

cep**Standpunkt**

Gleichbehandlung durch Diskriminierung

Die Rechtsfehler im Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 1. März 2011, das geschlechtsabhängige Versicherungsbeiträge und -leistungen für EU-rechtswidrig erklärt

von

Lüder Gerken und Klaus-Dieter Sohn

Kernpunkte

- ▶ Nach Auffassung des Gerichtshofs verstößt Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“, der geschlechtsabhängige Versicherungsprämien und -leistungen gestattet, gegen das Verbot der Diskriminierung nach Art. 21 und 23 der Charta der Grundrechte. Ab dem 22. Dezember 2012 dürfen nur noch Unisex-Tarife angeboten werden.
- ▶ Das Urteil ist gleich mehrfach rechtsfehlerhaft:
 - (1) Der Gerichtshof prüft die Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ mit den Grundrechten der Charta der Grundrechte unzulässigerweise nicht an diesen Grundrechten, sondern an den Verlautbarungen des Gesetzgebers über die Ziele der Richtlinie.
 - (2) Der Gerichtshof legt die Zielformulierungen des Gesetzgebers zur „Unisex-Richtlinie“ objektiv falsch aus.
 - (3) Der Gerichtshof verneint zu Unrecht, dass es für die Differenzierung nach dem Geschlecht objektive Gründe im Sinne einer tatsächlichen Ungleichheit zwischen Männern und Frauen gibt.
 - (4) Der Gerichtshof übergeht die Notwendigkeit einer Grundrechtsabwägung, obwohl im vorliegenden Fall mehrere – grundsätzlich gleichrangige – Grundrechte miteinander kollidieren.
- ▶ Die durch das Urteil ausgelöste Pflicht zur Anwendung von Unisex-Tarifen ist ihrerseits eine gegen die Charta der Grundrechte verstoßende Pflicht zur Diskriminierung.
- ▶ Der europäische Gesetzgeber muss die Folgen des Urteils egalisieren, was auch durch eine geringfügige Klarstellung in der „Unisex-Richtlinie“ möglich ist:
 - (1) Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ wird dahingehend präzisiert, dass nach Männern und Frauen differenzierende Kalkulationen von Prämien und Leistungen dann keine Diskriminierung sind, wenn eine biologische oder statistisch belegbare tatsächliche Ungleichheit zwischen den Geschlechtern vorliegt.
 - (2) In den Erwägungsgründen wird dargelegt, dass es sich in diesen Fällen um eine durch die Charta der Grundrechte und die Rechtsprechung des Gerichtshofs gebotene Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte handelt und nicht um eine „erlaubte“ Diskriminierung.

Inhaltsverzeichnis

Kernpunkte	1
1. Einleitung	3
2. Verstößt Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ gegen die Charta der Grundrechte?	4
2.1 Die Bestimmungen der Charta der Grundrechte	4
2.1.1 Art. 20 ChGR	4
2.1.2 Art. 21 Abs. 1 ChGR	5
2.1.3 Art. 23 UAbs. 1 ChGR	5
2.1.4 Besonderheit im vorliegenden Fall	6
2.2 Die Bestimmungen der „Unisex-Richtlinie“	6
2.3 Das Urteil des Gerichtshofs und Kritik desselben	7
2.3.1 Prüfmaßstab für den behaupteten Grundrechtsverstoß hätte das Grundrecht sein müssen	8
2.3.2 Statt Grundrechtsprüfung fehlerhafte Auslegung des Wortlautes	9
2.3.3 Die weiteren Versäumnisse des Gerichtshofs	10
3. Fazit	11
3.1 Rechtsfehler des Urteils	11
3.2 Pflicht zur Folgenbeseitigung durch den Gesetzgeber	11

1. Einleitung

Die Europäische Union ist bemüht, die Gleichstellung der Geschlechter in möglichst allen Bereichen zu gewährleisten. Dementsprechend unterscheidet der Rechtsrahmen zur Bekämpfung von Diskriminierung auch grundsätzlich nicht zwischen den Geschlechtern und schützt Männer und Frauen gleichermaßen.

Allerdings eröffnet die EU den Mitgliedstaaten in der „Unisex-Richtlinie“¹ die Möglichkeiten, (1) bis zum 21. Dezember 2007 das Geschlecht bei der Bestimmung von Versicherungsbeiträgen und -leistungen zu berücksichtigen², und (2) auch nach dem 21. Dezember 2007 bei Versicherungsbeiträgen und -leistungen unterschiedliche Behandlungen der Geschlechter zu erlauben, wenn das Geschlecht „bei einer auf [...] versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“.³

Einige Mitgliedstaaten haben in Übereinstimmung mit dem europäischen Rechtsrahmen von der Möglichkeit, bei Versicherungsbeiträgen und -leistungen auf statistischen Daten basierende unterschiedliche Behandlungen der Geschlechter zu erlauben, Gebrauch gemacht. Dies führt dazu, dass in manchen Mitgliedstaaten Männer und Frauen im Hinblick auf ein Versicherungsprodukt unterschiedlich behandelt werden, während sie in anderen Mitgliedstaaten hinsichtlich des gleichen Versicherungsprodukts gleich zu behandeln sind.

Auch der Gesetzgeber in Belgien hat es Versicherungsunternehmen erlaubt, das Geschlecht als einen bestimmenden Faktor bei der Bestimmung von Versicherungsbeiträgen und -leistungen zu berücksichtigen. Dagegen klagte die Verbraucherorganisation Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL vor den nationalen Gerichten mit der Begründung, diese Regelung sei unvereinbar mit höherrangigem Unionsrecht, hier mit dem in der Charta der Grundrechte verankerten Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Der belgische Verfassungsgerichtshof hat dem Gerichtshof deshalb die Frage zur Entscheidung vorgelegt, ob bei der Ausgestaltung von privaten Versicherungsverträgen das Geschlecht des Versicherten als Risikofaktor berücksichtigt werden darf.⁴

Der Gerichtshof kommt nun in seinem Urteil⁵ zu der Feststellung, dass der fragliche Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ mit der Charta der Grundrechte unvereinbar ist⁶, und erklärt ihn deshalb ab dem 21. Dezember 2012 für ungültig.⁷

Der vorliegende cepStandpunkt setzt sich kritisch mit der Begründung des Gerichtshofs auseinander.

¹ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373, S. 37).

² Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113/EG.

³ Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG.

⁴ Rechtssache C-236/09 (Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u.a.).

⁵ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011.

⁶ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011, Rn 32.

⁷ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011, Tenor.

2. Verstößt Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“⁸ gegen die Charta der Grundrechte?

2.1 Die Bestimmungen der Charta der Grundrechte

Ob Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ mit dem Primärrecht vereinbar ist, muss am Maßstab der von der Beschränkung betroffenen Grundrechte gemessen werden, die in der Charta der Grundrechte niedergelegt sind und auf die Art. 6 Abs. 1 des Vertrages über die Europäische Union (EUV) Bezug nimmt. Denn die Organe der EU sind gebunden, die in der Charta der Grundrechte anerkannten Rechte und Freiheiten zu achten und deren Anwendung zu fördern.⁹ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass die Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte erst mit dem Inkrafttreten des Lissabon-Vertrages¹⁰ am 1. Dezember 2009 eintrat, die „Unisex-Richtlinie“ dagegen am 13. Dezember 2004 erlassen wurde, also bereits vor der Rechtsverbindlichkeit der Charta der Grundrechte. Denn in der Richtlinie selbst wird Bezug auf die Charta der Grundrechte genommen und bekräftigt, die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen berücksichtigen zu wollen.¹¹ Die Charta der Grundrechte wurde erstmals am 7. Dezember 2000¹² und ein weiteres Mal am 12. Dezember 2007 in geänderter Fassung¹³ proklamiert. Dem europäischen Gesetzgeber waren bei Erlass der „Unisex-Richtlinie“ die Bestimmungen der Charta also nicht nur bekannt, er hat sie nachweislich auch in seine Überlegungen einbezogen. Die für die Beurteilung der Ausgangsfrage entscheidenden Bestimmungen finden sich in Titel III „Gleichheit“ der Charta der Grundrechte, und dort in den Art. 20, 21 Abs. 1 und 23 UAbs. 1.

Art. 20 ChGR lautet: „Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“

Art. 21 Abs. 1 ChGR lautet: „Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts [...] sind verboten.“

Art. 23 UAbs. 1 ChGR lautet: „Die Gleichheit von Frauen und Männern ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.“

Die in Titel III enthaltenen Rechte sind Grundrechte,¹⁴ deren Träger grundsätzlich alle natürlichen Personen sind. Sie bilden den rechtlichen Rahmen, innerhalb dessen sich Gleich- und Ungleichbehandlungen bewegen müssen.

2.1.1 Art. 20 ChGR

Art. 20 ChGR stellt einen allgemeinen Gleichheitssatz auf, der sich in gleicher oder ähnlicher Formulierung auch in den Verfassungen der meisten Mitgliedstaaten findet. Dieser allgemeine Gleichheitssatz soll sicherstellen, dass Personen in vergleichbaren Sachverhalten in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht gleich behandelt werden.¹⁵ Der Gerichtshof hat dazu allerdings einschränkend

⁸ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373, S. 37).

⁹ Art. 51 Abs. 1 Charta der Grundrechte.

¹⁰ Art. 6 Abs. 1 Vertrag über die Europäische Union (EUV).

¹¹ Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2004/113/EG.

¹² Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der Fassung vom 7. Dezember 2000, abrufbar unter http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_de.pdf

¹³ Charta der Grundrechte der Europäischen Union in der Fassung vom 12. Dezember 2007, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:DE:PDF>

¹⁴ *Mahlmann*, „Die Grundrechtscharta der Europäischen Union, ZEuS 2000, 435.

¹⁵ *Hölscheidt*, in Meyer „Charta der Grundrechte“, Art. 20 ChGR, Rn. 11.

festgestellt, dass vergleichbare Sachverhalte zumindest dann ungleich behandelt werden dürfen, wenn „eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre“.¹⁶

Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz wird bisweilen gefolgert, dass Ungleiches auch ungleich behandelt werden *müsse*.¹⁷ Diese Auffassung wird zwar kritisiert als eine „Erweiterung des Gleichheitssatzes um ein gegen undifferenzierte Regelungen wirkendes Gebot der Verschiedenbehandlung, die den Gleichheitssatz seinem egalitären Grundanliegen zuwider auch zu einem ‚Ungleichheitssatz‘ macht“.¹⁸ Unstreitig kann aus dem allgemeinen Gleichheitssatz aber abgeleitet werden, dass Ungleiches zumindest ungleich behandelt werden *darf*.

2.1.2 Art. 21 Abs. 1 ChGR

Art. 21 Abs. 1 ChGR stellt nicht auf die Person ab, sondern thematisiert einzelne Diskriminierungsmerkmale, denen gemeinsam ist, dass sie dem Einzelnen anhaften und von ihm entweder überhaupt nicht oder nur mit erheblichen Schwierigkeiten verändert werden können.¹⁹ Die Formulierung besonderer Gleichheitssätze macht Art. 21 Abs. 1 ChGR zu einer *lex specialis*, die in ihrem Anwendungsbereich dem allgemeinen Gleichheitssatz vorgeht.²⁰

Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs liegt eine Diskriminierung gemäß Art. 21 Abs. 1 ChGR vor, „wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird.“²¹

So absolut das Verbot der Diskriminierung formuliert wurde, ist es indes nicht. Die Feststellung des Gerichtshofs zum allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20, dass vergleichbare Sachverhalte zumindest dann ungleich behandelt werden dürfen, wenn „eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt wäre“²², gilt nach Ansicht der Literatur auch für die Diskriminierungsmerkmale des Art. 21.²³ Die Charta der Grundrechte verbietet unterschiedliche Versicherungsbeiträge und -leistungen für Männer und Frauen also nicht von vornherein. Vielmehr wird dem Gesetzgeber die Pflicht zur Rechtfertigung auferlegt, wenn und soweit er eine Ungleichbehandlung erlaubt.

Ein Verstoß gegen die Geschlechtergleichheit liegt also nur dann vor, wenn (1) tatsächlich gleiche Sachverhalte ungleich behandelt werden und (2) die Ungleichbehandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist. Die in der Vergangenheit strittige Frage, ob darüber hinaus auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen hat²⁴, wird nun durch die Charta selbst beantwortet: Jede sekundärrechtliche Einschränkung der Ausübung der Grundrechte darf nur unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit vorgenommen werden.²⁵

2.1.3 Art. 23 UAbs. 1 ChGR

Art. 23 UAbs. 1 ChGR verlangt die Sicherstellung der Gleichheit der Geschlechter in allen Bereichen. Mit dem Begriff der Gleichheit wird an den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 20 ChGR angeknüpft. Über den allgemeinen Gleichheitssatz hinaus wird aber durch Art. 23 UAbs. 1 ChGR die Gleichheit der Geschlechter nicht nur anerkannt. Vielmehr wird die EU auch verpflichtet, die

¹⁶ EuGH, verbundene Rechtssachen 117/76 und 16/77, Urteil vom 19. Oktober 1977, Rn. 7.

¹⁷ So auch Schlussanträge der Generalanwältin *Kokott* vom 30. September 2010, Rs. C-236/09, Rn. 23.

¹⁸ *Sachs*, in Tettinger/Stern „Europäische Grundrechtecharta“, Art. 20 ChGR, Rn. 21.

¹⁹ *Rossi*, in Callies/Ruffert „EUV/EGV-Kommentar“, 3. Auflage, Art. 21 ChGR, Rn. 3.

²⁰ *Sachs*, a.a.O., Art. 20 ChGR, Rn. 16.

²¹ EuGH, Rechtssache 411/96, Urteil vom 27. Oktober 1998, Rn. 39 (m.w.N.).

²² EuGH, verbundene Rechtssachen 117/76 und 16/77, Urteil vom 19. Oktober 1977, Rn. 7.

²³ *Hölscheidt*, a.a.O., Art. 21 ChGR, Rn. 29.

²⁴ *Rossi*, a.a.O., Art. 21 ChGR, Rn. 26.

²⁵ Art. 52 Abs. 1 ChGR.

Gleichheit in allen Bereichen zu gewährleisten.²⁶ Allerdings folgt aus der Formulierung „ist [...] sicherzustellen“ keine ausdrückliche Handlungsverpflichtung der EU. Sie *kann* zwar durch Rechtsakte die in der Charta festgelegten Grundrechte umsetzen²⁷, *muss* es aber nicht. Nur dann, wenn die EU legislativ tätig wird, ist sie zur Berücksichtigung der Gleichheitsrechte verpflichtet. Allerdings gilt eine solche Verpflichtung nicht nur für die Gleichheitsrechte, sondern für *alle* in der Charta enthaltenen Grundrechte.

Eine weitere Beschränkung gilt hinsichtlich der Formulierung „in allen Bereichen“. Zwar reklamiert Art. 23 UAbs. 1 ChGR damit „einen umfassenden Geltungsanspruch für die Geschlechtergleichheit“.²⁸ Allerdings muss sich die EU, soweit sie legislativ tätig wird, im Rahmen der ihr übertragenen Zuständigkeiten bewegen und das Subsidiaritätsprinzip wahren.²⁹

2.1.4 Besonderheit im vorliegenden Fall

Im vorliegenden Fall ist eine Differenzierung nach den Art. 21 Abs. 1 und 23 UAbs. 1 ChGR nicht zwingend erforderlich. Denn wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei der Bestimmung von Versicherungsbeiträgen und -leistungen zu einer ungleichen Behandlung gleicher Sachverhalte oder einer gleichen Behandlung ungleicher Sachverhalte führt, wäre sowohl ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot (Art. 21 Abs. 1 ChGR) als auch gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit (Art. 23 UAbs. 1 ChGR) gegeben.

2.2 Die Bestimmungen der „Unisex-Richtlinie“³⁰

Mit der „Unisex-Richtlinie“ schreibt die EU vor, dass der Grundsatz der Gleichheit von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen berücksichtigt werden muss. Für den Versicherungssektor gestattet Art. 5 der „Unisex-Richtlinie“ den Mitgliedstaaten ein Abweichen vom Grundsatz der Geschlechtergleichheit.

Art. 5 Abs. 1 lautet: „Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass spätestens bei den nach dem 21. Dezember 2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt.“

Art. 5 Abs. 2 lautet: „Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die betreffenden Mitgliedstaaten informieren die Kommission und stellen sicher, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden. [...]“

²⁶ Art. 51 Abs. 1 ChGR.

²⁷ Art. 52 Abs. 5 ChGR.

²⁸ *Hölscheidt*, a.a.O., Art. 23 ChGR, Rn. 15.

²⁹ Art. 51 Abs. 1 ChGR.

³⁰ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (ABl. L 373, S. 37).

Die Begründung für die besondere Behandlung des Versicherungssektors ergibt sich aus den Erwägungsgründen 18 und 19 der „Unisex-Richtlinie“.

Erwägungsgrund 18 lautet: „Die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren ist im Bereich des Versicherungswesens und anderer verwandter Finanzdienstleistungen weit verbreitet. Zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen sollte die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen. Damit es nicht zu einer abrupten Umstellung des Marktes kommen muss, sollte die Anwendung dieser Regel nur für neue Verträge gelten, die nach dem Zeitpunkt der Umsetzung dieser Richtlinie abgeschlossen werden.“

Erwägungsgrund 19 lautet: „Bestimmte Risikokategorien können bei Männern und Frauen unterschiedlich sein. In einigen Fällen ist das Geschlecht ein bestimmender Faktor bei der Beurteilung der versicherten Risiken, wenn auch nicht unbedingt der Einzige. Bei Verträgen, mit denen diese Arten von Risiken versichert werden, können die Mitgliedstaaten entscheiden, Ausnahmen von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen zuzulassen, sofern sie sicherstellen können, dass die zugrunde liegenden versicherungsmathematischen und statistischen Daten, auf die sich die Berechnungen stützen, verlässlich sind, regelmäßig aktualisiert werden und der Öffentlichkeit zugänglich sind. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn das betreffende nationale Recht die Regel der Geschlechtsneutralität bisher noch nicht vorsah. Fünf Jahre nach der Umsetzung dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten prüfen, inwieweit diese Ausnahmen noch gerechtfertigt sind, wobei die neuesten versicherungsmathematischen und statistischen Daten sowie ein Bericht, den die Kommission drei Jahre nach der Umsetzung dieser Richtlinie vorlegen wird, zu berücksichtigen sind.“

2.3 Das Urteil des Gerichtshofs und Kritik desselben

Der Gerichtshof stellt in seinem Urteil fest:

„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 Dienstleistungen ist mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig.“³¹

Zur Begründung führt der Gerichtshof im Wesentlichen aus:

„Es steht fest, dass das mit der Richtlinie 2004/113 im Versicherungssektor verfolgte Ziel, wie in ihrem Art. 5 Abs. 1 zum Ausdruck kommt, in der Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen besteht. Im 18. Erwägungsgrund dieser Richtlinie heißt es ausdrücklich, dass zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen sollte. Im 19. Erwägungsgrund der Richtlinie wird die den Mitgliedstaaten eingeräumte Möglichkeit, die Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen nicht anzuwenden, als „Ausnahme“ bezeichnet. Somit beruht die Richtlinie 2004/113 auf der Prämisse, dass für die Zwecke der Anwendung des in den Art. 21 und 23 der Charta verbürgten Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und

³¹ EuGH, Rechtssache C-236/09, Urteil vom 1. März 2011, Tenor.

Männern die Lage von Frauen und die Lage von Männern in Bezug auf die Prämien und Leistungen der von ihnen abgeschlossenen Versicherungen vergleichbar sind.“³²

„Eine solche Bestimmung, die es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen [...] aufrechtzuerhalten, läuft der Verwirklichung des mit der Richtlinie 2004/113 verfolgten Ziels der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zuwider und ist mit den Art. 21 und 23 der Charta unvereinbar.“³³

Diese verblüffend knappe Begründung ist gleich aus mehreren Gründen rechtsfehlerhaft:

2.3.1 Prüfmaßstab für den behaupteten Grundrechtsverstoß hätte das Grundrecht sein müssen

Die Argumentationskette des Gerichtshofs besteht aus den Gliedern: (1) Der Sekundärgesetzgeber strebe mit der Richtlinie eine Gleichbehandlung ohne Wenn und Aber an. (2) Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ eröffne Raum für Ausnahmen von diesem Ziel. (3) Daher verstoße Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ gegen das Gesamtziel der Richtlinie und damit gegen Art. 21 und 23 ChGR. Die Frage, ob eine Rechtsvorschrift des Sekundärrechts gegen ein Grundrecht verstößt, ist jedoch nicht an Erwägungen des Gesetzgebers über das mit einer Richtlinie verfolgte Ziel zu prüfen, sondern an dem in Frage stehenden Grundrecht. Im konkreten Fall hätte der Gerichtshof daher erörtern müssen, ob die Zulässigkeit geschlechtsbezogener Prämien und Leistungen nach Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ mit den Art. 21 und 23 ChGR vereinbar ist. Eine solche Erörterung hätte allerdings zu einem Ergebnis geführt, das diametral zu dem des Gerichtshofes steht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs „liegt eine Diskriminierung vor, wenn unterschiedliche Vorschriften auf gleiche Sachverhalte angewandt werden oder wenn dieselbe Vorschrift auf ungleiche Sachverhalte angewandt wird.“³⁴

Sachverhalt im vorliegenden Fall ist die Versicherung von Männern bzw. Frauen gegen bestimmte Risiken. Dass es sich hier ausnahmslos um gleiche Sachverhalte handele, wie der Gerichtshof behauptet, widerspricht eindeutig den Tatsachen. Dies hätte auch der Gerichtshof erkennen können und müssen: So sind Frauen einem geschlechtsspezifischen Brustkrebsrisiko ausgesetzt, während naturgemäß ausschließlich Männer Prostatakrebs bekommen können.

Die Berücksichtigung solcher Umstände durch die Versicherungsunternehmen kann dazu führen, dass sich unterschiedliche Versicherungsbeiträge und -leistungen für Männer und Frauen ergeben. Daraus eine Diskriminierung wegen des Geschlechts abzuleiten, entbehrt jeder Grundlage. Im Gegenteil handelt es sich bei aus solchen Faktoren resultierenden unterschiedlichen Versicherungsbeiträgen und -leistungen um die vom Gerichtshof vorgegebene Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Solche Besonderheiten nicht zu berücksichtigen hieße letztlich, dass Frauen die „Männerrisiken“ und Männer die „Frauenrisiken“ mittragen und mitfinanzieren müssten, was eine Benachteiligung des jeweiligen Geschlechts darstellt.

Nach seiner eigenen Rechtsprechung ist die Gleichbehandlung der Geschlechter in solchen Fällen objektiv ungleicher Sachverhalte eine Diskriminierung. Der Gerichtshof erzwingt mit seinem Urteil also Diskriminierung.

Hätte der Gerichtshof die Prüfung am Maßstab der Grundrechte vorgenommen, wäre ihm dieser Aspekt sicherlich aufgefallen. Leider hat der Gerichtshof aber auf die Prüfung am Maßstab der Grundrechte völlig verzichtet.

³² EuGH, a.a.O., Rn. 30.

³³ EuGH, a.a.O., Rn. 32.

³⁴ EuGH, Rechtssache C-411/96, Urteil vom 27. Oktober 1998, Rn. 39 (m.w.N.).

2.3.2 Statt Grundrechtsprüfung fehlerhafte Auslegung des Wortlautes

Nicht nur ersetzt der Gerichtshof die gebotene Prüfung am Maßstab der Grundrechtecharta durch eine Spiegelung an den Zielen, die der Gesetzgeber mit der Unisex-Richtlinie verfolgt. Überdies interpretiert er diesen im 19. Erwägungsgrund zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers objektiv falsch.

Zwar ist es richtig, dass es in Satz 2 des 19. Erwägungsgrundes heißt: „können die Mitgliedstaaten entscheiden, Ausnahmen von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen zuzulassen“. Allerdings legt der Gerichtshof den Begriff „Ausnahme“ völlig falsch aus. Denn der Gerichtshof unterstellt, abweichend von der insoweit eindeutigen Formulierung, dass der europäische Gesetzgeber einen Verstoß gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit erlaubt. Diese Auslegung ist dem Gerichtshof nur möglich, indem er aus der in der „Unisex-Richtlinie“ formulierten Regel geschlechtsneutraler Versicherungsbeiträge und -leistungen die Behauptung ableitet, der europäische Gesetzgeber sei davon ausgegangen, dass es sich bei Versicherungsverträgen von Männern und Frauen immer um gleiche Sachverhalte handelt. Tatsächlich jedoch geht der Gesetzgeber hiervon gerade nicht aus, sondern stellt, wie die Formulierung von Satz 1 des 19. Erwägungsgrundes ausdrücklich belegt, im Gegenteil fest, dass bestimmte „Risikokategorien [...] bei Männern und Frauen unterschiedlich sein“ können. Diesen Satz ignoriert der Gerichtshof völlig. Legt man diese Einschätzung des europäischen Gesetzgebers zugrunde, wird deutlich, dass mit der sich im Satz 2 unmittelbar anschließenden Formulierung „Ausnahmen von der Regel“ gerade kein Verstoß gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit erlaubt werden sollte.

Die Intention des Gesetzgebers ist es vielmehr, ein Abweichen von der Regel geschlechtsneutraler Versicherungsbeiträge und -leistungen dann zu ermöglichen, wenn es bei der Versicherung von Risiken objektive Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt. Alles andere wäre auch seinerseits ein Verstoß gegen die Grundrechtecharta. Unzweifelhaft gilt dies für biologische Unterschiede (s. 2.3.1).

Die Intention des europäischen Gesetzgebers mit Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ beschränkt sich allerdings nicht auf biologische Unterschiede zwischen Männern und Frauen. Auch dies geht ausdrücklich aus Erwägungsgrund 19 hervor, der sich in seinem Wortlaut klar von Erwägungsgrund 18 unterscheidet.

Während Erwägungsgrund 18, der die Ausnahme von der Gleichbehandlung gemäß Art. 5 Abs. 1 der „Unisex-Richtlinie“ für eine nur befristete Übergangszeit begründet, nur von der „Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren“ spricht, die nicht dauerhaft zu „Unterschieden bei den Prämien und Leistungen“ führen sollten, verlangt Erwägungsgrund 19 für die dauerhafte Ausnahme nach Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“, dass (1) das Geschlecht ein „*bestimmender*“ Faktor bei der Beurteilung der versicherten Risiken zu sein habe und dass (2) „versicherungsmathematische und *statistische* Daten“, die überdies „verlässlich“ sein müssen, einer Unterscheidung zwischen Männern und Frauen zugrunde zu legen sind [Hervorhebungen durch Verfasser]. Der europäische Gesetzgeber knüpft also die Ungleichbehandlung explizit an das objektive Vorliegen von Unterschieden, die statistisch belegbar sind. Auch über diese ausdrückliche Differenzierung des Gesetzgebers setzt sich der Gerichtshof hinweg.

Aus den genannten Gründen ist die Entscheidung des Gerichtshofs ein Fehlurteil. Entgegen den Verlautbarungen des Gerichtshofes hat der europäische Gesetzgeber sehr wohl darauf geachtet, dass eine Ungleichbehandlung von Männern und Frauen nach Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ nur zulässig ist, wenn es für sie objektive Gründe im Sinne einer (biologischen oder statistischen) tatsächlichen Ungleichheit zwischen Männern und Frauen gibt.

2.3.3 Die weiteren Versäumnisse des Gerichtshofs

Und selbst wenn der Gerichtshof zu dem – auf keine Sacherwägungen stützbar – Schluss gelangt wäre, dass auch bei Vorliegen objektiver Ungleichheiten „vergleichbare Sachverhalte“ vorlägen, hätte er nach seiner eigenen Rechtsprechung erörtern müssen, ob im konkreten Fall „eine Differenzierung objektiv gerechtfertigt“³⁵ ist, und er hätte die nach Art. 52 Abs. 1 ChGR vorgeschriebene Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführen müssen. Auch Ausführungen dazu sucht man im Urteil vergeblich.

Insbesondere blendet der Gerichtshof völlig aus, dass die uneingeschränkte Durchsetzung des Grundrechts der Geschlechtergleichheit in Form der „Unisex-Richtlinie“ einhergeht mit Grundrechtsbeschränkungen an anderer Stelle. Denn zum einen gilt die Richtlinie „für alle Personen, die Güter und Dienstleistungen bereitstellen, [...] und zwar in öffentlichen und privaten Bereichen“³⁶; und zum privaten Bereich heißt es, diese „Richtlinie berührt nicht die freie Wahl des Vertragspartners durch eine Person, solange diese ihre Wahl nicht vom Geschlecht des Vertragspartners abhängig macht.“³⁷ Damit verschafft die „Unisex-Richtlinie“ dem Grundrecht auf Geschlechtergleichheit eine unmittelbare Wirkung zwischen Privaten. Eine unmittelbare Drittwirkung, die auch Privaten bestimmte Handlungspflichten auferlegt, ist der Charta der Grundrechte hingegen nicht zu entnehmen und wird auch nicht hineininterpretiert.³⁸ Mit dieser Privilegierung des Grundrechts auf Geschlechtergleichheit gehen folglich zumindest Einschränkungen der Vertragsfreiheit und des Eigentumsrechts einher.³⁹ Die Vertragsfreiheit ist, als Teil des Grundrechts auf unternehmerische Freiheit⁴⁰, durch die Charta der Grundrechte⁴¹ ebenso garantiert wie das Eigentumsrecht.⁴² Mithin führt das Urteil des Gerichtshofs zu einer Einschränkung von Grundrechten, die er im Falle des Grundrechts auf Geschlechtergleichheit für inakzeptabel hält. Woraus er diese unterschiedliche Wertung ableitet, begründet der Gerichtshof nicht. Da sich die Entwicklung der europarechtlichen Grundrechtsdogmatik noch in einer Frühphase befindet, wäre es wünschenswert gewesen, wenn der Gerichtshof insoweit Orientierung gegeben hätte.

³⁵ EuGH, verbundene Rechtssachen 117/76 und 16/77, Urteil vom 19. Oktober 1977, Rn. 7.

³⁶ Art. 3 Abs. 1 der „Unisex-Richtlinie“.

³⁷ Art. 3 Abs. 2 S. 1 der „Unisex-Richtlinie“.

³⁸ *Borowsky*, in Meyer „Charta der Grundrechte“, Art. 51 ChGR, Rn. 31.

³⁹ *Schwintkowski* sieht zudem die Berufs- und die Wettbewerbsfreiheit betroffen, a.a.O., S. 166.

⁴⁰ *Bernsdorff*, in Meyer „Charta der Grundrechte“, Art. 16 ChGR, Rn. 12.

⁴¹ Art. 16 ChGR.

⁴² Art. 17 ChGR.

3. Fazit

3.1 Rechtsfehler des Urteils

Nach Auffassung des Gerichtshofs verstößt Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“, der geschlechtsabhängige Versicherungsprämien und -leistungen gestattet, gegen das Verbot der Diskriminierung nach Art. 21 Abs. 1 ChGR und gegen den Grundsatz der Geschlechtergleichheit nach Art. 23 UAbs. 1 ChGR. Ab dem 22. Dezember 2012 dürfen deshalb nur noch Unisex-Tarife angeboten werden.

Das Urteil ist gleich mehrfach rechtsfehlerhaft.

- (1) Der Gerichtshof prüft die Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ mit den Grundrechten der Grundrechtcharta unzulässigerweise nicht an diesen Grundrechten, sondern an den Verlautbarungen des Gesetzgebers über die Ziele der Richtlinie.
- (2) Der Gerichtshof legt die Zielformulierungen des Gesetzgebers zur „Unisex-Richtlinie“ objektiv falsch aus.
- (3) Der Gerichtshof verneint zu Unrecht, dass es für die Differenzierung nach dem Geschlecht objektive Gründe im Sinne einer tatsächlichen Ungleichheit zwischen Männern und Frauen gibt.
- (4) Der Gerichtshof übergeht die Notwendigkeit einer Grundrechtsabwägung, obwohl im vorliegenden Fall mehrere – grundsätzlich gleichrangige – Grundrechte miteinander kollidieren.
- (5) Die durch das Urteil ausgelöste Pflicht zur Anwendung von Unisex-Tarifen ist eine gegen die Charta der Grundrechte verstoßende Pflicht zur Diskriminierung.

3.2 Pflicht zur Folgenbeseitigung durch den Gesetzgeber

Der europäische Gesetzgeber muss die durch das Urteil ausgelöste Pflicht zur Anwendung von Unisex-Tarifen beseitigen. Denn damit geht, wie gezeigt (s. 2.3.1), eine mit der Charta der Grundrechte unvereinbare Pflicht zur Diskriminierung einher. Zur Beseitigung dieses rechtswidrigen Zustands hat die Europäische Kommission einen entsprechenden Vorschlag zur Änderung der „Unisex-Richtlinie“ vorzulegen.

Es bietet sich an, die Folgen des Urteils durch eine geringfügige Klarstellung in der Richtlinie zu egalisieren.

- (1) Art. 5 Abs. 2 der „Unisex-Richtlinie“ wird dahingehend präzisiert, dass nach Männern und Frauen differenzierende Kalkulationen von Prämien und Leistungen dann keine Diskriminierung sind, wenn eine biologische oder statistisch belegbare tatsächliche Ungleichheit zwischen den Geschlechtern vorliegt.
- (2) In den Erwägungsgründen wird dargelegt, dass es sich in diesen Fällen um eine durch die Charta der Grundrechte und die Rechtsprechung des Gerichtshofs gebotene Ungleichbehandlung ungleicher Sachverhalte handelt und nicht um eine „erlaubte“ Diskriminierung.

Der Europäische Gesetzgeber sollte diese Anpassungen dringend vornehmen, um das eklatante Fehlurteil aus der Welt zu räumen.

Die Autoren

Lüder Gerken ist Vorstand des Centrums für Europäische Politik. Klaus-Dieter Sohn verantwortet am Centrum für Europäische Politik den Fachbereich Gleichbehandlungspolitik.

Centrum für Europäische Politik

Das Centrum für Europäische Politik (CEP) in Freiburg ist der europapolitische Think Tank der Stiftung Ordnungspolitik. Es ist ein Kompetenzzentrum zur Recherche, Analyse und Bewertung von EU Politik. Das CEP ist eine gemeinnützig anerkannte Stiftung, ihre Analysen beruhen auf den Grundsätzen einer freiheitlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung. Dem Kuratorium des CEP gehören unter anderem der frühere Bundespräsident Roman Herzog, der ehemalige EU-Kommissar Frits Bolkestein und der frühere Präsident der Deutschen Bundesbank Hans Tietmeyer an.