

Schutz vor Diskriminierung im Versicherungsrecht (VersRÄG 2013)¹

Stefan Perner

Übersicht

- I. Einleitung
- II. Unisex-Tarife (§ 1c VersVG)
 - A. Europarechtlicher Anstoß
 - B. Umsetzungskonzept
 - C. Mittelbare Diskriminierung
 - D. Rechtsfolgen des Verstoßes
- III. Diskriminierung aufgrund Behinderung (§ 1d VersVG)
 - A. Regelungskonzept
 - B. Offenlegungspflichten
 - C. Rechtsfolgen des Verstoßes
- IV. Europarechtliche Kontrolle
 - A. Problemstellung
 - B. Grundrechte-Charta
 - C. Keine Übertragbarkeit von Test-Achats
 - D. Rechtsetzungstätigkeit
- V. Bilanz und Ausblick

I. Einleitung

Versicherer übernehmen die Tragung eines Risikos gegen Entgelt.² Die Prämie kann von den Vertragsparteien frei vereinbart werden, es gilt das Prinzip der Privatautonomie.³ Der österreichische Gesetzgeber rüttelt mit den – durch das

¹ Der Beitrag beruht auf einem Vortrag, den der Verfasser am 10. April 2013 im Rahmen des von o. Univ.-Prof. Dr. *Attila Fenyves*, Univ.-Prof. Dr. *Stefan Perner* und Univ.-Prof. Dr. *Martin Schauer* veranstalteten Privatissimums aus Versicherungsvertragsrecht in Wien gehalten hat.

² Zur Definition des Versicherungsvertrages etwa BGH VersR 1964, 497, insb 499.

³ Siehe nur *Schauer*, Versicherungsvertragsrecht, 3. Auflage (1995) 43. Vgl auch *Armbrüster*, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297, 1298.

VersRÄG 2013⁴ eingeführt – §§ 1c und 1d VersVG an dieser Grundwahrheit des Privatversicherungsrechts.

Nach § 1c VersVG darf der Faktor Geschlecht nämlich „nicht zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer führen“. Dies, obwohl nachweisbar ist, dass Frauen länger leben, was für eine höhere – eben eine risikogerechte – Prämie für Frauen in der Lebensversicherung spricht. Umgekehrt haben in der Kfz-Versicherung Männer traditionell mehr als Frauen bezahlt, weil sie statistisch gesehen mehr Unfälle verursachen.

§ 1d VersVG schränkt die Privatautonomie bei Versicherungen für Menschen mit Behinderung ein. Die Bestimmung enthält nämlich Kriterien, die der Versicherer beachten muss, wenn er ein solches Versicherungsverhältnis ablehnen, kündigen oder von einer höheren Prämie abhängig machen möchte (Abs 1). Auch für die Höhe eines Prämienzuschlages macht der Gesetzgeber des VersRÄG 2013 genaue Vorgaben (Abs 2).

Der vorliegende Beitrag erörtert das „Antidiskriminierungspaket“ des österreichischen Gesetzgebers, erläutert seine Hintergründe und stellt Überlegungen zur Übertragbarkeit auf andere als die im Gesetz geregelten Differenzierungskriterien an.

II. Unisex-Tarife (§ 1c VersVG)

A. Europarechtlicher Anstoß

Die Pflicht zur Gewährung von Unisex-Tarifen im Versicherungsrecht beruht bekanntlich nicht auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers. Die Diskussion ist vielmehr europäisch geprägt und soll im Folgenden kurz dargestellt werden.

Die Europäische Union bezweckte in ihren frühen Jahren vor allem den Abbau von Handelsbehinderungen. Mitgliedstaaten war es untersagt, Ausländer und ausländische Produkte schlechter zu behandeln als Inländer und inländische Produkte. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit ist natürlich ein Eckpfeiler des Unionsrechts geblieben (siehe Art 18 AEUV).

Der europäische Kampf gegen Diskriminierungen wurde in jüngerer Zeit allerdings um eine wichtige Facette erweitert, die mit dem Abbau von Handelsbehinderungen nicht mehr viel zu tun hat.⁵ Es geht der Union nun um gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote.⁶

⁴ BGBl I 12/2013.

⁵ Zur Entwicklung der EU von einer Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Grundrechtsunion vgl. jüngst Perner, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht (2013) 6 ff.

⁶ Begriff von Basedow, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230, 236.

Art 19 AEUV ermächtigt den Europäischen Gesetzgeber, „Vorkehrungen [zu] treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.“ Auf dieser Basis wurden bisher drei Antidiskriminierungsrichtlinien erlassen, die in Österreich hauptsächlich⁷ im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) umgesetzt wurden. Während eine Richtlinie „nur“ das Arbeitsrecht betrifft⁸, sind Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft (RL 2000/43/EG; „Antirassismus-RL“) und des Geschlechts (RL 2004/113/EG; „Unisex-RL“) allgemein beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen verboten.

Für Versicherungen (= Dienstleistungen iSd Unisex-RL) hatte der Unionsgesetzgeber allerdings eine Sonderregel geschaffen. Gemäß Art 5 Abs 2 Unisex-RL konnten die Mitgliedstaaten „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.“

Viele Mitgliedstaaten hatten von der Ausnahme Gebrauch gemacht und Geschlechtertarife zugelassen; Österreich in § 9 VAG. Die belgische Verbraucherschutzorganisation *Test-Achats* griff die nationale Ausnahmeregelung an, das belgische Verfassungsgericht legte vor. In seiner Entscheidung erklärte der EuGH diese Ausnahmeregelung für ungültig.⁹ Der Gerichtshof gewährte den Mitgliedstaaten allerdings eine „angemessene Übergangszeit“ und ordnete die Unwirksamkeit der Richtlinienbestimmung erst mit Wirkung ab dem 21.12.2012 an.¹⁰ Mit diesem Zeitpunkt musste die mitgliedstaatliche Rechtslage daher angepasst sein.

⁷ Zu einer versicherungsrechtlichen Ausnahme siehe sogleich im Text.

⁸ RL 2000/78/EG (Allgemeiner Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf).

⁹ EuGH 1.3.2011 Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Rn 15 ff. Ausführlich zur Entscheidung und ihren europa- sowie versicherungsrechtlichen Fragen bereits *Armbrüster*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 1.3.2011 – C 236/09, LMK 2011, 315339; *Doblhofer-Bachleitner*, Geschlechterdifferenzierung bei Versicherungstarifen unzulässig, ZFR 2011, 248; *Korinek*, Geschlechtsspezifische Tarife im Versicherungsrecht sind unzulässig, ÖZW 2011, 50; *Loacker*, Gleich und Gleich gesellt sich gern? Überlegungen zur Einführung verpflichtender Einheitstarife im europäisierten Versicherungsvertragsrecht, HAVE 2011, 351; *Looschelders*, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421; *Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen! EuZW 2011, 296; *Mönnich*, Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1.3.2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092; *Perner*, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig. Bemerkungen anlässlich EuGH 1.3.2011 Rs C-236/09 (*Test-Achats*), ÖJZ 2011, 333.

¹⁰ EuGH Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Rn 34.

Die Entscheidung des EuGH hat für so viel Aufsehen gesorgt, dass die Kommission in einer eigenen Mitteilung Leitlinien zu seiner Umsetzung herausgegeben hat.¹¹ Die Leitlinien sind als solche natürlich für die Auslegung der Unisex-RL nach der Rs *Test-Achats* unverbindlich.¹² Sie haben aber schon deshalb eine große Bedeutung für die Auslegung der Umsetzungsbestimmungen, weil der österreichische Gesetzgeber des VersRÄG 2013 vielfach auf die Mitteilung der Kommission Bezug nimmt.

B. Umsetzungskonzept

Der Gesetzgeber hätte bei der Umsetzung des *Test-Achats*-Urteils einfach die Ausnahmeregel des § 9 Abs 2 VAG, wonach die Differenzierung nach dem Geschlecht zulässig war, aufheben können und es bei der Anwendung des GIBG – wo er die Unisex-RL ja ohnehin umgesetzt hat – belassen können.

Man wollte aber offenbar ganz sichergehen und hat in § 1c VersVG *und* in § 9 Abs 2 VAG wortidentische Verbote formuliert. Demnach darf der Versicherer bei Verträgen, die seit dem 21.12.2012 abgeschlossen wurden, keine verschiedenen Prämien oder Leistungen für Männer und Frauen vereinbaren (§ 1c VersVG, § 9 Abs 2 VAG).

Der Versicherer darf also in Zukunft in der Kfz-Versicherung keine höheren Prämien für Männer als für Frauen vereinbaren, auch darf er bei Frauen keine höheren Prämien für Lebensversicherungsverträge verlangen. Ebenso ist es verboten, Angehörigen eines Geschlechts bei zwar gleichen Prämien bessere Leistungen anzubieten oder gar Versicherungen Frauen oder Männern vorzubehalten.¹³

§ 1c VersVG und § 9 Abs 2 VAG setzen nur die durch den EuGH modifizierte Unisex-RL um, die allerdings nicht für die Bereiche Beschäftigung und Beruf gilt (Art 3 Abs 4 Unisex-RL). Folgerichtig hat man die betriebliche Kollektivversicherung ausgenommen.¹⁴ Es handelt sich dabei um Altersvorsorgesysteme, die vom Arbeitgeber für seine Mitarbeiter in Form von Gruppenrentenversicherungen abgeschlossen werden.¹⁵ Geschlechtsspezifische Differenzierungen bei Prämien und Leistungen sind in diesem Bereich daher weiterhin gerechtfertigt.¹⁶

¹¹ „Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtsache C-236/09 (*Test-Achats*)“, K(2011) 9497 endg.

¹² Vgl auch K(2011) 9497 endg., Tz 4.

¹³ Zu Rechtfertigungen siehe noch weiter unten.

¹⁴ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 5.

¹⁵ Vgl EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 5.

¹⁶ Siehe Art 9 Abs 1 lit h RL 2006/54/EG, auf den die Kommission in ihren Leitlinien Bezug nimmt, K(2011) 9497 endg., Tz 23. Vgl dazu aber *Raulf*, Unisex in der betrieblichen Altersversorgung oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil, NZA-Beilage 2012, 88.

Auch Rückversicherungsverträge sind nicht umfasst.¹⁷ Das VersVG ist auf Rückversicherungsverträge nämlich nicht anzuwenden (§ 186). Geschlechterrisiken können also bei der Rückversicherungsprämie durchaus berücksichtigt werden.

Überhaupt gilt das Verbot nur für Prämien und Leistungen. Bei Rückstellungen, die die Versicherer zu bilden haben, für ihre interne Gesamtkalkulation, sogar für die Werbung und Vermarktung darf der Versicherer nach wie vor den Faktor Geschlecht berücksichtigen.¹⁸

C. Mittelbare Diskriminierung

Trotz (oder gerade wegen) der knappen Anordnung in § 1c VersVG und § 9 Abs 2 VAG bestehen Unklarheiten darüber, welche Differenzierungen zwischen Geschlechtern noch erlaubt sind.¹⁹ Wie immer in Benachteiligungsfällen stellt sich nämlich das Problem der mittelbaren Diskriminierung.

Zunächst zum europarechtlichen Rahmen: Nach der Unisex-RL sind mittelbare Diskriminierungen zwar ebenfalls verboten. Eine mittelbare Diskriminierung liegt nach Art 2 lit b Unisex-RL aber nur vor, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“. Mit anderen Worten: Anders als unmittelbare können mittelbare Diskriminierungen gerechtfertigt sein.

Die von der Kommission herausgegebenen Leitlinien zur Umsetzung des *Test-Achats*-Urteils nehmen auf die Rechtfertigung bei mittelbarer Diskriminierung Bezug.²⁰ Die Verwendung anderer Risikofaktoren bleibe möglich, solange es sich um echte und eigenständige Risikofaktoren handle. Demnach seien Prämienunterschiede je nach Motorenleistung nach der Richtlinie weiterhin zulässig, selbst wenn stärkere Fahrzeuge meist von Männern gefahren werden; unzulässig seien Unterschiede in der Kfz-Versicherung aufgrund der Größe oder des Gewichtes einer Person.²¹ Diese Differenzierung wurde in der Literatur zu Recht als wenig praxisnahe entlarvt.²² *Gruber* hat daher als – praktisch bedeutenderes

¹⁷ K(2011) 9497 endg., Tz 14.

¹⁸ Siehe bereits die Leitlinien der Kommission, K(2011) 9497 endg., Tz 14.

¹⁹ Siehe bereits die Ausführungen von *Gruber*, VersRÄG 2013: Unisex-Regel und versicherungsvertragsrechtlicher Diskriminierungsschutz für Behinderte, ZFR 2013, 1, 2.

²⁰ K(2011) 9497 endg., Tz 17.

²¹ So K(2011) 9497 endg., Tz 17 Fn 15.

²² *Gruber*, ZFR 2013, 1, 2.

– Beispiel einer zulässigen Differenzierung auch den Prämienzuschlag in der Unfallversicherung für Berufsfeuerwehrleute angeführt, obwohl der Beruf mehrheitlich von Männern ausgeübt wird.²³

Konsequenterweise sind nach der Unisex-RL daher auch Angebote zulässig, die aus sachlichen Gründen spezifisch auf Männer oder Frauen zugeschnitten sind (Art 4 Abs 5 Unisex-RL); akademisches Beispiel ist meist der Herrenfriseur, der ein Herrenfriseur bleiben darf.²⁴ Im Versicherungsrecht lassen sich relevante Beispiele finden: Der Krankenversicherer kann zB ein Produkt anbieten, das speziell das Brustkrebsrisiko deckt und zu einer anderen Prämie angeboten wird als eines, das das Prostatakrebsrisiko abdeckt.²⁵

Bei der Untersuchung kann man sich allerdings nicht mit der Rechtslage nach der RL begnügen. Vielmehr ist zu prüfen, ob der österreichische Gesetzgeber sogar noch über die Unisex-RL hinausgegangen ist. Schließlich findet sich in § 1c VersVG keine Aussage über die Zulässigkeit einer mittelbaren Diskriminierung. Das wirft die Frage auf, ob damit eine mittelbare Diskriminierung im Versicherungsrecht verboten ist, selbst wenn sie nach der Unisex-RL gerechtfertigt wäre.

Dies ist mE zu verneinen, die innerstaatliche Rechtslage gleicht dem Konzept der Unisex-RL. Dies lässt sich erstens schon mit der Überlegung begründen, dass es in den Materialien zum VersRÄG 2013 keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass der Gesetzgeber bei der Umsetzung des *Test-Achats*-Urteils über die europarechtlichen Vorgaben hinausgehen und eine mittelbare Diskriminierung generell verbieten wollte.

Zweitens und vor allem ist der Zusammenhang des § 1c VersVG mit der „eigentlichen“ Umsetzung der Unisex-RL im Jahr 2004 zu berücksichtigen. Das Verbot der Geschlechterdiskriminierung wurde für Sachverhalte außerhalb der Arbeitswelt in den §§ 30 ff GIBG umgesetzt. Man hatte für das Versicherungsrecht allerdings Besonderes angeordnet. Die Bestimmungen des GIBG werden nach § 30 Abs 4 leg cit durch das VersVG und das VAG verdrängt, soweit diese besondere Vorschriften enthalten. Das war damals als Verweis auf die Ausnahmebestimmung (§ 9 Abs 2 bis 4 VAG vor dem VersRÄG 2013) gedacht, wonach Geschlechtertarife zulässig waren. Jetzt sind sie nicht mehr zulässig, es existieren insofern keine besonderen Vorschriften im VersVG und im VAG mehr. Damit ist der Weg für eine Anwendung der Vorschriften des GIBG möglich, die die mittelbare Diskriminierung regeln (§ 32 Abs 2 GIBG). Die Vorschriften über die mittelbare Diskriminierung werden ja gerade nicht mehr durch das VersVG und das VAG verdrängt, die über diesen Umstand schweigen.

²³ Gruber, ZFR 2013, 1, 2.

²⁴ Vgl Perner, ÖJZ 2011, 333, 334.

²⁵ Siehe den Hinweis der Kommission, K(2011) 9497 endg., Tz 15.

D. Rechtsfolgen des Verstoßes

Was sind nun aber die Rechtsfolgen einer Geschlechterdiskriminierung durch den Versicherer? In den Materialien erfährt man zunächst, dass § 1c VersVG „sicherheitshalber“ in den Kreis der VersVG-Bestimmungen aufgenommen wurde, von denen „zum Nachteil des Versicherungsnehmers“ nicht abgewichen werden darf (§ 15a VersVG).²⁶

Das ist zwar konsequent und insofern nicht zu beanstanden, die weiteren Ausführungen in den Erläuternden Bemerkungen beunruhigen allerdings auf den ersten Blick etwas. Man liest nämlich, dass schon § 9 Abs 2 VAG ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 879 Abs 1 ABGB sei und der Verstoß zur Nichtigkeit des Vertrages führe.²⁷

Diese Aussage der Materialien ist jedoch nicht wörtlich gemeint. Die gänzliche Unwirksamkeit liegt erstens nicht im Interesse des Versicherungsnehmers, der ja Versicherungsschutz möchte. Zweitens passt sie auch nicht mit dem zivilrechtlichen Konzept der Teilnichtigkeit wegen Gesetzesverstoßes zusammen, wonach der Restvertrag in modifizierter Form aufrecht bleibt, wenn dies dem Zweck der Verbotsnorm entspricht – was hier eindeutig der Fall ist.²⁸

Schließlich sprechen auch die Erläuterungen zu § 15a VersVG eine deutliche Sprache²⁹, sodass unzweifelhaft ist, dass der Versicherungsvertrag mit geringerer Prämie aufrecht bleibt und vergangene – überhöhte – Prämien bereicherungsrechtlich zurückgefordert werden können.³⁰

Die Frage ist nur: Welcher Tarif ist der Referenzwert? Das Problem lässt sich anhand eines Beispiels veranschaulichen: Der Lebensversicherer verlangt von Frauen eine Prämie in Höhe von 12, von Männern in Höhe von 8, der Unisex-Tarif wäre 10. In Deutschland wird die Auffassung vertreten, dass der Versicherungsnehmer (nur) das „diskriminierende Mehr“ zurückbekommt, also einen Anspruch auf Rückzahlung der Differenz zum Unisex-Tarif hat.³¹

²⁶ Siehe EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 6: „Durch Aufnahme in den Katalog des § 15a soll klargestellt werden, dass sich der Versicherer auf Vereinbarungen, die von § 1c zum Nachteil des Versicherungsnehmers abweichen, nicht berufen kann.“

²⁷ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 8.

²⁸ Siehe nur *Bollenberger* in Koziol/P. Bydliniski/Bollenberger (KBB), Kommentar zum ABGB, 3. Auflage (2010) § 879 Rz 29.

²⁹ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 8: „Die Unwirksamkeit solcher Vertragsinhalte berührt die Wirksamkeit des übrigen Vertrags aber nicht.“

³⁰ Dasselbe gilt sinngemäß für zu niedrige Leistungen. Weist der Versicherer einen Angehörigen eines Geschlechtes ohne Rechtfertigung ab – etwa weil er eine bestimmte Versicherung zu Unrecht nur für Angehörige eines Geschlechts anbietet –, besteht insofern ein Kontrahierungszwang.

³¹ *Thüsing* in Münchener Kommentar zum BGB I, 6. Auflage (2012) § 20 AGG Rn 88 f, fordert eine Anpassung auf die „üblichen“ Prämien und Leistungen.

ME wäre es aber auch denkbar, den Unterschied zum Tarif des anderen Geschlechts zu fordern. Denn Kausalitätserwägungen – Was wäre, wenn der Versicherer nicht pflichtwidrig agiert hätte? – sind bei Teilnichtigkeit wegen Gesetzwidrigkeit fehl am Platz. Abgesehen davon erscheint das Ergebnis auch europarechtlich passend, denn die Sanktionen des nationalen Rechts müssen nach Art 14 der Unisex-RL bekanntlich „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Es muss also einen ausreichenden Anreiz geben, sich rechtskonform zu verhalten. Ob dies der Fall ist, wenn man ohnehin nur auf den zulässigen Tarif zurückfällt, erscheint zweifelhaft.

Zu schadenersatzrechtlichen Sanktionen schweigt der Gesetzgeber. Auch in diesem Punkt kann man die allgemeinen Regeln des GIBG anwenden.³² Die betroffene Person hat also einen verschuldensunabhängigen³³ „Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und eine Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung“ (§ 38 Abs 1 GIBG). Da die materiellen Schäden über die Rechtsfolgen der Teilnichtigkeit in aller Regel ausgeglichen werden, ist insb an die Entschädigung für die erlittene persönliche Beeinträchtigung zu denken.³⁴

III. Diskriminierung aufgrund Behinderung (§ 1d VersVG)

A. Regelungskonzept

Der österreichische Gesetzgeber musste also tätig werden und auf Basis der europarechtlichen Vorgaben die Pflicht zu Unisex-Tarifen anordnen. Er hat sich allerdings nicht auf die Umsetzung des ohnehin Vorgegebenen beschränkt, sondern sich im Zuge der Reform auch über andere im Privatversicherungsrecht relevante Differenzierungskriterien Gedanken gemacht. Vor allem eine Regelung von Differenzierungen aufgrund von Alter und Behinderung stand im Gesetzgebungsprozess zur Diskussion.³⁵ Der Faktor Alter blieb ungeregelt, des Faktors Behinderung hat man sich hingegen angenommen, und zwar im neuen § 1d VersVG, der mit 1.1.2013 in Kraft getreten ist.³⁶

Die Bestimmung weicht im Konzept von § 1c VersVG in vielen Punkten ab. Damit ist nicht nur der offensichtliche Unterschied angesprochen, dass § 1d

³² Siehe bereits weiter oben zum Problem der mittelbaren Diskriminierung.

³³ Siehe nur EuGH 8.11.1990, C-177/88 (Dekker); EuGH 22.4.1997, C-180/95 (Draehmapaehl); *Majoros*, Richtlinienkonforme Bemessung des ideellen Schadens im Gleichbehandlungsgesetz, DRdA 2007, 515, 517; *Krejci*, Antidiskriminierung, Privatautonomie und Arbeitnehmerschutz – Schluss, DRdA 2005, 501, 512 mwN.

³⁴ Vgl auch noch unten III.C.

³⁵ Vgl auch die Erwähnung der beiden Risikofaktoren in K(2011) 9497 endg., Tz 18.

³⁶ Siehe bereits ausführlich *Schauer*, Die Versicherung von Menschen mit Behinderung – erste Gedanken zu § 1d VersVG, VR 2013, 16; *Gruber*, ZFR 2013, 1.

VersVG in Relation viel ausführlicher und detaillierter konzipiert ist. §1d VersVG verfolgt vielmehr ein differenziertes Regelungskonzept. Man war sich offensichtlich des Umstandes bewusst, dass man einen schmalen Grat beschreitet. Es wurde berichtet, dass viele Behinderte überhaupt keinen Versicherungsschutz bekommen, teilweise erhalten sie Versicherungsschutz nur zu erheblich schlechteren Bedingungen.³⁷ Dies wollte der Gesetzgeber ändern, dabei aber auch nicht übersehen, dass die Behinderung ein risikoentscheidender Faktor bei einer Versicherung sein kann.³⁸ Kranken- und Unfallversicherer berechnen nicht aus Willkür höhere Prämien für bestimmte Personengruppen, etwa für Menschen, die an einer Nervenkrankheit leiden, oder Personen mit Sehbehinderungen. Die Prämien sind deswegen höher, weil die Wahrscheinlichkeit für den Eintritt des Versicherungsfalles aufgrund der Behinderung steigt.

Das Ergebnis ist lang, detailliert und sprachlich nicht ganz geglückt, worauf *Schauer* in einer umfassenden Untersuchung bereits hingewiesen hat.³⁹ Sinnvoll erscheint es, zunächst das Regelungskonzept der Bestimmung zu erfassen.

Leitgedanke ist, dass der Umstand der Behinderung⁴⁰ allein nie zu einer Benachteiligung – etwa in Gestalt der Ablehnung eines Antrags auf Abschluss eines Versicherungsvertrages, einer Kündigung, einem Prämienzuschlag, einem Risikoausschluss, geringeren Leistungen (§1d Abs1 und 4 VersVG) – führen darf.

Eine Berücksichtigung der Behinderung ist im Versicherungsverhältnis aber erlaubt, wenn „der Gesundheitszustand einen bestimmenden Faktor für die Risikokalkulation in dem betreffenden Versicherungszweig darstellt und der individuelle Gesundheitszustand der versicherten Person eine wesentliche Erhöhung der Gefahr bewirkt.“ Eine Differenzierung (Benachteiligung) darf dann aber auch „nur in dem Ausmaß erfolgen, das sich anhand der Risikokalkulation in dem konkreten Versicherungszweig aufgrund der Gefahrenerhöhung errechnet.“

Gemeint ist mit dieser umständlichen Formulierung des §1d Abs2 VersVG: Wenn und soweit sachliche Gründe für eine Differenzierung zwischen behinderten und nicht behinderten Versicherungsnehmern vorliegen, darf differenziert werden. Das Konzept lässt sich also zusammengefasst wie folgt auf den Punkt bringen: Nachvollziehbare Differenzierung ja, Diskriminierung nein.

Allerdings gibt es zwei Einschränkungen dieses Prinzips: *Zu Lasten des Versicherers* geht die Formulierung, dass er die Behinderung nur bei „wesentlicher“

³⁷ So EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 3 (vgl auch 6).

³⁸ Vgl EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 7.

³⁹ *Schauer*, VR 2013, 16, 18, 22. Vgl auch *Gruber*, ZFR 2013, 1, 3.

⁴⁰ §1d Abs1 VersVG verweist für die Begriffsdefinition auf §3 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz; siehe dazu und zur Abgrenzung von Behinderung und Krankheit *Schauer*, VR 2013, 16, 17.

Erhöhung der Gefahr berücksichtigen darf. Die Materialien⁴¹ führen dazu aus, dass „ein erheblicher Unterschied bei der Bewertung des Risikos aufgrund des Gesundheitszustands feststellbar sein muss, der auch bei einer nicht behinderten Person zu einem jedenfalls gleich hohen (oder höheren) Prämienzuschlag führen würde. Bloß geringfügige Abweichungen bei der Risikoeinschätzung dürfen demnach nicht zu einem Prämienzuschlag führen.“ Der Begriff der „Wesentlichkeit“ wird also mithilfe anderer unbestimmter Begriffe (erheblich, nicht bloß geringfügig) umschrieben.⁴² Man wird den Begriff angesichts der Grundhaltung des Gesetzgebers, statistisch nachvollziehbare Differenzierungen zu erlauben, am ehesten in Richtung einer (niederschweligen) „Bagatellgrenze“ zu Gunsten von behinderten Versicherungsnehmern interpretieren müssen.

Zu Lasten des (potentiellen) Versicherungsnehmers geht hingegen die Formulierung, dass der Versicherungsnehmer nur dann in den Genuss der Regelungen kommt, wenn sein Risiko „versicherbar“ ist (§ 1d Abs 1 VersVG). *Schauer* hat diese Formulierung zutreffend mit dem Hinweis kritisiert, dass es unversicherbare Risiken im technischen Sinn nicht gibt; die Gewährung sei nur eine Frage der Prämienkalkulation.⁴³ Nach den Materialien⁴⁴ ist ein Risiko unversicherbar, „wenn der Versicherungsfall bereits eingetreten ist oder, etwa bei der Krankenversicherung, wenn die Eintrittswahrscheinlichkeit und/oder -häufigkeit des Versicherungsfalls um ein Vielfaches erhöht ist und/oder die durchschnittlich zu erwartende Leistungssumme um ein Vielfaches höher liegt als in diesem Versicherungszweig kalkuliert; bei der Lebens- und Berufunfähigkeitsversicherung etwa, wenn mit überwiegender Wahrscheinlichkeit der Eintritt des Versicherungsfalls bereits in nächster Zeit zu erwarten ist.“ Die Materialien sagen damit entweder Selbstverständliches (keine Versicherung, wenn Versicherungsfall bereits eingetreten) oder sie verwenden Formeln, die zur Klarheit nicht viel beitragen (Erhöhung um ein „Vielfaches“).⁴⁵ Um das Regelungskonzept des § 1d VersVG nicht auszuhöhlen, wird der Begriff des „unversicherbaren“ Risikos daher eng auszulegen sein.

Aus dem Schutzzweck der Bestimmung lässt sich auch ableiten, dass der Versicherer in den „kritischen“ Fällen gezwungen ist, Menschen mit Behinderung Versicherungsschutz – bei risikogerechter Prämie – zu gewähren.⁴⁶ Um Missverständnisse zu vermeiden: Es besteht kein genereller Kontrahierungszwang ge-

⁴¹ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 7.

⁴² Nach *Schauer*, VR 2013, 16, 19 lasse sich daraus immerhin ableiten, dass „Wesentlichkeit“ nicht als Komplementärbegriff zu § 29 VersVG (unerhebliche Erhöhung der Gefahr) zu verstehen sei.

⁴³ *Schauer*, VR 2013, 16, 20.

⁴⁴ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 7.

⁴⁵ Zutreffend *Schauer*, VR 2013, 16, 20.

⁴⁶ So bereits *Schauer*, VR 2013, 16, 21. Offenlassend *Gruber*, ZFR 2013, 1, 3.

genüber Personen mit Behinderung. Das sieht man schon daran, dass der Versicherer den Antrag gem § 1d Abs 1 VersVG bei „unversicherbarem“ Risiko⁴⁷ und aus anderen Gründen als der Behinderung ablehnen kann. ZB: Der Versicherer ist in einem Versicherungszweig gar nicht tätig ist oder er schließt Verträge zu den angestrebten Bedingungen generell – also auch mit gesunden Personen – nicht ab. Der Versicherer muss aber mit einer behinderten Person kontrahieren, wenn das Risiko versicherbar ist und er mit einer gesunden Vergleichsperson abschließen würde.

B. Offenlegungspflichten

§ 1d Abs 3 VersVG ordnet an, dass der Versicherer gegenüber einer behinderten Person offenlegen muss, aufgrund welcher Daten die Differenzierung gerechtfertigt ist. Die Gründe für die konkrete Gefahrenerhöhung und den Prämienzuschlag sind in einer gesonderten Urkunde auszuweisen; diese ist dem Versicherungsnehmer spätestens mit dem Versicherungsschein zu übermitteln. Die Bestimmung sorgt also für Transparenz: Sie soll den Versicherungsnehmer in die Lage versetzen, zu sehen, dass und warum er gegenüber einem gesunden Versicherungsnehmer benachteiligt wird. Der Versicherer muss zB offenlegen, warum er zu einer höheren Prämie anbietet, warum er das Risiko für „unversicherbar“ hält usw.

Die Auslegung des § 1d Abs 3 VersVG bereitet dennoch Schwierigkeiten. Am Maßstab des eigenen Regelungskonzeptes ist die Bestimmung nämlich in zwei Punkten lückenhaft.

Erstens muss der Versicherer dem Wortlaut der Bestimmung nach offenlegen, wieso er zu einer Erhöhung der Gefahr kommt, wie sich der Prämienzuschlag ergibt und wieso ein Risiko nicht versicherbar ist. Das ist eigenartig: Lehnt der Versicherer das Angebot des Versicherungsnehmers aus Gründen ab, die mit der Behinderung nichts zu tun haben – was er angesichts der prinzipiellen Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht darf –, wäre er nicht begründungspflichtig. Wie soll der Versicherungsnehmer dann aber erkennen können, ob der Versicherer nicht doch aufgrund der Behinderung abgelehnt hat? *Schauer* vertritt daher die überzeugende Auffassung, dass die Schutzlücke geschlossen werden muss, indem man auch hier eine Offenlegungspflicht annimmt.⁴⁸ Der Versicherer muss gegenüber einem behinderten Versicherungsnehmer also stets begründen, warum er den Antrag ablehnt. Gleiches gilt aufgrund des Schutzzweckes der Offenlegungspflichten auch für die ordentliche Kündigung gegenüber dem behinderten Versicherungsnehmer.⁴⁹

⁴⁷ Siehe dazu bereits oben A.

⁴⁸ *Schauer*, VR 2013, 16, 21.

⁴⁹ *Schauer*, VR 2013, 16, 21.

Zweitens muss der Versicherer der behinderten Person bei Vorliegen statistischer Daten über die Risikoerhöhung immer offenlegen, warum er sie anders behandelt als eine gesunde Person. „Fehlen statistische Daten oder sind die Daten unzureichend, so ist die Gefahrenerhöhung auf der Grundlage von für den individuellen Gesundheitszustand der versicherten Person relevantem und verlässlichem medizinischen Wissen darzulegen, wenn der Versicherungsnehmer dies verlangt“ (§ 1d Abs 3 VersVG). Bei fehlenden oder unzureichenden Daten ist die Offenlegungspflicht also von einem Verlangen des Versicherungsnehmers abhängig. Das liegt wohl daran, dass die Erfüllung der Informationspflicht in diesem Fall aufwändiger ist als bei ausreichenden statistischen Daten.⁵⁰ Dennoch ist das Regelungskonzept eigenartig: Der Versicherungsnehmer muss ja erst wissen, dass es überhaupt einen Prämienzuschlag geben soll, um das Verlangen nach Begründung sinnvoll stellen zu können. Nach dem Gesetzgeber müsste er das Verlangen aber – in Unkenntnis der Benachteiligung – zuerst stellen und dann würde er über den Zuschlag und seine Gründe informiert. Damit würde die Bestimmung ins Leere laufen. *Schauer* vermeidet dieses Ergebnis, indem er eine Pflicht des Versicherers annimmt, den Versicherungsnehmer über den beabsichtigten Zuschlag zu informieren.⁵¹ Anschließend – wenn der Versicherungsnehmer von der beabsichtigten Benachteiligung weiß – kann er entscheiden, ob er das Begründungsverlangen stellen möchte.

C. Rechtsfolgen des Verstoßes

Dem Gesetzgeber lag offenbar an einem wirkungsvollen Diskriminierungsschutz von behinderten Personen, wie sich am Sanktionskonzept ablesen lässt. Das VersRÄG 2013 hat nämlich mit § 13 Abs 3 Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz eine Verbandsklagemöglichkeit und damit eine zweite Spur des Rechtsschutzes eingeführt. Voraussetzung der Klagemöglichkeit ist ein Verstoß des Versicherers gegen § 1d VersVG, durch den allgemeine Interessen des geschützten Personenkreises „wesentlich und in mehreren Fällen beeinträchtigt“ werden. Klagebefugt sind die Österreichische Arbeitsgemeinschaft für Rehabilitation und der Behindertenwalt.⁵²

Neben der Verbandsklage soll natürlich auch starker Individualrechtsschutz gewährt werden.⁵³ Dies lässt sich schon aus § 15a VersVG ableiten, der § 1d

⁵⁰ So *Schauer*, VR 2013, 16, 19.

⁵¹ *Schauer*, VR 2013, 16, 20.

⁵² Die Materialien (EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 3) weisen darauf hin, dass daneben auch die Beaufsichtigungsfunktion der FMA zum Tragen kommt (§ 99 Abs 1 VAG: Überwachung der Geschäftsgebarung).

⁵³ Vgl nur EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 6.

VersVG zu den Normen zählt, von denen durch Vereinbarung nicht abgewichen werden darf. Da das Gesetz keine expliziten Aussagen über die Rechte von diskriminierten Menschen mit Behinderung enthält, ist hinsichtlich der Sanktionen vor allem auf den Zweck der Regelung abzustellen.

Wie im Fall der Unisex-Tarife⁵⁴ kann es auch hier zu einer Vertragskorrektur kommen. Das legen schon die Materialien nahe, wenn sie davon ausgehen, dass unzulässige Klauseln in AVB – zB über Risikoausschlüsse für behinderte Personen oder unzulässige Wartefristen – unwirksam sind.⁵⁵ Aber auch ein im Einzelnen verhandelter Prämienzuschlag ist mangels Vorliegens der Voraussetzungen des § 1d VersVG gesetzwidrig und damit unwirksam. Zu beachten ist, dass insofern auch Altverträge betroffen sind. Der Versicherer darf sich nämlich auf vor dem Inkrafttreten des § 1d VersVG vereinbarte Klauseln nicht mehr berufen (§ 191c Abs 13 Satz 2 VersVG).⁵⁶

Was hat zu gelten, wenn die Differenzierung – also zB ein Prämienzuschlag – zulässig gewesen wäre, der Versicherer allerdings gegen seine Offenlegungspflichten verstößt? Er legt also gar nicht offen, wieso er differenziert; er informiert den Versicherungsnehmer nur mündlich, nicht aber – wie von § 1d Abs 3 VersVG vorgesehen – in einer Urkunde. Mit *Schauer* ist davon auszugehen, dass die rechtzeitige Übermittlung der inhaltlich korrekten Urkunde Wirksamkeitserfordernis für den Prämienzuschlag (einen verminderten Leistungsumfang) ist.⁵⁷ Die Verletzung der Offenlegungspflicht hat also dieselben Konsequenzen, wie wenn die Voraussetzungen inhaltlich nicht gegeben wären. Andere Auslegungen würden die Urkunde ihrer Bedeutung berauben.⁵⁸

Zum Schadenersatz schweigt der Gesetzgeber, weshalb grundsätzlich die allgemeinen Regeln (§§ 1295 ff ABGB) anwendbar wären. § 1d VersVG ist aufgrund seines Zwecks als Schutzgesetz zu qualifizieren, der Verstoß wird also in aller Regel zu einer Schadenersatzpflicht des Versicherers führen.⁵⁹ Wie bei Unisex-Tarifen ist allerdings auch hier zu bedenken, dass der Ersatz materieller Schäden praktisch wenig relevant ist, weil die behinderte Person ohnehin durch die vertragsrechtlichen Folgen geschützt ist (Kontrahierungszwang, Teilnichtigkeit).

Interessant ist daher vor allem die Frage, ob die behinderte Person Ersatzansprüche wegen immaterieller Schäden stellen kann. In diesem Punkt besteht eine andere Ausgangslage als bei Unisex-Tarifen. Anders als im Fall der Geschlechter-

⁵⁴ Siehe dazu oben II.D.

⁵⁵ EBRV 2005 BlgNR 24. GP, 6.

⁵⁶ Nach *Gruber*, ZFR 2013, 1, 4 drängt sich der „Verdacht der Verfassungswidrigkeit dieser Rückwirkung“ auf.

⁵⁷ *Schauer*, VR 2013, 16, 22.

⁵⁸ Zutreffend *Schauer*, VR 2013, 16, 22.

⁵⁹ *Schauer*, VR 2013, 16, 22.

diskriminierung existiert keine RL, die Diskriminierungen aufgrund einer Behinderung außerhalb der Arbeitswelt verbietet⁶⁰, auch das GIBG ordnet keinen allgemeinen Diskriminierungsschutz für behinderte Personen an. Die schadenersatzrechtliche Anordnung des § 38 GIBG ist also nicht auf die Diskriminierung von behinderten Personen anwendbar. ME kommt allerdings eine analoge Anwendung der Bestimmung in Betracht. Bei § 38 Abs 1 GIBG kommt es nicht so sehr darauf an, aufgrund welchen Merkmals diskriminiert wird. Die Bestimmung reagiert vielmehr auf das Spezifikum der Diskriminierungssituation, in der ein immaterieller Schadenersatz gerechtfertigt erscheint. Aufgrund der gleichen Interessenlage ist die Bestimmung daher analog anzuwenden. Verstößt der Versicherer gegen § 1d VersVG, hat die diskriminierte Personen folglich sowohl einen Anspruch auf Ersatz des materiellen als auch des immateriellen Schadens.

IV. Europarechtliche Kontrolle

A. Problemstellung

Bei seinem Vorgehen ist der österreichische Gesetzgeber ganz offensichtlich von der Prämisse ausgegangen, dass er nur hinsichtlich der Unisex-Tarife einer europarechtlichen Bindung unterliegt, nicht aber in Hinblick auf andere gesellschaftspolitisch „brisante“ Kriterien, die als Risikoindikatoren in der Privatversicherung ebenfalls sehr geeignet sind. Besonders hervorzuheben ist neben dem Faktor Behinderung in diesem Zusammenhang der Faktor Alter.⁶¹ So lässt sich statistisch nachweisen, dass ältere Personen ärztliche Leistungen in höherem Ausmaß in Anspruch nehmen. Sie zahlen daher höhere Prämien in der Krankenversicherung.⁶²

Der Gesetzgeber ging offenbar davon aus, dass er frei war, den Faktor Alter ungeregelt zu lassen. Tatsächlich darf der Versicherer nach der geltenden Rechtslage nach dem Alter des Versicherungsnehmers differenzieren, wenn es um Prämien oder Leistungen geht.⁶³ Das steht zwar nicht explizit im Gesetz, ergibt sich aber aus der Privatautonomie und implizit aus einigen Bestimmungen des VersVG: So lässt sich zB aus den §§ 178f, 178m zweifelsfrei ableiten, dass der Versicherer dem älteren Versicherungsnehmer in der Krankenversicherung höhere

⁶⁰ Zu geplanten Rechtsetzungsakten auf europäischer Ebene siehe noch unten IV.D.

⁶¹ Siehe dazu bereits *Perner*, Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht, FS Iro (2013) 157; *denselben*, Alter im privaten Versicherungsrecht, in Holoubek et al (Hrsg.), Alter und Recht (2012) 123. Vgl weiters *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung (2011) 23 ff.

⁶² Siehe *Thüsing/v. Hoff*, Private Versicherungen und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, VersR 2007, 1.

⁶³ *Perner*, in FS Iro 157, insb 166 ff.

Einstiegsprämien verrechnen darf als dem jungen.⁶⁴ Er darf also durchaus nach dem Alter differenzieren.

Die Überlegung des Gesetzgebers ist auf den ersten Blick gut nachvollziehbar, denn es existiert anders als im Fall der Unisex-Tarife keine Richtlinie, die etwa die Diskriminierung wegen Alters oder Behinderung außerhalb des Arbeitsrechts verbietet. Es stellt sich daher natürlich die Frage, wieso die europarechtlichen Vorgaben hinsichtlich anderer Differenzierungskriterien als dem Geschlecht näher untersucht werden sollen. Die Antwort liegt auf der Hand: An der Zulässigkeit von Geschlechtertarifen hatte auch die längste Zeit niemand gezweifelt. Grund genug also, um die Übertragbarkeit des Gedankens auf die übrigen gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote zu prüfen.⁶⁵

B. Grundrechte-Charta

Die Rs *Test-Achats* betrifft zwar nur die Geschlechterdiskriminierung, nicht hingegen Differenzierungen aufgrund einer Behinderung und des Alters. Ein näherer Blick auf die Entscheidung offenbart allerdings einen interessanten Blickwinkel.

Der EuGH stützt sich für die Begründung seiner Entscheidung auf Art 21 GRC.⁶⁶ Diese Bestimmung verbietet aber nicht nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern auch aufgrund anderer Kriterien wie zum Beispiel Rasse, Hautfarbe, Vermögen oder – Behinderung und Alter.

Die Übertragbarkeit der Argumentation in der Rs *Test-Achats* auf die anderen gesellschaftspolitischen Diskriminierungsverbote scheint bei einer inhaltlichen Betrachtungsweise nahe zu liegen: Nicht nur, dass der Wortlaut des Art 21 GRC apodiktisch und universell klingt („Diskriminierungen sind verboten“). Vor allem verbietet Art 21 der Charta nach Ansicht des Gerichtshofs auch Differenzierungen durch Private, er ist also inhaltlich auf Drittwirkung gerichtet: Durch die Verabschiedung einer Bestimmung, die es den Mitgliedstaaten gestattet, Geschlechtertarife zu erlauben, hat der Unionsgesetzgeber ja nicht selbst diskriminiert, sondern vielmehr Differenzierungen durch private Wirtschaftsteilnehmer (Versicherer!) erlaubt.⁶⁷ Das Verbot ist daher gleichbedeutend mit einer Begrenzung der privaten Entscheidungsfreiheit der Versicherer und damit einer Einschränkung ihrer Privatautonomie.

Zusammengefasst lautet die Ansicht des EuGH in der Rs *Test-Achats*: Art 21 GRC steht einer Geschlechterdiskriminierung durch Versicherer entgegen. Die

⁶⁴ *Perner*, in FS Iro 157, 167 f.

⁶⁵ Siehe für das Merkmal Alter bereits *Perner*, in FS Iro 157, 160 ff.

⁶⁶ EuGH Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Rn 17, 32.

⁶⁷ Auf diesen Punkt weist *Perner*, ÖJZ 2011, 333, 334 hin.

Folgefrage liegt nahe: Warum nicht auch einer Altersdiskriminierung, einer Diskriminierung von Behinderten usw? Tatsächlich befürchtet der eine oder andere in der Versicherungsbranche einen solchen Dominoeffekt.⁶⁸

C. Keine Übertragbarkeit von Test-Achats

Die ungeprüfte Übertragung des Verbotes der Geschlechterdiskriminierung auf andere gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote wäre allerdings ein Kurzschluss, wie der Verfasser bereits an anderer Stelle nachzuweisen versucht hat.⁶⁹ Dies soll hier aufgrund der Bedeutung der Diskussion für das Versicherungswesen noch einmal kurz erläutert werden.

Entscheidend für die Argumentation ist die Überlegung, dass Europäische Grundrechte den Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht erweitern, sondern die Anwendbarkeit von Unionsrecht voraussetzen. Dieser Gedanke ist in Art 51 Abs 1 GRC verankert. Demnach binden die Unionsgrundrechte der Charta nämlich nur die Union bei ihrem Handeln umfassend. Die Mitgliedstaaten sind dagegen nur bei der Durchführung des Unionsrechts an die Charta gebunden, also zB, wenn sie eine Verordnung anwenden oder eine Richtlinie umsetzen.⁷⁰

Aus dieser Feststellung folgt etwas ganz Entscheidendes für die hier interessierende Frage: Im Fall der Geschlechterdiskriminierung hat der Gerichtshof eine Richtlinienbestimmung – und damit das Handeln des Unionsgesetzgebers – kontrolliert. Die Grundrechte der Charta – und damit Art 21 GRC – konnten eingreifen.

Im Fall der Altersdiskriminierung oder der Diskriminierung wegen einer Behinderung gibt es hingegen kein einschlägiges Sekundärrecht. Es existiert nämlich keine Richtlinie, die solche Differenzierungen außerhalb des Arbeitsrechts verbietet. Damit ist kein Raum für die Anwendung des Grundrechts. Selbst wenn Art 21 GRC daher inhaltlich auf eine Einschränkung der Privatautonomie gerichtet ist – er ist schlicht unanwendbar. Wo die Charta nicht anwendbar ist, können ihre Grundrechte nicht eingreifen.

D. Rechtsetzungstätigkeit auf Unionsebene

Man sieht also, dass das Eingreifen der Charta vom Unionsrecht selbst – insb von der Entwicklung des Sekundärrechts – abhängig ist. Jede Aussage über die

⁶⁸ Siehe dazu zutreffend *Mönich*, VersR 2011, 1092, 1103.

⁶⁹ *Perner*, in FS Iro 157, 163 ff.

⁷⁰ Vgl *Perner*, Grundfreiheiten, Grundrechte-Charta und Privatrecht 23 ff zum Begriff der „Durchführung“ von Unionsrecht. Aus der Rechtsprechung jüngst EuGH 26.2.2013, C-617/10 (Fransson) Rn 17 ff.

Wirkung eines konkreten Charta-Grundrechtes ist damit eigentlich eine Momentaufnahme, was den Blick auf unionsrechtliche Entwicklungslinien, vor allem im Antidiskriminierungsrecht, lenkt.⁷¹

Die Union ist mit ihrem Antidiskriminierungsprogramm bekanntlich noch nicht am Ende angelangt, Planungen für weitere Richtlinien laufen. So hat die Kommission im Jahre 2008 einen Vorschlag für eine Gleichbehandlungsrichtlinie vorgelegt, die unter anderem das Verbot der Diskriminierung wegen Alters und Behinderung über das Arbeitsrecht hinaus in das allgemeine Wirtschaftsrecht erstrecken soll.⁷² Ganz im Einklang mit den übrigen Antidiskriminierungsrichtlinien soll auch die geplante RL unsachliche Differenzierungen durch Privatpersonen verbieten. Dementsprechend sollen – dem Vorbild der Unisex-RL entsprechend – Differenzierungen bei Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen einer Rechtfertigung bedürfen (vgl Art 3 Abs 1 lit d KOM-Vorschlag).

Wieder sind Privatversicherer zwar grundsätzlich erfasst und findet sich eine Sonderregel. Art 2 Abs 7 des KOM-Vorschlages sieht nämlich vor, dass die Mitgliedstaaten Finanzdienstleistern Ungleichbehandlungen wegen Alters oder Behinderung erlauben können, wenn diese ein zentraler Faktor bei der Risikobewertung sind. Da Versicherer als Finanzdienstleister im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen sind, scheinen sie auf den ersten Blick auf der sicheren Seite zu sein. Sie dürfen nach dem RL-Entwurf weiterhin das Alter oder eine Behinderung als Differenzierungskriterium für die Berechnung der Prämie verwenden. Doch der Schein trügt, Auswirkungen auf das Versicherungsrecht wären nach dem bisher Gesagten nicht zu leugnen.⁷³ Dafür weist das Konzept des Entwurfes zu deutliche Parallelen zur Unisex-RL – und damit zur Rs *Test-Achats* – auf. Durch Verabschiedung der vorgeschlagenen RL wäre nämlich plötzlich Platz für die Anwendung der GRC. Das Sekundärrecht und damit auch die Ausnahme für Finanzdienstleister müsste sich am Maßstab der Grundrechte – Art 21 GRC – messen lassen.

Bei der inhaltlichen Prüfung der Ausnahme für Privatversicherer darf man sich nun aber nicht von den äußerlichen Parallelen zur Geschlechterdiskriminierung in die Irre führen lassen. Es lässt sich nämlich ein bedeutender Unterschied zwischen der Geschlechterdiskriminierung und der Differenzierung wegen Behinderung oder Alters erkennen. Alle drei sind zwar gleichermaßen beliebte Risikoindikatoren. Jeder dieser Faktoren ist auch ein so genannter Proxy, also ein Stellvertreter für ein anderes, eigentlich entscheidendes Kriterium.

⁷¹ Siehe bereits *Perner*, in FS Iro 157, 162 ff.

⁷² KOM(2008) 426 endg.

⁷³ Siehe *Perner*, in FS Iro 157, 163 ff.

Gewisse Behinderungen führen zu einem statistisch nachweisbaren Anstieg der Arzt- und Behandlungskosten. Menschen mit Behinderung zahlen daher oft mehr in der Krankenversicherung als gesunde Versicherungsnehmer. Eigentlich entscheidend ist nicht der Umstand der Behinderung als solcher, sondern die Wahrscheinlichkeit der Inanspruchnahme eines Arztes. Dafür ist aber die Behinderung eben ein gutes Indiz. Ähnliches gilt für das Alter.

Auch beim Geschlecht gibt es entsprechende Statistiken. Männer zahlten stets höhere Prämien in der Kfz-Versicherung als Frauen, weil sie – statistisch nachweisbar – mehr Unfälle verursachen. Eigentlich entscheidend für das Risiko ist aber natürlich nicht das Geschlecht, sondern andere Faktoren; ob man zB viel oder wenig, aggressiv oder zurückhaltend fährt.

Wenn man sich diese Beispiele ansieht, erkennt man, dass es einen Unterschied zwischen Behinderung und Alter auf der einen Seite, und dem Geschlecht auf der anderen Seite gibt. Das Geschlecht kann ein „zufälliger“ Stellvertreter sein (Kfz-Versicherung) oder vielleicht doch ein sachgerechter (biologische Gründe für eine höhere Lebenserwartung von Frauen?).

Anders sieht es bei Behinderung und Alter aus, die beide keine zufälligen Stellvertreter sind. Dass ältere oder behinderte Menschen statistisch gesehen öfter ärztliche Dienste in Anspruch nehmen, hat unzweifelhaft biologische Gründe. Der Fall liegt bei der Differenzierung aufgrund Alters oder Behinderung also anders als bei der Geschlechterdiskriminierung. Selbst wenn die geplante RL kommt, ist demzufolge keine zweite oder dritte Rs *Test-Achats* zu befürchten.

V. Bilanz und Ausblick

Das VersRÄG 2013 verbietet Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts (§ 1c VersVG, § 9 Abs 2 VAG) und aufgrund von Behinderungen (§ 1d VersVG). Während die Anordnung von Unisex-Tarifen europarechtlich durch die Entscheidung des EuGH in der Rs *Test-Achats* vorgegeben war, beruht das Verbot der Diskriminierung von behinderten Personen auf einer autonomen Entscheidung des österreichischen Gesetzgebers. Es ist nicht auszuschließen, dass der Gesetzgeber weitere gesellschaftspolitische Diskriminierungsverbote im Versicherungsrecht anordnet (sei es aufgrund einer autonomen Entscheidung, oder weil es europarechtlich vorgegeben sein wird).

Mit Blick auf den Faktor Alter wäre eine solche Regelung sinnvoll.⁷⁴ Ist es zB gerechtfertigt, dass Versicherer Altersgrenzen haben, ab denen sie überhaupt keine Versicherungen mehr anbieten? Oder Bestimmungen, die vorsehen, dass ab dem 70. Lebensjahr bei gleichbleibender Prämie Leistungsansprüche auf die Hälfte zurückfallen? Die Frage ist zu verneinen. Das Alter sollte – ähnlich wie

⁷⁴ Siehe bereits *Perner*, in FS Iro 157, 168 f.

nunmehr eine Behinderung nach § 1d VersVG – vielmehr nur dann berücksichtigt werden können, wenn und soweit es ein zentraler Faktor bei einer nachvollziehbaren Risikobewertung ist. Dass dieses Konzept zu bewältigen wäre, zeigt auch ein Blick nach Deutschland, wo das Alter nach den §§ 19 f AGG nur dann vom Versicherer berücksichtigt werden darf, wenn dies den anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation entspricht.

Der (nationale oder europäische) Gesetzgeber könnte natürlich noch einen Schritt darüber hinausgehen und Differenzierungen auch dann verbieten, wenn sie nachweislich einen Einfluss auf das versicherte Risiko haben. Vorbilder gibt es im Privatversicherungsrecht: So durften die Kosten einer Schwangerschaft nach der Unisex-RL – und zwar schon vor der Rs *Test-Achats* – niemals bei der Prämienberechnung berücksichtigt werden⁷⁵, obwohl sie sehr wohl risikorelevant sind, wenn es um die Tragung von Arztkosten geht.

Bei einem solchen Schritt ist allerdings Vorsicht geboten. Will man solche Verbote, müsste es sich jedenfalls um das Ergebnis eines gesellschaftspolitischen Entscheidungsprozesses handeln, sie sollten sich weniger in überraschenden Entscheidungen des EuGH verbergen.

Ein Verbot der Berücksichtigung risikorelevanter Indikatoren bei der Prämienberechnung einzuführen, ist dem europäischen Gesetzgeber allerdings eher nicht zu raten. Es wäre ein weiterer Schritt zurück zur Einheitsprämie, die er durch Schaffung eines wettbewerbsorientierten Binnenmarktes für Versicherungen gerade nicht wollte, und zwar mit gutem Grund: Einheitsprämien gehören in das Sozialversicherungsrecht, sie sind in der Privatversicherung fehl am Platz.

⁷⁵ Art 5 Abs 3 Unisex-RL: „Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen.“