

## 02/2011 Der Fall Unisex

### EuGH, Rs. C-236/09 (Unisex), Urteil des Gerichtshofs vom 1. März 2011

aufbereitet von **Tobias Fuchs**

**Das Wichtigste:** Die Vorschrift in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG, mit der es den Mitgliedstaaten ermöglicht wird, Ausnahmen von der Regel geschlechtsneutraler Versicherungstarife vorzusehen, verstößt gegen das unionsgrundrechtliche Verbot der Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts nach Art. 21, 23 GRCh. Mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ist sie als ungültig anzusehen.

## 1. Vorbemerkungen

Immer wieder sieht sich die Europarechtswissenschaft vor die Aufgabe gestellt, schwer nachvollziehbare und teilweise unzureichend begründete Urteile des EuGH so auszulegen, dass sie sich in die anerkannten dogmatischen Strukturen des Unionsrechts einfügen. In dieser Hinsicht stellt das Urteil in der Rechtssache Unisex eine ganz besondere Herausforderung dar. Der nachfolgende Versuch einer Verortung des Urteils führt zwangsläufig in die Untiefen gleichheitsrechtlicher Dogmatik – fraglos einem der faszinierendsten Gebiete des (Unions-)Rechts, dessen Kenntnis aber sicher nur in seinen Grundstrukturen zum europarechtlichen Wissenskanon im Staatsexamen gezählt werden kann.

Auf Vorlage des belgischen Verfassungsgerichtshofs hatte es der EuGH mit einer scheinbar unproblematischen Prüfungskonstellation zu tun, der Frage nach der Vereinbarkeit einer Richtlinienbestimmung mit dem unionsgrundrechtlichen Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts (Art. 21, 23 GRCh). Der streitige Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG stellt es den Mitgliedstaaten frei, für den Bereich des Versicherungswesens eine Ausnahme vom Grundsatz geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen gemäß Absatz 1 vorzusehen (u.a. Deutschland hat von dieser Ausnahme Gebrauch gemacht, vgl. § 20 Abs. 2 AGG).

Während die Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen erwartungsgemäß eine Prüfung der einschlägigen Art. 21, 23 GRCh vornimmt (Rn. 29 ff. der Schlussanträge), weist die Urteilsbegründung ganz erhebliche Abweichungen von diesem Prüfungsschema auf. Zwar wirft auch der EuGH eingangs Art. 21, 23 GRCh als Prüfungsmaßstab auf (Rn. 17) und hält als Ergebnis seiner Prüfung einen Verstoß gegen diese Vorschriften fest (Rn. 32). Abgesehen von diesem Rahmen erinnert jedoch wenig an die klassischen Prüfungsstufen eines grundrechtlichen Diskriminierungsverbotes. Der Gerichtshof verengt den Blick vielmehr auf eine Art Kohärenzprüfung (Rn. 21), bei der die Ausnahme in Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG allein auf ihre Stimmigkeit im Hinblick auf das Richtlinieziel überprüft wird. Er misst die Richtlinie gewissermaßen an sich selbst (vgl. Kahler, NJW 2011, 894), wenn er zunächst feststellt, die Richtlinie verfolge in Anknüpfung an das Primärrecht das unbedingte Ziel geschlechtsneutraler Versicherungstarife und gehe insoweit von einer generellen Vergleichbarkeit von Männern und Frauen im Hinblick auf Versicherungsprämien und -leistungen aus (Rn. 17-21, 30), und hieraus folgert, dass

die mit Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG geschaffene, zeitlich unbegrenzte Abweichungsmöglichkeit der Verwirklichung dieses Ziels zuwiderläuft und somit als unwirksam anzusehen ist (Rn. 31-33).

Hierzu ist in aller Deutlichkeit festzuhalten, dass der Vorwurf der Inkohärenz materiell ein völlig anderer ist als der einer Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts.

### Selbst- und unselbstständige Kohärenzprüfung

Bleibt die Frage, was es mit dieser Kohärenzprüfung auf sich hat, zumal der Begriff der „Kohärenz“ in der Rechtsprechung des Gerichtshofs in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen Verwendung findet. Der im Bereich der Grundfreiheiten diskutierte Rechtfertigungsgrund der „Kohärenz einer Steuerregelung“ ist vorliegend offensichtlich nicht gemeint. Darüber hinaus wird in der Rechtsprechung des EuGH unter dem Kohärenzgebot eine besondere Schranken-Schranke verstanden, mit der die Einschränkung unionsrechtlicher Gewährleistungen von einer „kohärenten und systematischen“ Zielverwirklichung abhängig gemacht wird (vgl. DeLuxe 2011, Carmen Media). Im Unisex-Urteil geht es um einen sehr ähnlichen Kohärenzgedanken, allerdings erkennbar nicht auf der Schranken-Schranken-Ebene: Fehlt es im Unisex-Urteil doch an der hierfür erforderlichen vorhergehenden Feststellung einer sonstigen Rechtsverletzung (im Carmen-Media-Urteil ging es etwa um einen Eingriff in die Dienstleistungsfreiheit). Der EuGH legt seiner Kohärenzprüfung auch nicht etwa einen Verstoß gegen Art. 21, 23 GRCh zugrunde.

Nachvollziehbar wird das Unisex-Urteil erst, wenn man sich vor Augen führt, dass es sich bei der Kohärenzprüfung iSd Carmen-Media-Urteils um nichts anderes als eine *unselbstständige* Ausprägung des allgemeinen Gleichheitssatzes handelt (vgl. Haratsch/Koenig/Pechstein, 7. Aufl. 2010, Rn. 795). Der allgemeine Gleichheitssatz als Gebot sachlicher Begründung differenzierender Rechtsfolgen belässt dem Gesetzgeber grundsätzlich einen sehr weiten Spielraum bei der Festlegung des Regelungsziels. Soweit sich der Gesetzgeber jedoch einmal auf ein legitimes Regelungsanliegen festgelegt hat, zwingt ihn der Gleichheitssatz dazu, sich an diesen Maßstab zu halten. Der Unterschied besteht nun darin, dass diese materielle Forderung nach kohärenter bzw. folgerichtiger Verwirklichung des (selbst gesetzten) Regelungsziels im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes als *selbstständiger* Prüfungsmaßstab zur Anwendung kommt. Soweit der unionsrechtliche Gleichheitssatz nicht anwendbar ist

(Art. 20, 51 Abs. 1 GRCh), können Kohärenzgesichtspunkte dagegen allenfalls *unselbstständig* – d.h. abhängig von der Anwendbarkeit einer sonstigen unionsrechtlichen Gewährleistung – und deshalb erst auf der Ebene der Schranken-Schranken und nur im Hinblick auf das konkret einschlägige Rechtfertigungsziel Berücksichtigung finden.

Verkürzt lässt sich sagen, der EuGH wirft der Richtlinie vor, *überhaupt* eine Ausnahme vom Grundsatz geschlechtsneutraler Versicherungstarife nach Art. 5 Abs. 1 Richtlinie 2004/113/EG zuzulassen. Auf den konkreten Inhalt der Ausnahme nach Absatz 2 (einschließlich der ihr zugrunde liegenden Differenzierungserwägung) kommt es für diesen Vorwurf ersichtlich nicht an. Genau hierauf zielt indes die von der Generalanwältin geführte Auseinandersetzung zum Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts. Die Kohärenzprüfung im Unisex-Urteil entpuppt sich damit in der Sache als herkömmliche Prüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes nach Art. 20, 51 Abs. 1 GRCh. Die entscheidende Weichenstellung vollzieht sich auf der Stufe der Vergleichbarkeitsprüfung, konkret bei der Bestimmung des relevanten Ziels, anhand dessen die Vergleichbarkeit zu beurteilen ist: Indem der EuGH hier den Fokus auf das *weitere* „Ziel der Unionsmaßnahme“ legt (also „Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen“, Rn. 29 f.), verliert er die spezielle Diskriminierungsproblematik aus dem Blick. Wohingegen die Generalanwältin richtigerweise auf das *engere* „Ziel des Regelungsbereichs“ abstellt (also speziell die Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG zugrunde liegende Erwägung „risikogerechter“ Versicherungstarife, vgl. Rn. 43 f. der Schlussanträge).

Ob sich der vom EuGH fokussierte allgemein-gleichheitsrechtliche Kohärenzaspekt möglicherweise auch mit dem speziellen Diskriminierungsverbot nach Art. 21, 23 GRCh erfassen lässt, wovon die Urteilsbegründung auszugehen scheint, ist nicht eindeutig zu beantworten, aber eher zweifelhaft. An diesem Punkt ergeben sich sehr grundlegenden Konkurrenzfragen für das Verhältnis von allgemeinem und besonderen Gleichheitsrechten, denen an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden soll. Letztlich richtet sich der Haupteinwand gegen die voreilige Unterstellung des EuGH, die Richtlinie verfolge das *unbedingte* Ziel geschlechtsneutraler Versicherungstarife. Der Gerichtshof berücksichtigt nicht hinreichend, dass der Richtliniengeber mit Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG (vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 19) seine Anerkennung geschlechtsspezifischer Versicherungstarife explizit zum Ausdruck gebracht hat (Rn. 30). Mit der Unbedingtheit des Richtlinienziels entfällt aber auch die Grundlage für den Vorwurf der Inkohärenz.

Die vom EuGH im Ergebnis angenommene Grundrechtswidrigkeit von Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG entzieht nicht nur den entsprechenden Umsetzungsvorschriften der Mitgliedstaaten die Grundlage, sondern auch unzähligen Versicherungsverträgen, die im Vertrauen auf die Beständigkeit der umsetzungsgesetzlichen Ausnahmen begründet worden sind. Anders als in der berüchtigten Mangold-Rechtsprechung entschärft der EuGH diese Horizontalwirkungs- bzw. Vertrauensschutzproblematik (vgl. DeLuxe 2010, Kückdeveci) im Unisex-Urteil durch die Anerkennung einer angemessenen Übergangsfrist bis zum Eintritt der Nichtigkeit von Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG (Rn. 33 f.).

Insgesamt ist festzuhalten, dass eine gutachterliche Erörterung der Unisex-Problematik auf den wenig überzeugenden „Kohärenz-Schlenker“ des EuGH durchaus verzichten und direkt zu einer klassischen Diskriminierungsprüfung übergehen könnte. Einige erwähnenswerten Eckpunkte einer solchen Prüfung sollen im Folgenden dargestellt werden. Als argumentativer Bezugspunkt dienen die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott.

#### **Diskriminierung aus Gründen des Geschlechts, Art. 21, 23 GRCh**

Für die materielle Prüfung, ob Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG gegen das unionsgrundrechtliche Diskriminierungsverbot aus Gründen des Geschlechts verstößt, geht die Generalanwältin von der allgemeinen Formel aus, wonach der Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte gleich zu behandeln, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (Rn. 41 der Schlussanträge).

Bei geschlechtsspezifisch ausgestalteten Versicherungsprämien und -leistungen handelt es sich um eine unmittelbare Ungleichbehandlung von männlichen und weiblichen Versicherungsnehmern. Der Erlaubnis zu einer solchen Ungleichbehandlung gemäß Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG liegt die Erwägung zugrunde, dass eine gruppenbezogene Risikoprognose die notwendige Kalkulationsgrundlage jeder Versicherung darstellt. Insoweit bringt Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG zum Ausdruck, dass es nach Auffassung des Richtliniengabers trotz des Grundsatzes in Absatz 1 als vertretbar anzusehen ist, die Berücksichtigung bestimmter geschlechtsspezifischer Risiken zuzulassen. In dieser Lesart sind ungleiche Prämien und Leistungen lediglich die sachgerechte

Konsequenz eines ungleichen Risikos, maW eine Ungleichbehandlung nicht vergleichbarer Sachverhalte.

Richtigerweise berücksichtigt die Generalanwältin diesen Entscheidungszusammenhang bereits auf der Vergleichbarkeitsebene und nicht erst bei der Rechtfertigung nach objektiven Erwägungen. Im Ergebnis weist sie die Risikoerwägung des Unionsgesetzgebers jedoch zurück und geht von einer prinzipiellen Vergleichbarkeit von Männern und Frauen im Hinblick auf Versicherungstarife aus (Rn. 42 ff. der Schlussanträge).

Ohne die Argumentation der Generalanwältin an dieser Stelle vollständig nachzuzeichnen, sollen doch einige Unstimmigkeiten aufgezeigt werden. Zunächst vertritt sie die Auffassung, eine relevante Nichtvergleichbarkeit käme nur im Hinblick auf „eindeutige biologische Unterschiede“ in Betracht, im Gegensatz zu „rein statistisch auftretenden Unterschieden“ (Rn. 52-57 der Schlussanträge). Erstaunlicherweise verweist sie in diesem Zusammenhang selbst auf Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2004/113/EG und legt dadurch den Wertungswiderspruch ihrer These frei. Liegt dieser Vorschrift doch die anerkannte Überlegung zugrunde, dass die *unveränderliche Zuordnung* einzelner Merkmale zu einer Person für ihre gleichheitsrechtliche Unbeachtlichkeit streitet (vgl. etwa die Merkmale in Art. 21 GRCh, vgl. auch Rn. 50 der Schlussanträge) und demzufolge gerade „biologische“ Unterschiede unbeachtet bleiben müssten.

Darüber hinaus lässt insbesondere ein Blick auf die Konsequenzen der Rechtsauffassung der Generalanwältin Zweifel an ihrer Richtigkeit aufkommen. So führt die Annahme einer Grundrechtswidrigkeit (und damit Nichtigkeit) von Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG dazu, dass Versicherte mit statistisch geringem Risiko – gleichgültig auf welche Ursachen dieses Risiko letztlich zurückgeht (biologische oder etwa verhaltensbedingte) – das statistisch höhere Risiko von Versicherten des anderen Geschlechts generell mitzufinanzieren haben. In bestimmten Bereichen mag ein solcher Ausgleich gesellschaftlich gewollt und sinnvoll sein, etwa soweit es darum geht, die Kosten von Schwangerschaft und Mutterschaft im Rahmen einer Krankenversicherung gleichermaßen auf Männer wie Frauen zu verteilen (vgl. Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2004/113/EG). Überwiegend dürften die Konsequenzen einer Nichtigkeit von Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG aber alles andere als plausibel sein (eingehend Schwintowski, VersR 2011, 164 ff.), etwa, dass Frauen im Rahmen von Kfz-Haftpflichtversicherungen zur Mitfinanzierung des signifikant höheren Unfallrisikos von (jungen) Männern herangezogen werden.

Hätte sich der Unionsgesetzgeber in Wahrnehmung seiner Gestaltungsprärogative für eine derart *rigorose Einebnung von Versicherungstarifen* ausgesprochen, wäre das wohl anzuerkennen. Dass hierin aber eine unverrückbare Forderung der Unionsgrundrechte liegen soll, ist nicht nachzuvollziehen.

Zitervorschlag: Fuchs, DeLuxe 2011, Unisex  
<http://www.rewi.europa-uni.de/deluxe>

## 2. Vertiefende Lesehinweise

- **Karpenstein**, EuZW 2010, 885
- **Schwintowski**, VersR 2011, 164
- **Kahler**, NJW 2011, 894

## 3. Sachverhalt

Die Kläger des Ausgangsverfahrens erhoben beim belgischen Verfassungsgerichtshof eine Klage auf Nichtigkeitserklärung des Gesetzes, mit dem die Richtlinie 2004/13/EG (zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen) in belgisches Recht umgesetzt wurde. Ihrer Ansicht nach verstößt das Gesetz, mit dem von der Ausnahmemöglichkeit des Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG Gebrauch gemacht wird, gegen das Unionsgrundrecht auf Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Der Verfassungsgerichtshof setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH die Frage nach der Gültigkeit der betreffenden Richtlinienbestimmung vor.

In Art. 5 Abs. 2 Richtlinie 2004/113/EG ist für den Bereich des Versicherungswesens eine Ausnahme vom Grundsatz geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen vorgesehen. Hiernach ist es den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung freigestellt, „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“.

## 4. Aus den Entscheidungsgründen

17 Nach den Art. 21 und 23 der Charta sind zum einen Diskriminierungen wegen des Geschlechts verboten, und zum anderen ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen zu gewährleisten. Da im vierten Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 ausdrücklich auf diese Artikel Bezug genommen wird, ist die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie mit Blick auf diese Bestimmungen der Charta zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 9. November 2010, Volker und Markus Schecke und Eifert, C-92/09 und C-93/09, Slg. 2010, I-0000, Randnr. 46).

18 Das Recht auf Gleichbehandlung von Frauen und Männern ist Gegenstand von Bestimmungen des AEU-Vertrags. Zum einen muss nach Art. 157 Abs. 1 AEUV jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellen. Zum anderen kann nach Art. 19 Abs. 1 AEUV der Rat nach Zustimmung des Parlaments geeignete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.

19 Während Art. 157 Abs. 1 AEUV den Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern in einem spezifischen Bereich aufstellt, stellt Art. 19 Abs. 1 AEUV eine Ermächtigung für den Rat dar, der, wenn er davon Gebrauch macht, u. a. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV beachten muss, nach dem die Union soziale Ausgrenzung und Diskriminierungen bekämpft und soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes fördert, sowie Art. 8 AEUV, nach dem die Union bei allen ihren Tätigkeiten darauf hinwirkt, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.

20 Bei der schrittweisen Verwirklichung dieser Gleichheit ist es der Unionsgesetzgeber, der unter Berücksichtigung der Aufgabe, die der Union mit Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV und Art. 8 AEUV übertragen worden ist, den Zeitpunkt seines Tätigwerdens bestimmt, wobei er der Entwicklung der wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse in der Union Rechnung trägt.

21 Ist jedoch ein solches Tätigwerden beschlossen worden, muss es in kohärenter Weise auf die Erreichung des verfolgten Ziels hinwirken, was nicht die Möglichkeit ausschließt, Übergangszeiten oder Ausnahmen begrenzten Umfangs vorzusehen.

22 Wie es im 18. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 heißt, war bei deren Erlass die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren im Bereich des Versicherungswesens weit verbreitet.

23 Folglich stand es dem Unionsgesetzgeber frei, den Grundsatz der Gleichheit von Frauen und Männern, genauer die Anwendung der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen, stufenweise mit angemessenen Übergangszeiten umzusetzen.

24 In diesem Sinne hat der Unionsgesetzgeber in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 vorgesehen, dass die Unterschiede bei den Prämien und Leistungen, die sich aus der Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei ihrer Berechnung ergeben, bis spätestens zum 21. Dezember 2007 abgeschafft werden mussten.

25 In Abweichung von der mit diesem Art. 5 Abs. 1 eingeführten Grundregel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen ist den Mitgliedstaaten, deren nationales Recht diese Regel bei Erlass der Richtlinie 2004/113 noch nicht vorsah, durch Art. 5 Abs. 2 die Möglichkeit eingeräumt worden, vor dem 21. Dezember 2007 zu 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.

26 Ebenfalls nach Art. 5 Abs. 2 wird diese Möglichkeit fünf Jahre nach dem 21. Dezember 2007 überprüft, wobei einem Bericht der Kommission Rechnung zu tragen ist, doch dürfen die Mitgliedstaaten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, den Versicherern gestatten, diese Ungleichbehandlung unbefristet zu praktizieren, da die Richtlinie 2004/113 keine Bestimmung über die Anwendungsdauer dieser Unterschiede enthält.

27 Der Rat äußert Zweifel daran, ob die Lage von versicherten Frauen und die von versicherten Männern im Rahmen bestimmter Privatversicherungszweige als vergleichbar angesehen werden können, da aus versicherungstechnischer Sicht bei der auf statistischer Grundlage stattfindenden Einordnung in Risiko-

kategorien die Niveaus des versicherten Risikos bei Frauen und bei Männern unterschiedlich sein könnten. Er macht geltend, die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gewählte Option solle nur ermöglichen, unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichzubehandeln.

28 Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs verlangt der Gleichbehandlungsgrundsatz, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleichbehandelt werden, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt ist (vgl. Urteil vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., C-127/07, Slg. 2008, I-9895, Randnr. 23).

29 Die Vergleichbarkeit der Sachverhalte ist im Licht des Zwecks und des Ziels der Unionsmaßnahme, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu beurteilen (vgl. in diesem Sinne Arcelor Atlantique et Lorraine u. a., Randnr. 26). Hier wird diese Unterscheidung mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 eingeführt.

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

31 Damit besteht die Gefahr, dass die in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 vorgesehene Ausnahme von der Gleichbehandlung von Frauen und Männern nach dem Unionsrecht unbefristet zulässig ist.

32 Eine solche Bestimmung, die es den betreffenden Mitgliedstaaten gestattet, eine Ausnahme von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen

unbefristet 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 Die Bestimmung ist daher nach Ablauf einer angemessenen Übergangszeit als ungültig anzusehen.

34 Nach alledem ist auf die erste Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 ungültig ist.

## 5. Aus den Schlussanträgen

29 Der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung findet in Art. 20 der Charta der Grundrechte seinen Ausdruck, welcher die Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz festschreibt. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um den Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung von Männern und Frauen, der schon früh vom Gerichtshof als grundlegendes Prinzip des Unionsrechts anerkannt wurde und nun als Grundrecht in Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 der Charta der Grundrechte speziell niedergelegt ist. Nur auf diesen Grundsatz gehe ich im Folgenden ein. Da für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kein wesentlicher Unterschied zwischen den Begriffen „Gleichbehandlungsgrundsatz“, „Grundsatz der Nichtdiskriminierung“ und „Diskriminierungsverbot“ besteht, werde ich sie als Synonyme verwenden.

(...)

40 Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gestattet es den Mitgliedstaaten, unter den dort genannten Bedingungen geschlechtsspezifische Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen zuzulassen. Damit erlaubt die Vorschrift Unterschiede in Versicherungsverträgen, die unmittelbar an das Geschlecht des Versicherten anknüpfen.

41 Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 einer unionsrechtlich verbotenen unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts den Weg bereitet. Nach ständiger Rechtsprechung verlangt nämlich der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, von dem das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lediglich eine spezielle Ausprägung darstellt, dass vergleichbare Sachverhalte

nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist.

42 Zu prüfen ist also, ob die Situationen, in denen sich Männer und Frauen im Hinblick auf Versicherungsdienstleistungen befinden, sich in rechtlich erheblicher Weise unterscheiden können.

43 Die Merkmale von Sachverhalten und ihre Vergleichbarkeit sind u. a. im Lichte des Ziels und des Zwecks der Regelung, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu bestimmen und zu beurteilen. Außerdem sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, dem die in Rede stehende Regelung unterfällt.

44 Wie mehrere Beteiligte im Verfahren vor dem Gerichtshof ausgeführt haben, soll mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 den Besonderheiten des Versicherungswesens Rechnung getragen werden. Versicherungsunternehmen bieten Dienstleistungen an, von denen bei Vertragsabschluss nicht sicher gesagt werden kann, ob, wann und in welchem Ausmaß sie der Versicherte in Anspruch nehmen wird. Um dieses Risiko kalkulierbar zu machen und die jeweiligen Produkte risikogerecht auszugestalten, ist bei der versicherungsmathematischen Berechnung von Prämien und Leistungen der Rückgriff auf Prognosen unverzichtbar.

45 Bei Risikolebensversicherungen und Rentenversicherungen kommt es beispielsweise auf die prognostizierte Lebenserwartung des Versicherten an, im Fall von Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungen auf die Wahrscheinlichkeit, mit der der Versicherte im Straßenverkehr einen Unfall verursachen wird, und bei der privaten Krankenversicherung auf die Wahrscheinlichkeit, mit der der Versicherte bestimmte medizinische Leistungen in Anspruch nehmen wird.

46 Normalerweise wird dabei nicht in erster Linie eine individuelle Prognose über den jeweiligen Versicherten angestellt, sondern es wird auf Erfahrungswerte zurückgegriffen. Dies liegt vor allem daran, dass genaue Aussagen über das mit einem Individuum verbundene Versicherungsrisiko schwierig, wenn nicht gar unmöglich sind. Es ist deshalb im Grundsatz durchaus legitim, zur Risikobewertung statt – oder neben – einer individuellen Betrachtung eine Gruppenbetrachtung durchzuführen.

47 Welche Vergleichsgruppen aber zu diesem Zweck gebildet werden dürfen, hängt letztlich immer von den jeweiligen rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Bei der Festlegung solcher Rahmenbedingungen, die politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen beinhaltet sowie komplexe Beurteilungen und Prüfungen erfordern kann, genießt der Rat im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten einen weiten Beurteilungsspielraum („Ermessen“). Darauf haben zahlreiche Verfahrensbeteiligte zu Recht hingewiesen. Im Rahmen seines Ermessens darf – und muss – der Rat auch auf die spezifischen Besonderheiten des Versicherungswesens Rücksicht nehmen.

48 Allerdings ist dieses Ermessen des Rates nicht grenzenlos. Insbesondere darf seine Inanspruchnahme nicht dazu führen, dass ein tragender Grundsatz des Unionsrechts ausgehöhlt wird. Zu den tragenden Grundsätzen des Unionsrechts gehören nicht zuletzt die in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte normierten besonderen Diskriminierungsverbote.

49 Deshalb darf der Rat beispielsweise die Rasse und die ethnische Herkunft einer Person nicht als Differenzierungsgründe im Versicherungswesen zulassen. In einer Union des Rechts, welche die Achtung der Menschenwürde, der Menschenrechte, der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung zu ihren obersten Prinzipien erklärt hat, wäre es zweifelsohne in höchstem Maße unangebracht, wenn etwa im Rahmen der Krankenversicherung ein unterschiedliches Risiko von Hautkrebserkrankungen mit der Hautfarbe des Versicherten in Verbindung gebracht und ihm deshalb entweder eine höhere oder eine niedrigere Prämie abverlangt würde.

50 Ebenso wenig ist es angebracht, Versicherungsrisiken am Geschlecht einer Person festzumachen. Es gibt keinen sachlichen Grund, anzunehmen, dass das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einen geringeren Schutz böte als das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft. Denn wie die Rasse und die ethnische Herkunft ist auch das Geschlecht ein Merkmal, das untrennbar mit der Person des Versicherten verbunden ist und auf das dieser keinerlei Einfluss hat. Zudem ist das Geschlecht einer Person, anders als etwa ihr Alter, keinen natürlichen Veränderungen unterworfen.

51 Es ist daher nur folgerichtig, dass der Rat in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen grundsätzlich verboten hat. Sogar

die Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen, obgleich sie aus offenkundigen biologischen Gründen nur bei Frauen auftreten können, nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2004/113 auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen für männliche und weibliche Versicherte führen.

52 Nichtsdestoweniger lässt es der Rat in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zu, dass das Geschlecht bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen Berücksichtigung findet, wenn es bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die streitige Vorschrift nimmt also – anders als Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2004/113 – keine eindeutigen biologischen Unterschiede zwischen Versicherten ins Visier. Sie betrifft vielmehr Fälle, in denen sich unterschiedliche Versicherungsrisiken allenfalls statistisch mit dem Geschlecht in Verbindung bringen lassen.

53 Im Verfahren vor dem Gerichtshof wurden dafür v. a. diese beiden Beispiele vorgebracht: Frauen haben – statistisch gesehen – eine höhere Lebenserwartung als Männer, und schwere Verkehrsunfälle werden – statistisch gesehen – häufiger von Männern als von Frauen verursacht. Außerdem wird in Bezug auf private Krankenversicherungen bisweilen vorgebracht, Frauen würden – statistisch gesehen – mehr medizinische Leistungen in Anspruch nehmen als Männer.

54 Der Gerichtshof hat bislang noch nicht klar zu der Frage Stellung genommen, ob bei der Ausgestaltung von Versicherungsprodukten Unterschiede zwischen Personen, die sich lediglich statistisch mit deren Geschlecht in Verbindung bringen lassen, zu einer unterschiedlichen Behandlung von männlichen und weiblichen Versicherten führen dürfen oder gar müssen.

55 Zwar hat der Gerichtshof in den Urteilen Neath und Coloroll Pension Trustees zur Kenntnis genommen, dass bei der Finanzierung der dort streitigen Rentensysteme die unterschiedliche Lebenserwartung von Männern und Frauen einer der zugrunde gelegten versicherungsmathematischen Faktoren war. Der Gerichtshof hat sich jedoch nicht zur Vereinbarkeit dieses Faktors mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geäußert. Vielmehr hat er den Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 Abs. 1 AEUV) für nicht anwendbar gehalten, weil nur die Rentenbeiträge der Arbeitgeber von dem

versicherungsmathematischen Faktor abhingen, nicht aber die der Arbeitnehmer; damit war seinerzeit nach Ansicht des Gerichtshofs kein Entgelt im Sinne des Unionsrechts betroffen.

56 Immerhin hat der Gerichtshof aber in obiter dicta in den Urteilen Neath und Coloroll Pension Trustees jeweils ausgeführt, dass die vom Anwendungsbereich des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag erfassten Arbeitnehmerbeiträge zu betrieblichen Rentensystemen für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleich hoch sein müssten, da sie Bestandteil des Entgelts sind.

57 Wenn überhaupt, dann legt also die Rechtsprechung Neath und Coloroll Pension Trustees eher den Schluss nahe, dass das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einer Berücksichtigung rein statistisch auftretender Unterschiede zwischen Männern und Frauen im Hinblick auf Versicherungsrisiken entgegensteht.

58 Dies sollte auch für den vorliegenden Fall als Richtschnur dienen.

59 Im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote können zwar statistische Daten nach ständiger Rechtsprechung auf das Vorliegen einer mittelbaren Diskriminierung hindeuten. Der Gerichtshof hat jedoch, soweit ersichtlich, noch nie Statistiken als alleinigen Anknüpfungspunkt – und damit letztlich als Rechtfertigungsgrund – für eine unmittelbare Ungleichbehandlung akzeptiert.

60 Diese Zurückhaltung des Gerichtshofs dürfte mit dem hohen Stellenwert zusammenhängen, den das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Unionsrecht genießt. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist – abgesehen von spezifischen Fördermaßnahmen zugunsten der Angehörigen einer benachteiligten Gruppe („affirmative action“) – nur dann zulässig, wenn sich mit Sicherheit feststellen lässt, dass es relevante Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, die eine solche Behandlung erfordern.

61 Genau an dieser Sicherheit fehlt es aber, wenn Versicherungsprämien und -leistungen allein oder jedenfalls maßgeblich unter Zugrundelegung von Statistiken für Männer und Frauen unterschiedlich berechnet werden. Es wird dann pauschal unterstellt, dass die – lediglich statistisch zu Tage tretende – unterschiedliche Lebenserwartung von männlichen und weiblichen Versicherten,

ihre unterschiedliche Risikobereitschaft im Straßenverkehr und ihre unterschiedliche Neigung zur Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen maßgeblich auf ihr Geschlecht zurückzuführen seien.

62 Tatsächlich spielen jedoch, wie Test-Achats unwidersprochen vorgetragen hat, zahlreiche andere Faktoren eine wichtige Rolle für die Bewertung der genannten Versicherungsrisiken. So wird beispielsweise die im vorliegenden Fall besonders interessierende Lebenserwartung von Versicherten stark von wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten sowie von den Lebensgewohnheiten jedes Einzelnen beeinflusst (z. B. Art und Umfang der ausgeübten Berufstätigkeit, familiäres und soziales Umfeld, Ernährungsgewohnheiten, Konsum von Genussmitteln und/oder Drogen, Freizeitaktivitäten, sportliche Betätigung).

63 Angesichts des gesellschaftlichen Wandels und des mit ihm einher gehenden Bedeutungsverlusts traditioneller Rollenbilder lassen sich die Auswirkungen verhaltensbedingter Faktoren auf Gesundheit und Lebenserwartung einer Person nicht mehr eindeutig mit deren Geschlecht in Verbindung bringen. Um nur einige der soeben genannten Beispiele wieder aufzugreifen: sowohl Frauen als auch Männer gehen heutzutage anspruchsvollen und bisweilen äußerst stressreichen beruflichen Tätigkeiten nach, Angehörige beider Geschlechter konsumieren in nicht unerheblichem Umfang Genussmittel, und auch Art und Umfang der sportlichen Betätigung von Personen kann nicht von vornherein mit dem einen oder dem anderen Geschlecht in Verbindung gebracht werden.

64 Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2004/113 ist nicht ersichtlich, dass der Rat diesen Umständen auch nur ansatzweise Rechnung getragen hätte.

65 Der Vielschichtigkeit der Problematik wird es jedenfalls nicht gerecht, wenn der Rat es in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 schlicht zulässt, dass Unterschiede zwischen Versicherten weiterhin allein oder jedenfalls maßgeblich am Geschlecht der Betroffenen festgemacht werden, selbst wenn dafür gewisse Hürden errichtet werden („bestimmender Faktor“; „proportionale Unterschiede“; „relevante und genaue Daten“, die veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden).

66 Zugegebenermaßen lässt sich eine Differenzierung nach dem Geschlecht in Versicherungsprodukten besonders leicht in die Tat umsetzen. Die korrekte Erfassung und Bewertung wirtschaftlicher und sozialer Gegebenheiten sowie



der Lebensgewohnheiten von Versicherten ist ungleich komplizierter und lässt sich auch schwerer nachprüfen, zumal diese Faktoren im Lauf der Zeit Änderungen unterliegen können. Praktische Schwierigkeiten allein rechtfertigen jedoch nicht, gewissermaßen aus Bequemlichkeitsgründen auf das Geschlecht der Versicherten als Unterscheidungskriterium zurückzugreifen.

67 Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen ist es unvereinbar, das Geschlecht einer Person gleichsam als Ersatzkriterium für andere Differenzierungsmerkmale heranzuziehen. Denn auf diese Weise lässt sich nicht sicherstellen, dass unterschiedliche Versicherungsprämien und -leistungen für männliche und weibliche Versicherte ausschließlich auf objektiven Kriterien beruhen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

68 Rein finanzielle Erwägungen, wie die von manchen Verfahrensbeteiligten ins Feld geführte Gefahr einer Erhöhung der Prämien für einen Teil der Versicherten oder gar für alle Versicherten, stellen jedenfalls keinen sachlichen Grund dar, der Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht erlauben würde. Außerdem liegt es nahe, anzunehmen, dass ohne eine Ausnahmeklausel wie Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zwar für manche Versicherten die Prämien höher liegen würden als derzeit; dem müssten aber im Normalfall geringere Prämien für Versicherte des jeweils anderen Geschlechts gegenüberstehen. Jedenfalls hat keiner der Verfahrensbeteiligten vorgebracht, dass bei Einführung so genannter Unisex-Tarife eine ernsthafte Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht privater Versicherungssysteme entstünde.

69 Vor diesem Hintergrund bin ich, wie schon vor mir Generalanwalt Van Gerven, der Auffassung, dass die Anwendung von auf dem Geschlecht beruhenden versicherungsmathematischen Faktoren mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht vereinbar ist.

70 Alles in allem schlage ich deshalb dem Gerichtshof vor, Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 wegen Verstoßes gegen das grundrechtlich verankerte Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für ungültig zu erklären. Mit einem solchen Urteil befände sich der Gerichtshof übrigens in guter Gesellschaft: Schon vor mehr als dreißig Jahren hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika im Zusammenhang mit Rentenversicherungen geurteilt, dass der Civil Rights Act von 1964 eine unterschiedliche Behandlung von Versicherten je nach ihrem Geschlecht verbietet.