

## Gleich und Gleich gesellt sich gern?

### Überlegungen zur Einführung verpflichtender Einheitstarife im europäisierten Versicherungsvertragsrecht

Leander D. Loacker\*

Mit Ende 2012 wird es innerhalb der Europäischen Union verboten sein, bei Prämien und Leistungen nach der Geschlechtszugehörigkeit der Versicherten zu differenzieren. Mit der höchst umstrittenen Verankerung eines solchen Prinzips der Geschlechterneutralität sind nicht nur für die Versicherungsindustrie beträchtliche Herausforderungen verbunden, sondern es entsteht auch Handlungsbedarf für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, die bisher vielfach eine geschlechtsbasierte Ungleichbehandlung geduldet oder in bestimmten Sparten sogar gefordert haben. Erzwungen wurde der unionsweite Paradigmenwechsel durch eine wegweisende Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs. Diese hat für das schweizerische Versicherungswesen zwar keine unmittelbaren Folgen, ihre Analyse interessiert jedoch mit Blick auf künftige parlamentarische Vorstösse (auch) hierzulande. Ob das Urteil insgesamt genügend Überzeugungskraft birgt, um die – Differenzierungen nach wie vor zulassende – schweizerische Rechtslage neu zu überdenken, ist eine der Fragen, denen der folgende Beitrag nachgeht.

Dès la fin 2012, il sera interdit au sein de l'Union européenne de différencier les primes et les prestations des assurés en fonction de leur sexe. L'ancrage du principe hautement contesté de la neutralité des genres ne représente pas seulement un défi considérable pour l'industrie de l'assurance. Il est aussi un défi pour les législateurs des pays membres qui, jusqu'ici, ont toléré un traitement différencié selon le sexe, voire l'ont favorisé dans certains domaines. Ce changement de paradigme qui concerne l'ensemble de l'Union européenne résulte d'un arrêt de principe de la Cour européenne de justice. L'arrêt de la Cour européenne n'a pas de conséquences directes pour l'industrie suisse de l'assurance, mais son analyse soulève néanmoins l'intérêt dans l'optique d'interventions parlementaires futures dans notre pays. La présente contribution examine notamment si l'arrêt en question est revêtu d'un pouvoir de conviction tel qu'il puisse remettre en cause la conception suisse qui autorise une différenciation fondée sur le sexe.

#### I. Vorbemerkung

Vergleichsweise wenigen EuGH-Entscheidungen ist es beschieden, selbst in den Niederungen der Tagespresse ausführlich diskutiert zu werden. Für die Medienlandschaft von Nicht-Mitgliedstaaten gilt dies naturgemäss im Besonderen. Dem Sog der Wellen, die das hier gegenständliche Urteil<sup>1</sup> erzeugt hat, konnten sich allerdings nicht einmal die lokalen Pendlerzeitungen entziehen.<sup>2</sup> Überraschend ist dieser grosse Widerhall nicht, denn die Entscheidung ist in der Tat grundsätzlicher Natur und zeigt weitreichende Konsequenzen. Ihre zentrale Aussage ist die Unzulässigkeit der Verwendung der Geschlechtszugehörigkeit als Differenzierungskriterium für private<sup>3</sup> Versicherungsverträge.<sup>4</sup>

Auch in der Schweizer Fachwelt werden die Implikationen des *Test-Achats*-Urteils aufmerksam beobachtet und analysiert. Unterstrichen wurde dies jüngst durch eine *panel discussion* des SWISS CHAPTER<sup>5</sup> der ASSOCIATION INTERNATIONALE DE DROIT DES ASSURANCES (AIDA), welche sich reger Beteiligung erfreute und den Impuls für die vorliegenden Bemerkungen gab.<sup>6</sup> Letztere können sich in Anbetracht der in dieser Zeitschrift<sup>7</sup> kürzlich publizierten Betrachtungen auf Überlegungen zu einigen ausgewählten Entscheidungsaspekten beschränken, die aus Sicht des Versicherungswesens besonders relevant erscheinen. Die Erörterungen nehmen im Folgenden ihren Ausgang bei einer Kritik aus europarechtlicher Sicht. Von einer Wiedergabe des Ausgangssachverhalts und der Vorla-

\* Dr. iur., M. Phil., OA für Privatrecht an der Universität Zürich.

<sup>1</sup> EuGH, Urteil vom 1.3.2011, Rs. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u. a. / Conseil des ministres*.

<sup>2</sup> Vgl. <[www.20min.ch/finance/news/story/13565136](http://www.20min.ch/finance/news/story/13565136)>.

<sup>3</sup> Vgl. Erwägungsgrund 15 der verfahrensgegenständlichen Richtlinie (Fn. 11): «Diese Richtlinie sollte nur für private, freiwillige und von Beschäftigungsverhältnissen unabhängige Versicherungen und Rentensysteme gelten.»

<sup>4</sup> Zur Frage möglicher Auswirkungen des Urteils auf die betriebliche Altersversorgung HÖFER, Zur Umsetzung der «Unisex-Entscheidung»

des EuGH, DB 2011, 1334, 1335 und BIRK, Pflicht zu Unisextarifen in der betrieblichen Altersversorgung?, DB 2011, 819.

<sup>5</sup> Vgl. <[www.aidaswisschapter.org](http://www.aidaswisschapter.org)>.

<sup>6</sup> Der Vortrag der Diskussionsleiterin ist (in erweiterter Form) soeben veröffentlicht worden – siehe MÖNNICH, Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1.3.2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092 ff.

<sup>7</sup> PÄRLI, Verbot geschlechtsspezifischer Prämien bei Versicherungsverträgen, HAVE 2011, 153 ff.

gefragt wird aufgrund der Darstellung derselben in Heft 2/2011<sup>8</sup> abgesehen.

## II. Defizite in der Urteilsbegründung

Die Luxemburger Richter haben in dem gegenständlichen Verfahren etwas getan, was sie – bisher<sup>9</sup> – nur äusserst selten<sup>10</sup> getan haben: sie haben Sekundärrecht, und zwar konkret die Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 2 der sog. Gender-Richtlinie<sup>11</sup> (insbesondere) an den Vorgaben der primärrechtlichen Unionsgrundrechte gemessen und prompt eine Unvereinbarkeit festgestellt, die die Ungültigkeit der genannten Bestimmung nach sich zieht. Mit dieser Entscheidung entfällt auf privatversicherungsrechtlichem Terrain die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, «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.»<sup>12</sup>

Über die Richtigkeit der Entscheidung lässt sich trefflich streiten, über die Sinnhaftigkeit der damit ausgelösten Konsequenzen noch mehr. Eindeutig problematisch ist jedoch die Art und Weise, wie der Gerichtshof zu seinem Ergebnis gelangt.

Zuallererst fällt der Telegrammstil der Begründung ins Auge – in wenigen Absätzen wird die von zahlreichen Mitgliedstaaten genutzte Ermächtigungsgrundlage für geschlechtsbezogene Differenzierungen mehr oder weniger vom Tisch gewischt.<sup>13</sup> Klar ist, dass Kürze *per se* niemandem zum Vorwurf gereicht. Die Schmerzgrenze ist aber dort erreicht, wo die Verkürzung eine erkennbare Auseinandersetzung mit jenen Aspekten verhindert, von denen die Überzeugungskraft der Urteilsbegründung abhängt. Das ist hier der Fall.

Mit der Schaffung der Europäischen Grundrechte-Charta (GRC)<sup>14</sup> verband sich (auch) die Hoffnung, dass die bisherige Grundrechtsjudikatur, die nicht

selten eine angemessene Prüfungsstruktur vermissen liess,<sup>15</sup> künftig zu einer verfeinerten Dogmatik finden würde.<sup>16</sup> Hätte das vorliegende Urteil diese Hoffnung nicht enttäuschen wollen, so hätte es sich zumindest mit der Frage des Vorliegens tatsächlich vergleichbarer bzw. tatsächlich nicht vergleichbarer Sachverhalte sowie mit einer möglichen Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung – erkennbar<sup>17</sup> und vertieft – auseinandersetzen müssen. Beides ist indes unterblieben.

Stattdessen wählt der Gerichtshof hinsichtlich der ersten Frage (Vergleichbarkeit) einen besonders einfachen Weg und leitet das objektive Vorliegen einer vergleichbaren Lage der Geschlechter in Bezug auf Versicherungsprämien und -leistungen aus einem einzelnen Erwägungsgrund<sup>18</sup> der Gender-Richtlinie ab.<sup>19</sup> Aus diesem folge, dass die Gender-Richtlinie *insgesamt* von einer Vergleichbarkeit ausgehe. Und darauf komme es nach der einschlägigen Rechtsprechung<sup>20</sup> für die Bejahung vergleichbarer Sachverhalte nun einmal an.<sup>21</sup> Da die «Grundrechtsprüfung» mit dieser Feststellung endet, kann auf Folgendes nur hingewiesen werden: Zunächst hatte der Gerichtshof in der von ihm nun unterstützend herangezogenen Rs. C-127/07 lediglich ausgeführt, dass es für die Vergleichbarkeitsfrage «unter anderem»<sup>22</sup> auf das Ziel und den Zweck der zu prüfenden Massnahme ankomme; im gegenständlichen Urteil ist dieser Einschub offenbar verloren gegangen. Im Übrigen ignorierte das Urteil in der Rs. C-127/07 (anders als in der vorliegenden Entschei-

<sup>8</sup> Vgl. PÄRLI (Fn. 7), 153.

<sup>9</sup> Seit die Europäische Grundrechte-Charta (GRC) rechtliche Verbindlichkeit erlangt hat und gleichrangig neben den unionsbegründenden Verträgen steht, könnte dies in Zukunft häufiger zu beobachten sein.

<sup>10</sup> EHLERS, Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in: Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 3. Aufl., Berlin 2009, § 14 Rn. 4 und 47 a.E.; HOBE, Europarecht, 5. Aufl., Köln 2010, § 14 Rn. 54.

<sup>11</sup> 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. Nr. L 373 vom 21.12.2004 S. 37.

<sup>12</sup> Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie (Fn. 11).

<sup>13</sup> Vgl. dementsprechend etwa die Kritik von KAHLER, Unisextarife im Versicherungswesen: Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894: «auf den ersten Blick kaum nachvollziehbare Urteilsbegründung».

<sup>14</sup> ABl. C 303/1 vom 14.12.2007.

<sup>15</sup> Vgl. KÜHLING, Grundrechte, in: Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht: Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl., Berlin 2009, 657, 688.

<sup>16</sup> Vgl. etwa HALTERN, Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2. Aufl., Tübingen 2007, 548 [Literaturnachweise zu diesen Hoffnungen finden sich nur in der Vorauf., siehe dort 467]. Im Übrigen C. CALLIÈS, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union: Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit, EuZW 2001, 261, 262 und 268.

<sup>17</sup> Wenig überzeugend ist in diesem Zusammenhang der mitunter geäusserte Hinweis, man könne sich auch ohne explizite Bezugnahme im Urteil hinsichtlich seiner Begründung an die Schlussanträge halten. Denn Schweigen zu den dort enthaltenen Argumenten ist keinesfalls mit vollständiger Zustimmung gleichzusetzen (siehe auch unten Fn. 35). Sofern der EuGH die Existenz von Schlussanträgen daher tatsächlich als sein «gutes Gewissen» (so KAHLER (Fn. 13), 897) erachten sollte, erscheint deren Eignung zur «Gewissensberuhigung» mehr als zweifelhaft. Hinzu kommt, dass Generalanwältin TRSTENJAK im Rahmen eines Vortrages an der Universität Zürich am 6.10.2011 berichtet hat, dass aus ökonomischen Gründen (Stichwort: Übersetzungskosten etc.) auch im Raum stehe, künftig den Umfang der Schlussanträge wesentlich einzuschränken. Ein Kommentar zur Bedenklichkeit eines solchen ökonomischen Diktats im Bereich der Rechtsprechung erübrigt sich.

<sup>18</sup> Konkret ins Treffen geführt wird Erwägungsgrund 19, laut dem nach Geschlecht differenzierende Prämien und Leistungen eine Ausnahme zum Grundsatz der Gleichbehandlung darstellen.

<sup>19</sup> Vgl. Urteil (Fn. 1), Rn. 30.

<sup>20</sup> Verwiesen wird auf EuGH, Urteil vom 16.12.2008, Rs. C-127/07, *Atlantique et lorraine*, Rn. 26.

<sup>21</sup> Vgl. Urteil (Fn. 1), Rn. 29.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil (Fn. 20), Rn. 26. Die Wichtigkeit dieser Einfügung hebt auch MÖNNICH (Fn. 6), 1095 zu Recht hervor.

dung) durchaus nicht die Sachargumente, die für oder gegen eine Vergleichbarkeit sprachen.

Angesichts der vom Rat im hier zugrunde liegenden Verfahren vorgetragene Argumente und gerade vor dem Hintergrund der (zwar inhaltlich anfechtbaren,<sup>23</sup> aber jedenfalls eingehenden und um Ausgewogenheit bemühten) Schlussanträge der Generalanwältin KOKOTT<sup>24</sup> ist es reichlich unnötig, dass sich der Gerichtshof nun just den Vorwurf der Nichtauseinandersetzung mit wesentlichen Sachargumenten gefallen lassen muss. Sodann wiegt dieser Vorwurf schon deshalb besonders schwer, weil das einzige Argument des Gerichtshofs (Vergleichbarkeit infolge des vorgegebenen Richtlinienzieles) natürlich zu einer schwer hinnehmbaren Konsequenz führt:<sup>25</sup> Wenn die Vergleichbarkeit nämlich – ausschliesslich – aus dem Ziel und dem Zweck der in Prüfung stehenden Massnahme folgt, dann müssten in solchen Fällen selbst eindeutig belegbare Unterschiede bei der Gleichheitsprüfung von vorneherein ausser Acht bleiben. Ein Rechtsakt, der die seinerseits angenommene Vergleichbarkeit der Sachverhalte erkennen lässt, könnte damit im Rahmen der gleichheitsrechtlichen Grundrechtsprüfung faktisch nicht mehr hinsichtlich der Richtigkeit dieser Annahme hinterfragt werden.<sup>26</sup> Ein überzeugender Grund für eine solch empfindliche Einschränkung der Überprüfung von Sekundärrecht anhand von höherrangigem Primärrecht ist nicht ersichtlich.<sup>27</sup>

Hinsichtlich der zweiten Frage (jener nach einer möglichen Rechtfertigung der zuvor leichter Hand festgestellten Grundrechtsbeeinträchtigung) macht es sich der Gerichtshof noch einfacher, indem er sie überhaupt unerörtert lässt. Sein Schweigen ist umso unverzeihlicher, als nicht nur die Schlussanträge von Generalanwältin KOKOTT<sup>28</sup> eine veritable Fundgrube

von Argumenten für und gegen eine Rechtfertigung der Geschlechterdifferenzierung boten, sondern eindeutig erkennbar auch andere Grundrechtsschutzbereiche – exemplarisch sei hier nur die durch Art. 16 GRC geschützte unternehmerische Freiheit<sup>29</sup> hervorgehoben<sup>30</sup> – tangiert werden. Nachdrücklich geboten wäre deshalb zumindest die Prüfung der Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den kollidierenden Grundrechten<sup>31</sup> gewesen.<sup>32</sup> Das dessen ungeachtete Fehlen jeder erkennbaren Bedachtnahme auf andere Grundrechtsträger<sup>33</sup> wird auch nicht durch die Ausführlichkeit der Schlussanträge entschärft. Auffallenderweise findet sich in dem Urteil trotz seiner Kürze nämlich keine einzige Bezugnahme auf diese Schlussanträge, sodass im Einzelnen im Dunkeln bleibt, welche Überlegungen dem erreichten Ergebnis tatsächlich zugrunde gelegt und welche im Rahmen der Mehrheitsentscheidungsfindung<sup>34</sup> verworfen wurden.<sup>35</sup> Der dem Gerichtshof deshalb gemachte Vorwurf, die Entscheidung wirke unnötig *ex cathedra*,<sup>36</sup> ist durchaus berechtigt. Ein ernsthaftes Bemühen, die entscheidenden Kernaspekte aus europarechtlicher Sicht – alle Anlehnung an die französische Rechtstradition<sup>37</sup> und die Notwendigkeit der Knappheit in Ehren – zumindest zu benennen und rechtstechnisch überzeugend darzulegen, ist nicht

<sup>23</sup> Siehe insbesondere ARMBRÜSTER, Anmerkung zu den Schlussanträgen, VersR 2010, 1578, 1580 ff.; SCHWINTOWSKI, Geschlechtsdiskriminierung durch risikobasierte Versicherungstarife?, VersR 2011, 164, 168 ff.; KARPENSTEIN, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, EuZW 2010, 885 ff.; SAGMEISTER, Geschlechtsspezifische Versicherungstarife tatsächlich europarechtswidrig?, VersR 2011, 187, 189 ff.

<sup>24</sup> Schlussanträge vom 30.9.2010, Rs. C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL u.a./Conseil des ministres*, Rn. 42 ff.

<sup>25</sup> J. SCHERPE, Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht, Tübingen 2011, 198 spricht insoweit von einem Zirkelschluss.

<sup>26</sup> Hinzu kommt, dass bei Fortführung dieser Rechtsprechung über sämtlichen unbefristeten Ausnahmen ein grosses Fragezeichen stehen muss, wenn diese Ausnahmen mit dem grundsätzlichen Ziel des Rechtsaktes in Widerspruch stehen (eine solche «Systemwidrigkeit» kennzeichnet freilich die meisten Ausnahmen) – vgl. ARMBRÜSTER, EuGH: Geschlechtsspezifische Unterscheidung bei Versicherungstarifen verletzt EU-Grundrechte-Charta, LMK 2011, 315339.

<sup>27</sup> Siehe auch die zutreffende Kritik von KAHLER, Unisexstarife im Versicherungswesen – Grundrechtsprüfung durch den EuGH, NJW 2011, 894, 895 a.E.

<sup>28</sup> Schlussanträge, Rn. 44 ff. und 61 ff.

<sup>29</sup> Innerhalb derselben steht hier insbesondere die unternehmerische Planungs- und Vertragsgestaltungsfreiheit im Vordergrund; dazu etwa FRENZ, Handbuch Europarecht, Band IV: Europäische Grundrechte, Berlin 2009, Rn. 2652 ff. und Rn. 2697 ff.

<sup>30</sup> Vgl. im Übrigen MÖNNICH (Fn. 6), 1095 f.

<sup>31</sup> Dazu schon E. LORENZ, Unisex-Tarife: Aktuarielle Erkenntnisse im Lichte juristischer Wertung, VW 2004, 1640 ff.

<sup>32</sup> Zu diesem Ausgleich instruktiv etwa HARATSCH/KOENIG/PECHSTEIN, Europarecht, 7. Aufl., Tübingen 2010, Rn. 687.

<sup>33</sup> Kritisch dazu auch MÖNNICH (Fn. 6), 1095; LOOSCHELDERS, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421, 426; LÜTTRINGHAUS, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, EuZW 2011, 296, 298; BALLMAIER/HÄUSSLER, Die Auswirkungen des EuGH-Urteils zu den Unisexstarifen auf die zukünftige Prämienkalkulation für Versicherungsverträge, EWS 2011, 280, 281 f. m.w.N.; KAHLER (Fn. 13), 895 f.

<sup>34</sup> Zu den Auswirkungen der Mehrheitsentscheidungen auf die Begründungsdichte («Begründungslücken kaschieren ggf. Meinungsverschiedenheiten unter den Richtern») OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, Europarecht, 4. Aufl., München 2009, § 14 Rn. 20 und ZULEEG, Europäischer Gerichtshof und nationale Arbeitsgerichte aus europarechtlicher Sicht, RdA 1996, 71, 73. KAHLER (Fn. 13), 897 vermutet für die vorliegende Entscheidung, dass diese wohl «der kleinste unter den beteiligten Richtern zu findende gemeinsame Nenner» gewesen sein müsse.

<sup>35</sup> Zu der Beobachtung, dass EuGH-Richter bisweilen zwar im Ergebnis, nicht aber in der Begründung vollumfänglich mit den Schlussanträgen der Generalanwaltschaft übereinstimmen und deshalb aus einem Stillschweigen zu Begründungselementen der Schlussanträge keineswegs automatisch auf einen Konsens geschlossen werden kann KISCHEL, Die Begründung: Zur Erläuterung staatlicher Entscheidungen gegenüber dem Bürger, Tübingen 2003, 45 ff.

<sup>36</sup> So HÖFER (Fn. 4), 1334.

<sup>37</sup> Dazu EVERLING, Zur Begründung der Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1994, 127, 132 und 136 f. sowie OPPERMANN/CLASSEN/NETTESHEIM, (Fn. 34), § 14 Rn. 20.

erkennbar. Bei rechts- und sozialpolitisch besonders umstrittenen Sachverhalten Zuflucht nur in der Verkürzung zu suchen, um möglichst unangreifbar zu bleiben, läuft darauf hinaus, die Akzeptanz unter den Rechtsunterworfenen gar nicht erst zu suchen.<sup>38</sup>

Zu diesem Befund passt es, wenn man in der Urteilsbegründung auch Ausführungen zum Verhältnismässigkeitsgrundsatz<sup>39</sup> vergeblich sucht.<sup>40</sup> Schon die Genese<sup>41</sup> und der sperrige Wortlaut der hart umkämpften<sup>42</sup> und jetzt für ungültig erklärten Ausnahmebestimmung des Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie lassen eindeutig erkennen, wie sehr ihr an einer vermittelnden Lösung gelegen war. (Auch) mit Blick auf den Verhältnismässigkeitsgrundsatz wäre deshalb erheblicher Prüfungsaufwand<sup>43</sup> indiziert gewesen. Das vollständige Unterbleiben einer solchen Prüfung hat eine Bestimmung, die eine Geschlechterdifferenzierung nur in engen qualitativen Grenzen und insofern erlaubt, als die Geschlechtszugehörigkeit tatsächlich<sup>44</sup> «ein bestimmender Faktor» ist,<sup>45</sup> schlicht nicht verdient.<sup>46</sup> Nur eine sorgfältige Abwägung<sup>47</sup> hätte hier, wo die Grenze zwischen legitimen Differenzierungsbedürfnissen und -interessen<sup>48</sup> auf der einen sowie illegitimer Diskrimi-

nierung<sup>49</sup> auf der anderen Seite so nahe beieinander liegt,<sup>50</sup> den fahlen Beigeschmack beseitigen können, dass rechtliche und tatsächliche Argumente der Realisierung eines sozialpolitischen Desiderats Mancher möglicherweise von vorneherein geopfert wurden. Damit soll keineswegs gesagt sein, dass Umverteilungsmechanismen<sup>51</sup> wie Unisex-Tarife nicht durchaus auch im Privatversicherungsbereich rechtlich legitimierbar wären, aber ein solcher Rechtfertigungsansatz ist es gerade, der dem Urteil fehlt.

### III. Mit dem Geschlecht verbundene Risikounterschiede

Mit der vom EuGH erzwungenen Aufgabe der Geschlechterdifferenzierung geht die Frage einher, ob es damit gleichzeitig auch unzulässig sein muss, gezielt nach geschlechtsspezifischen Risiken zu differenzieren.<sup>52</sup> Es geht also darum, ob es problematisch ist, wenn z.B. bei Personenversicherungen vor Vertragsschluss gezielt nach Erkrankungen der männlichen oder weiblichen Geschlechtsorgane gefragt wird, um gegebenenfalls die Risikokalkulation anzupassen. Wenngleich sich leider «nicht völlig ausschliessen»<sup>53</sup> lässt, dass der Gerichtshof in Zukunft auch dagegen Bedenken haben könnte, so sprechen die besseren Gründe doch für die Zulässigkeit solcher Fragen.

Das vorliegende Urteil richtet sich nämlich keineswegs generell gegen Risikodifferenzierungen. Und zwar m.E. auch dann nicht, wenn diese Differenzierungen mit dem Geschlecht untrennbar zusammenhängen, etwa weil bestimmte Krankheiten das eine oder andere Geschlecht voraussetzen. Stattdessen erteilt die Entscheidung «nur» der etablierten Praxis eine Absage, aus der Geschlechtszugehörigkeit *per se* unterschiedliche Schlüsse in Bezug auf den Prämien- und Leistungsumfang zu ziehen.

Sofern der Versicherer deshalb bspw. gezielt nach Eierstock- oder Hodenkrebsvorerkrankungen fragt und an die Beantwortung unterschiedliche Folgen hin-

Völlig richtig ist hingegen, dass die solcherart durch Unisex-Tarife Benachteiligten keineswegs notwendig Männer sind; vielmehr werden die Geschlechter je nach Versicherungssparte «Gewinner» oder «Verlierer» sein – vgl. nur die Analyse von MÖNNICH (Fn. 6), 1097 ff.

<sup>49</sup> Vgl. LOACKER, Einführung in das Europäische Versicherungsvertragsrecht, in: Looschelders/Pohlmann (Hrsg.), VVG-Kommentar, 2. Aufl., Köln 2011, Rn. 52; SCHWINTOWSKI (Fn. 23), 167.

<sup>50</sup> Eine unzulässige Diskriminierung durch Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie wird etwa klar verneint von ARMBRÜSTER (Fn. 23), 1580 ff.

<sup>51</sup> Zu Umverteilungsfragen in der Privatversicherung und ihrer Legitimation WALLRABENSTEIN, Versicherung im Sozialstaat, Tübingen 2009, 408 ff.

<sup>52</sup> Anmerkung: Im Folgenden wird ausschliesslich die Vereinbarkeit einer Differenzierung mit den (nach dem EuGH-Urteil verbliebenen) Richtlinienvorgaben beleuchtet. Ausser Betracht bleiben Überlegungen, die bei einer (hier nicht angenommenen; siehe unten V. a.E.) unmittelbaren Drittwirkung des Art. 23 Abs. 1 GRC anzustellen wären.

<sup>53</sup> ARMBRÜSTER (Fn. 26).

<sup>38</sup> In diesem Sinne hat schon der frühere EuGH-Richter EVERLING (Fn. 37), 143 gefordert, dass «sich der Urteilsstil weiter von der autoritativen Form zu einer argumentativen Form fortentwickelt.» Ansonsten gelte: «Je weniger ein Gericht sich darauf verlassen kann, dass [...] die allgemeine Akzeptanz der Urteile gewährleistet [ist], umso mehr müssen diese Überzeugungskraft entfalten.»

<sup>39</sup> Zu dessen Bedeutung im Rahmen der Gleichheit von Männern und Frauen etwa FRENZ (Fn. 29), Rn. 3399 ff.

<sup>40</sup> Nach LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 298 könne man nur rätseln, weshalb der Gerichtshof diese elementare Frage vollständig übergangen hat.

<sup>41</sup> Dazu T. RICHTER, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung: Schutz vor personenbezogener statistischer Diskriminierung im Privatrecht, Baden-Baden 2011, 77 f. und MüKo-BGB-THÜSING, 5. Aufl., München 2007, § 20 AGG Rn. 69 mit jeweils weiteren Nachweisen.

<sup>42</sup> Ein ebenso feuriges wie sachlich angreifbares (da selbst die Rechtssetzungskompetenz verneinendes) Plädoyer gegen den ursprünglichen Richtlinienentwurf, der zunächst ohne Ausnahme Unisex-Tarife vorsah, hält SOBAN, Unisex-Tarife: Gleichbehandlung von Männern und Frauen im privatrechtlichen Versicherungswesen, ZVersWiss 2004, 539, 540 ff.

<sup>43</sup> LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 298.

<sup>44</sup> Zu der selbst im Bereich der privaten Krankenversicherung zweifelhaften Erbringbarkeit eines solchen Nachweises ROTHGANG/GLAESKE, Differenzierung privater Krankenversicherungstarife nach Geschlecht (Gutachten des Bundesfamilienministeriums), Bremen 2005, 37 ff. und 86; abrufbar unter <www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/gutachten-krankenversicherungen-geschlecht\_property=pdf.pdf>.

<sup>45</sup> Einen guten Überblick über die Gründe, die für diese Ausnahme-regelung sprechen, gibt THÜSING, Gleichbehandlung von Männern und Frauen, ZESAR 2010, 27, 28.

<sup>46</sup> Vgl. auch KAHLER (Fn. 13), 896 sowie LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 298.

<sup>47</sup> Vorbildlich insofern etwa EuGH, Urteil vom 13.5.1986, Rs. 170/84, *Bilka*, Rn. 36 f. sowie EuGH, Urteil vom 26.6.2001, Rs. C-381/99, *Brunnhöfer*, Rn. 67.

<sup>48</sup> Nicht vergessen werden darf nämlich, dass Unisex-Tarife auch in die unionsgrundrechtlich geschützten Positionen der *Versicherungsnehmer* eingreifen können; konkret jener, die bei geschlechterdifferenzierender Prämienbemessung besser gestellt und bei Einheitstarifen zu einer neuen Subventionierung gezwungen sind – vgl. zutreffend LOOSCHELDERS (Fn. 33), 426 und SCHWINTOWSKI (Fn. 23), 167.

sichtlich der Risikoübernahme knüpft, steht dies nach hier vertretener Auffassung nicht mit den Vorgaben der Geschlechtsneutralität i.S.d. Art. 5 Abs. 1 der Gender-Richtlinie in Widerspruch.<sup>54</sup> Denn je nach betroffener Versicherungssparte sollte es durchaus nachvollziehbar zu machen sein, dass die genannten Krankheiten (ganz unabhängig von ihrem Auftreten bei nur einem Geschlecht!) ein wesentlicher Faktor bei der Risikobewertung sein können und mit einer Diskriminierung des Geschlechts nichts zu tun haben.

Ebenfalls als unproblematisch sollten m.E. Fragen nach Umständen erachtet werden, die zwar nicht nur bei Vertretern eines Geschlechts vorkommen, deren Auftreten bei einem Geschlecht aber wesentlich häufiger beobachtbar ist. Um es an einem unbedarft-theoretischen Beispiel zu verdeutlichen: Wenn ein Versicherer gezielt nach Indikatoren für Migräneerkrankungen fragt und im Falle ihrer Bejahung mit risikobezogenen Modifikationen reagiert, dann könnten Frauen dadurch mittelbar benachteiligt sein, wenn man einmal mit den einschlägigen Statistiken<sup>55</sup> davon ausgeht, dass Frauen wesentlich häufiger als Männer das Krankheitsbild «Migräne» zeigen. Aber auch solche Fragen erscheinen objektiv durch die Bedürfnisse angemessener Risikokalkulation gerechtfertigt und niemand wird ernstlich behaupten, dass er/sie dadurch nur aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit unzulässig diskriminiert würde. Denn wer die entsprechende Risikoneigung nicht aufweist, hat auch keinerlei Nachteile zu gewärtigen und niemand wird durch ein «Krankheitsklischee» benachteiligt.

Überhaupt liegt eine zentrale Herausforderung, die das Urteil für die Versicherungsindustrie mit sich bringt, gerade darin, den Blick öfter und sorgsamer «hinter den Vorhang der Geschlechtszugehörigkeit» zu werfen. Wo man bisher hinter der Geschlechtszugehörigkeit höhere Bedarfsentstehungswahrscheinlichkeiten schlicht vermuten konnte, wird man künftig versuchen müssen, den tatsächlichen Ursachen höheren Bedarfs auf den Grund zu gehen.<sup>56</sup> Und wenn sich dabei herausstellt, dass bei weiblicher Geschlechtszugehörigkeit die Faktoren 1, 2 und 3 für die Risikokalkulation besonders entscheidend sind, wird man bei risikoorientiertem Vorgehen um die Mühe ihrer – geschlechtsneutralen – Erhebung und Beurteilung ebenso wenig herumkom-

men wie bei männlichen Risikoträgern, bei denen das Vorliegen der Faktoren 4, 5 und 6 entscheidend ist. Gewiss, bei Weitem nicht immer wird es möglich sein, taugliche Ersatzkriterien für die Geschlechtszugehörigkeit zu bilden. Das skizzierte Modell ist schliesslich in jeder Hinsicht simplifizierend. Die Realität ist wesentlich vielschichtiger. Aber wer nicht einmal den Versuch einer Substituierung unternimmt oder eben (sei es nun aufgrund der gegebenen Faktenlage oder aufgrund fehlender Innovationskraft) keine tauglichen Ersatzkriterien findet, der kann nur bei der allseits beklagten und erwarteten Prämiennivellierung enden.

#### IV. Allheilmittel «weiche Tarifierungsmerkmale»?

Der 2003 unterbreitete Vorschlag<sup>57</sup> für die Gender-Richtlinie war noch von einer grossen Zuversicht hinsichtlich der Möglichkeiten künftiger, geschlechtsneutraler Risikokalkulation getragen. Es heisst dort: «Fortschrittliche Versicherungsgesellschaften arbeiten bereits an der Entwicklung neuer, zuverlässigerer Methoden zur Voraussage von Risiken. Auf diese Weise [...] werden sie bald in der Lage sein, den Faktor Geschlecht bei ihren Berechnungen mehr und mehr in den Hintergrund treten zu lassen und ihre Preise auf geschlechtsneutrale Kriterien zu stützen.»<sup>58</sup> Es fragt sich, ob diese Prognose zumindest für die Versicherungsindustrie jener Mitgliedstaaten, in denen nach wie vor nach Geschlecht differenziert wird, möglicherweise zu optimistisch war.<sup>59</sup>

Während nämlich in bestimmten Sparten wie etwa der Motorfahrzeugversicherung die Notwendigkeit des Geschlechts als Differenzierungskriterium schon versicherungstechnisch zweifelhaft ist und zahlreiche taugliche Alternativkriterien<sup>60</sup> zur Verfügung stehen,<sup>61</sup> scheint der «Stein der Weisen» im Personenversicherungsbereich noch keineswegs gefunden. Geht es nach Generalanwältin KOKOTT,<sup>62</sup> so sollen dort, wo es auf die Lebenserwartung oder auf Krankheitskosten ankommt, künftig die verhaltensbedingten Risikofaktoren in den Vordergrund rücken. Letztere seien es nämlich, auf die es bei objektiver Betrachtung ankomme, sofern man nicht bloss «aus Bequemlichkeitsgründen

<sup>54</sup> Ebenso LOOSCHELDERS (Fn. 33), 428.

<sup>55</sup> Vgl. etwa KEIDEL, Migräne: Ursachen, Formen, Therapie, München 2007, 19, wonach Frauen etwa drei Mal so häufig betroffen sind wie Männer. Nach einer anderen Erhebung der Statistik Austria aus dem Jahr 2007 leidet jede vierte Frau, aber nur jeder neunte Mann unter diesem Gesundheitsproblem. Details sind unter <[www.statistik.at/web\\_de/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/chronische\\_krankheiten/index.html](http://www.statistik.at/web_de/statistiken/gesundheit/gesundheitszustand/chronische_krankheiten/index.html)> abrufbar.

<sup>56</sup> Ähnlich LOOSCHELDERS (Fn. 33), 428, der eine Hauptauswirkung in der stärkeren Individualisierung der Antragsfragen erblickt.

<sup>57</sup> KOM (2003) 657 endg.

<sup>58</sup> Kommissionsvorschlag (Fn. 57), 9.

<sup>59</sup> Vgl. insofern etwa LOOSCHELDERS, Das Verbot der geschlechterspezifischen Diskriminierung im Versicherungsvertragsrecht, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, München 2006, 157, nach dem die Geschlechtszugehörigkeit jedenfalls in der privaten Krankenversicherung sowie in der Lebensversicherung ein nach derzeitigem Erkenntnisstand unersetzliches Kriterium risikogerechter Prämienkalkulation sei. Zum selben Ergebnis gelangt ARMBRÜSTER (Fn. 23), 1583 a.E.

<sup>60</sup> Im Einzelnen MÖNNICH (Fn. 6), 1098 m.w.N.

<sup>61</sup> Vgl. auch SCHWINTOWSKI (Fn. 23), 167.

<sup>62</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 62 f.

auf das Geschlecht der Versicherten als Unterscheidungskriterium zurückgreifen»<sup>63</sup> wolle.

Die Generalanwältin verkennt dabei zwar nicht,<sup>64</sup> dass (wenn schon der Rückgriff auf *statistische* Daten in punkto Geschlecht verpönt ist) man regelmässig Datenmaterial hinsichtlich des Individualrisikos benötigt, das wenigstens während eines gewissen Mindestzeitraums *statisch* bleibt. Allerdings: einen konkreten Ausweg weist sie (abgesehen von der demonstrativen Aufzählung einiger risikorelevanter «Lifestyle-Faktoren»<sup>65</sup>) den Rechtsunterworfenen ebenso wenig wie der Gerichtshof selbst.<sup>66</sup>

Damit ist die Diskussion eröffnet, wie der Versicherer einerseits *vor* Vertragsschluss das Risiko ohne Rückgriff auf das Geschlecht möglichst präzise beurteilen kann und wie er andererseits auf Veränderungen des einmal festgestellten Risikos *nach* Vertragsschluss reagieren soll. Der erste Problembereich wird in der Literatur bisweilen unter dem griffigen Slogan «Bei Vertragsschluss: Arztbesuch und Gentest»<sup>67</sup> erörtert; er soll hier ausser Betracht bleiben. Für während der Vertragslaufzeit eintretende Risikoveränderungen bieten sich grundsätzlich mehrere Lösungen an; einige wenige seien hier beispielhaft aufgezählt.

Zunächst ist naheliegenderweise an *Gefahrerhöhungen* zu denken, die je nach anwendbarer Versicherungsvertragsrechtsordnung in einzelnen Sparten einer ausdrücklichen vorherigen Vereinbarung bedürfen<sup>68</sup> oder überhaupt ausgeschlossen<sup>69</sup> sind.<sup>70</sup> Bereits Letzteres zeigt, dass die Qualifizierung risikovergrößernder Faktoren als Gefahrerhöhung alles andere als ein Allheilmittel ist, kommt sie doch nach bestimmten Rechtsordnungen für die gesamte private Krankenversicherung<sup>71</sup> (die regelmässig besonders stark von der Geschlechterdifferenzierung geprägt ist) gar nicht in Betracht. Im Übrigen bestehen selbst dort, wo sie (wie etwa im Bereich der Lebensversicherung<sup>72</sup>) gesondert vereinbart werden kann, vielfach klare Einschränkun-

gen mit Blick auf die Frist zu ihrer Geltendmachung.<sup>73</sup> Auch das schmälert ihr Anwendungsfeld im vorliegenden Kontext. Nur am Rande sei erwähnt, dass die Lage in der Schweiz in punkto Gefahr[s]erhöhung insofern anders wäre, als hier ihre Geltendmachung sowohl nach geltendem VVG als auch nach dessen geplanter Totalrevision<sup>74</sup> formalrechtlich<sup>75</sup> in allen Sparten uneingeschränkt möglich ist. Literaturstimmen, die dies kritisieren und mehr Rechtsklarheit fordern, blieben ungehört.<sup>76</sup>

Hinzu kommt, dass dort, wo die Änderung bestimmter Gefahrumstände kraft Vereinbarung als Gefahrerhöhung angesehen werden kann, oft praktische Hürden im Wege stehen. Zu denken ist insbesondere an Beweisbarkeits- und Formulierungsprobleme. Wie etwa sollen die von Generalanwältin KOKOTT ins Treffen geführten «Ernährungsgewohnheiten»<sup>77</sup> – in einer rechtlicher Kontrolle standhaltenden Weise – dem Vertrag zugrunde gelegt und wie soll ihre tatsächliche Ausgestaltung nachgewiesen werden? Gleiches gilt für Kriterien wie jenes der «sportlichen Betätigung»,<sup>78</sup> wenn man (abgesehen von der offensichtlichen Formulierungsproblematik) einmal davon ausgeht, dass der blosser Nachweis der Mitgliedschaft in einem Fitnessklub noch nichts über die tatsächlich erfolgte Betätigung aussagt.<sup>79</sup> Noch verfahrenere ist die Situation bei einem Kriterium wie «soziales Umfeld»<sup>80</sup>. Und selbst beim Merkmal «Nichtraucher», das bisher schon in der Risikolebensversicherung eine Rolle spielte,<sup>81</sup> dürfte zwar der Nachweis objektiv leichter zu erbringen sein, doch auch hier stellen sich schwierige Definitionsfragen: So ist nach hier vertretener Auffassung etwa unklar, warum ein jahrzehntelanger Gewohnheitsraucher, der zwölf Monate vor Vertragsschluss den Tabakkon-

<sup>63</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 66.

<sup>64</sup> Siehe Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 66.

<sup>65</sup> So die treffende Bezeichnung von MÖNNICH (Fn. 6), 1101.

<sup>66</sup> Zum Problem der zu starken Veränderlichkeit und unzureichenden Objektivierbarkeit vieler solcher Faktoren für viele ARMBRÜSTER (Fn. 23), 1582 f.

<sup>67</sup> LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 299.

<sup>68</sup> Für den Bereich der Lebensversicherung siehe etwa in Österreich § 164 Abs. 1 VersVG sowie in Deutschland § 158 Abs. 1 VVG 2008.

<sup>69</sup> Für die private Krankenversicherung siehe etwa in Österreich § 178a Abs. 2 S. 2 VersVG sowie in Deutschland § 194 Abs. 1 S. 2 VVG 2008.

<sup>70</sup> Zur Gefahrerhöhung in den einzelnen Versicherungssparten (nach deutschem Recht) LOACKER, Art. 23, in: Schwintowski/Brömmelmeyer (Hrsg.), Praxiskommentar zum Versicherungsvertragsrecht, 2. Aufl., Münster 2011, Rn. 116 ff.

<sup>71</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 69.

<sup>72</sup> Siehe die Nachweise in Fn. 68.

<sup>73</sup> So kann der Versicherer etwa nach österreichischem Recht (§ 164 Abs. 2 S. 1) eine Gefahrerhöhung nicht mehr geltend machen, wenn seit der Erhöhung drei Jahre verstrichen sind. Aus Sicht des Versicherers etwas vorteilhafter ist insofern das deutsche Recht (§ 158 Abs. 2), welches dem Versicherer dafür fünf Jahre Zeit lässt und diese Frist insbesondere in Vorsatzfällen auf zehn Jahre erstreckt.

<sup>74</sup> Die Botschaft zur Totalrevision des Versicherungsvertragsgesetzes war zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses zwar noch nicht im Bundesblatt veröffentlicht, jedoch als Vorabdruck verfügbar.

<sup>75</sup> Zu dem in Personenversicherungsverträgen jedoch regelmässig enthaltenen Geltungsmachungsverzicht und der Mitversicherung von Gefahrerhöhungen in diesem Bereich FUHRER, Vorbemerkungen zu Art. 28–32, in: Honsell/Vogt/Schnyder (Hrsg.), VVG-Kommentar, Basel 2001, N 136.

<sup>76</sup> Vgl. VIRET, L'aggravation et les autres modifications du risque en droit suisse des assurances privées, SVZ 1986, 85, 97: «Si un projet [d'une revision de la loi fédérale sur le contrat d'assurance] devait un jour être mis en chantier, les dispositions légales relatives à l'aggravation d[un] risque ne [devraient] [...] pas applicables aux assurances sur la vie et en cas de maladie.»

<sup>77</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 62.

<sup>78</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 62.

<sup>79</sup> Vgl. auch LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 299.

<sup>80</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 62.

<sup>81</sup> Vgl. MÖNNICH (Fn. 6), 1099.

sum einstellt, nach den gängigen Definitionen<sup>82</sup> als Nichtraucher gilt und damit Vergünstigungen genießt, die sein (durch früheres Rauchverhalten bedingtes) erhöhtes Risiko möglicherweise gar nicht rechtfertigt, während nach derselben Definition ein Nichtraucher durch einmaligen Genuss einer «Partyzigarette» zum Raucherrisiko erklärt wird.

Mit all dem soll nicht gesagt sein, dass es ganz generell unmöglich wäre, mithilfe der Gefahrerhöhungsregeln gewisse Differenzierungen vorzunehmen, doch für viele risikorelevante Umstände kommt dies aus rechtlichen oder faktischen Gründen eben nicht in Betracht. Des Öfteren dürfte freilich weniger die rechtliche Handhabung der *Veränderlichkeit* weicher Tarifierungsmerkmale<sup>83</sup> problematisch sein als die *Tauglichkeit* der Merkmale an sich. Nur wo Letzteres zu bejahen ist, kann Ersteres bewältigt werden. So wäre m.E. bspw. durchaus vorstellbar, die *waist-to-height-ratio*, die (offenbar mehr noch als der *body-mass-index*) als Indikator des Risikos von Herz-Kreislauferkrankungen fruchtbar gemacht werden kann,<sup>84</sup> als Anknüpfungspunkt für die Risikokalkulation heranzuziehen.<sup>85</sup>

Einmal ganz unabhängig davon, ob die Veränderung weicher Tarifierungsmerkmale gleichzeitig eine Gefahrerhöhung darstellt und damit insbesondere eine (u.U. teilweise) Leistungsverweigerung des Versicherers zur Folge haben kann, ist bei aus Sicht des Versicherers negativen Veränderungen auch an den *Wegfall von Rabatten* zu denken. Ein solcher Rabattwegfall erscheint im Grundsatz und solange die (regelmässig: halb-)zwingenden Normen der jeweils anwendbaren Versicherungsvertragsrechtsordnung dem nicht entgegenstehen, ebenso unbedenklich wie die *Auferlegung der Verpflichtung*,<sup>86</sup> auf Verlangen des Versicherers<sup>87</sup>

diesem gegenüber *Nachweise* für das Vorliegen der Voraussetzungen spezifischer Rabattgewährungen zu erbringen. Die Zulässigkeit der Vereinbarung von *Konventionalstrafen* bedarf hingegen sorgsamer Prüfung des jeweiligen Einzelfalles.<sup>88</sup>

Sollten künftig tatsächlich Kriterien wie die hier angesprochenen die Stelle des bisherigen Platzhalterkriteriums «Geschlechtszugehörigkeit» einnehmen, so sind nicht nur Versicherungsjuristen gefordert, der Praxis einen gangbaren Weg durch das vertragsrechtliche «Dickicht weicher Tarifmerkmale»<sup>89</sup> zu weisen, sondern es steigen auch die Anforderungen an den Versicherungsvermittlungsbereich. Denn ein Mehr an Tarifdiversifikation erzeugt zwangsläufig ein Mehr an Beratungsbedarf. Oder um es mit anderer Stossrichtung zu sagen: Unter dem Blickwinkel von Transparenz und Vergleichbarkeit der Prämien ist eine stärker individualisierte Tarifierung eine ziemliche Herausforderung. Die schon heute konstatierte, tendenzielle Überforderung des kleinen und mittleren Versicherungsnehmers als Informationsnachfrager auf den Versicherungsmärkten<sup>90</sup> dürfte damit auch künftig nichts von ihrer Aktualität einbüßen.

Alles in allem zeigt sich, dass weiche Tarifierungsmerkmale zwar gewiss kein Allheilmittel<sup>91</sup> für die Bewältigung sämtlicher durch das Urteil geschaffenen Herausforderungen sind. In manchen Bereichen können sie allerdings durchaus zu befriedigenden Lösungen führen, vorausgesetzt, es besteht ein hinreichender Wille zum Umdenken bzw. zur Erschliessung neuer Risikospezifizierungsmöglichkeiten.

## V. Die offengelassene Frage: Auswirkungen auf Altverträge?

Symptomatisch für den Stil der Begründung des vorliegenden Urteils ist es, wenn der Gerichtshof zu der höchst bedeutsamen Frage der Folgewirkungen für bereits bestehende Versicherungsverträge mit keinem Wort Stellung bezieht. Stattdessen hält er lediglich fest,<sup>92</sup> dass die eine Geschlechterdifferenzierung ermöglichende Ausnahmebestimmung «mit Wirkung

<sup>82</sup> Vgl. etwa HELVETIA, Todesfallversicherung (Freie Vorsorge, Säule 3b) Pkt. 3.3 «Raucher-/Nichtrauchertarif» oder ALLIANZ, Allgemeine Versicherungsbedingungen für die Risiko-Lebensversicherung/E7, § 3 Abs. 1.

<sup>83</sup> Die Wandelbarkeit unterscheidet begrifflich gerade «weiche» von «harten» Tarifierungsmerkmalen; vgl. SCHIRMER/MARLOW, Die versicherungsrechtliche Behandlung sogenannter weicher Tarifmerkmale, VersR 1997, 782; GEBAUER, Grenzen der Ausgestaltung weicher Tarifmerkmale, NVersZ 2000, 7 und FUHRER (Fn. 75), N 105.

<sup>84</sup> Vgl. H. SCHNEIDER et al., The Predictive Value of Different Measures of Obesity for Incident Cardiovascular Events and Mortality, JCEM 2010, 1777 ff.

<sup>85</sup> Freilich bestehen in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bisweilen Hindernisse für die Einführung neuer Tarifierungsmerkmale – vgl. etwa (mit spezifischem Blick auf die private Krankenversicherung in Deutschland und die dort massgebliche Kalkulationsverordnung) BAUSE/SCHMITZ/SOMMERFELD, Vorsorge: Kleiner Unterschied – grosse Wirkung, VW 2011, 376.

<sup>86</sup> Zur Rechtsnatur solcher Nachweispflichten (echte Vertragspflicht vs. Obliegenheit) GEBAUER (Fn. 83), 9 ff. und SCHIRMER, Die Obliegenheiten in der Rechtsschutzversicherung, r + s 1999, 1, 3 und 4.

<sup>87</sup> Zur insofern kritischeren Situation bei (ohne Nachfrage entstehenden) spontanen Meldepflichten über den Wegfall von Rabattvoraussetzungen siehe GEBAUER (Fn. 83), 7 f.

<sup>88</sup> Vgl. dazu FUHRER (Fn. 75), N 126; SCHIRMER/MARLOW (Fn. 83), 782 sowie GEBAUER (Fn. 83), 11 ff.

<sup>89</sup> SCHIRMER/MARLOW (Fn. 83), 793.

<sup>90</sup> Vgl. schon TAUPITZ, Macht und Ohnmacht der Verbraucher auf dem dekontrollierten europäischen Versicherungsmarkt, VersR 1995, 1125 sowie eingehend REHBERG, Der Versicherungsabschluss als Informationsproblem, Baden-Baden 2003, 66 ff. Aus Transparenzperspektive sehr zu grüssen ist die geplante Regelung in Art. 12 Abs. 1 lit. d des Entwurfs eines totalrevidierten VVG, wonach der Versicherer verpflichtet ist, über geschlechtsbedingte Prämienunterschiede vor Vertragsschluss zu informieren.

<sup>91</sup> Allgemein zu Grenzen der Risikoindividualisierung auch J. SCHERPE (Fn. 25), 185 ff.

<sup>92</sup> Urteil (Fn. 1), Rn. 33.

vom 21. Dezember 2012 ungültig» sei und verkürzt damit den noch zuvor von seiner Generalanwältin empfohlenen<sup>93</sup> Übergangszeitraum von drei Jahren ab Urteilsverkündung erheblich.

Es ist wenig erstaunlich, dass sich Branchenvertreter bemühen, die Konsequenzen des ohnehin unwillkommenen Urteils soweit als möglich zu begrenzen. Dies gilt besonders für dessen zeitliche Dimensionen. Dementsprechend wird darauf gedrängt,<sup>94</sup> dass die Entscheidung nur solche Verträge überhaupt tangieren solle, die nach dem 21. Dezember 2012 neu abgeschlossen werden. Schützenhilfe kommt dabei vonseiten der Politik.<sup>95</sup> Aber auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird ganz überwiegend von einer Nichtberührung der Altverträge durch die Entscheidung ausgegangen.<sup>96</sup>

Das Schweigen des EuGH zu der in den Schlussanträgen<sup>97</sup> enthaltenen Schlussfolgerung, wonach ab dem Zeitpunkt der Ungültigkeit der Ausnahmebestimmung auch (dann) noch bestehende Verträge geschlechtsneutral berechnete Prämien und Leistungen aufweisen müssen, lässt vielfältige Interpretationen zu. Die Bandbreite reicht von der angesprochenen Mehrheitsmeinung, nach welcher der Gerichtshof «zweifelsfrei [dem Ansatz der Generalanwältin] nicht gefolgt»<sup>98</sup> sei bis hin zu der Mindermeinung, dass das Schweigen nur als Zustimmung zu eben jener Rechtsauffassung der Generalanwältin verstanden werden könne.<sup>99</sup> In Anbetracht der bestehenden Rechtsunsicherheit erhofft man sich bis Jahresende Klarstellungen durch die Europäische Kommission,<sup>100</sup> wobei noch offen ist, in

welcher Form diese erfolgen sollen. Erwartbar ist wohl die Schaffung von «soft law»<sup>101</sup> etwa in Form einer Mitteilung der Kommission – eine Korrektur- bzw. Präzisierungsform, die im Bereich des europäisierten Versicherungsrechts durchaus nicht unbekannt ist.<sup>102</sup> Rechtstechnisch unbefriedigend bleibt dabei freilich, dass in der gegebenen Konstellation das Urteil und damit «hard law» zu einer Klärung nachdrücklich berufen gewesen wäre, und die Lösung einer derart zentralen Frage durch unverbindliche Akte keineswegs der Weisheit letzter Schluss sein dürfte.

Unabhängig von dem erwarteten Tätigwerden der Kommission sei an dieser Stelle die Kundgabe der eigenen Meinung zu den Urteilsauswirkungen gestattet. Nach hier vertretener Auffassung ist nämlich keine der beiden Extrempositionen, also weder jene der Urteilsrelevanz «nur» für die ab dem 21. Dezember 2012 neu geschlossenen Verträge noch jene der Anpassungspflicht für sämtliche Verträge, die zu diesem Stichtag noch aufrecht sein werden, restlos überzeugend. Unterscheidungswürdig erscheinen bei den Altverträgen vielmehr zwei Kategorien, und zwar die vor dem 21. Dezember 2007<sup>103</sup> und die nach diesem Datum geschlossenen Verträge.<sup>104</sup>

Versicherungsverträge, die nach Geschlecht differenzieren und nach dem 21. Dezember 2007 abgeschlossen wurden, befinden sich mit 21. Dezember 2012 (Einsetzen der Ungültigkeit der vormaligen Ausnahmeklausel) in der zunächst etwas seltsam anmutenden Situation, dass die zugrunde gelegte Geschlechterdifferenzierung für einen Neuabschluss nicht mehr zulässig wäre, es aber im tatsächlichen Vertragsschlusszeitpunkt noch war. Für die Berechnung von Prämien und Leistungen nach dem 21. Dezember 2012 ausschlaggebend ist die Umsetzung einer Richtlinie, die (dann) nur noch den Grundsatz geschlechtsneutraler Berechnung kennt.<sup>105</sup> Das wiederum bedeutet eine Anpassungspflicht auch dieser Verträge ab dem 21. Dezember 2012.<sup>106</sup>

<sup>93</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 80.

<sup>94</sup> Vgl. etwa COMITÉ EUROPÉEN DES ASSURANCES, Position paper vom 18. Juli 2011, 2; abrufbar unter <[http://www.cea.eu/uploads/Modules/Publications%5Ccec\\_questionnaire\\_testachats\\_ruling.pdf](http://www.cea.eu/uploads/Modules/Publications%5Ccec_questionnaire_testachats_ruling.pdf)>.

<sup>95</sup> Vgl. das Statement des britischen Finanzstaatssekretärs, MARK HOBAN, der die Position der Regierung des Vereinigten Königreichs wie folgt zusammenfasst: «It is our view that the judgement only applies to new contracts for insurance and related financial services entered into on or after the 21 December 2012. That means, that any contracts with gender-sensitive pricing of premiums and benefits concluded ahead of that date, can continue unchanged after that date.» Die Stellungnahme ist abrufbar unter <[www.hm-treasury.gov.uk/speech\\_fst\\_300611.htm](http://www.hm-treasury.gov.uk/speech_fst_300611.htm)>.

<sup>96</sup> Für eine Nicht-Rückwirkung ARMBRÜSTER (Fn. 26); BALLMAIER/HÄUSSLER (Fn. 33), 283 ff.; FRIEDRICH, Bericht aus Brüssel, VW 2011, 385; KAHLER (Fn. 13), 896 a.E.; LOOSCHELDERS (Fn. 33), 428; MÖNNICH (Fn. 6), 1097; ROLFS/BINZ, EuGH erzwingt ab Ende 2012 Unisex-Tarife für alle neuen Versicherungsverträge, VersR 2011, 714, 718 a.E.; SCHWINTOWSKI (Fn. 23), 165; WILHELM, Standpunkt, BB 2011, 2163. Vorsichtig in Richtung einer Anpassung von Altverträgen argumentierend, jedoch im Ergebnis offenlassend LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 299. Für eine Anpassungspflicht hinsichtlich aller am 21.12.2012 noch bestehenden Verträge FELIX/SANGI, «Unisex-Tarife» in der Privatversicherung, ZESAR 2011, 257, 262 ff. Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 81.

<sup>97</sup> Schlussanträge (Fn. 24), Rn. 81.

<sup>98</sup> MÖNNICH (Fn. 6), 1097.

<sup>99</sup> FELIX/SANGI (Fn. 96), 263.

<sup>100</sup> Vgl. Presseaussendung der Europäischen Kommission vom 21.9.2011, Memo/11/624; abrufbar unter <[europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/624&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en](http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/11/624&format=HTML&aged=0&language=en&guiLanguage=en)>.

<sup>101</sup> Dazu LOACKER, Insurance soft law?, in: Schnyder (Hrsg.), Internationales Forum zum Privatversicherungsrecht 2008, Zürich 2009, 27, 29 ff.

<sup>102</sup> Vgl. etwa die Kommissionmitteilung (2000 C 43/3) vom 16. Februar 2000 zu Auslegungsfragen: Freier Dienstleistungsverkehr und Allgemeininteresse im Versicherungswesen.

<sup>103</sup> Vgl. Art. 5 Abs. 1 der Gender-Richtlinie (Fn. 11).

<sup>104</sup> Ebenso FELIX/SANGI (Fn. 96), 262 f.

<sup>105</sup> 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.»

<sup>106</sup> Ebenso FELIX/SANGI (Fn. 96), 263. In diese Richtung auch LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 229 f., der jedoch nicht zwischen den verschiedenen Altverträgen (Vertragsschluss vor und nach dem 21. 12. 2007) differenziert.



Erstaunlich ist dieses Ergebnis höchstens auf den ersten Blick. Denn bei genauer Betrachtung unterscheiden sich die Rechtsauffassungen der Generalanwältin und des EuGH nur hinsichtlich der Dauer der Übergangszeiten bis zum Zeitpunkt der Ungültigkeit der Ausnahmebestimmung. Im Übrigen lassen beide keinen Zweifel an der Ungültigkeitswirkung *pro futuro*, weshalb selbstverständlich auch kein rückwirkender Anspruch auf partielle Prämienrückerstattung,<sup>107</sup> Mehrleistung usw. bestehen kann. Was sich aber in keiner der beiden Begründungen findet, ist ein Hinweis auf eine generelle Sonderregelung bzw. Nichterfassung all jener Verträge, die schon vor dem Ungültigkeitszeitpunkt geschlossen wurden und zu diesem noch weiter bestehen.<sup>108</sup> Aus der Nicht-Rückwirkung der Ungültigkeitserklärung darf jedoch nicht sogleich auf eine Nicht-Anpassungspflicht für alle Zeiten geschlossen werden<sup>109</sup> (und in der Tat hat die Entscheidung ja zuallererst die Unbefristetheit der Ausnahme als inakzeptabel erachtet).<sup>110</sup> Stattdessen hat der EuGH mit seinem Urteil eine Richtlinienänderung erzwungen, die «nach einem allgemeinen[,] anerkannten Grundsatz [...] und] soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, auf die *künftigen* Wirkungen unter dem alten Recht entstandener Sachverhalte anwendbar»<sup>111</sup> ist. Die Anpassungspflicht von nach dem 21. Dezember 2007 geschlossenen Verträgen per 21. Dezember 2012 könnte somit aus rechtlicher Sicht nur noch unter Aspekten des Vertrauensschutzes problematisch sein. Solche scheiden hier jedoch schon deshalb aus, weil bereits der Wortlaut der Ausnahmebestimmung explizit eine Überprüfungsfrist vorsah und die Rechtsunterworfenen daher von vorneherein damit rechnen mussten,<sup>112</sup> dass die Regel der Geschlechtsneutralität dereinst unbeschränkt gelten würde.<sup>113</sup> Der als Massstab dienende «umsichtige und besonnene Wirtschaftsteilnehmer»,<sup>114</sup> der Versicherungsverträge nach dem 21. Dezember 2007 abgeschlossen hat, hatte deshalb bereits Zeit und hat nunmehr noch ein weiteres Jahr Zeit, um sich auf die künftig geänderte Rechtslage einzustellen. Gewiss, dieser Zeitraum ist sehr kurz, den Gerichtshof haben die praktischen Umsetzungsschwierigkeiten<sup>115</sup> offenbar jedoch nicht zu einer längeren Übergangsfrist veranlassen können.

Damit ist noch die Frage nach dem Schicksal jener Altverträge offen, die bereits vor dem 21. Dezem-

ber 2007 geschlossen wurden. Ob für diese mit dem 21. Dezember 2012 ebenfalls die geschlechtsneutrale Berechnung verpflichtend wird, hängt nach hier vertretener Auffassung zunächst davon ab, ob man schon *vor* dem Inkrafttreten der Gender-Richtlinie ein Recht auf geschlechtsneutrale Prämien und Leistungen annimmt. Dies ist indes eher zu verneinen. Richtig erscheint vielmehr, davon auszugehen, dass es jedenfalls vor der Richtlinie und vor Inkrafttreten der (im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie explizit herangezogenen) Grundrechte-Charta *ausserhalb des Erwerbslebens* (Stichwort: Entgeltgleichheit udgl.) kein primärrechtliches, *allgemeines* Grundrecht der Geschlechtergleichheit gegeben hat.<sup>116</sup> Wenn man aber das Bestehen eines solchen Grundrechts für den Zeitraum vor dem 21. Dezember 2007 verneint, dann ist – mangels Tätigwerdens des europäischen Gesetzgebers – auch keine Veranlassung erkennbar, einen Schutzauftrag anzunehmen, der ein Verbot geschlechtsbezogener Ungleichbehandlungen bei Prämien und Leistungen verlangen würde.<sup>117</sup> Auch der Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 weist klar diesen Weg, indem er sich explizit auf die «nach dem 21. Dezember 2007 *neu abgeschlossenen* Verträge» beschränkt.<sup>118</sup> Zusammengefasst sprechen diese Überlegungen deshalb gegen eine Pflicht zur Anpassung auch jener Verträge, die noch vor dem 21. Dezember 2007 geschlossen wurden.<sup>119</sup>

Ein gegenteiliges Ergebnis wird u.a.<sup>120</sup> von jenen<sup>121</sup> befürwortet, die dem Art. 23 Abs. 1 GRC, welcher Art. 21 GRC (der zwar laut Urteil durch die Ausnahmebestimmung ebenfalls verletzt sei,<sup>122</sup> jedoch in der Folge keinerlei weitere Erörterung mehr erfährt) nach allgemeinem Verständnis vorgeht,<sup>123</sup> unmittelbare Drittwirkung zuerkennen möchten.<sup>124</sup> Ausserhalb von

<sup>107</sup> Zutreffend FELIX/SANGI (Fn. 96), 262.

<sup>108</sup> So auch LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 229.

<sup>109</sup> So aber KAHLER (Fn. 13), 896.

<sup>110</sup> Vgl. Urteil (Fn. 1), Rn. 32 sowie MÖNNICH (Fn. 6), 1097; KAHLER (Fn. 13), 896 und KROLL-LUDWIGS, Anmerkung, JZ 2011, 735.

<sup>111</sup> EuGH, Urteil vom 5.7.1973, Rs. 1/73, *Westzucker*, Rn. 5. Hervorhebung hinzugefügt.

<sup>112</sup> Vgl. auch EuGH (Fn. 111), Rn. 9.

<sup>113</sup> Zum Ganzen FRENZ (Fn. 29), Rn. 3072 ff.

<sup>114</sup> Vgl. FRENZ (Fn. 29), Rn. 3071 m.w.N.

<sup>115</sup> Zu diesen LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 229.

<sup>116</sup> Vgl. FRENZ (Fn. 29), Rn. 3378 ff. Siehe ferner LANGENFELD, Art. 141 EGV, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 40. Aufl., München 2009, Rn. 4.

<sup>117</sup> Vgl. überzeugend PERNER, *Geschlechtertarife im Versicherungsrecht* unzulässig, ÖJZ 2011, 333, 334.

<sup>118</sup> Ebenso BALLMAIER/HÄUSSLER (Fn. 33), 284 f., die allerdings für sämtliche der vor dem 21. Dezember 2012 geschlossenen Verträge eine Anpassungspflicht verneinen.

<sup>119</sup> A.A. (für eine Anpassung sämtlicher Verträge) FELIX/SANGI (Fn. 96), 263 sowie die h.M., die sich gegen jede Anpassung von Altverträgen ausspricht (siehe die Nachweise in Fn. 96).

<sup>120</sup> Siehe im Übrigen schon die Nachweise in Fn. 119.

<sup>121</sup> KROLL-LUDWIGS (Fn. 110), 736 f.

<sup>122</sup> Urteil (Fn. 1), Rn. 32.

<sup>123</sup> Vgl. ODENDAHL, § 44, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München 2006, Rn. 96 a.E. sowie FRENZ (Fn. 29), Rn. 3253, 3262, 3383.

<sup>124</sup> Eine Drittwirkung des Art. 23 GRC generell bejahend ENNUSCHAT, Art. 24, in: Tettinger/Stern (Hrsg.), *Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta*, München 2006, Rn. 11 a.E. Mit spezifischem Blick auf die vorliegende Entscheidung dafür KROLL-LUDWIGS (Fn. 110), 736 f. Aus Sicht der Entscheidung dagegen, jedoch für die Zukunft offenlassend PÄRLI (Fn. 7), 159. Klar dagegen ODENDAHL (Fn. 123), Rn. 87 und BALLMAIER/HÄUSSLER (Fn. 33), 282. Siehe im Übrigen PERNER (Fn. 117), 334.

Fragen der Entgeltgleichheit hat sich der EuGH jedoch zu dieser Frage bis dato noch nicht geäußert.<sup>125</sup> Dass dies nun ausgerechnet die Kommission in ihren für Jahresende erwarteten<sup>126</sup> *guidelines* tun sollte, steht nicht zu erwarten. Man darf aber jedenfalls gespannt sein, für welche Altvertragsregelung sie sich aussprechen wird. Ganz unabhängig davon werden sich Auswirkungen der Entscheidung auf bestehende Verträge insbesondere dort nicht von vorneherein ausschließen lassen, wo (wie etwa in Deutschland im Bereich der privaten Krankenversicherung<sup>127</sup>) die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen dem Versicherungsnehmer gesetzliche Tarifwechselrechte<sup>128</sup> einräumen.<sup>129</sup>

## VI. Schluss und Ausblick

Ob die schon bei Cicero<sup>130</sup> wiedergegebene Einsicht, wonach Gleich und Gleich sich gern geselle,<sup>131</sup> auch auf den Versicherungssektor übertragbar ist, hängt vom jeweiligen Blickwinkel auf den Gleichheitsbegriff ab. Wenn man an die Versicherungstechnik und die Bündelung gleichartiger Risiken denkt, scheint der Satz zunächst belegt. Wem aber die «Gleichbehandlung all dessen, was Menschenantlitz trägt»<sup>132</sup> vorschwebt, der kann nicht übersehen, dass heute in 13 von 27 Mitgliedstaaten<sup>133</sup> die nach Geschlechtszugehörigkeit unterscheidende Berechnung von Prämien und Leistungen an der Tagesordnung steht. Der EuGH hat dem nun ein Ende bereitet und mit dem vorliegenden Urteil die ausnahmslose Geschlechtsneutralität angeordnet. Ob dieses Ergebnis rechtspolitisch überzeugt<sup>134</sup> war ebenso

wenig Gegenstand dieses Beitrages wie die Fragen, ob die Ausserachtlassung des Geschlechts versicherungsökonomisch zu rechtfertigen ist<sup>135</sup> oder ob eine stärkere Berücksichtigung soziodemografischer Merkmale sozialpolitisch erwünscht sein kann.<sup>136</sup> Stattdessen wurde die juristische Überzeugungskraft der Urteilsbegründung analysiert und im Ergebnis infrage gestellt. Gerade das Schweigen des Gerichtshofs zu zentralen Aspekten seiner Entscheidung verdient scharfe Kritik. Dies gilt, *pars pro toto*, etwa für das Unerwähntlassen der Altverträge. Hinsichtlich dieser sprach sich der Beitrag (anders als die h.M.) für die Anpassungspflicht von nach dem 21. Dezember 2007 geschlossenen Verträgen aus, sofern das Urteil für die anwendbare Rechtsordnung massgeblich ist. Erzielt wurde diese Schlussfolgerung vor dem Hintergrund rein (europa-)rechtlicher Überlegungen und ungeachtet der unbestrittenen praktischen Probleme, die mit einem solchen Befund verbunden sind.

Insgesamt werden die wohl grössten Herausforderungen des Urteils im Bereich der Personenversicherung liegen. Allerdings ist nach hier vertretener Auffassung selbst dort letztlich nicht mit geradezu dramatischen Veränderungen zu rechnen, wenn man sich einmal die in Frankreich mit der Einführung von Unisex-Tarifen gemachten Erfahrungen vor Augen führt.<sup>137</sup> Von einer tatsächlich existenzgefährdenden Situation für die in den Mitgliedstaaten tätigen Versicherer wird umso weniger gesprochen werden können.<sup>138</sup> Auch eine gehäuft beobachtbare, versichererseitige Abstossung von Bestandsverträgen scheint wenig realistisch.<sup>139</sup> Und selbst die Gefahr von signifikanten «Wanderbewegungen», also des massenhaften Wechsels zu anderen Tarifen oder Versicherern bzw. des versicherungsnehmerseitigen Ausscheidens aus dem ursprünglichen Vertragsbestand scheint m.E. bei den Massenrisiken vielleicht weniger gross als bisweilen befürchtet. Schon die grundlegenden Erkenntnisse, derer sich die Verhalten-

des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297 ff. Eingehend zu problematischen Effekten statistischer Differenzierung im Versicherungsbereich BRITZ, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung: Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen 2008, 97 ff. und WALLRABENSTEIN (Fn. 51), 135 ff.

<sup>135</sup> Dazu T. RICHTER (Fn. 41), 42 ff. und 287 ff. sowie SAGMEISTER (Fn. 23), 189 f.

<sup>136</sup> Vgl. dazu aus spezifischer Sicht der Motorfahrzeugversicherung FLASCHOFF, Perspektiven in der Kraftfahrtversicherung, in: Wagner/Koch (Hrsg.), Aktuelle Fragen in der Versicherungswirtschaft, Karlsruhe 1999, 1, 5 sowie allgemein LOOSCHELDERS (Fn. 59), 149.

<sup>137</sup> Vgl. KOM (2003) 657 endg. S. 9. VON LEIENBACH, Unisex auch im Bestand könnte Mitnahmeeffekte verhindern, VW 2011, 467 rechnet bei einer Betrachtung selbst der (vom Urteil besonders stark betroffenen) privaten Krankenversicherung über alle Tarife hinweg «vermutlich nicht mit allzu gravierenden Änderungen».

<sup>138</sup> A.A. ARMBRÜSTER (Fn. 23), 1582 nach dem insgesamt eine «ernsthafte Gefahr für das Funktionieren des Systems der Privatversicherung droht.»

<sup>139</sup> Vgl. aber LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 300: «run-off allerorten?».

<sup>125</sup> Zu grundsätzlichen Bedenken gegen ein allgemeines, in Privatrechtsverhältnissen unmittelbar anwendbares Gleichbehandlungsgebot schon BASEDOW, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, ZEuP 2008, 230, 248 f. sowie (spezifisch für Art. 23 Abs. 1 GRC) FRENZ (Fn. 29), Rn. 3405 und ODENDAHL (Fn. 123), Rn. 87. Siehe oben Fn. 100.

<sup>127</sup> Dazu eingehend KIRSTEN, Der Tarif- und Versichererwechsel in der privaten Krankenversicherung, Karlsruhe 2004, 61 ff.

<sup>128</sup> Zur Neuregelung des Tarifwechselrechts in § 204 dVVG 2008 etwa MARKO, Private Krankenversicherung nach GKV-WVG und VVG-Reform, 2. Aufl., München 2010, Rn. 161 ff.

<sup>129</sup> So LÜTTRINGHAUS (Fn. 33), 300, nach dem infolgedessen auch Antiselektion drohe. Zum Ganzen ferner MÖNNICH (Fn. 6), 1101 und ROLFS/BINZ (Fn. 96), 717. BOETIUS, § 204, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), MükovVG Band III, München 2009, Rn. 226 f. sieht dagegen den Wechsel aus einem geschlechtsspezifischen in einen geschlechtsneutralen Tarif nicht als vom Tarifwechselrecht gem. § 204 dVVG 2008 erfasst an.

<sup>130</sup> CICERO, Cato maior de senectute 7.

<sup>131</sup> «[...] pares autem, veteres proverbio, cum paribus facillime congregantur».

<sup>132</sup> BRAUN, Ungleichbehandlung unter der Geltung des Gleichheitssatzes, JZ 2011, 703.

<sup>133</sup> Vgl. T. FRIEDRICH, Bericht aus Brüssel, VW 2011, 385. Zum Gebrauch der «opt-out-possibility» des Art. 5 Abs. 2 Gender-Richtlinie in den einzelnen Mitgliedstaaten auch THIERY, The opinion of A.G. Kokott on gender discrimination in insurance: effects for the insurance market, GPR 2011, 28, 29.

<sup>134</sup> Dazu etwa DANZL, Die geschlechtsabhängige Tarifierung: eine rechtsvergleichende Untersuchung für die private Krankenversicherung, Wien 2010, 57 ff. und 151 ff. sowie ARMBRÜSTER, Bedeutung

sökonomik bedient, lassen nämlich erwarten, dass dem Versicherungsnehmer die Überwindung des *status quo* erhebliche Schwierigkeiten bereitet und für einen Wechsel in andere Tarife beträchtliche Anreize bestehen müssten.<sup>140</sup> Deshalb wird nach hier vertretener Ansicht gewiss nicht jede Prämienhöhung zu «Wanderbewegungen» führen und selbst bei relativ hohen Anstiegen ist ein tatsächlicher Wechsel noch nicht mit Sicherheit erwartbar.

Inwieweit es konkret zu Prämienhöhungen kommen wird,<sup>141</sup> wird einerseits von der betroffenen Sparte und andererseits vom Willen und der Möglichkeit der Versicherer abhängen, Tarifierungsmerkmale einzusetzen, die geschlechtsneutral und dennoch risikogerecht sind. Wo dies nicht stattfindet, droht in der Tat die vielfach befürchtete Prämienanhebung<sup>142</sup> bzw. -nivellierung wobei abzuwarten bleibt, ob in Einzelfällen auch versucht werden wird, Prämienhöhungen mit der Unisex-Rechtsprechung zu begründen, ohne dass dies der wahre Anlass dafür wäre.<sup>143</sup> Insgesamt legen die vorliegenden Ausführungen den Schluss nahe, dass weiche Tarifierungsmerkmale weder ein Allheilmittel<sup>144</sup> für sämtliche im Gefolge der Entscheidung zu lösenden Probleme darstellen können noch dass eine verstärkte Individualisierung von Risiken geradezu unbegrenzt möglich wäre.

Mit spezifischem Blick auf die Schweiz kann man jedenfalls eines klar sagen: Für überhasteten «Nachvollzug» der Entwicklungen auf Unionsebene besteht keine Veranlassung. Sollte sich jedoch, wie man hört,<sup>145</sup> auch der Nationalrat möglicherweise mit der Frage von Unisex-Prämien befassen müssen, so wäre dringend zu wünschen, dass er die Argumente für und gegen einen entsprechenden Eingriff in die Vertragsfreiheit sorgfältiger und nachvollziehbarer abwägt und in den Auswirkungen klarer konturiert als dies der Europäische Gerichtshof getan hat. Dass die Frage in diesem Fall von der Legislative und nicht von der Judikative zu entscheiden sein wird, sollte sich als Vorteil erweisen.<sup>146</sup>

Ohne auf die Frage allfälliger Wettbewerbsvorteile schweizerischer Versicherer eingehen zu können, die hiezulande auch nach dem Urteil und der erwarteten Totalrevision des VVG weiterhin geschlechtsbezogen differenzieren dürfen, wird man jedenfalls grössere «Wanderbewegungen» von durch das Urteil nachteilig betroffenen Versicherungsnehmern aus den Mitgliedstaaten hin zu schweizerischen Versicherern nicht erwarten dürfen. Dies schon deshalb, weil das unionsweit vereinheitlichte internationale Versicherungsvertragsrecht im Bereich der Massensrisiken regelmässig jene Rechtsordnung zur Anwendung beruft, die am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Versicherungsnehmers in Geltung steht.<sup>147</sup> Will ein Versicherer dennoch in diesem Bereich tätig werden, ist er demnach – im Hinblick auf allfällige Ansprüche, die gerichtlich gegen ihn geltend gemacht werden könnten – gehalten, seine Vertragsbedingungen entsprechend anzupassen. Er geht damit auch der Möglichkeit zur Geschlechterdifferenzierung verlustig, die ihm eine drittstaatliche Rechtsordnung wie die schweizerische durchaus gewähren mag.<sup>148</sup> Und selbst wenn dereinst ein optionales Instrument, wie es in Form der *Principles of European Insurance Contract Law* (PEICL)<sup>149</sup> vorgeschlagen wurde,<sup>150</sup> Realität werden und dessen Wahl noch dazu auch in der Schweiz eröffnet sein sollte (was rechtstechnisch möglich wäre, aus heutiger Sicht aber freilich reichlich futuristisch anmutet), dann wird für eine geschlechtsspezifische Prämien- und Leistungsberechnung kein Raum mehr sein. Denn Art. 1:207 Abs. 1 PEICL,<sup>151</sup> der eng an die Vorgaben des jetzt für ungültig erklärten Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie angelehnt ist, kann nach dem vorliegenden Urteil nicht länger als Basis eines solchen Instruments dienen und bedarf der Überarbeitung.

oder Nicht-Zulassung einer Ungleichbehandlung vom Unionsgesetzgeber (und nicht von der Rechtsprechung) entschieden worden wäre.

<sup>140</sup> Vgl. allgemein ENGLERTH, Verhaltensökonomie, in: Towfigh/Petersen (Hrsg.), Ökonomische Methoden im Recht, Tübingen 2010, 165, 189 f.

<sup>141</sup> Skeptisch etwa KAHLER (Fn. 13), 896: «Pauschale Beitragserhöhungsszenarien der Versicherungsbranche dürften an der Marktrealität vorbeigehen.»

<sup>142</sup> Prototypisch für viele SINSS, Vorsorge: Unisex könnte Preise treiben, VW 2011, 377.

<sup>143</sup> Vgl. W. RÜEDI, Prämien ohne Geschlecht, PME Magazine vom 4.4.2011.

<sup>144</sup> Vgl. auch die differenzierende Analyse von ARMBRÜSTER, Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen: Gutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2010, 44 ff.; abrufbar unter <www.antidiskriminierungsstelle.de>.

<sup>145</sup> Vgl. W. RÜEDI (Fn. 143): «Franziska Teuscher, Nationalrätin und Vizepräsidentin der Grünen, will mit einem weiteren Vorstoss im Nationalrat dafür sorgen, dass die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts endlich beseitigt werde.»

<sup>146</sup> Vgl. SAGMEISTER (Fn. 23), 190, der sich schon für das vorliegende Verfahren gewünscht hätte, dass die politische Frage der Zulassung

<sup>147</sup> Zu Einzelheiten LOOSCHELDERS, Internationales Versicherungsvertragsrecht, in: Langheid/Wandt (Hrsg.), Müko-VVG Band I, München 2009, Rn. 36 ff. Im Übrigen ist auch zu prüfen und wohl zu bejahen, ob (ungeachtet des sonst auf einen Versicherungsvertrag anwendbaren Rechts) das Verbot der geschlechtsspezifischen Tarifierung als Eingriffsnorm des jeweiligen Mitgliedstaates zu qualifizieren ist – dazu LOOSCHELDERS (Fn. 33), 427. Zu Eingriffsnormen im Antidiskriminierungsrecht zuletzt eingehend LÜTRINGHAUS, Grenzüberschreitender Diskriminierungsschutz: Das internationale Privatrecht der Antidiskriminierung, Tübingen 2010, 191 ff. und 300.

<sup>148</sup> Siehe aber LOOSCHELDERS (Fn. 59), 144 sowie (sich anschliessend) ARMBRÜSTER (Fn. 144), 39, die eine versicherungsnehmerseitige Ausweichmöglichkeit auf Drittstaaten-Versicherer bejahen.

<sup>149</sup> Vgl. BASEDOW et al., Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), München 2009.

<sup>150</sup> Dazu aus schweizerischer Sicht HEISS, Der Vorentwurf einer «Gesamtrevision des BG über den Versicherungsvertrag (VVG)» im Lichte der europäischen Entwicklungen, HAVE 2007, 235, 246 ff.

<sup>151</sup> Der Volltext der PEICL ist unter <www.restatement.info> abrufbar.