

Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig

Bemerkungen anlässlich EuGH 1. 3. 2011, C-236/09, *Test-Achats*

ÖJZ 2011/35

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“.¹⁾ Auf dieser Basis wurden bisher vier *Antidiskriminierungsrichtlinien* erlassen, die in Österreich hauptsächlich²⁾ im Gleichbehandlungsgesetz (GIBG) umgesetzt wurden.³⁾ Während zwei Richtlinien „nur“ das *Arbeitsrecht* betreffen,⁴⁾ sind Diskriminierungen aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft (RL 2000/43/EG) und des Geschlechts (RL 2004/113/EG) allgemein beim Zugang zu und der Versorgung mit *Gütern und Dienstleistungen* verboten.

Für *Versicherungen* (= Dienstleistungen iSd RL 2004/113/EG) hat der Unionsgesetzgeber allerdings eine Sonderregel geschaffen. Gem Art 5 Abs 2 RL 2004/113/EG 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“.

In einem vielbeachteten Vorabentscheidungsverfahren hat der EuGH diese *Ausnahmeregelung* nun für *ungültig* erklärt.⁵⁾ Das Urteil verursacht Handlungsbedarf für den *österreichischen Gesetzgeber*, der von der aufgehobenen Ermächtigung mit dem VersRÄG 2006⁶⁾ Gebrauch gemacht und Geschlechtertarife zugelassen hat (§ 9 Abs 2–4 VAG).⁷⁾ Der EuGH gewährt den Mitgliedstaaten allerdings eine „angemessene Übergangszeit“ und erklärt die Richtlinienbestimmung mit Wirkung ab dem 21. 12. 2012 für unwirksam.⁸⁾ Erst mit diesem Zeitpunkt muss daher auch die mitgliedstaatliche Rechtslage angepasst sein.

Der vom EuGH herangezogene *methodische Begründungsansatz* erschließt sich erst bei sehr genauer Betrachtung. Während GA *Kokott* noch ohne Umwege von einem Verstoß der aufgehobenen Richtlinienbestimmung gegen das in den Art 21, 23 Grundrechte-Charta (GRC) enthaltene Verbot der Geschlechterdiskriminierung ausgegangen war,⁹⁾ sieht es in der Entscheidung über weite Strecken so aus, als wollte der Gerichtshof die Nichtigkeit mit einem *Verstoß gegen die Richtlinie selbst* begründen. Art 5 Abs 2 der RL laufe nämlich „der Verwirklichung des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels der Gleichbehandlung zuwider“.¹⁰⁾ Zwar stützt sich der Gerichtshof anschließend auch auf die Charta. Da diese zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie als solche noch nicht verbindlich war (dazu gleich), zieht der EuGH sie allerdings nur heran, weil die Richtlinie in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich darauf Bezug nahm.¹¹⁾ Die Begründung setzt also wieder an der Richtlinie selbst an. Dieser Ansatz könnte natürlich nicht überzeugen: Der EuGH kann die vom Unionsgesetzgeber ganz bewusst getroffene Entscheidung nicht einfach für ungültig erklären, weil er der Ansicht ist, dass sie das gesetzgeberische Gesamtkonzept weniger wirkungsvoll erscheinen lässt.

Tatsächlich muss eine sekundärrechtliche Norm gegen *höher-rangiges Primärrecht* verstoßen, damit der EuGH sie für nichtig erklären kann. Die Berücksichtigung der Charta war auch vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon möglich: Sie war zwar als solche nicht verbindlich, konnte aber Erkenntnisquelle

für die aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen ableitbaren Unionsgrundrechte (Art 6 Abs 2 EUV idF vor Lissabon) sein.¹²⁾ Im Ergebnis dürfte auch der EuGH von einem Verstoß der inkriminierten Bestimmung gegen ein primärrechtlich verankertes Gleichbehandlungsgebot ausgehen. Er weist nämlich darauf hin, dass der Unionsgesetzgeber Art 3 Abs 3 EUV sowie Art 8 AEUV zu berücksichtigen habe, wonach die Union die Gleichstellung von Mann und Frau fördert.¹³⁾ Warum sich der Gerichtshof auf diese Programmsätze stützt und nicht gleich auf ein primärrechtlich verankertes Grundrecht, ist unklar. Vielleicht wollte er sich nicht wieder – wie nach *Mangold*¹⁴⁾ und *Kücükdeveci*,¹⁵⁾ als es um das strukturell ähnliche Verbot der Altersdiskriminierung ging – vorwerfen lassen, Unionsgrundrechte zu „erfinden“.¹⁶⁾

Die Rechtslage ist mit dem *Vertrag von Lissabon* insofern klarer geworden, als die *Grundrechte-Charta nun verbindlich* ist. Der Gerichtshof wird sie in Zukunft ohne „schlechtes Gewissen“ und kunstvolle Umwege heranziehen können. Verbietet die – im Rang des Primärrechts stehende – Charta Diskriminierungen, so dürfen daher weder der Unionsgesetzgeber noch die Mitgliedstaaten diskriminierende Regeln erlassen. Für die Mitgliedstaaten ist die Charta allerdings nur „bei der Durchführung des Unionsrechts“ zu beachten (Art 51 Abs 1 GRC).¹⁷⁾ Wendet ein Mitgliedstaat eine Verordnung an oder setzt er eine Richtlinie um, muss er die Unionsgrundrechte daher einhalten. Ist die Charta nicht anwendbar, so gelten „nur“ die nationalen Grundrechte.

Interessant ist aber vor allem die vom EuGH vorgenommene *Auslegung des herangezogenen Grundrechts*. Dies aus zwei Gründen:

Erstens: Die Entscheidung betrifft zwar vordergründig nur die Ausnahmeregelung für das Versicherungswesen. Sie ist aber insofern von allgemeiner Bedeutung, als sie den *Begriff der unzulässigen Geschlechterdiskriminierung* präzisiert. Der EuGH bleibt in seinen Ausführungen zwar sehr knapp.¹⁸⁾ Er dürfte aber GA

1) Dazu *Holoubek* in *Schwarze* (Hrsg), EU-Kommentar² (2009) Art 13 EGV RN 3 ff.

2) Zu einer versicherungsrechtlichen Ausnahme s gleich im Text.

3) Dazu vor allem *Rebhahn* (Hrsg), Kommentar zum GIBG (2005). Das GIBG wurde zuletzt novelliert durch BGBl I 2011/7.

4) RL 2000/78/EG (Allgemeiner Rahmen für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf); RL 2006/54/EG (Verwirklichung der Chancengleichheit von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen).

5) EuGH C-236/09, *Test-Achats*, RN 15 ff.

6) BGBl I 2006/95.

7) Dazu *St. Korinek*, Umsetzung der Gleichbehandlungs-RL: „Unisexarife“ und Versicherungen, *ecollex* 2006, 549.

8) Der EuGH kann die Urteilswirkungen zeitlich beschränken. Dies wird aus Art 264 Abs 2 AEUV abgeleitet, der zwar nur für die Nichtigkeitsklage gilt, im Vorabentscheidungsverfahren zur Prüfung der Gültigkeit von Unionsrechtsakten aber analog angewendet wird, s *SA Kokott* Tz 73 ff. Dass der EuGH gerade diesen Tag gewählt hat, ist damit zu erklären, dass die Mitgliedstaaten, die von der Ermächtigung Gebrauch gemacht haben, ihre Entscheidung zum 21. 12. 2012 hätten überprüfen und der Kommission anschließend berichten müssen.

9) *SA Kokott* Tz 1, 27 ff, 35.

10) EuGH C-236/09, *Test-Achats*, RN 32.

11) EuGH C-236/09, *Test-Achats*, RN 17, 30, 32.

12) Siehe nur *SA Kokott* Tz 28.

13) EuGH C-236/09, *Test-Achats*, RN 20.

14) EuGH 22. 11. 2005, C-144/04, *Mangold*.

15) EuGH 19. 1. 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*.

16) Vgl nur die heftige Kritik bei *Gerken et al*, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt (2009) insb 17 ff.

17) Zum Begriff *Hatje* in *Schwarze*, EU-Kommentar² Art 51 GRC RN 15 ff.

18) Vgl EuGH C-236/09, *Test-Achats*, RN 28–32.

Kokott folgen, die in ihren Schlussanträgen eine ausführliche Begründung geliefert hat.¹⁹⁾ Ihre Argumentation läuft darauf hinaus, dass die Anknüpfung an das Geschlecht als Differenzierungskriterium auch dann unzulässig ist, wenn statistische Unterschiede zwischen Männern und Frauen zwar auftreten,²⁰⁾ allerdings (noch) besser geeignete, wenngleich schwieriger zu ermittelnde Differenzierungsmerkmale existieren.²¹⁾ Die Differenzierung anhand des Geschlechtes darf also kein „bequemes“ Ersatzkriterium sein.²²⁾ Der Gedanke ist auf Geschlechterdiskriminierungen außerhalb des Versicherungswesens übertragbar. Ein „Damentarif“ beim Friseur ist nicht zulässig, wenn der Arbeitsaufwand für die Frau derselbe ist wie für den Mann. Zu beachten ist aber: Eine unterschiedliche Behandlung ist weiterhin zulässig, „wenn es durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist, die Güter und Dienstleistungen ausschließlich oder vorwiegend für die Angehörigen eines Geschlechtes bereitzustellen“ (Art 4 Abs 5 RL 2004/113/EG).²³⁾ Diese Ausnahmeklausel ist von der Argumentation in *Test-Achats* nicht betroffen. Ein Herrenfriseur darf also ein Herrenfriseur bleiben.

Zweitens: Die knappen Ausführungen des EuGH könnten auch dazu verleiten, den eigentlich entscheidenden Punkt zu übersehen: *Der Unionsgesetzgeber hat nicht diskriminiert. Er hat zugelassen, dass private Akteure sich diskriminierend verhalten.*²⁴⁾ Gebieten die Grundrechte der Charta (Art 21, 23 GRC) die Gleichbehandlung von Männern und Frauen nur durch öffentliche Einrichtungen oder sollen sie auch die Gleichbehandlung durch Private sicherstellen? Das ist in einer Gesellschaft, die der privaten Entscheidungsfreiheit hohen Stellenwert einräumt, natürlich ein Unterschied. Privatautonomie lässt diskriminierendes Privatverhalten an sich gerade zu. Nach dem EuGH bezweckt das Diskriminierungsverbot – wie dargestellt – auch die Gleichbehandlung durch Private.²⁵⁾ Damit erlangt *Test-Achats* über die konkrete Sachfrage hinausreichende Bedeutung: Es geht um nichts anderes als um die *Drittwirkung* von Unionsgrundrechten.

Ob der Auslegung des EuGH im Ergebnis zu folgen ist, ist an dieser Stelle nicht abschließend zu klären. Zur Vermeidung von Missverständnissen nur so viel: Der gegen die Drittwirkung der Grundrechte-Charta gerichtete Einwand, dass Art 51 Abs 1 GRC nur die Union und die Mitgliedstaaten, nicht aber Private als Verpflichtete nennt,²⁶⁾ ist nicht tragfähig. Aus den nationalen

verfassungsrechtlichen Diskussionen ist bekannt, dass das Verhalten Privater staatliche, auf Grundrechten basierende Schutzpflichten auslösen kann.²⁷⁾ Für den Bereich des Unionsrechts vereinfacht gesagt: Union und Mitgliedstaaten können aus grundrechtlichen Erwägungen verpflichtet sein, den einen Bürger vor dem anderen zu schützen.

Die genannten Pflichten reichen allerdings nicht weiter als das Grundrecht selbst: Fällt ein Sachverhalt nicht in den Anwendungsbereich des Unionsrechts, greifen auch keine unionsrechtlichen Schutzpflichten. Am Beispiel der in *Test-Achats* entscheidungsgegenständlichen Richtlinie: Der Unionsgesetzgeber hat den diskriminierungsfreien Zugang von Männern und Frauen zu Dienstleistungen erst in der RL 2004/113/EG etabliert. Die Frage war davor unregelt. Die Mitgliedstaaten hatten (jedenfalls für innerstaatliche Sachverhalte) freie Hand, privatautonome Ungleichbehandlungen zuzulassen.²⁸⁾ Es zeigt sich: Die Grundrechte-Charta wächst in ihrer Bedeutung mit dem Unionsrecht mit.

Stefan Pernert

19) SA Kokott Tz 40 ff, insb 59 ff.
 20) Die GA nennt zB die Lebenserwartung im Fall der Lebensversicherungen, die Risikobereitschaft bei Kfz-Haftpflichtversicherungen oder die Neigung zur Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen bei der privaten Krankenversicherung: SA Kokott Tz 45, 61.
 21) So würde zB die Lebenserwartung auch von wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten sowie von den Lebensgewohnheiten jedes Einzelnen beeinflusst: SA Kokott Tz 62 f mwN.
 22) SA Kokott Tz 67 f. Ob tatsächlich in allen genannten Fällen ein geeignetes Kriterium existiert, sei hier dahingestellt.
 23) Siehe § 33 GlBG idF BGBl I 2011/7.
 24) Streng genommen hat der Unionsgesetzgeber die Mitgliedstaaten ermächtigt, Diskriminierungen durch Private zu erlauben. Insofern ungenau SA Kokott Tz 30 („Unionsgesetzgeber [hat] nicht selbst nach dem Geschlecht von Versicherten differenziert, sondern lediglich die Mitgliedstaaten dazu ermächtigt“).
 25) Eine Drittwirkung von primärrechtlich verankerten Diskriminierungsverboten hat der EuGH bereits für Art 18 AEUV (Staatsangehörigkeit; EuGH 3. 10. 2000, 411/98, *Ferlini*, RN 50 ff) und für Art 157 AEUV (gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleichwertiger Arbeit; EuGH 8. 4. 1976, 43/75, *Defrenne II*, RN 39) bejaht.
 26) Vgl dazu *Hatje* in *Schwarze*, EU-Kommentar² Art 51 GRC RN 20.
 27) Grundlegend *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984) 202, 225 ff. Die Lehre wurde für den Bereich der Grundfreiheiten übernommen, s *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003) 105 ff, und jüngst *Lengauer*, Drittwirkung von Grundfreiheiten (2010) 169 ff.
 28) Abgesehen davon war die Grundrechte-Charta als solche damals natürlich noch nicht verbindlich, s bereits oben im Text.

[LITERATUR IM ÜBERBLICK]

Buchbesprechungen

Konsumentenschutzgesetz (KSchG).
 Mit § 864 a und § 879 Abs 3 ABGB und den EG-Richtlinien.
 Kurzkommentar. 3. Aufl. Von Anne Marie Kosesnik-Wehrle (Hrsg).
 Verlag Manz, Wien 2010. XXII, 691 Seiten, geb., € 118,-.



Die Neuauflage des gut eingeführten und in zahlreichen Entscheidungen zitierten Manz'schen Kurzkommentars zum KSchG bietet dem Benutzer eine aktuelle Bearbeitung des privaten Verbraucherschutzrechts sowie der nicht nur für Verbrauchergeschäfte wichtigen §§ 864 a und 879 Abs 3 ABGB. Das Bearbeiterteam ist seit der Voraufgabe (2004) stark verändert, ohne dass sich dadurch der Charakter des bewährten Kommentars geändert hätte. Anstelle von Heinz Kosesnik-Wehrle, Hans Peter Lehofer und Gottfried Mayer haben nunmehr die Herausgeberin Anne Marie Koses-

nik-Wehrle sowie Alexandra Hammerl und Peter Kolba neben dem weiterhin an der Kommentierung beteiligten Stefan Langer die neu bearbeitete 3. Aufl besorgt. Dabei waren acht Novellierungen des KSchG, zuletzt durch BGBl I 2010/28 (DaKRÄG), zu berücksichtigen; zahlreiche Entscheidungen und die umfangreiche Literatur (bis März 2010) zu diesem wichtigen Bereich unseres Privatrechts wurden eingearbeitet und dokumentiert.

Ergänzt wird die Kommentierung durch zwei Anhänge. Im ersten Anhang findet der Benutzer durch das ZaDiG und das DaKRÄG aufgehobene Bestimmungen des KSchG, die ja für „alte“ Fälle nach wie vor bedeutsam sind. Zu diesen Bestimmungen zählt nicht § 13 KSchG (Terminverlust), dessen Geltung freilich umstritten ist. *Kosesnik-Wehrle* (§ 13 Rz 1) geht zutreffend davon aus, dass die Bestimmung durch das DaKRÄG nicht aufgehoben werden sollte; die Außerkrafttretensvorschrift des § 41 a Abs 23 beruht vielmehr auf einem Redaktionsversehen.