

Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen

Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 1. März 2011, Rs C-236/09 (Vorabentscheidungsverfahren)

Kurt Pärli*

I. Zusammenfassung des Ausgangssachverhalts und Vorlagefragen

Das Vorabentscheidungsverfahren betrifft die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der 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 Dienstleistungen¹. Diese Bestimmung sieht vor, dass die Mitgliedstaaten abweichend vom im Übrigen strikten Verbot der Geschlechterungleichbehandlung in ihrem nationalen Recht für den Bereich von Versicherungen und verwandten Dienstleistungen Prämienunterschiede aufgrund des Geschlechts vorsehen können, sofern und soweit sichergestellt ist, dass die zugrunde liegenden versicherungsmathematischen und statistischen Daten, auf die sich die Berechnungen stützen, verlässlich sind, regelmässig aktualisiert werden und der Öffentlichkeit zugänglich sind.

Die fragliche Richtlinie wurde durch das Königreich Belgien innerhalb der bis zum 21. Dezember 2007 laufenden Frist durch das Gesetz vom 20. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Männern und Frauen, was die Geschlechtszugehörigkeit betrifft, umgesetzt². Belgien machte dabei auch von der in RI 2004/114/EG vorgesehenen Ausnahmeklausel Gebrauch; bei Lebensversicherungsverträgen darf bei der Festlegung der Versicherungsprämien unter den in der RI 2004/113/EG vorgesehenen Schranken eine proportionale unmittelbare Unterscheidung aufgrund des Geschlechts vorgenommen werden³. Gegen dieses

Gesetz legten die Verbrauchervereinigung Test-Achats und zwei Privatpersonen beim Verfassungsgerichtshof des Königreichs Belgien Nichtigkeitsklage ein. Die Kläger sind der Ansicht, das Gesetz verstosse gegen den Grundsatz der Gleichheit zwischen Männern und Frauen, wie er in der belgischen Verfassung, der Charta der Grundrechte der Union, der Europäischen Menschenrechtskonvention, im UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowie im internationalen Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau verankert sei.

Der belgische Verfassungsgerichtshof stellte fest, dass im belgischen Recht der durch den Unionsrechtsgeber in der RI 2004/113/EG gewährte Handlungsspielraum zur unterschiedlichen Prämienausgestaltung zwischen Frauen und Männern korrekt ausgeschöpft wurde. Der belgische Gerichtshof erachtete es indes als fraglich, ob Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG mit dem im primären Unionsrecht verankerten Grundsatz der Geschlechtergleichheit zu vereinbaren ist, und er legte dem EuGH die folgenden Vorabentscheidungsfragen vor:

1. Ist Art. 5 der Richtlinie 2004/113/EG vereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EUV und insbesondere mit dem durch diese Bestimmung gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz?
2. Falls die erste Frage verneinend beantwortet wird: Ist derselbe Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ebenfalls unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EUV, wenn seine Anwendung auf die Lebensversicherungsverträge beschränkt wird?

II. Urteil des EuGH und Zusammenfassung der Erwägungen

1. Die hohe Bedeutung des primärrechtlichen Grundsatzes der Geschlechtergleichheit

Der Gerichtshof prüft die Gültigkeit des Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG am Massstab der im Primärrecht an verschiedenen Stellen prominent verankerten Gleichbehandlung der Geschlechter. Zu beachten gilt es vorab Art. 6 Abs. 2 des Unionsvertrages (EUV), wonach die Union die Grundrechte achtet, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben. Weiter verweist der Gerichtshof auf die Art. 21 und 23 der Grundrechtscharta (Charta), die jegliche Diskriminierung wegen des Geschlechts verbieten und die Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen verlangen. Seit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages am 1. Dezember 2009 sind die Grundrechte der Charta Teil des auch für den Unionsgesetzgeber verbindli-

* Prof. Dr., Dozent für Europarecht, Arbeits- und Sozialrecht, Forschungsleiter im Institut für Wirtschaftsrecht IWR, Leiter Zentrum für Sozialrecht ZSR, Winterthur.

¹ Amtsblatt der Europäischen Union (ABl.) L 373, S. 37. Die Richtlinie 2004/113/EG stützt sich auf Art. 19 des Vertrages über die Arbeitsweise der Union AEUV (vor dem Lissabon-Vertrag: Art. 13 Vertrag über die Europäische Gemeinschaft EGV), nach dieser Bestimmung kann der Rat mit Zustimmung des Parlamentes geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen u.a. aus Gründen des Geschlechts zu bekämpfen. Der Rat hat von dieser Kompetenz durch den Erlass der Anti-Diskriminierungsrichtlinie 2000/78/EG und 2000/43/EG Gebrauch gemacht. Der Erlass der RI 2004/113/EG stellt einen weiteren Meilenstein im Kampf gegen Diskriminierung dar.

² Moniteur belge Nr. 373 vom 31. Dezember 2007, S. 66157.

³ Art. 10 Abs. 1 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007.

chen Primärrechts. Auch im Vertrag über die Arbeitsweise der Union (AEUV) ist die Gleichbehandlung der Geschlechter mehrfach verankert. Zum einen bestimmt Art. 157 Abs. 1 AEUV, dass jeder Mitgliedstaat den Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen hat. Zum anderen muss die Union nach der Gleichstellungsquerschnittsklausel in Art. 8 AEUV und der Diskriminierungsbekämpfungsquerschnittsklausel in Art. 10 AEUV bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirken, Ungleichheiten zu beseitigen und namentlich die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

Richtlinie 2004/113/EG stützt sich auf die Kompetenznorm zum Erlass geeigneter Massnahmen gegen Diskriminierung in Art. 19 AEUV. Der Gerichtshof und die Generalanwältin in ihren Schlussanträgen weisen darauf hin, dass der Unionsgesetzgeber, wenn er von dieser Kompetenz Gebrauch macht, zwar einen Ermessensspielraum hat, welche Massnahmen er als geeignet erachtet; dieser sei jedoch durch den primärrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz eingeschränkt. Die Generalanwältin Juliane Kokott weist in Randziffer 37 und 38 ihrer Schlussanträge⁴ darauf hin, dass das Verbot von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts hinsichtlich seines Inhalts keiner irgendwie gearteten Konkretisierung bedürfe und dass die Rechtfertigung einer unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nur in engen Grenzen und bei sorgfältiger Begründung möglich sei.

2. Unzulässigkeit von Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG

Der Gerichtshof verweist auf den 18. Erwägungsgrund der RI 2004/113/EG, wonach die Prämienungleichheit zwischen den Geschlechtern im Bereich des Versicherungswesens gängige Praxis sei. Entsprechend sei es dem Unionsgesetzgeber erlaubt gewesen, die Regel geschlechtsneutraler Prämien mit einer angemessenen Übergangszeit umzusetzen, wie er dies in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie auch getan hat. Die in Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG vorgesehene Klausel sieht indes gerade zeitlich unbeschränkte Ausnahmen vom Prämien-gleichheitsgrundsatz vor. Eine zeitliche Beschränkung der unter bestimmten Voraussetzungen zulässigen Ungleichbehandlung enthalte die Richtlinie nicht. Damit steht für den Gerichtshof fest, dass eine Bestimmung wie Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG der Verwirklichung des mit der Richtlinie an sich verfolgten Ziels, der Gleichbehandlung von Frauen und Männern, zuwider-

laufe, was mit Art. 21 und 23 der Grundrechtscharta unvereinbar sei (Randziffer 32 des Urteils).

Geprüft hat der Gerichtshof weiter den Einwand des Rates, die Lage versicherter Frauen und die von versicherten Männern sei allenfalls gar nicht vergleichbar, da aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risikokategorien die Situation von Frauen und Männern unterschiedlich sei. Der Rat mache so geltend, mit Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG solle nur ermöglicht werden, unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich zu behandeln. Der Gleichbehandlungsgrundsatz verlange tatsächlich, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt würden, es sei denn, diese Behandlung sei objektiv gerechtfertigt. Der EuGH kommt ohne weitere Begründung zum Schluss, die RI 2004/113/EG beruhe auf der Prämisse, Frauen und Männer müssten gleich behandelt werden und folglich sei «die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar» (Rz. 30 des Urteils).

3. Ungültigkeit von Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG – Übergangsfrist bis zum 21. Dezember 2012

In Beantwortung der ersten Vorlagefrage kommt der EuGH zum Schluss, angesichts ihres primärrechtswidrigen Gehalts sei Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG ungültig, was die Beantwortung der zweiten Vorlagefrage als entbehrlich erscheinen liesse. Die weiteren Teile der Richtlinie sind von dieser Ungültigkeit nicht berührt und behalten ihre volle Gültigkeit. Auf dem Hintergrund der ausführlichen Erwägungen in den Schlussanträgen der Generalanwältin kommt der Gerichtshof zum Schluss, dass die Ungültigkeit nicht sofort, sondern erst nach einer Übergangsfrist ab 21. Dezember 2012 wirksam ist. Die Übergangsfrist soll dem Umstand Rechnung tragen, dass seit dem Inkrafttreten der Richtlinie vermutlich Millionen von Versicherungsverträgen mit geschlechtsspezifischen Risikobewertungen abgeschlossen worden sind; hier gelte es, das Vertrauen der Beteiligten auf die Gültigkeit der jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften zu schützen. Weiter sollen die Mitgliedstaaten einen angemessenen Zeitraum erhalten, um innerstaatlich die Konsequenzen aus der Ungültigkeit von Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG zu ziehen.

⁴ Schlussanträge der Generalanwältin Juliane Kokott vom 30. September 2010, Rechtssache C-236/09.

III. Bemerkungen

1. Einordnung der Entscheidung in die jüngere Gleichbehandlungsentwicklung in der EU

Die Gleichbehandlung zwischen den Geschlechtern bildet einen Eckpfeiler des Unionsrechts. Bereits in den Römerverträgen von 1957 wurde der Grundsatz des Anspruchs auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher Arbeit verankert⁵. Zumindest die Anfänge der Entgeltgleichheit zwischen Männern und Frauen wurden weniger sozial- als vielmehr wettbewerbspolitisch begründet; die Unternehmen aus Staaten mit einem hohen Gleichheitsschutz sollten nicht gegenüber anderen Staaten ohne solchen Schutz unfaire Wettbewerbsnachteile erdulden müssen⁶. Durch die Rechtsprechung des EuGH wurde der Grundsatz auch auf gleichwertige Arbeit ausgeweitet⁷. Heute ist der Anspruch auf gleiches Entgelt für Frauen und Männer für gleiche und gleichwertige Arbeit in Art. 157 AEUV verankert und diese Bestimmung ist sowohl in öffentlich-rechtlichen wie in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen in jedem EU-Mitgliedstaat unmittelbar anwendbar⁸.

In den ersten Jahrzehnten des Bestehens der Europäischen Gemeinschaft war die Gleichbehandlung auf das Verhältnis zwischen Frauen und Männern und auf den Bereich der Arbeit und auf Teilbereiche der Sozialen Sicherheit beschränkt⁹. Im Vertrag von Amsterdam wurde 1997 in Art. 13 des (damaligen) Vertrages über die Europäische Gemeinschaft (EGV) eine Kompetenzgrundlage für Massnahmen gegen die Diskriminierung aus sechs abschliessend aufgeführten Gründen geschaffen: Geschlecht, Rasse, ethnische Herkunft, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung. Mit dieser heute in Art. 19 AEUV verankerten Bestimmung wurde der Handlungsspielraum des Unionsgesetzgebers für Antidiskriminierungsmassnahmen in zweifacher Hinsicht ausgedehnt: Zum einen wurden die Diskriminierungsgründe erweitert und zum anderen können auch Sekundärrechtsakte ausserhalb des Bereichs Arbeit und Beschäftigung erlassen werden.

Insgesamt vier Richtlinien stützen sich auf Art. 19 AEUV:

- Im Jahre 2000 erliess der Rat die RI 2000/43/EG zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft¹⁰. Diese Richtlinie hat einen sehr weiten Anwendungsbereich und umfasst u.a. auch das Verbot der Diskriminierung bei privaten Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, und damit auch Versicherungen.
- Zur Geschlechtergleichbehandlung im Bereich Arbeit und Beschäftigung wurden im Jahre 2006 verschiedene Richtlinien in der RI 2006/54/EG zusammengefasst¹¹. Diese Richtlinie regelt die Geschlechtergleichbehandlung im Bereich Arbeit und Beschäftigung, während die in der hier besprochenen Rechtssache EuGH Rs C-236/2009 Fragen der Gleichbehandlung in der Privatversicherung in der RI 2004/113/EG¹² geregelt sind.
- Die Richtlinie 2000/78/EG verbietet die Diskriminierung wegen des Alters, einer Behinderung, der sexuellen Orientierung und der Religion oder Weltanschauung im Bereich Arbeit und Beschäftigung. Art. 6 Abs. 2 dieser Richtlinie sieht vor, dass es den Mitgliedstaaten offensteht, die Verwendung von Alterskriterien für versicherungsmathematische Berechnungen zuzulassen, solange dies nicht zu Diskriminierung aufgrund des Geschlechts führt.

Die Ausdehnung des sachlichen Anwendungsbereichs der Diskriminierungsverbote «Alter, Behinderung, sexuelle Orientierung und Religion oder Weltanschauung» auf Güter, Dienstleistungen, Soziale Sicherheit und Bildung steht noch aus. Das Europäische Parlament hat einem entsprechenden Richtlinienentwurf der Kommission¹³ mit Beschluss vom 2. April 2009 im Grundsatz bereits zugestimmt, jedoch verschiedene Abänderungsvorschläge ausgearbeitet¹⁴. In Art. 2 Abs. 7 des Richtlinienentwurfs ist vorgesehen, dass die Mitgliedstaaten bei der Bereitstellung von Fi-

⁵ Art. 119 Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft EWG.

⁶ EuGH vom 8. April 1976, Rs C-43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455, Rn. 9.

⁷ Z.B. EuGH vom 27. Oktober 1993, Rs C-127/92, Enderby, Slg. 1993, I-05535.

⁸ EuGH vom 8. April 1976, Rs C-43/75, Defrenne II, Slg. 1976, 455; EuGH vom 17. September 2002, Rs C-320/00, Lawrence, Slg. 2000, I-07325.

⁹ Der primärrechtliche Anspruch auf Entgeltgleichheit wurde durch verschiedene Sekundärrechtsakte flankiert und inhaltlich ergänzt (frühere Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG, Beweislastrichtlinie 97/80/EG, diverse Richtlinien im Bereich der sozialen Sicherheit).

¹⁰ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. L 180, S. 22.

¹¹ Richtlinie 2006/54/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen, ABl. 26.7.2007, L 204/23.

¹² Siehe Fn. 1.

¹³ Vorschlag für eine Richtlinie zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung ausserhalb des Arbeitsmarktes, KOM/2008/0426 endg.

¹⁴ Beschluss des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009, Bericht: (A6-0149/2009) – Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung.

nanzdienstleistungen verhältnismässige Ungleichbehandlungen zulassen können, «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». Wesentlich weitergehende Restriktionen für die Versicherer sieht der Abänderungsvorschlag des Europäischen Parlaments vor¹⁵. So sollen nach dem Willen des Parlamentes das Alter oder eine Behinderung nur dann eine Ungleichbehandlung rechtfertigen, wenn Alter oder Behinderung anhand relevanter versicherungsmathematischer Grundsätze, exakter statistischer Daten oder medizinischen Wissens einen massgeblichen Faktor bei der Risikobewertung darstellen. Diese Daten müssen überdies exakt, aktuell und relevant sein und auf Antrag auf leicht zugängliche Weise zur Verfügung gestellt werden. Zudem wird nach dem Vorschlag des Parlaments verlangt, dass die versicherungsmathematischen Faktoren und Risikofaktoren «die positiven Veränderungen bei der Lebenserwartung und in Bezug auf ein aktives Altern sowie die verbesserte Mobilität und Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen widerspiegeln»¹⁶. Der Richtlinienvorschlag muss gemäss Art. 19 AEUV vom Rat einstimmig verabschiedet werden; das Geschäft ist umstritten¹⁷.

Der intensiven Richtlinienattività des Rates und des Parlaments zur Verwirklichung der mit Art. 19 AEUV breiter gefassten Diskriminierungsverbote folgten bald auch bahnbrechende Entscheide des EuGH, einige davon betreffen unmittelbar oder zumindest mittelbar auch die Privatversicherungen.

In der die Altersdiskriminierung betreffenden Rechtssache Mangold erkannte der EuGH im Jahre 2005, die Ungleichbehandlung, der Grundsatz der Gleichbehandlung aufgrund des Alters sei in der Gestalt eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes bereits im Primärrecht verankert¹⁸. Folglich musste ein nationales Gesetz, das gegen RI 2000/78/EG versties, unangewendet bleiben,

obwohl im fraglichen Zeitpunkt die Umsetzungsfrist für diese Richtlinie noch gar nicht abgelaufen war¹⁹. Eine gewisse Parallele zwischen der Mangold-Rechtsprechung und der vorliegenden Entscheidung zur Unzulässigkeit der Prämienungleichheit zwischen Frauen und Männern in der Privatversicherung ist nicht von der Hand zu weisen; hier wie dort ruft der EuGH das Primat des Primärrechts vor dem Sekundärrecht in Erinnerung.

Mit Urteil in der Rechtssache Maruko hat der EuGH klargestellt, dass Witwen- und Witwerrentenansprüche eines betrieblichen Vorsorgesystems in den Geltungsbereich der RI 2000/78/EG fallen²⁰. Die streitige Leistung stellt ein Entgelt im Sinne von Art. 3 Abs. 1 lit. b RI 2000/78/EG dar und fällt dementsprechend unter das Verbot der Diskriminierung aufgrund der sexuellen Ausrichtung²¹. Art. 1 in Verbindung mit Art. 2 der Richtlinie 2000/78 steht deshalb einer Regelung in einem Vorsorgesystem entgegen, wonach der überlebende Partner nach Versterben seines Lebenspartners keine Hinterbliebenenversorgung entsprechend einem überlebenden Ehegatten erhält, obwohl die Lebenspartnerschaft nach nationalem Recht Personen gleichen Geschlechts in eine Situation versetzt, die in Bezug auf diese Hinterbliebenenversorgung mit der Situation von Ehegatten vergleichbar ist²².

Aufschlussreich für die Frage der Zulässigkeit versicherungsmathematischer Aspekte für eine Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist weiter die Rechtssache Lindorfer²³. Frau Lindorfer trat 1996 in den Dienst der Europäischen Union ein und rügte dabei aus verschiedenen Gründen die Anrechnung ihrer in Österreich erworbenen Beitragszahlungen an das Versorgungssystem der Union. Das Gericht erster Instanz (EuG) lehnte die Klage von Frau Lindorfer u.a. mit der Begründung ab, es sei offensichtlich, dass das Geschlecht und das Alter zu den Umständen gehörten, die für die Berechnung der anzurechnenden ruhegehaltfähigen Dienstjahre relevant wären. Es stehe fest, dass Frauen, statistisch gesehen, länger leben würden als Männer und die Wahrscheinlichkeit, vor Erreichen des Rücktrittsalters zu sterben, sei bei Beamten, die später in den Dienst der EU treten grösser als bei solchen, die dies in jungen Jahren tun²⁴. Der EuGH folgte dieser Argumentation nicht; die Vorinstanz habe zu Unrecht festgestellt, dass Frau Lindorfer nicht aufgrund ihres Geschlechts diskriminiert werde. Eine vertiefte Be-

¹⁵ Legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung (KOM[2008]0426 – C6-0291/2008 – 2008/0140[CNS]).

¹⁶ Abänderungen Nr. 87 und 44 des Europäischen Parlaments zu Art. 2 Abs. 7 des Vorschlages der Kommission (Fn. 13), legislative Entschliessung des Europäischen Parlaments vom 2. April 2009, P6_TA(2009)0211.

¹⁷ Der Rat wird im Juni 2011 ein weiteres Mal über die Richtlinie beraten, siehe <http://www.cep.eu/analysen-zur-eu-politik/gleichbehandlung/gleichbehandlung-ausserhalb-des-berufs/> (Zugriff 28.3.2011).

¹⁸ EuGH vom 22. November 2005, Rs C-144/04, MANGOLD, Rn. 75. Siehe zur Kontroverse um die Mangoldentscheidung: PÄULI, KURT, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis – Völker- und verfassungsrechtlicher Rahmen und Bedeutung des Europäischen Gemeinschaftsrechts, Bern 2009, N 1133, 1135.

¹⁹ EuGH, MANGOLD (Fn. 18), Rn. 78.

²⁰ EuGH vom 1. April 2008, Rs C-267/06, MARUKO.

²¹ EuGH, MARUKO (Fn. 20), Rn. 40–61.

²² EuGH, MARUKO (Fn. 20), Rn. 65–73.

²³ EuGH vom 11. September 2007, Rs C-227/04, LINDORFER.

²⁴ EuG vom 18. März 2004, T-204/01, LINDORFER, Rn. 83.

gründung liefert die EuGH-Entscheidung nicht²⁵. Wie so oft bei EuGH-Entscheiden bringt indes auch hier die Analyse der Schlussanträge Begründungsschichten des Urteils zutage²⁶. Generalanwalt Jacobs verweist in seinen Schlussanträgen zur Lindorfer-Rechtssache, dass viele Frauen nicht so lange wie ein Mann im Durchschnitt leben, und viele Männer leben länger als eine Frau im Durchschnitt. Das Abstellen auf Merkmale, die von der Gruppe auf den Einzelnen extrapoliert werden, sei im Gegensatz zu Merkmalen, die den Einzelnen wirklich von anderen unterscheiden und die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnten, verboten²⁷. Jacobs fügt noch hinzu, dass es sich möglicherweise statistisch nachweisen liesse, dass die Angehörigen einer ethnischen Gruppe im Durchschnitt länger lebten als die einer anderen. Es sei jedoch völlig inakzeptabel, diese (allfälligen) Fakten als Bemessungsgrundlage für ein Versorgungssystem zu berücksichtigen. Unter diesen Umständen vermag Generalanwalt Jacobs nicht zu erkennen, dass die Verwendung des Kriteriums des Geschlechts eher hinnehmbar wäre als das der ethnischen Herkunft²⁸.

Auch das Lindorfer-Urteil zeigt, dass der primärrechtliche Grundsatz der Geschlechtergleichheit der Union als Gesetzgeber Schranken setzt. Im Übrigen blieben die Auswirkungen des Lindorfer-Urteils des EuGH auf die Versicherungsbranche bescheiden, da der Fall die rechtlichen Grundlagen für das Versorgungssystem der Union betraf²⁹. Das ist im Fall der nun vorliegenden Entscheidung klar anders: Nach Ablauf der durch den EuGH gesetzten Schonfrist (21.12.2012) müssen die Mitgliedstaaten ihr nationales Recht so angepasst haben, dass bei Privatversicherungen keine auf dem Geschlecht beruhenden Prämienunterschiede mehr zulässig sind.

2. Hintergrund von Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG

Der nun durch den EuGH als ungültig erklärte Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG war im ursprünglichen Richtlinienentwurf der Kommission noch gar nicht enthalten³⁰. Der Vorschlag der Kommission sah vielmehr vor, dass nach einer Übergangsfrist die Anwendung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens

und verwandter Finanzdienstleistungen in allen neu abgeschlossenen Verträgen zu verbieten sei³¹. Die Kommission sprach sich im damaligen Zeitpunkt mit eingehender Begründung dafür aus, unterschiedliche Frauen- und Männerprämien wären nicht mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz vereinbar. Die Trennung von Männern und Frauen durch Zuweisung zu zwei unterschiedlichen Pools sei wiewohl möglicherweise versicherungsmathematisch richtig, so doch diskriminierend und gehöre verboten³². Für die in der vorliegenden Rechtssache zuständige Generalwältin Juliane Kokott ist nicht nachvollziehbar, weshalb die Kommission im Verfahren vor dem Gerichtshof die Zulässigkeit geschlechtsungleicher Prämien ausdrücklich verteidigt, die Kommission habe, so Kokott in den Schlussanträgen, ihren plötzlichen Gesinnungswandel auch auf Anfrage nicht plausibel erklären können³³.

Das Europäische Parlament, der Ausschuss der Regionen und der Wirtschafts- und Sozialausschuss begrüßten den Kommissionsvorschlag weitgehend³⁴. In den parlamentarischen Vordebatten wurde durch den Ausschuss darauf hingewiesen, die Verwendung des Faktors «Geschlecht» und «Rasse» als Grundlage für die Berechnung von Prämien sei deshalb abzulehnen, weil diese Faktoren ausserhalb der Kontrolle des betroffenen Einzelnen stehen³⁵. Dem Richtlinienentwurf erwuchs aus der Versicherungsbranche heftige Opposition. Das «Comité Européen des Assurances» machte seinen Einfluss bei den EU-Institutionen geltend und das Lobbying war schlussendlich zumindest teilweise erfolgreich. Entscheidend für die Änderung der Richtlinie im Sinne einer Zulassung von auf dem Geschlecht beruhenden Prämienunterschieden war die Position einiger Mitgliedstaaten im Rat der Europäischen Union, der sich im Juni 2004 nicht für die Annahme der Richtlinie entscheiden konnte. In der Folge überarbeitete die Fachgruppe «Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz» des Rates der Europäischen Union die Richtlinie und schlug im Oktober 2004 für die RI 2004/113/EG einen neuen Art. 5 Abs. 2 vor, der den Mitgliedstaaten den nötigen Spielraum für die Aufrechterhaltung geschlechtsun-

²⁵ EuGH, LINDORFER (Fn. 23), Rn. 59.

²⁶ Schlussanträge Generalanwalt Jacobs vom 27. Oktober 2005 in der Rs 227/04.

²⁷ Schlussanträge Rs LINDORFER (Fn. 26), Rn. 59.

²⁸ Schlussanträge Rs LINDORFER (Fn. 26), Rn. 60.

²⁹ MILLER, KATHARINA, Geschlechtsdiskriminierung und Versicherungsmathematik, Kommentar zu EuGH Rs C-227/04, Streit 2/2008, S. 72–76.

³⁰ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, KOM (2003), 657 endg.

³¹ Art. 4 des Kommissionsvorschlags (Fn. 30).

³² Kommissionsvorschlag (Fn. 30), S. 7 ff.

³³ Schlussanträge Rs LINDORFER (Fn. 26), Rn. 22.

³⁴ Der ganze Entstehungsprozess der Richtlinie 2004/113/EG ist unter dieser EU-Internetseite dokumentiert: http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=de&DossierId=186510#357266 (Zugriff: 31.3.2011).

³⁵ Entwurf einer legislativen Entschliessung des Europäischen Parlamentes zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM [2003] 657 – C5-0654/2003 – 2003/0265 [CNS]), das Dokument kann über den Internetlink in Fn. 34 abgerufen werden.

gleicher Prämien belässt³⁶. Dieser Vorschlag wurde vom «Comité Européen des Assurances» begrüßt³⁷ und vom Rat der Europäischen Union am 13. Dezember 2004 einstimmig angenommen³⁸.

3. Grundrechte als normative Schranken statistischer Diskriminierung unter Privaten

Das EuGH-Urteil C-236/09 wirft grundsätzliche Fragen zum Phänomen der statistischen Diskriminierung auf. Statistische Diskriminierung ist von einer auf Vorurteilen und Präferenzen beruhenden Diskriminierung zu unterscheiden³⁹. Sie zeichnet sich dadurch aus, dass eine auf Erfahrungswerten begründete Annahme über einen statistischen Zusammenhang zwischen einem personenbezogenen Merkmal (vorliegend dem Geschlecht) und der Verwirklichung eines Risikos (Auftreten von Krankheiten bzw. Verursachen von Krankheitskosten, Lebensdauer, Verursachen von Unfällen usw.) getroffen wird und dass diese Annahme zu unterschiedlichen Prämien für die beiden Geschlechter führt. Das Abstützen auf ein leicht feststellbares, statistisch relevantes Merkmal für die Vornahme der Prämienberechnung verringert für die Versicherung die Transaktionskosten. Die Diskriminierung besteht in einem Generalisierungsunrecht, das dadurch entsteht, dass eine Person aufgrund eines diskriminierungssensiblen Merkmals, vorliegend des Geschlechts, zu einer bestimmten Risikokategorie zugeordnet wird, obwohl aus individueller Perspektive gerade nicht feststeht, ob eine bestimmte Person höhere Krankheitskosten oder mehr Unfälle verursacht. Generalisierungsunrecht ist ein generelles Phänomen jeder Typisierung, namentlich auch in der Gesetzgebung und bei der Rechtsanwendung. Gesetze sind generell abstrakte Regeln, sie werden notwendigerweise nicht jedem Einzelfall voll gerecht⁴⁰. In der Rechtsanwendung, namentlich im Steuer- und Sozialversicherungsrecht, werden indivi-

duelle Entscheide auf der Basis von Verwaltungsweisungen gefällt, die durch Generalisierungen und Pauschalisierungen Verwaltungsabläufe vereinfachen⁴¹. Auch hier erfolgen Generalisierungen aus Effizienzgründen. Trotz den Gemeinsamkeiten zwischen Generalisierungsunrecht im Rahmen von Gesetzgebung und Verwaltung darf nicht ausser Acht gelassen werden, dass sich die statistische Diskriminierung durch Versicherungen durch ihren Prognosecharakter unterscheidet⁴². Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses steht noch nicht fest, ob überhaupt bzw. wann sich ein bestimmtes Risiko verwirklicht.

Die Rechtsordnung setzt sowohl der typisierenden Gesetzgebung und Rechtsanwendung wie der statistischen Diskriminierung normative Schranken. Im Unionsrecht hält die seit dem Lissabon-Vertrag rechtsverbindliche Charta der Grundrechte in Art. 20 den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz fest und verankert in Art. 21 Abs. 1 der Charta den Grundsatz der Nichtdiskriminierung (Diskriminierungen, insbesondere wegen des Geschlechts ... sind verboten). Zur Geschlechtergleichheit im Besonderen schreibt Art. 23 Abs. 1 der Charta unter der Überschrift «Gleichheit von Männern und Frauen» vor, dass die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschliesslich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen sei. Der Gerichtshof nimmt diese Grundrechtsbestimmung in Zusammenwirkung mit weiteren Gleichstellungsnormen im EUV und AEUV zum Anlass, Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG die Gültigkeit zu versagen. Damit wird hinsichtlich der Zulässigkeit statistischer Diskriminierung eine Schranke gezogen: Unterschiedliche Frauen- und Männerprämien sind (u.a.) in der Versicherung selbst dann nicht mehr erlaubt, wenn das Geschlecht aufgrund statistischer Annahmen eine unterschiedliche Prämieinstufung rechtfertigen würde. Der Grundsatz der Geschlechtergleichheit bedarf gemäss den vom Gerichtshof nicht widersprochenen Schlussanträgen der Generalanwältin bezüglich seines Inhalts keiner weiteren Konkretisierung durch den Unionsgesetzgeber, der Grundsatz sei «kein Grundrecht und Verfassungsprinzip der Europäischen Union»⁴³.

Aus der Grundrechtsbindung lässt sich die Verpflichtung des Unionsgesetzgebers, in der *privaten* Versicherung keine Prämienunterschiede zuzulassen, nicht ohne Weiteres ableiten. Grundrechte sind auch im EU-Recht primär Abwehrrechte und entfalten nur ausnahmsweise unmittelbare Drittwirkung. Die Frage steht deshalb im Raum, ob das vom EuGH bemühte

³⁶ Siehe dazu ausführlich und mit detaillierten Nachweisen: KOPISCHKE, INES, Staat und private Altersvorsorge. Entscheidungsprozesse und Debatten zu «Unisex-Tarifen» in der Politik der Europäischen Union und der Bundesrepublik Deutschland, Arbeitspapier Nr. 18 aus dem Forschungsprogramm «Staatliche Regulierung der privaten und betrieblichen Altersversicherung», S. 47 ff., siehe <http://www.uni-bielefeld.de/soz/Forschung/Projekte/regina/pdf/Arbeitspapier-18neu-IK-Staat-und-private-Altersvorsorge.pdf> (Zugriff: 31.3.2011).

³⁷ Siehe die Pressemeldung des Comité Européen des Assurances vom 4. Oktober 2004 (Press Release: Preliminary Agreement on Gender Equality Directive – European insurers welcome opportunity to continue using gender in pricing, siehe <http://www cea.eu/index.php/newsroom/256/51/Preliminary-agreement-on-gender-equality-directive-European-insurers-welcome-opportunity-to-continue-using-gender-in-pricing/> (Zugriff: 31.3.2011).

³⁸ Der Beschluss des Rates vom 13. Dezember 2004 wurde im Amtsblatt der Europäischen Union vom 21. Dezember 2011 veröffentlicht, siehe Abl. L 373/37.

³⁹ BRITZ, GABRIELE, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Tübingen, S. 15 ff.

⁴⁰ BRITZ (Fn. 39), S. 97 ff.

⁴¹ BRITZ (Fn. 39), S. 43.

⁴² BRITZ (Fn. 39), S. 37 ff.

⁴³ Schlussanträge Rs C-236/09 (Fn. 4), Rn. 39.

Grundrecht der Geschlechtergleichheit geeignet ist, für sich alleine Prämienunterschiede in der Privatversicherung zu verbieten, oder ob ein solches Verbot *privatrechtlich* nur bei einer entsprechenden sekundärrechtlichen Konkretisierung entfalten kann. Für den Bereich des arbeitsrechtlichen Entgelts ist diese Frage im Lichte von Art. 157 Abs. 1 AEUV und der langjährigen EuGH-Rechtsprechung zu bejahen. Der Anspruch auf gleiches Entgelt für Männer und Frauen für gleiche und gleichwertige Arbeit ist ein unmittelbar anwendbares Grundrecht, das sowohl gegenüber dem Staat wie auch gegenüber dem privaten Arbeitgeber Wirkung entfaltet⁴⁴. Es ist zumindest fraglich, ob dies auch für den weiteren Bereich der Gleichheit von Frauen und Männern gilt. Die Grundrechte binden nach Art. 51 der Grundrechtscharta die Union und die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen. Private sind nicht unmittelbare Adressaten der Grundrechte⁴⁵. Art. 23 Abs. 1 der Grundrechtscharta schreibt vor, die Gleichheit von Frauen und Männern *sei sicherzustellen*. Es handelt sich demnach um eine nicht unmittelbar anwendbare, programmatische Bestimmung, die das in Art. 22 Grundrechtscharta verankerte, nur im Verhältnis Privater zum Staat unmittelbar anwendbare Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts ergänzt.

Die Union und die Mitgliedstaaten müssen die in der Grundrechtscharta geforderte Gleichheit der Geschlechter verwirklichen, auch in horizontalen Verhältnissen, und damit besteht bei Privatversicherungen eine Verpflichtung, statistische Diskriminierung normativ zu beschränken. Bei der Umsetzung dieser Vorgaben kommt der Union zwar ein Ermessensspielraum zu, im Lichte der primärrechtlichen Wertung sind Unterschiede zwischen den Geschlechtern nur sehr beschränkt zuzulassen⁴⁶. Die zeitlich unbeschränkte Ausnahme von der Geschlechtergleichheit, wie sie Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG vorgesehen hat, konnte der EuGH deshalb nicht zulassen.

4. Fazit

Für die Versicherungsbranche hat sich das beachtliche Lobbying für die Aufrechterhaltung der Möglichkeit, bei Versicherungsprämien nach Geschlecht zu diffe-

renzieren, nicht gelohnt. Dem EuGH blieb angesichts des überwältigend klaren Bekenntnisses in den Verträgen und in der Grundrechtscharta kaum eine andere Wahl, als einer weitgehenden Ausnahmeklausel wie Art. 5 Abs. 2 RI 2004/113/EG die Gültigkeit zu versagen. Nicht zulässig ist, aus dieser Entscheidung eine unmittelbare Drittwirkung der Geschlechtergleichheit abzuleiten. Dies lässt Raum für künftige rechtspolitische Entwicklungen, die sowohl das zentrale Gebot der Geschlechtergleichheit wie auch eine angemessene Berücksichtigung der Interessen der Versicherer zulassen. Die Versicherer müssen jedoch bereit sein, risikogerechte Prämien vorzunehmen, ohne dabei auf das Merkmal Geschlecht als statistische Grösse abzustellen. Eine originelle Anregung für Alternativanknüpfungen liefert eine jüngst in den Medien vorgestellte statistische Auswertung der Versicherungsgesellschaft Allianz Suisse über die Korrelation zwischen Sternzeichen und dem Verursachen von Vollkasko-Schäden⁴⁷. Dabei zeigte sich, dass im Sternzeichen des Wassermanns geborene Autofahrer die niedrigste Schadenfrequenz aufweisen, während Fahrer/innen mit Sternzeichen Stier am anderen Ende der Skala zu finden sind. Das Sternzeichen habe jedoch, so der Mediensprecher der Versicherungsgesellschaft, keinen Einfluss auf die Prämiengestaltung, massgebend wären vielmehr Alter, Fahrzeugart, Jahr der Ausstellung des Führerausweises und das Geschlecht. In diskriminierungsrechtlicher Hinsicht wäre die Anknüpfung an das Sternzeichen unproblematisch, die Ungleichbehandlung aufgrund des Sternzeichens ist nicht verboten...

Für im Schweizer Markt tätige Versicherungsunternehmen ist das EuGH-Urteil unmittelbar nicht von Bedeutung. Der schweizerische Gesetzgeber ist bis heute nicht bereit, die EU-rechtliche Gleichheitsentwicklung nachzuvollziehen; entsprechende parlamentarische Vorstösse sind allesamt gescheitert⁴⁸. In der Schweiz sind folglich in der Privatversicherung Prämienunterschiede aufgrund des Geschlechts weiterhin zulässig⁴⁹.

⁴⁴ COEN, MARTIN, Rn. 2 zu Art. 157 AEUV, in: Lenz Carl-Otto/Borchardt Klaus-Dieter (Hrsg.), EU-Verträge – Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Auflage, Köln 2010.

⁴⁵ OENDAH, KERSTIN, Gleichheit von Männern und Frauen, Paragraph 44, N 87, in: Heselhaus Sebastian/Nowak Carsten (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, Bern, Wien, München, 2006.

⁴⁶ HÖLSCHIEDT SVEN, Rn. 18 zu Art. 23 Grundrechtscharta, in: Meyer Jürgen (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Baden-Baden, 2011.

⁴⁷ http://www.20min.ch/news/kreuz_und_quer/story/10899192 (Zugriff: 1.4.2011).

⁴⁸ Siehe zuletzt: Parlamentarische Initiative Paul Rechsteiner, 07.422.

⁴⁹ Zu beachten sind allerdings Schranken im Rahmen der (weitergehenden) beruflichen Vorsorge, siehe dazu das Gutachten betreffend unterschiedliche Umwandlungssätze für Frauen und Männer in der beruflichen Vorsorge. Verfassungsrechtliche Aspekte, veröffentlicht in: THOMAS GEISER/REGULA KÄGI-DIENER, Zu unterschiedlichen Umwandlungssätzen für Frau und Mann in der beruflichen Vorsorge, zwei Gutachten, Nr. 101 der Reihe Diskussionspapiere des Forschungsinstituts für Arbeit und Arbeitsrecht, St. Gallen, Mai 2004.