Freie Universität Berlin

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster
Richter am Kammergericht
Fachbereich Rechtswissenschaft
Bürgerliches Recht,
Handels- und Gesellschaftsrecht,
Privatversicherungsrecht,
Internationales Privatrecht
Boltzmannstr. 1, 14195 Berlin
Telefon: (030) 838 -52167 (Durchw.)
-52181 (Sekr.)
Fax: -56293
Email: c.armbruester@fu-berlin.de

Aktuelles zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz – Erste Rechtsprechung und künftige Entwicklungen

Tagung der Fachkreise Versicherungsmedizin und Versicherungsrecht im Deutschen Verein für Versicherungswissenschaft e.V. Düsseldorf, 08.06.2011

T h e s e n p a p i er mit Gesetzesauszug

I. Anwendungsbereich des Benachteiligungsverbots bei Versicherungen

1. Eine direkt an eine Behinderung, das Alter usw. anknüpfende Differenzierung durch den Versicherer muss sich als **unmittelbare Ungleichbehandlung** an den speziellen Rechtfertigungsgründen des § 20 Abs. 2 S. 3 AGG messen lassen. Dieser betrifft neben der Prämien- und Leistungsbestimmung auch die Entscheidung des Versicherers über das „ob“ des Vertragsschlusses (vgl. OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671). Der Rechtfertigungsgrund des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG zum **Geschlecht** ist mit Wirkung vom 21.12.2012 für ungültig erklärt worden (EuGH, Rs. C-236/09 – *Test Achats*).

2. Hinsichtlich der „**anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation**“ (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG) kann auf die **gesetzlichen Regeln** zur Berechnung von Prämien und Deckungsrückstellungen zurückgegriffen werden (z. B. § 11 VAG; § 65 VAG und die dazu erlassenen Rechtsverordnungen; § 341 f HGB). Demnach ist – wie insbesondere aus der **Kalkulationsverordnung** hervorgeht – das Alter ein wichtiger Differenzierungsgrund.

3. Jenseits des Regelbeispiels der versicherungsmathematisch ermittelten **Risikobewertung** können insbesondere auch die Sicherstellung einer gleichmäßigen **Prämienbelastung** und das Erfordernis eines hinreichend großen **Risikokollektivs** rechtfertigend wirken.

4. Im Zweifel ist der Rechtfertigungstatbestand **weit auszulegen**, da der Gesetzgeber den Versicherungsnehmer lediglich „**vor Willkür schützen**“ (BT-Drucks. 16/1780, S. 45), nicht aber die risikobezogene Prämien- und Leistungsdifferenzierung in Frage stellen will.

5. Nach den genannten Regeln sind **Höchstaufnahme**- und **Höchstversicherungsalter** oder **Mindestalter** grundsätzlich ebenso einer Rechtfertigung zugänglich wie eine laufzeitbezogene „**Prämienglättung**“. Eine Portabilität von Alterungsrückstellungen erhöht freilich die Begründungslast hinsichtlich starrer Höchstaufnahmealter. Zumindest ein Nachweisproblem besteht hinsichtlich solcher altersbezogener Kalkulationsgrundlagen, die sich (noch) **nicht statistisch belegen** lassen (insbesondere für Endalterbegrenzung bei der BU-Versicherung bedeutsam).

6. Das Merkmal **Behinderung** ist nicht deckungsgleich mit demjenigen der Krankheit. Eine genaue europarechtliche Definition lässt sich freilich auch der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 11.7.2006 (Rs. C 13/05, EuZW 2006, 472) nicht entnehmen. Die deutsche Rechtsprechung zieht § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX heran (OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668 ff.; betr. Ablehnung einer Krankenhaus-Zusatzversicherung wegen myotoner Dystrophie).

7. Bei **neuartigen Erkrankungen**, zu denen noch keine Statistiken vorliegen, reicht die erkennbare Auseinandersetzung mit medizinischen Prognosen und Erfahrungswerten vergleichbarer Krankheiten (vgl. § 20 Abs. 2 S. 3 AGG).

8. Das absolute Benachteiligungsverbot wegen **Schwangerschaft und Mutterschaft** (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG) erfasst auch Risikoschwangerschaften sowie Erkrankungen, die mit der Schwangerschaft in ursächlichem Zusammenhang stehen. Auch aus dem Verschweigen einer Schwangerschaftskomplikation dürfen keine Nachteile hergeleitet werden (OLG Hamm VersR 2011, 514). S. aber demgegenüber AG Hannover VersR 2009, 348 f.: Risikoausschluss bei schon bestehender Schwangerschaft zulässig.

9. Die Benachteiligungsverbote sind **keiner Einwilligung** zugänglich. Auch nach Vertragsschluss (in dem z.B. ein Risikozuschlag vorgesehen ist) kann der Versicherungsnehmer daher einen AGG-Verstoß geltend machen.

10. Bestimmten Gruppen von Versicherungsnehmern können auch künftig **besondere Vorteile** gewährt werden (z.B. Senioren-, Jugendtarif), sofern kein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung besteht. § 20 Abs. 2 S. 3 AGG entfaltet insoweit **keine Sperrwirkung** gegenüber § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG (offen lassend OLG Karlsruhe NJW 2010, 2668, 2671).

11. Eine **mittelbare** Ungleichbehandlung (Beispiele: Anknüpfung an HIV-Infektion – dazu *Armbrüster/Zillmann* ZVersWiss 2011, 55 ff.; Studierenden- oder Rentnereigenschaft) liegt nur dann vor, wenn die Differenzierung nicht gerechtfertigt ist, wofür – anders als bei der unmittelbaren Ungleichbehandlung – der Betroffene die Beweislast trägt.

II. Rechtsfolgen nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlungen

12. Der Anspruch auf **Beseitigung** der Beeinträchtigung (§ 21 Abs. 1 S. 1 AGG) führt nur dann zu einem **positiven Gleichbehandlungsanspruch**, wenn sich die nach § 19 AGG verbotene Ungleichbehandlung nicht aus anderen Gründen als zulässig erweist.

13. Für den **Unterlassungsanspruch** (§ 21 Abs. 1 S. 2 AGG) sind die zu § 1004 Abs. 1 S. 2 BGB entwickelten Grundsätze entsprechend heranziehbar. Insbesondere trägt bei schon erfolgter Ungleichbehandlung der Versicherer, bei erstmals drohender Ungleichbehandlung der Versicherungsnehmer die Beweislast für die Benachteiligungsgefahr.

14. Der Anspruch auf **Schadensersatz** (§ 21 Abs. 2 S. 1 AGG) unterliegt den allgemeinen zu den §§ 249 ff. BGB entwickelten Regeln. So ist der Einwand rechtmäßigen Alternativverhaltens möglich, sofern die Ungleichbehandlung auch auf einen zulässigen Differenzierungsgrund hätte gestützt werden können (s. auch These 13).

15. Für den **Entschädigungsanspruch** wegen des immateriellen Schadens (§ 21 Abs. 2 S. 3 AGG) gilt nach der hier befürworteten Ansicht S. 2 (**Vertretenmüssen**). Dieser Anspruch dient dem Ausgleich des Angriffs auf die Persönlichkeit, der darin liegt, dass die Ungleichbehandlung an ein vom AGG geschütztes Merkmal anknüpft. Die Höhe des Ersatzes richtet sich nach Genugtuungs-, aber auch nach Präventionsaspekten (s. dazu auch OLG Hamm VersR 2011, 514, 516).

16. Ein **Kontrahierungszwang** (= Vertragsabschlusszwang) des Versicherers ist nach der hier vertretenen Ansicht abzulehnen. Gegen ihn sprechen teils schon konstruktive Bedenken, vor allem aber der Umstand, dass das AGG die persönliche Herabwürdigung wegen der Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal verhindern, nicht aber Verträge erzwingen soll, auf deren Abschluss angesichts der Privatautonomie gerade kein Anspruch besteht.

III. Versicherungsaufsichtsrecht; Verfahren

17. Die derzeitigen Vorgaben des **VAG**, wonach die Prämienberechnung sich in bestimmten Zweigen der Personenversicherung zwingend (auch) an **Alter** und **Geschlecht** zu orientieren hat, sind nur hinsichtlich des Alters auch künftig mit dem Europarecht vereinbar. Hinsichtlich des Merkmals Geschlecht gilt dies dagegen nur bis spätestens 21.12.2012.

18. Wird dem Versicherer eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung vorgeworfen, so sollte seinem schutzwürdigen Interesse daran, dass **unternehmensinterne Kalkulationsgrundlagen** nicht publik werden, durch Einschaltung einer neutralen Stelle (wie z.B. der BaFin) Rechnung getragen werden.

Anhang I: Auszug aus dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz

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

Abschnitt 3
Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr

§ 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot

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

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

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

ist unzulässig.

(2) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft ist darüber hinaus auch bei der Begründung, Durchführung und Beendigung sonstiger zivilrechtlicher Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 unzulässig.

(3) Bei der Vermietung von Wohnraum ist eine unterschiedliche Behandlung im Hinblick auf die Schaffung und Erhaltung sozial stabiler Bewohnerstrukturen und ausgewogener Siedlungsstrukturen sowie ausgeglichener wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Verhältnisse zulässig.

(4) Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf familien- und erbrechtliche Schuldverhältnisse.

(5) [1]Die Vorschriften dieses Abschnitts finden keine Anwendung auf zivilrechtliche Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird. [2]Bei Mietverhältnissen kann dies insbesondere der Fall sein, wenn die Parteien oder ihre Angehörigen Wohnraum auf demselben Grundstück nutzen. [3]Die Vermietung von Wohnraum zum nicht nur vorübergehenden Gebrauch ist in der Regel kein Geschäft im Sinne des Absatzes 1 Nr. 1, wenn der Vermieter insgesamt nicht mehr als 50 Wohnungen vermietet.

§ 20 Zulässige unterschiedliche Behandlung

(1) [1]Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. [2]Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung

1. der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient,
2. dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt,
3. **besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt**,
4. an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.

(2) [1]Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. ***(Hinweis: Satz 1 wird spätestens zum 21.12.2012 ungültig.)*** **[2]Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen. [3]Eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 nur zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen.**

§ 21 Ansprüche

(1) [1]Der Benachteiligte kann bei einem Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot unbeschadet weiterer Ansprüche die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. [2]Sind weitere Beeinträchtigungen zu besorgen, so kann er auf Unterlassung klagen.

(2) [1]Bei einer Verletzung des Benachteiligungsverbots ist der Benachteiligende verpflichtet, den hierdurch entstandenen Schaden zu ersetzen. [2]Dies gilt nicht, wenn der Benachteiligende die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat. [3]Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann der Benachteiligte eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen.

(3) Ansprüche aus unerlaubter Handlung bleiben unberührt.

(4) Auf eine Vereinbarung, die von dem Benachteiligungsverbot abweicht, kann sich der Benachteiligende nicht berufen.

(5) [1]Ein Anspruch nach den Absätzen 1 und 2 muss innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden. [2]Nach Ablauf der Frist kann der Anspruch nur geltend gemacht werden, wenn der Benachteiligte ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert war.

Abschnitt 4
Rechtsschutz

§ 22 Beweislast

Wenn im Streitfall die eine Partei Indizien beweist, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 genannten Grundes vermuten lassen, trägt die andere Partei die Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen die Bestimmungen zum Schutz vor Benachteiligung vorgelegen hat.

Anhang II: Auszug aus dem Richtlinienvorschlag der EU vom 02.07.2008

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

KOM(2008) 426

Artikel 2

(…)

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

Revidierte Fassung:

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

(s. Resolution des Europäischen Parlaments vom 2. 4. 2009, TG-0211/2009).

Erörterung des Rats vom 06.06.2010 (veröffentlicht am 07.12.2010):

Eine präzisere Fassung der Rechtfertigungstatbestände für Alter und Behinderung wird gefordert.