämie

¹⁰ Regierungsbegr., BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

¹¹ Regierungsbegr.; BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

¹² S. dazu etwa *Thüsing* (Fn. 9), § 20 AGG Rn. 77 f.

anführen, womit sich zugleich eine adverse Selektion, also des „Abwanderns“ der Träger geringerer Risiken aus dem Tarif, eindämmen lässt. Streitig war darüber hinaus die Frage, inwieweit nicht-statistische Differenzierungsgründe wie etwa medizinisches Erfahrungswissen heranziehbar sind. Dagegen sprechen neben dem Gesetzeswortlaut insbesondere auch der systematische Vergleich zu dem offener formulierten Tatbestand des § 20 Abs. 2 S. 3 AGG sowie die Regelungsabsicht des Gesetzgebers.¹³

4. Der Sturm

Der Sturm setzt ein mit den Schlussanträgen der Generalanwältin, die bereits an anderer Stelle¹⁴ einer eingehenden und kritischen Würdigung unterzogen worden sind. Die Generalanwältin hält Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie für unvereinbar mit höherrangigem europäischem Recht, namentlich mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung von Männern und Frauen gem. Artt. 21 Abs. 1, 23 Abs. 1 der europäischen Charta der Grundrechte.¹⁵ Eine alleinige Anknüpfung an das Merkmal „Geschlecht“, auch wenn es nur der „bestimmende Faktor“ ist, sei unzulässig. Die Regelung in der Richtlinie betreffe Fälle, in denen sich unterschiedliche Versicherungsrisiken nicht kausal, sondern allenfalls statistisch mit dem Geschlecht in Verbindung bringen ließen. Neben dem Geschlecht spielten aber zahlreiche andere Faktoren eine wichtige Rolle für die Bewertung der Versicherungsrisiken, z.B. wirtschaftliche und soziale Gegebenheiten oder Lebensgewohnheiten. Als Beispiele führt die Generalanwältin etwa Art und Umfang der ausgeübten Berufstätigkeit, familiäres und soziales Umfeld oder Ernährungsgewohnheiten an.

¹³ *Armbrüster*, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen, Expertise erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2010, abrufbar unter: http://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/Downloads/DE/publikationen/benachteiligungsverbot_und_rechtfertigungsgruende_beim_abschluss.pdf?__blob=publicationFile

¹⁴ *Armbrüster*, VersR 2010, 1578 ff.

¹⁵ Schlussanträge, VersR 2010, 1571, 1574 (Rn. 29).

Die Generalanwältin wollte den Versicherern einen Übergangszeitraum von drei Jahren für die Anpassung ihrer Verträge zubilligen. Allerdings sollen die neuen Anforderungen ab dem Ende des Übergangszeitraums auch für Bestandsverträge gelten. Anderenfalls, so die Generalanwältin, würde der gleichheitswidrige Zustand angesichts der Langfristigkeit vieler Verträge zu sehr perpetuiert.

Der EuGH ist in seinem Urteil den Schlussanträgen im Ergebnis jedenfalls insoweit gefolgt, als dass er Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie für europarechtswidrig hält.¹⁶ In wenigen knappen Absätzen¹⁷ legt der Gerichtshof zunächst zutreffend dar, der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden. Sodann schlägt er einen Bogen zur hier interessierenden Gender-Richtlinie, indem er feststellt, dass die Vergleichbarkeit im Licht des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme zu beurteilen sei, die die fragliche Unterscheidung einführt. Das mit der Richtlinie verfolgte Ziel, „wie (es) in ihrem Art. 5 Abs. 1 zum Ausdruck kommt“, bestehe in der Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen. Im 18. Erwägungsgrund der Richtlinie heiße es, dass die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen sollte. Im 19. Erwägungsgrund werde die in Art. 5 Abs. 2 eröffnete Möglichkeit als „Ausnahme“ bezeichnet.

Diese Überlegungen führen den EuGH zu folgendem Schluss: „Somit beruht die Richtlinie 2004/113 auf der Prämisse, dass für die Zwecke des Gleichbehandlungsgrundsatzes in Art. 21, 23 EU-Charta die Lage von Frauen und Männern mit Bezug auf die Prämien und Leistungen

¹⁶ Insofern besteht kein Unterschied zu der Einschätzung von *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1447.

¹⁷ NJW 2011, 907, 908 f. (Rn. 28-34).

vergleichbar sind.“¹⁸ Zugleich bestehe „damit“ die Gefahr, dass die Ausnahme unbefristet zulässig ist. Nach Ansicht des EuGH läuft dies der Verwirklichung des mit der Richtlinie verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider „und ist mit den Art. 21, 23 der Charta unvereinbar“¹⁹.

In dem nachfolgenden Urteil zur Europarechtskonformität der im Bundesangestelltentarif (BAT)²⁰ festgelegten Altersstufen nimmt der EuGH auf das hier interessierende Urteil Bezug, indem er folgendes hervorhebt: Die deutschen Übergangsregeln zum BAT seien deshalb hinnehmbar, weil sie einen Übergangscharakter hätten und nur befristet zur Fortgeltung der diskriminierenden Auswirkungen führen würden. Darin liege ein entscheidender Unterschied zu der zeitlich nicht befristeten Öffnungsklausel in Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie.

5. Überzeugt der EuGH?

Der EuGH unternimmt anders als die Generalanwältin nicht einmal den Versuch, die Reichweite des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei Versicherungsverträgen inhaltlich auszulegen. Vielmehr beschränkt das Gericht sich auf eine reine Kohärenzprüfung. Bei dieser stellt er einseitig auf Art. 5 Abs. 1 der Gender-Richtlinie ab und verkennt dabei, dass auch Abs. 2 vom Willen des Richtliniengebers getragen wird.²¹ Mit anderen Worten: Der Regelungsgehalt der Richtlinie wird nicht dem Inbegriff der Vorgaben für Versicherungsverträge entnommen, sondern einer für die Mitgliedstaaten gerade nicht bindenden Teilregelung.

Verallgemeinernd gesagt, heißt dies Folgendes: Stellt eine Richtlinie einen Grundsatz auf und gestattet sie den Mitgliedstaaten zugleich unter qualifizierten Voraussetzungen Ausnahmen, so sind diese Ausnahmen

¹⁸ EuGH, NJW 2011, 907, 908 f. (Rn. 30).

¹⁹ EuGH, NJW 2011, 907, 909 (Rn. 32).

²⁰ EuGH, EuZW 2011, 883, 888 (Rn. 97).

²¹ Zu Recht krit. auch *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 696 f.

jedenfalls dann ungültig, wenn sie unbefristet bestehen bleiben können, weil sie dem mit der Richtlinie bezweckten Ziel zuwiderlaufen. Zuzugeben ist dem Gericht, dass dem Nebeneinander von Abs. 1 und Abs. 2 deutlich deren Genese als Ergebnis eines politischen Kompromisses²² anzusehen ist. Gerade dies zeigt jedoch, dass die Richtlinie allein in der verabschiedeten Gestalt gewollt war. Daher verbietet es sich, eine Teilregelung herauszugreifen und in ihr den Willen des Richtliniengebers gleichsam verabsolutiert zu sehen, obwohl derselbe Richtliniengeber den Mitgliedstaaten Abweichungen gestatten wollte. Somit ist es unzutreffend anzunehmen, dass die Gender-Richtlinie auf der „Prämisse“²³ beruhe, dass für die Zwecke des in Artt. 21, 23 der EU-Charta verbürgten Gleichbehandlungsgrundsatzes die Lage von Frauen und Männern hinsichtlich der Prämien und Leistungen vergleichbar sei.

Wie wenig die Herangehensweise des EuGH zu überzeugen vermag, zeigt sich auch an folgender Erwägung: Es stand gem. Art. 13 Abs. 1 EG im Ermessen des Rats, ob und inwieweit er Vorkehrungen zur Bekämpfung von Diskriminierungen treffen wollte. Er hätte, worauf die Generalanwältin²⁴ zutreffend hinweist, Versicherungsverträge daher völlig vom Anwendungsbereich der Gender-Richtlinie ausnehmen können. In der Öffnungsklausel des Art. 5 Abs. 2 kann mithin ein teilweiser Verzicht auf die Ausübung der Rechtssetzungskompetenz gesehen werden, indem der Richtliniengeber die Regelungsbefugnis unter bestimmten Voraussetzungen bei den Mitgliedstaaten belässt.²⁵

Selbst wenn man Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie im Hinblick auf jene Anforderungen gleichwohl an europäischem Recht misst,²⁶ kann sich dies nicht in einer reinen Kohärenzprüfung erschöpfen. Anderenfalls hinge die

²² S. dazu *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1446 f.

²³ EuGH, NJW 2011, 907, 909 (Rn. 30).

²⁴ Schlussanträge, Rn. 34.

²⁵ Näher *Armbrüster*, VersR 2010, 1578, 1579 f.

²⁶ S. dazu *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1094.

Europarechtskonformität nämlich davon ab, wie der Richtliniengeber regelungstechnisch vorgeht:²⁷ Nimmt er Versicherungsverträge vom Gleichbehandlungsgebot aus, gestattet er den Mitgliedstaaten jedoch zugleich die Untersagung von geschlechtsbezogenen Differenzierungen, so erschiene dies kohärent. Dasselbe dürfte selbst bereits dann gelten, wenn die Abs. 1 und 2 von Art. 5 vertauscht würden, so dass die Öffnungsklausel als der Regelfall erschiene. Es kann aber nicht von der äußerlichen Ausgestaltung der Richtlinie abhängen, ob ein und dieselbe Regelung – nämlich die Gestattung der Weiterführung geschlechtsbezogener Differenzierungsmöglichkeiten in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten – als vereinbar oder aber unvereinbar mit europäischem Recht anzusehen ist.

Im Schrifttum wird die Argumentation des EuGH bisweilen mit dem Hinweis verteidigt, die Regelung der Richtlinie sei in sich widersprüchlich. Da die Öffnungsklausel es nur denjenigen Mitgliedstaaten gestatte, Differenzierungen zuzulassen, in denen diese bereits 2007 erlaubt waren, komme es nicht zu einer Angleichung der Rechtsordnungen. Zudem sei die Regelung hinsichtlich des verfolgten Ziels in sich widersprüchlich, da dann, wenn es sich um eine zulässige Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte handele, das Verbot der Neueinführung einer geschlechtsbezogenen Differenzierung „geradezu widersinnig“²⁸ sei.

Diese Kritik trifft insofern nicht den Kern des in der Sache *Test-Achats* zu klärenden Problems, als dass es hier gar nicht um die Frage ging, ob die Öffnungsklausel deshalb europarechtswidrig ist, weil sie den Mitgliedstaaten lediglich die Fortführung bereits bestehender geschlechtsbezogener Differenzierungsmöglichkeiten gestattet. Zudem würde auch die Widersprüchlichkeit der Gesamtregelung nicht erklären können, wieso sich der EuGH einen Teil des Art. 5 der Richtlinie

²⁷ S. auch *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 697.

²⁸ *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1447.

herausgreift und – entgegen dem erklärten Willen des Richtliniengebers – allein diesen zum Maßstab für die Kohärenz der Gesamtregelung erhebt. Wie willkürlich diese Vorgehensweise erscheint, wird nicht zuletzt daran deutlich, dass der Richtliniengeber, wie die Verteidiger des Urteils selbst einräumen, in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie lediglich „eine Art politischen Programmsatz“²⁹ erblickt hat und die jetzt vom EuGH geschaffene Rechtslage niemals selbst herbeigeführt hätte. Die Kohärenzprüfung erweist sich somit im Übrigen auch unter dem Gesichtspunkt der Gewaltenteilung als bedenklich.

Anstelle der vom EuGH ins Zentrum gerückten Kohärenzprüfung ist für die Beantwortung der Vorlagefrage die Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie mit den primärrechtlichen Gleichbehandlungsgeboten in Art. 21, 23 EU-Charta entscheidend.³⁰ Schon in früheren Entscheidungen hat der EuGH festgestellt, dass der europarechtliche Diskriminierungsschutz auch privatrechtliche Vertragsverhältnisse erfasst.³¹ Insoweit verdient der dogmatische Ansatz der Generalanwältin, die den Blick auf die europäischen Grundrechte richtet, Zustimmung. Die Vorgaben der EU-Charta zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen gelten auch für die Richtlinie, und zwar nicht erst – worauf der EuGH abstellen will –³² aufgrund der Bezugnahme im 4. Erwägungsgrund. Zwar ist die EU-Charta erst am 01.12.2009 bindend geworden (Art. 6 Abs. 1 EUV), während die Richtlinie bereits am 13.12.2004 verabschiedet worden und am 21.12.2004 in Kraft getreten ist. Indessen muss sie sich als in die Zukunft fortwirkender Rechtsakt nunmehr auch an den in der Charta gewährleisteten Grundrechten messen lassen.³³

²⁹ Hoffmann, ZIP 2011, 1445, 1447.

³⁰ So etwa auch Lüttringhaus, EuZW 2011, 295, 297; Purnhagen, EuR 2011, 690, 697.

³¹ EuGH, Rs. C-144/04, NJW 2005, 3695 (Mangold); Rs. C-555/07, NJW 2010, 427 (Küçükdeveci); näher dazu Purnhagen, EuR 2011, 690, 693 ff.

³² EuGH, NJW 2011, 907, 908 (Rn. 17); krit. dazu Purnhagen, EuR 2011, 690, 698.

³³ S. nur Jarass, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2010, Einl. Rn. 7.

Geht man nun der Vereinbarkeit der Öffnungsklausel mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz nach, so ergibt sich Folgendes: Das Merkmal „Geschlecht“ ist zwar nicht individuell kausal für das Risiko, wohl aber ist es als sog. Proxy statistisch relevant. Dies gilt namentlich für die Lebenserwartung, die bei Frauen im Durchschnitt fünf Jahre länger ist als bei Männern.³⁴ Zudem ergeben sich auch aus anderen Faktoren wie etwa dem Krankheitsvorsorgeverhalten oder den Ernährungsgewohnheiten statistisch bedeutsame Unterschiede. Dies hat die Generalanwältin im Ansatz zutreffend erkannt. Sie hat freilich die maßgeblichen Untersuchungen zur unterschiedlichen Lebenserwartung von Frauen und Männern sowie zu weiteren objektiven, das vom Versicherer übernommene Risiko prägenden und geschlechtsbezogene Differenzierungen rechtfertigenden Faktoren nur unzulänglich gewürdigt, so dass auch die Schlussanträge nicht zu überzeugen vermögen.³⁵ Die signifikanten statistischen Unterschiede führen nämlich dazu, dass geschlechtsbezogene Differenzierungen zulässig sind. Man kann davon ausgehen, dass deswegen schon gar keine *Ungleichbehandlung* i. S. der Artt. 21, 23 EU-Charta vorliege.³⁶ Dafür ließe sich anführen, dass wegen der erheblichen Unterschiede Männer und Frauen insoweit nicht gleich seien, so dass mit einer Differenzierung dem Gebot Rechnung getragen wird, dass Ungleiches ungleich behandelt werden muss. Hiergegen lässt sich freilich einwenden, dass die Artt. 21, 23 EU-Charta gerade die Gleichheit von Männern und Frauen statuieren. So nennt Art. 23 EU-Charta als zentralen Begriff die „Gleichheit“ von Mann und Frau; die Charta geht also von einer grundsätzlichen Gleichheit der Geschlechter aus und strebt daher eine größtmögliche Gleichbehandlung der Geschlechter an.³⁷ Diese Gleichheit soll in umfassender Weise geschützt

³⁴ S. die Daten des Statistischen Bundesamts unter www.destatis.de/bevoelkerungspyramide; vgl. auch den Überblick in VW 2011, 1450.

³⁵ Näher *Armbrüster* VersR 2010, 1578; krit. auch *Karpenstein*, EuZW 2010, 885; *Sagmeister*, VersR 2011, 187; *Schwintowski*, VersR 2011, 164.

³⁶ S. dazu *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 297.

³⁷ *Hölscheidt*, in: Meyer, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2010, Art. 23 Rn. 16; *Krebber*, in: Calliess/Ruffert, 4. Aufl. 2011, Art. 23 EU-GRCharta Rn. 3.

werden.³⁸ Dies legt es nahe, zwar eine Ungleichbehandlung von Gleichem, jedoch angesichts der genannten gewichtigen Unterschiede zwischen den Risiken von Männern und Frauen deren *Rechtfertigung* durch objektive Sachgründe anzunehmen.³⁹

Nichts anderes folgt aus dem Gesichtspunkt der Unveränderlichkeit, der in einer Wendung in den Schlussanträgen⁴⁰ anklingt, wonach es sich beim Geschlecht um ein Kriterium handele, auf das der Einzelne keinerlei Einfluss hat. Im Schrifttum wird dies bisweilen als der entscheidende Gesichtspunkt angesehen; demnach soll es bei dem Diskriminierungsverbot darum gehen, „dass Menschen nicht aufgrund von Kriterien, die sie nicht beeinflussen können, von der Teilhabe am Versicherungsmarkt ausgeschlossen sein sollen“⁴¹. Diese Ansicht verkennt, dass es anders als im Sozialversicherungsrecht hier nicht um die Gewährleistung des Zugangs zu bestimmten Leistungen geht, sondern allein um einen Schutz vor Willkür bei den Zugangsbedingungen. Die Frage, inwieweit ein Versicherungsnehmer ein Differenzierungskriterium zu beeinflussen vermag, kann auf der Ebene der Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen keine Bedeutung erlangen. Dies zeigt sich besonders deutlich an dem – in aller Regel durch den Versicherungsnehmer nicht beeinflussbaren – Merkmal der Behinderung: Hier liegt gerade keine Diskriminierung (im Sinne einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung) vor, wenn der Versicherer wegen Vorerkrankungen, die zugleich eine Behinderung darstellen, etwa einen Prämienzuschlag erhebt.

Auch der Aspekt, dass der einzelne Versicherungsnehmer ein vom statistischen Durchschnitt abweichendes Risikoprofil haben kann, ändert daran nichts. Es ist gerade konstitutive Grundlage der Versicherung, dass

³⁸ *Krebber* (Fn. 37), Art. 23 EU-GRCharta Rn. 3.

³⁹ *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 298; *Thüsing* (Fn. 9), § 20 AGG Rn. 72.

⁴⁰ VersR 2010, 1571, 1574 (Rn. 36).

⁴¹ *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 701.

nicht das individuelle Risiko des einzelnen Versicherungsnehmers zum Maßstab genommen wird, sondern dass die statistische Schadenswahrscheinlichkeit innerhalb eines bestimmten Kollektivs maßgeblich ist.⁴²

6. Hat der EuGH das letzte Wort?

Eine Korrektur des Urteils durch den Richtliniengeber, wie sie im Schrifttum teils angeregt wird,⁴³ erscheint wenig aussichtsreich. Dies gilt zum einen, weil der EuGH sich neben der Kohärenzprüfung der Richtlinie zugleich – wenn auch nur in einer knappen Wendung – unmittelbar auf die EU-Charta stützt; diese bindet aber die Rechtsetzungsorgane der EU unmittelbar. Hinzu kommt, dass Korrektur der Richtlinie, etwa indem der Bereich privater Versicherungsverträge in Ausübung des Entschließungsermessens des Richtliniengebers in Bezug auf Antidiskriminierungsmaßnahmen von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen würde, politisch kaum durchsetzbar wäre.

Auch eine Korrektur durch das BVerfG dürfte praktisch ausscheiden.⁴⁴ Neben dem *judicial self-restraint* des Gerichts im Verhältnis zum EuGH⁴⁵ gilt es insoweit auch zu bedenken, dass schon vor einigen Jahren etwa von einer jetzigen Richterin des BVerfG die Ansicht geäußert wurde, dass geschlechtsbezogen unterschiedliche Versicherungsprämien für Männer und Frauen eine Ungleichbehandlung i.S. des Art. 3 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 1 GG darstellten. Aufsichtsrechtliche Vorschriften, die eine geschlechterdifferenzierte Berechnung der Prämien vorschreiben, seien verfassungswidrig.⁴⁶

⁴² In dieser Richtung auch *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 700.

⁴³ *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1449 (mit Formulierungsvorschlag).

⁴⁴ So auch *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1096 f.

⁴⁵ S. nur BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267 (zum Vertrag von Lissabon); BVerfGE 186, 286 = NJW 2010, 3422 (zum EuGH-Urteil Mangold).

⁴⁶ *Wrase/Baer* NJW 2004, 1623, 1627 (zur PKV). In diesem Sinne auch *Felix/Sangi*, ZESAR 2011, 257, 259 ff.; *Rolfs/Binz*, VersR 2011, 714, 717 f.

7. Praktische Folgefragen des Urteils

a) Differenzierungsalternativen

Nachdem jegliche geschlechtsbezogene Differenzierung künftig ausgeschlossen ist, stellt sich die Frage, an welche sonstigen Kriterien die Versicherer im Interesse einer risikoäquivalenten Prämiengestaltung stattdessen anknüpfen können. Dabei entfällt eine Anknüpfung an vermeintliche oder vorgebliche Ersatzkriterien wie etwa die Lebenserwartung oder die Gebärfähigkeit bereits deshalb, weil sich diese wiederum unmittelbar vom Geschlecht herleiten, wobei die Gebärfähigkeit überdies auch wegen der Alterskomponente nicht als Ersatzkriterium taugen würde. In Betracht kommen insbesondere die mit dem Schlagwort „Lifestyle“ beschreibbaren Faktoren wie etwa Ernährungsgewohnheiten, Alkoholkonsum oder Rauchen⁴⁷, die Häufigkeit von Arztbesuchen, Krebsvorsorgeuntersuchungen, Blutspenden, Stressfaktoren, Ausbildungsstand, Einkommen, Berufsklassen, Wohnort, Art des Krankenversicherungsschutzes, Wohneigentum, Familienstand. Praktisch tauglich erscheinen solche Ersatzkriterien freilich kaum, da sie entweder veränderlich oder wenig aussagekräftig sind.⁴⁸ Nur in bestimmten Bereichen lassen sich ohne Weiteres geeignete Ersatzkriterien finden, etwa in der Kfz-Versicherung die Schadensfreiheitsklasse⁴⁹ oder die Anzahl der Eintragungen in Bundesverkehrsregister. Gerade für die Personenversicherung als den wichtigsten Anwendungsfall geschlechtsbezogener Differenzierungen fehlt es aber zumeist an derartigen, fixen und leicht ermittelbaren Kriterien.

Freilich wird immerhin die vom EuGH eingeforderte Gleichbehandlung nicht auf einem bestimmten Niveau festgeschrieben (etwa im Sinne einer Fixierung der Prämie auf den niedrigeren der bisher geschlechtsbezogen differenzierten Beträge). Letzteres wäre nicht einmal durch die streng

⁴⁷ Zu Nichtraucherstarifen s. *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1099.

⁴⁸ *Wandt*, VersR 2004, 1341 ff.

⁴⁹ *Rolfs/Binz*, VersR 2011, 714, 716.

formale Handhabung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, wie der EuGH sie vornimmt, legitimierbar. Somit sind Sicherheitszuschläge wegen des nach dem Wegfall des Kriteriums Geschlecht zwangsläufig nicht mehr vergleichbar gut kalkulierbaren Risiken rechtlich zulässig.

Bei der Personenversicherung kommt auch eine Risikodifferenzierung anhand der Ergebnisse einer bei Vertragsschluss durchzuführenden intensiven ärztlichen Untersuchung in Betracht.⁵⁰ Dabei ergibt sich allerdings ein weiteres, durch die rigide Haltung des EuGH ausgelöstes Problem: Sind bei der konkreten Risikoprüfung Faktoren verwertbar, die ausschließlich oder ganz überwiegend nur auf ein Geschlecht zutreffen? Als Beispiele seien etwa Brustkrebs einerseits, Prostatakrebs andererseits als Vorerkrankung oder familiäre Disposition genannt. Ferner können auch Laborbefunde wie z.B. Blutbilder geschlechtsabhängig unterschiedliche Schlussfolgerungen erlauben.

Für die Heranziehbarkeit derartiger Kriterien spricht, dass es sich handelt es sich bei solchen Risikomerkmale anders als beim Merkmal Geschlecht nicht lediglich um ein sog. Proxy, d.h. ein leicht erfassbares statistisches Näherungsmerkmal zu den kausal bestimmenden Merkmalen handelt, sondern um Vorerkrankungen mit insoweit feststehendem konkretem Risiko. Problematischer sind unter diesem Blickwinkel freilich Kriterien wie etwa Gewicht, Körpergröße oder der Body-Mass-Index. Allerdings wird in den meisten Fällen jedenfalls keine unmittelbare Anknüpfung an das Geschlecht vorliegen, sondern allenfalls eine mittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts in Rede stehen. Diese sind jedoch bereits zulässig, wenn sie auf vernünftigen, nachvollziehbaren Gründen beruhen (Art. 4 Abs. 5 Gender-Richtlinie; § 3 Abs. 2 AGG).

Die Umstellung auf Unisex-Tarife wirft insbesondere für die Krankheitskostenversicherung einige schwierige Folgefragen auf. Sie

⁵⁰ S. dazu *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 299.

betreffen etwa die Frage, inwieweit das den Versicherungsnehmern in § 204 VVG gewährte Tarifwechselrecht beschränkt werden muss, um einen Wechsel derjenigen Versicherungsnehmer, für die sich ein Unisex-Tarif als günstiger (oder auch ungünstiger) erweist, und die mit einer derartigen adversen Selektion verbundenen Nachteile für die übrigen Versicherungsnehmer zu verhindern.⁵¹ Hier wird letztlich der Gesetzgeber gefordert sein. Ein anderes Problem ergibt sich dann, wenn ein Versicherer anlässlich der für die Zukunft vorgeschriebenen Unisex-Tarife auch seinen Bestand umstellen will. Eine Rechtspflicht dazu trifft ihn, wie sogleich noch zu zeigen sein wird, nach der hier vertretenen Ansicht nicht. Entscheidet er sich gleichwohl für eine Umstellung auch der Altverträge, so wird eine Umverteilung der bereits angesammelten Altersrückstellungen oder aber eine Prämienanhebung für jüngere männliche Versicherungsnehmer diskutiert. Auf diese spezifisch versicherungsrechtlichen Folgefragen soll hier nicht weiter eingegangen werden.⁵²

b) Übergangszeitraum

Was die Frage nach den zeitlichen Wirkungen des Urteils angeht, hält sich der EuGH im Gegensatz zur Generalanwältin erstaunlicherweise völlig bedeckt.

Folgende Fälle sind zu unterscheiden:

- Vertragsschluss bis zum 21.12.2007
- Vertragsschluss nach dem 21.12.2007, Vertragsbeendigung vor dem 21.12.2012
- Vertragsschluss nach dem 21.12.2007, Vertrag läuft noch am 21.12.2012
- Vertragsschluss ab dem 01.03.2011
- Vertragsschluss ab dem 21.12.2012

⁵¹ Näher *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 300; *Rolfs/Binz*, VersR 2011, 714, 716.

⁵² S. dazu etwa den Bericht in VW 2011, 1486.

Eindeutig erscheint die Rechtslage allein in dem ersten und dem letzten der genannten Fälle: Ist ein Vertrag bis zum Ablauf des Umsetzungszeitraums der Gender-Richtlinie (21.12.2007) geschlossen, so ist eine geschlechtsbezogene Differenzierung zulässig. Umgekehrt ist sie nicht mehr gestattet in Verträgen, die ab dem vom EuGH genannten Stichtag (21.12.2012) geschlossen werden. Durch die Ausführungen des EuGH lösbar erscheint auch der weitere Fall, dass der Vertragsschluss nach dem 21.12.2007 erfolgt und der Vertrag vor dem 21.12.2012 beendet wird. Hier spricht gegen einen Zwang zu Unisex-Prämien, dass der EuGH eine Ungültigkeit „mit Wirkung vom 21.12.2012“ annimmt.

Problematisch ist hingegen der Fall, dass ein Vertrag nach dem 21.12.2007 geschlossen wurde und er am 21.12.2012 noch läuft. Nach den Schlussanträgen⁵³ und einigen Stimmen zum Urteil des EuGH im Schrifttum⁵⁴ sollten auch derartige Altverträge betroffen sein, um den europarechtswidrigen Zustand nicht zu perpetuieren. Hierfür lässt sich anführen, dass das Gericht geschlechtsbezogene Differenzierungen ab dem 21.12.2012 ohne Einschränkung für ungültig erklärt hat; der Effektivitätsgrundsatz könnte daher die Einbeziehung auch der vor diesem Datum abgeschlossenen Verträge gebieten. Zudem hat die Rechtsprechung des EuGH grundsätzlich ex tunc-Wirkung,⁵⁵ und der EuGH⁵⁶ spricht selbst von einer „angemessenen Übergangszeit“. Auch der Umstand, dass die Schlussanträge die Ungültigkeit ausdrücklich auf Bestandsverträge ab dem Stichtag erstreckt hatten und der EuGH dies nicht beanstandet, spricht für jene Deutung. Schließlich ist auch die generelle Rigidität des Urteils anzuführen.

⁵³ VersR 2010, 1571, 1578 (Rn. 81).

⁵⁴ *Birk*, DB 2011, 819; *Felix/Sangi*, ZESAR 2011, 257, 262 ff.; *Thüsing* (Fn. 9), § 20 AGG Rn. 69; wohl auch *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296, 299; insoweit unklar *Kroll-Ludwigs*, JZ 2011, 734, 736.

⁵⁵ Näher *Purnhagen*, EuR 2011, 690, 702 f.

⁵⁶ EuGH, NJW 2011, 907, 909 (Rn. 33).

Indessen sprechen die gewichtigeren Argumente für die Gegenansicht⁵⁷, wonach die Auswirkungen des Urteils auf Neuverträge begrenzt sind. So lässt sich aus den Ausführungen der Generalanwältin bereits deshalb kein Rückschluss auf die Haltung des EuGH ziehen, weil dieser mit keinem Wort auf die Schlussanträge eingeht. Letztere hatten zwar in der Tat Bestandsverträge in das Verdikt der Europarechtswidrigkeit der Richtlinienvorgabe einbeziehen wollen, zugleich jedoch einen erheblich längeren Übergangszeitraum von 3 Jahren vorgesehen. Hätte der EuGH sein Urteil auf Bestandsverträge erstrecken wollen, wäre nicht zuletzt angesichts des Rückwirkungsverbots eine entsprechende Äußerung zu erwarten gewesen. Der Umstand, dass das Urteil sich ausdrücklich auf Erwägungsgrund 18 der Gender-Richtlinie bezieht, wonach die Vorgaben der Richtlinie nur für Neuverträge (d.h. nach Ablauf des Umsetzungszeitraums der Richtlinie abgeschlossene Verträge) gelten sollten, um eine abrupte Umstellung des Marktes zu vermeiden, spricht gleichfalls dafür, dass das Urteil nur nach Eintritt der Ungültigkeit von Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie abgeschlossene Verträge betrifft. Insoweit lässt sich eine Parallele zwischen der Einführung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie und der nunmehrigen richterlichen Ungültigerklärung von Art. 5 Abs. 2 ziehen. Eine andere Sichtweise würde namentlich in der Lebensversicherung die dort übliche langfristige Kalkulation völlig konterkarieren.

Jedenfalls bis zum Bekanntwerden des EuGH-Urteils durch die Pressemitteilung des Gerichtshofs vom 01.03.2011⁵⁸ können sich die Versicherer zudem auf Vertrauensschutz berufen. Dies gilt hingegen nicht mehr in Bezug auf Verträge, die seit diesem Zeitpunkt geschlossen werden. Indessen führt dies im Hinblick auf die erwähnte Aussage des EuGH, den Versicherern sei ein angemessener Übergangszeitraum zu

⁵⁷ *Armbrüster*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 20 AGG Rn. 16; *Ballmaier/Häußler*, EWS 2011, 280, 284 f.; *Höfer*, DB 2011, 1334, 1335; *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445, 1451 f.; *Kahler*, NJW 2011, 896; *Looschelders*, VersR 2011, 421, 428; *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1097. *Armbrüster*, in: Erman, BGB, 13. Aufl. 2011, § 20 AGG Rn. 16.

⁵⁸ Abrufbar unter www.curia.europa.eu

gewähren, auch im Hinblick auf jene Altverträge nicht dazu, dass sie keine geschlechtsbezogenen Differenzierungen mehr enthalten dürften.⁵⁹

8. Ausblick

Auswirkungen könnte das Urteil ferner auf die geplante Richtlinie zur Gleichbehandlung u.a. aufgrund einer Behinderung und des Alters haben. Der Entwurf jener Richtlinie⁶⁰ sieht in Art. 2 Abs. 7 eine ganz ähnliche Öffnungsklausel wie diejenige vor, die der EuGH jetzt für ungültig erklärt hat. Unlängst hat die polnische Ratspräsidentschaft zu dem Entwurf angeregt, für die Berücksichtigung von Alter und Behinderung beim Zugang zu Finanzdienstleistungen eigene Formulierungen in die Richtlinie aufzunehmen, statt die Entscheidung darüber in das Ermessen der Mitgliedstaaten zu stellen. Damit sollte insbesondere auf das EuGH-Urteil in der Sache *Test-Achats* reagiert werden. Für diesen Vorschlag hat sich freilich keine Mehrheit gefunden.⁶¹ Offen sind derzeit bei den Erörterungen des Rats insbesondere die Themen Kompetenz und Subsidiarität, Vorschriften zur Behandlung von Menschen mit Behinderungen sowie Umsetzungsfristen. Da die Richtlinie einer einstimmigen Verabschiedung durch den Rat bedarf, dürfte sich der Diskussionsprozess noch hinziehen. Als eine Lehre für den Richtliniengeber wird sich aus der hier erörterten Entscheidung des EuGH freilich herleiten lassen, dass mit Öffnungsklauseln als politischem Kompromiss Vorsicht geboten ist. Der Richtliniengeber wird künftig dann, wenn er den Mitgliedstaaten etwa aus Subsidiaritätserwägungen oder zwecks Erreichung der erforderlichen legislatorischen Mehrheiten Regelungsspielräume belässt, vermehrt damit rechnen müssen, dass diese vor dem EuGH keinen Bestand haben könnten.

⁵⁹ Purnhagen, EuR 2011, 690, 703 f.

⁶⁰ S. dazu den Auszug in Anhang III.

⁶¹ Quelle: <http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/gleichbehandlung/gleichbehandlung-ausserhalb-des-berufs/>

9. Zusammenfassung

1. Die in Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, abweichend von Abs. 1 in Versicherungsverträgen unter bestimmten Voraussetzungen geschlechtsbezogene Differenzierungen vorzunehmen, hat der EuGH im Verfahren *Test-Achats* mit Wirkung vom 21.12.2012 für ungültig erklärt. Damit ist auch dem Rechtfertigungstatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG die Grundlage entzogen; diese Norm muss aufgehoben werden.
2. Darin liegt aus deutscher Sicht ein weit reichender Paradigmenwechsel: Bislang erlaubt oder verlangt das Aufsichtsrecht im Rahmen der versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung vielfach eine Berücksichtigung des Geschlechts.
3. Rechtspolitischer Hintergrund dieses Wandels ist, dass an die Stelle der rein versicherungsmathematischen Kalkulation vermehrt gesellschaftspolitische Wertungen treten, durch die dem Versicherer eine Abkehr von der hergebrachten, allein am Umfang des Risikos orientierten Vertragsgestaltung abverlangt wird.
4. Versicherungsverträge weisen die Besonderheit auf, dass sie – anders als typische Massengeschäfte – von vornherein auf Differenzierungen angelegt sind. Dazu zählen gerade auch Unterscheidungen nach den von den Antidiskriminierungsregeln geschützten Merkmalen wie Geschlecht, Alter oder Behinderung. Aus Sicht des deutschen Gesetzgebers soll § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG den Versicherungsnehmer lediglich vor Willkür schützen, ohne dass die risikobezogene Prämien- und Leistungsdifferenzierung in Frage gestellt werden soll.

5. Im Verfahren *Test-Achats* hat die Generalanwältin das berechtigte Interesse des Versicherers daran anerkannt, bei der Risikoberechnung auf Prognosen zurückzugreifen. Sie meint allerdings, dass die Anknüpfung an das Geschlecht als „Ersatzkriterium“⁶² mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar sei.
6. Die Begründung des EuGH (NJW 2011, 907 Rn. 21 ff.) besteht im Kern in einer reinen Kohärenzprüfung: Da der Richtliniengeber grundsätzlich das Ziel verfolgt habe, jegliche geschlechtsbezogene Differenzierung in Versicherungsverträgen zu unterbinden, stehe die Ausnahmebestimmung in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie hierzu im Widerspruch. Dies könne nicht unbefristet zugelassen werden (Rn. 31). Jene Kohärenzprüfung des EuGH überzeugt nicht, da sie einseitig auf Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie abstellt, obwohl Abs. 2 in gleicher Weise vom Willen des Richtliniengebers geprägt ist.
7. Entscheidend muss vielmehr eine Prüfung anhand höherrangigen EU-Rechts sein, hier anhand der Art. 21, 23 EU-Charta. Diese Regeln erfassen auch Rechtsakte, die – wie die Richtlinie – vor dem Stichtag 1.12.2009 erlassen wurden, an dem die EU-Charta gem. Art. 6 Abs. 1 EUV unmittelbare Bindungswirkung erlangt hat. Der vom EuGH stattdessen zur Begründung angeführte Hinweis auf Erwägungsgrund 4 der Richtlinie ist dafür ohne Belang.
8. Eine Prüfung anhand der Art. 21, 23 EU-Charta ergibt, dass unter den strengen Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie eine geschlechtsbezogene Differenzierung gerechtfertigt ist. Ausschlaggebend ist, dass die statistisch nachweisbaren Unterschiede zwischen den Geschlechtern (insbesondere: durchschnittliche Lebenserwartung) signifikant sind. Der Umstand, dass es sich beim Geschlecht um ein grundsätzlich unveränderliches Merkmal handelt,

⁶²VersR 2010, 1571, 1577 (Rn. 67).

das dem Einfluss des Einzelnen entzogen ist, stellt die Rechtfertigungsmöglichkeit nicht in Frage.

9. Keine unzulässige Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts stellt es dar, wenn der Versicherer nicht an das Geschlecht anknüpft, sondern an andere konkrete beim jeweiligen Versicherungsnehmer vorliegende Merkmale. Dies gilt auch dann, wenn jene Merkmale (wie z.B. bestimmte Vorerkrankungen) vorwiegend oder ausschließlich bei einem der Geschlechter vorkommen.

10. Die in Bestandsverträgen vorgesehenen geschlechtsbezogenen Differenzierungen sind auch nach dem 20.12.2012 weiterhin zulässig. Dafür sprechen insbesondere der gegenüber den Schlussanträgen wesentlich kürzere Anpassungszeitraum sowie der Umstand, dass der Richtliniengeber auch für Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie seinerzeit keine Rückwirkung vorgesehen hatte.

Anhang I: Auszug aus der Gender-Richtlinie

Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373, S. 37)

Art. 5 Versicherungsmathematische Faktoren

(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass spätestens bei den nach dem 21. Dezember 2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt.

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann **zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.** Die betreffenden Mitgliedstaaten informieren die Kommission und stellen sicher, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden. Diese Mitgliedstaaten überprüfen ihre Entscheidung fünf Jahre nach dem 21. Dezember 2007, wobei sie dem in Artikel 16 genannten Bericht der Kommission Rechnung tragen, und übermitteln der Kommission die Ergebnisse dieser Überprüfung.

(3) Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen. (...)

Anhang II: Auszug aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), geändert durch Artikel 8 Abs. 1 des Gesetzes vom 2. Dezember 2006 (BGBl. I S. 2742)

Abschnitt 3

Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr

§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

(1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die

1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen oder

2. **eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben,**

ist unzulässig. (...)

§ 20 Zulässige unterschiedliche Behandlung

(...)

(2) **¹Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.**

²Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen. ³Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater

Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen.

Anhang III: Auszug aus dem Richtlinienvorschlag
der EU vom 02.07.2008

zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung

KOM(2008) 426

Artikel 2

(...)

7. Ungeachtet des Absatzes 2 können die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen verhältnismäßige Ungleichbehandlungen zulassen, wenn für das fragliche Produkt die **Berücksichtigung des Alters oder einer Behinderung ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist.**

Revidierte Fassung:

„(...) ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung **oder medizinischen Wissens** ist.“

(s. Resolution des Europäischen Parlaments vom 02.04.2009, TG-0211/2009).

**Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht der
Universität Bonn**

Center for European Economic Law, University of Bonn
Centre de droit Economique Européen de l'Université de Bonn

Leitung: Prof. Dr. Dr. h.c. Ulrich Everling
Prof. Dr. Meinhard Heinze †
Prof. Dr. Matthias Herdegen
Prof. Dr. Ulrich Huber
Prof. Dr. Rainer Hüttemann, Dipl.-Volksw.
Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.
Prof. Dr. Matthias Leistner, LL.M.
Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Marcus Lutter (Sprecher)
Prof. Dr. Wulf-Henning Roth, LL.M. (Gfd. Direktor)
Prof. Dr. Dres. h.c. Karsten Schmidt
Prof. Dr. Gregor Thüsing, LL.M.
Prof. Dr. Gerhard Wagner, LL.M.
Prof. Dr. Daniel Zimmer, LL.M.

Anschrift: Adenauerallee 24-42, D - 53113 Bonn

Telefon: 0228 / 73 95 59

Telefax: 0228 / 73 70 78

E-Mail: zew@uni-bonn.de

URL: www.zew.uni-bonn.de

URL: www.zew.uni-bonn.de

[...]

Die Gesamtliste aller Veröffentlichungen dieser Schriftenreihe ist sowohl auf der Internetpräsenz als auch im ZEW erhältlich.

- Nr. 150 Sammelband: Symposion zu Ehren von Ulrich Everling „Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtsarchitektur“, 2005, mit Beiträgen von Vassilios Skouris, Matthias Herdegen, Thomas Oppermann, Jürgen Schwarze, Ulrich Everling (vergriffen)
- Nr. 151 Jan M. Smits, European Private Law, 2006
- Nr. 152 Juliane Kokott, Anwältin des Rechts – Zur Rolle der Generalanwälte beim Europäischen Gerichtshof, 2006
- Nr. 153 Martin Nettesheim, Grundfreiheiten und Grundrechte in der Europäischen Union – Auf dem Wege zur Verschmelzung?, 2006
- Nr. 154 Sammelband: Festsymposion zu Ehren von Bruno Kropff „40 Jahre Aktiengesetz“, 2005, mit Beiträgen von Marcus Lutter, Mathias Habersack, Holger Fleischer, Johannes Semler, Bruno Kropff
- Nr. 155 Christian Waldhoff, Rückwirkung von EuGH-Entscheidungen, 2006; vergriffen
- Nr. 156 W. Rainer Walz, Non-Profit-Organisationen im europarechtlichen Zugwind, 2006
- Nr. 157 Theodor Baums, Aktuelle Entwicklungen im Europäischen Gesellschaftsrecht, 2007
- Nr. 158 Christian Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, 2007
- Nr. 159 Ansgar Staudinger, Stand und Zukunft des Europäischen Verbraucherrechts, 2007
- Nr. 160 Christian Calliess, Die Dienstleistungsrichtlinie, 2007
- Nr. 161 Corinna Ullrich, Die Richtlinie zu der grenzüberschreitenden Ausübung von Aktionärsrechten, 2007

- Nr. 162 Klaus Kinkel, Quo vadis Europa?, 2007
- Nr. 163 Peter Hommelhoff, Die „Europäische Privatgesellschaft“ am Beginn ihrer Normierung, 2008
- Nr. 164 Robert Rebhahn, Aktuelle Entwicklungen des europäischen Arbeitsrechts, 2008
- Nr. 165 Martin Böse, Die strafrechtliche Zusammenarbeit in Europa – Stand und Perspektiven, 2008
- Nr. 166 Thomas von Danwitz, Rechtsschutz im Bereich polizeilicher und justizieller Zusammenarbeit der Europäischen Union, 2008
- Nr. 167 Matthias Leistner, Konsolidierung und Entwicklungsperspektive des Europäischen Urheberrechts, 2008
- Nr. 168 Peter Hemeling, Die Societas Europaea (SE) in der praktischen Anwendung, 2008
- Nr. 169 Ulrich Immenga, Leitlinien als Instrument europäischer Wettbewerbspolitik, 2008
- Nr. 170 Rupert Scholz, Nach Lissabon und Dublin: Die Europäische Union am Scheideweg, 2008
- Nr. 171 Hanno Kube, EuGH-Rechtsprechung zum direkten Steuerrecht - Stand und Perspektiven, 2009
- Nr. 172 Piet Jan Slot, Recent Developments in EC State Aid Law, 2009
- Nr. 173 Stefan Leible, Rom I und Rom II: Neue Perspektiven im Europäischen Kollisionsrecht, 2009
- Nr. 174 Herbert Kronke, Transnationales Handelsrecht in der Reifeprüfung: Die UNIDROIT-Arbeiten 1998 – 2008, 2009
- Nr. 175 Stefan Bechtold, Optionsmodelle und private Rechtsetzung im Urheberrecht am Beispiel von Google Book Search, 2010
- Nr. 176 Claus Dörr, Perspektiven des gemeinschaftsrechtlichen Staatshaftungsanspruches, 2010
- Nr. 177 Ulrich Tödtmann, Persönliche Beteiligung von Vorstandsmitgliedern am Verlust der Aktiengesellschaft, 2010
- Nr. 178 Carsten Grave, Banken-Fusionskontrolle in der Finanzkrise, 2010

- Nr. 179 Fabian Amtenbrink, Ratings in Europa: Kritische Anmerkungen zum europäischen Regulierungsansatz, 2010
- Nr. 180 Wolfgang Durner, Verfassungsrechtliche Grenzen richtlinienkonformer Rechtsfortbildung, 2010
- Nr. 181 Laurens Jan Brinkhorst, Staatliche Souveränität innerhalb der EU ?, 2010
- Nr. 182 Alfred Dittrich, Geldbußen im Wettbewerbsrecht der Europäischen Union, 2010
- Nr. 183 Marc Amstutz, Die soziale Verantwortung von Unternehmen im europäischen Recht, 2010
- Nr. 184 Joachim Hennrichs – Wienand Schruff, Stand und Perspektiven des Europäischen Bilanzrechts – aus Sicht von Wissenschaft und Praxis, 2011
- Nr. 185 Verica Trstenjak, Internetverträge in der Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Verbraucherschutzes, 2011
- Nr. 186 Michel Fromont, Souveränität, Verfassung und Europa: Ein Vergleich der deutschen und französischen Perspektive, 2011
- Nr. 187 Joachim Schindler, Aktuelle Überlegungen zu Fraud und Illegal Acts im Rahmen der Jahresabschlussprüfung unter besonderer Berücksichtigung der in der EU geltenden Prüfungsgrundsätze, 2011
- Nr. 188 Lubos Tichy, Die Überwindung des Territorialitätsprinzips im EU-Kartellrecht, 2011
- Nr. 189 21. Europa-Symposium zu den Rechtsfragen des Europäischen Finanzraumes, 2011
- Nr. 190 Jan Ceysens, Die neue europäische Aufsichtsarchitektur im Finanzbereich, 2011
- Nr. 191 Christoph G. Paulus, Genügen vertragsrechtliche Behelfe, um künftige Staatenkrisen in den Griff zu bekommen?, 2012
- Nr. 192 Christian Armbrüster, Das Unisex-Urteil des EuGH (Test-Achats) und seine Auswirkungen, 2012