

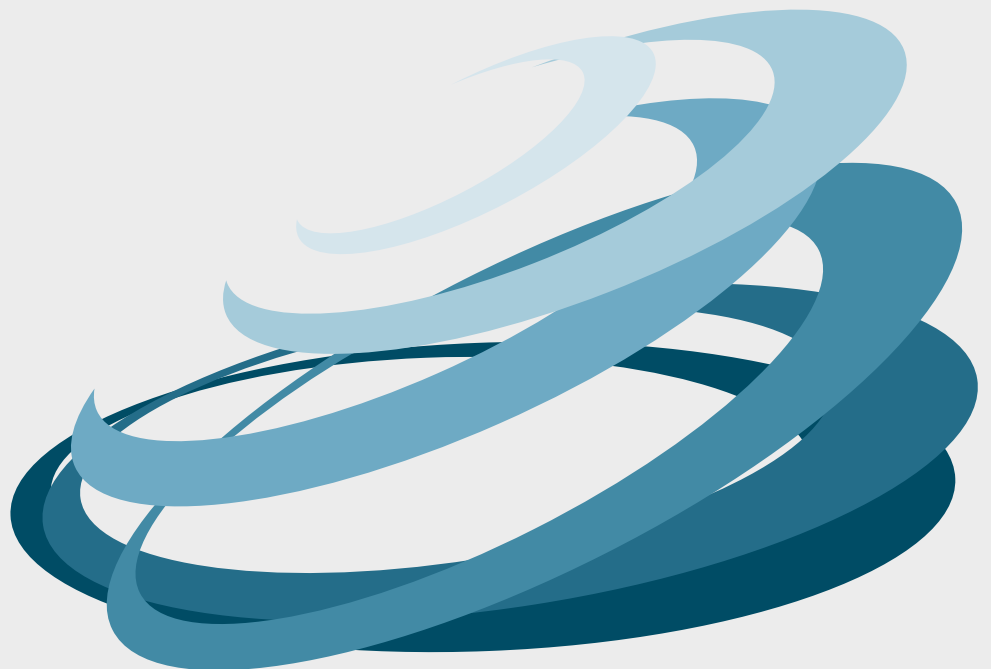


Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrecht- licher Versicherungen

Expertise

erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes
durch Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster



Zusammenfassung des Forschungsprojekts „Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen“ und der Forschungsergebnisse

Die Expertise geht der Frage nach, welche Bedeutung dem im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) enthaltenen Benachteiligungsverbot für private Versicherungen zukommt und inwieweit zum Schutz der Betroffenen weiterer Handlungsbedarf besteht.

Der Gesetzgeber verfolgt das Anliegen, Menschen vor Diskriminierung aufgrund von Merkmalen wie Alter, Geschlecht oder Behinderung zu schützen, auch bei privatrechtlichen Versicherungen. Hier besteht die Besonderheit, dass im Gegensatz zu allen anderen von dem zivilrechtlichen Benachteiligungsverbot erfassten Verträgen vielfach nach personenbezogenen Merkmalen differenziert wird. Die Funktionsweise der Versicherung und die Interessen der Versicherungsnehmer/innen gebieten nämlich eine möglichst genau am konkreten Risiko ausgerichtete Gestaltung von Prämien und Bedingungen. Dies anerkennt auch der Gesetzgeber des AGG; nach seinen Worten geht es im Versicherungsbereich um ein reines Willkürverbot. Die Betroffenen werden dadurch vor Willkür geschützt, dass das Gesetz besondere Anforderungen an die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung stellt. Die Expertise geht hierauf im Einzelnen ein. So wird z. B. dargelegt, dass der Versicherer teils auch auf betriebsinterne Daten zurückgreifen kann, dass diese jedoch zum Schutz der Betroffenen der Überprüfung durch eine neutrale Stelle zugänglich gemacht werden müssen. Zudem verhindert das Gesetz es nicht, dass bestimmten Kundenkreisen besondere Vorteile gewährt werden (z. B. Jugend- oder Frauentarife).

Über die Erörterung des geltenden Rechts hinaus unternimmt es die Expertise, praktische Handlungsmöglichkeiten auszuloten, mit denen Konflikten vorgebeugt werden kann. Hierzu zählt insbesondere die Forderung nach einer nachvollziehbaren Begründung von Ungleichbehandlungen. Ist eine Benachteiligung gerechtfertigt, für die Betroffenen aber unbefriedigend (z. B. Ablehnung von Berufsunfähigkeitsschutz wegen starker Kurzsichtigkeit), werden verschiedene Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers erörtert. Vorzugswürdig erscheint es jedoch, dass die Handlungsmöglichkeiten der Versicherer ausgeschöpft werden, insbesondere ein Vertragsschluss unter risikobezogenen Modifikationen (z. B. Prämienzuschlag, Risikoausschluss) anstelle einer Ablehnung. Teils ist es auch möglich, auf die Einbeziehung eines geschützten Merkmals völlig zu verzichten; dies kann allen Beteiligten nutzen.

Schließlich zeigt die Expertise eine Reihe von Gebieten auf, zu denen weiterer Forschungsbedarf besteht. Hierzu zählen insbesondere die Problematik der Offenlegung betriebsinterner Daten, eine spätestens nach Umsetzung der geplanten fünften Antidiskriminierungsrichtlinie erforderliche autonom-europarechtliche Bestimmung des Behinderungsbegriffs sowie die Frage nach den rechtlichen und ökonomischen Grenzen eines Versicherungsangebots bei stark erhöhten Risiken.

Benachteiligungsverbot und Rechtfertigungsgründe beim Abschluss privatrechtlicher Versicherungen

Expertise

**erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes
durch Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster**

**Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und
Gesellschaftsrecht, Privatversicherungsrecht und
Internationales Privatrecht**

an der Freien Universität Berlin

Mai 2010

www.armbr.de.vu

Inhalt

A. Einführung	6
I. Fragestellung und Gang der Untersuchung	6
II. Rechtliche Grundlagen	6
III. Praxisorientierte Schwerpunktsetzung	8
B. Analyse der Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ...	10
I. Absolute Benachteiligungsverbote	10
1. Ungleichbehandlung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft	10
2. Ungleichbehandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft	10
II. Relative Benachteiligungsverbote.....	11
1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts (§ 20 Abs. 2 S. 1 AGG).....	11
a) Grundlagen	11
aa) Europarechtliche Vorgaben	11
bb) Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz.....	12
b) Gegenständliche Reichweite des Rechtfertigungstatbestands	13
c) Geschlecht als „ein bestimmender Faktor“	13
d) Relevanz, Genauigkeit und Aktualität der Daten	14
e) Betriebsinterne Daten	15
aa) Verwertbarkeit	15
bb) Veröffentlichungserfordernis	16
f) Nicht statistische Werte.....	18
2. Ungleichbehandlungen wegen sonstiger Merkmale (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG) ...	18
a) Grundlagen	18
b) Die einzelnen geschützten Merkmale	19
aa) Ungleichbehandlung wegen des Alters	19
bb) Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung.....	19
cc) Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität	22
dd) Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung..	22
c) Rechtfertigungsmöglichkeit	22
aa) Grundlagen	22
bb) Fehlende Statistiken	23
cc) Weitere materiell-rechtliche Konkretisierungen	25
dd) Beweisführung, insbesondere: Offenlegungserfordernis	25
ee) Veränderung von rechtfertigungserheblichen Umständen	26
3. Rechtfertigung von Vergünstigungen nach § 20 Abs. 1 AGG	26
4. Rechtfertigung bei mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG) ...	27
a) Grundlagen	27
b) Anwendbarkeit auf Versicherungsverträge	27
c) Beweislast	28
III. Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen	29
1. Überblick	29
2. US-amerikanisches Recht	30
3. Kanadisches Recht.....	31
4. Folgerungen für das deutsche Recht	31
IV. Zwischenergebnis.....	31

C. Rechtsfolgen, insbesondere Kontrahierungszwang	32
D. Praktische Handlungsmöglichkeiten zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs	33
I. Die in Rede stehenden Interessen	33
1. Grundlagen	33
2. Interesse Betroffener an einem wirksamen Schutz vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen	33
3. Interesse Betroffener an der Erlangung von Versicherungsschutz bei gerechtfertigter Ungleichbehandlung	34
4. Konsequenzen für die Handlungsmöglichkeiten	34
II. Interessenausgleich im Sinne einer wirksamen Verhinderung von Verstößen gegen das AGG	35
1. Überprüfbarkeit betriebsinterner Daten	35
2. Nachvollziehbare Begründung von Differenzierungen	35
3. Einschaltung von Ombudslauten	36
III. Interessenausgleich bei gerechtfertigten Ungleichbehandlungen	36
1. In Betracht kommende gesetzgeberische Eingriffe.....	36
a) „Nachbesserung“ des AGG.....	37
b) Kontrahierungszwang für Versicherer.....	38
c) Gesetzliche Einheitstarife	39
2. Handlungsmöglichkeiten der Versicherungswirtschaft	41
a) Risikodifferenzierung anhand von nicht durch das AGG geschützten Risikomerkmale	41
aa) Grundlagen	42
bb) Beispiele für mögliche Ersatzmerkmale.....	44
b) Sekundäre Prämiendifferenzierung.....	45
c) Völliger Verzicht auf die Risikodifferenzierung anhand eines geschützten Merkmals.....	46
d) Modifizierter Vertrag statt Vertragsablehnung.....	46
e) Alternative Versicherungsprodukte	47
E. Fazit und Ausblick auf künftige Forschungsfelder.....	48
I. Anwendung des geltenden Rechts	48
II. Weiter gehende Handlungsmöglichkeiten	49
F. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen	50

A.

Einführung

I. Fragestellung und Gang der Untersuchung

Die vorliegende Expertise hat die Frage zum Gegenstand, welche Bedeutung dem im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG) enthaltenen Benachteiligungsverbot und den Rechtfertigungsgründen in Bezug auf private Versicherungen zukommt.

Die im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellte Untersuchung ist Bestandteil einer Forschungsreihe mit dem Titel „Forschungslücken schließen“. Dementsprechend wird bei der Untersuchung der sehr umfangreichen und vielschichtigen Thematik besonderes Augenmerk auf diejenigen Fragen gerichtet, bei denen die Anwendung des geltenden Rechts in der Praxis mit Unsicherheiten verbunden ist. Die Expertise hat zum Ziel, in solchen Bereichen, insbesondere im Hinblick auf die Reichweite der Rechtfertigungsgründe, Klärungen herbeizuführen und praktisch handhabbare Lösungen zu entwickeln (s. dazu sogleich sub B und C). Darüber hinaus unternimmt es die Expertise auch, die Handlungsmöglichkeiten auszuloten, mit denen in Konfliktfällen ein angemessener Interessenausgleich gewährleistet werden kann (s. dazu unten sub D). Sodann soll in einem Ausblick das Feld weiterer Forschungsthemen angesprochen werden (sub E). Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse in Thesenform zusammengefasst (sub F).

II. Rechtliche Grundlagen

Gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG ist eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die eine **private Versicherung** zum Gegenstand haben, unzulässig. Dieses – in Teilen der Umsetzung der sog. Gender-¹ sowie der Antirassismus-Richtlinie² dienende – Verbot wirft zahlreiche Fragen auf, zu denen es bislang kaum Rechtsprechung gibt.

Die Thematik ist deshalb besonders interessant und zugleich komplex, weil private Versicherungen sich von sämtlichen anderen Vertragstypen, die durch das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 19 AGG erfasst werden, in einem für die Anwendung des Gesetzes

1 Richtlinie 2004/112/EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, einschließlich von Wohnraum, ABl. EG L 373 S. 37.

2 Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29.06.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. EG L 180 S. 22.

grundlegenden Punkt unterscheiden: Die Privatversicherung (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG) ist im Gegensatz zu den sog. Massengeschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) ein von vornherein auf die Differenzierung zwischen verschiedenen Risikomerkmale angelegter Vertrag. Häufig sind diese Risikomerkmale personenbezogen; dementsprechend knüpfen die Merkmale vielfach just an die durch das AGG geschützten Kriterien wie Geschlecht oder Alter an. Derartige Differenzierungen erkennt der Gesetzgeber als so bedeutsam für die ordnungsgemäße Funktionsweise des Versicherungsvertrags an, dass er sie teils den Versicherern sogar verbindlich vorschreibt. Besonders deutlich kommt dies in § 12 Abs. 1 Nr. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG) zum Ausdruck. Nach dieser Regelung ist in der substitutiven, d. h. an die Stelle einer gesetzlichen Versicherung tretenden, Krankenversicherung eine alters- und geschlechtsabhängige Tarifgestaltung zwingend erforderlich.

Die private Versicherung basiert mithin auf einer **risikoäquivalenten Vertragsgestaltung**. Sie kennt – anders als die öffentliche Sozialversicherung mit ihrem Solidar- und Umlageprinzip – keine Einheitsprämie und keine umfassende Sozialisierung von Risiken. Nicht die individuelle wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist maßgeblich, sondern die **individuelle Risikosituation**.³ Darin kommt der Umstand zum Ausdruck, dass es sich um eine auf freiwilliger Grundlage im Rahmen eines privatrechtlichen Vertrages vereinbarte Risikovorsorge handelt.

Damit ist zugleich ein Befund angesprochen, der für das Diskriminierungsrecht grundlegende Bedeutung hat: Anders als bei einem klassischen Austauschvertrag wie beispielsweise einem Kaufvertrag stehen bei der Versicherung den Interessen des Betroffenen nicht allein diejenigen des Versicherers gegenüber; vielmehr gilt es auch die **Interessen der übrigen Versicherungsnehmer/innen** zu beachten. Wer als Versicherungsnehmer/in ein niedrigeres Risiko als die oder der Betroffene aufweist, etwa wegen geringeren Lebensalters, des Geschlechts oder eines besseren Gesundheitszustands, ist daran interessiert, in ein Risikokollektiv mit möglichst gleichartigen, dieselben Risikomerkmale aufweisenden Personen aufgenommen zu werden. Nur in diesem Fall entsprechen die Konditionen des Versicherungsvertrages nämlich dem individuellen Risiko, das versichert werden soll.

Werden zu denselben Konditionen hingegen heterogene Risiken mit unterschiedlicher Schadenseintrittswahrscheinlichkeit versichert, so entwertet dies für die Versicherungsnehmer/innen mit günstigerer Risikostruktur das Versicherungsangebot; es wird für sie schlicht zu teuer. Je unattraktiver die Vorsorge durch Versicherungsschutz für sie wird, umso höher steigen für die verbleibenden Versicherungsnehmer/innen die Prämien, was wiederum zu weiterer Abwanderung führt. Auf die Gefahren der sog. adversen Selektion wird noch in verschiedenem Zusammenhang zurückzukommen sein. An dieser Stelle sei dazu festgehalten, dass auch das Nachfrageverhalten der Versicherungsnehmer/innen für eine möglichst genau das individuelle Risiko abbildende, differenzierte Ausgestaltung des Versicherungsschutzes spricht.

Den auf Differenzierung angelegten Charakter der privatrechtlichen Versicherung erkennt auch der **Gesetzgeber des AGG** an. Die Einbeziehung dieses Vertragstyps in das Benachteiligungsverbot des AGG soll daher ausweislich der Regierungsbegründung ledig-

³ Statt aller **Boetius**, VersR 2001, 661, 662 f.; **Präve**, in: Prölss, VAG, 12. Aufl. 2005, § 12 Rn. 3 (jeweils zur Krankenversicherung). Im Kontext des AGG so auch zutr. AG Hannover VersR 2009, 348, 349.

lich den Schutz vor **Willkür** bezwecken,⁴ also vor Ungleichbehandlungen ohne sachlichen Grund.⁵ Eine Differenzierung nach dem ex ante beurteilten individuellen Risiko soll damit nicht unmöglich gemacht werden. Raum für eine derartige Risikodifferenzierung bieten insbesondere die verschiedenen, in § 20 Abs. 2 AGG speziell für Versicherungsverträge vorgesehenen Rechtfertigungstatbestände.

Die Feststellung des Gesetzgebers, dass es im Versicherungssektor allein um ein Willkürverbot geht, hat grundlegende Bedeutung für das Verständnis und die Anwendung des AGG auf private Versicherungsverträge. Man kann – ohne damit eine Aussage zur Beweislastverteilung treffen zu wollen, auf die noch in verschiedenem Kontext zurückzukommen sein wird – rein tatsächlich davon ausgehen, dass eine an ein geschütztes Merkmal anknüpfende Ungleichbehandlung bei Massengeschäften, für die per definitionem das Ansehen der Person allenfalls nachrangig ist, gleichsam den „Anfangsverdacht“ einer ungerechtfertigten Benachteiligung begründet, während dies bei Versicherungsverträgen, bei denen der Person und ihren individuellen Risikomerkmale oft entscheidende Bedeutung für die Risikobewertung zukommt, nicht der Fall ist. Ungeachtet dieses Unterschieds gilt es aber auch im Bereich privater Versicherungsverträge zu prüfen, inwieweit eine Ungleichbehandlung im konkreten Fall tatsächlich gerechtfertigt ist, und der Gefahr von Diskriminierungen wirksam zu begegnen.

Die Rechtfertigungstatbestände sollen daher im Folgenden näher analysiert werden. Anschließend geht es darum, zu untersuchen, inwiefern es in der Praxis möglich ist, die dabei zum Vorschein tretenden Schwierigkeiten in den Griff zu bekommen und einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Versicherers und des Versichertenkollektivs einerseits und denjenigen der vom Schutzbereich des AGG erfassten Versicherungsnehmer/innen andererseits herbeizuführen.

III. Praxisorientierte Schwerpunktsetzung

Die vorliegende Expertise soll möglichst die auch in der Praxis im Mittelpunkt stehenden Ungleichbehandlungen ins Zentrum der Betrachtung rücken. Dies führt zu zwei wichtigen Fragen, nämlich derjenigen, in welcher Weise ermittelt wird, wie häufig Diskriminierungen vorkommen, und zudem derjenigen, welche Merkmale schwerpunktmäßig von Benachteiligungen betroffen sind. Eine gewisse Indizwirkung hierfür kann die Anzahl der Beschwerden haben, die von Betroffenen bei Betroffenenverbänden sowie bei den für die Thematik maßgeblichen Beschwerdestellen erhoben werden. Bei diesen Stellen handelt es sich neben der Antidiskriminierungsstelle des Bundes insbesondere um den Ombudsmann für Versicherungen sowie um denjenigen für die private Kranken- und Pflegeversicherung und den Behindertenbeauftragten der Bundesregierung, ferner auch um die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin).

Insoweit liegen bislang noch keine genauen sektorenspezifischen veröffentlichten Statistiken vor, sondern nur informelle Daten. Allein aus der Anzahl der Beschwerden können freilich ohnehin keine zuverlässigen Rückschlüsse darauf gezogen werden, ob und in welchem Ausmaß in der Vertragspraxis ungerechtfertigte Ungleichbehandlungen vorkom-

⁴ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45; s. auch OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

⁵ Zur Auslegung des Begriffs der Willkür in diesem Sinne s. nur BVerfGE 91, 118, 123.

men. Dafür gibt es eine ganze Reihe von Gründen. So hängt das Beschwerdeverhalten davon ab, in welchem Umfang den Betroffenen die Regelungen des AGG sowie die Beschwerdemöglichkeiten bewusst sind. Dies kann auch je nach betroffenem Merkmal in unterschiedlichem Umfang der Fall sein; man denke nur an mögliche sprachliche Hürden von Betroffenen einer Ungleichbehandlung wegen der ethnischen Herkunft.

Hinzu kommt, dass allein die Erhebung einer Beschwerde nichts darüber aussagt, ob dieser tatsächlich eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung zugrunde liegt. So hat sich in einigen der Beschwerdefälle, die der Ombudsmann für Versicherungen zu bearbeiten hatte,⁶ schon tatbestandlich keine Ungleichbehandlung ergeben, da der Versicherer die risiko-bezogene Differenzierung gar nicht auf ein geschütztes Merkmal gestützt hat. So spielt es, um einen konkreten Fall aus der Praxis anzuführen, für die Schadenfreiheitsklasse in der Kfz-Versicherung keine Rolle, ob eine Fahrerlaubnis im In- oder Ausland erworben wurde. In vielen anderen Fällen lag zwar eine Ungleichbehandlung vor, die sich freilich als nach § 20 Abs. 2 S. 1, 3 gerechtfertigt erwiesen hat. Als typisches Beispiel – auf das noch zurückzukommen sein wird – sei die Ablehnung einer Berufsunfähigkeitsversicherung aufgrund starker Kurzsichtigkeit (–19 Dioptrien) genannt.

Trotz dieser Ungewissheiten lässt sich aber aus der relativen Verteilung der Beschwerden auf die verschiedenen durch das AGG geschützten Merkmale sowie aus Äußerungen von Betroffenenverbänden⁷ doch das Gesamtbild formulieren, dass im Versicherungssektor die Merkmale Alter, Geschlecht und Behinderung im Mittelpunkt stehen, während diejenigen von Religion/Weltanschauung sowie Rasse/ethnischer Herkunft in der Praxis weniger Probleme aufwerfen.⁸

An diesem Befund orientiert sich auch die Schwerpunktsetzung der Expertise, wobei viele Ausführungen ohnehin für mehrere oder alle geschützten Merkmale unabhängig von ihrer praktischen Relevanz für Differenzierungen bei Versicherungsverträgen gelten.

6 Einige dieser Beschwerden wurden dem Autor durch den Ombudsmann für Versicherungen für die Zwecke dieser Expertise in anonymisierter Form zur Verfügung gestellt.

7 S. dazu etwa unten bei Fn. 146.

8 So z. B. auch die Einschätzung von **Geismann**, VersRdsch 2008, 15, 17.

B.

Analyse der Anforderungen an die Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen

Eine Abweichung vom in § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG normierten Verbot der Benachteiligung ist unter bestimmten, in den §§ 3, 20 AGG festgelegten Voraussetzungen zulässig. Hierbei ist zum einen zu differenzieren zwischen den verschiedenen von dem Gleichbehandlungsgebot erfassten Merkmalen. Zum anderen ist auch nach der Art der Benachteiligung zu unterscheiden, nämlich danach, ob diese unmittelbar an ein **geschütztes Merkmal** (Alter, Geschlecht, Behinderung usw.) anknüpft oder durch Anknüpfung an nicht geschützte Merkmale (wie z. B. die Körpergröße, die jedoch faktisch die Träger/innen geschützter Merkmale besonders trifft) die Betroffenen mittelbar benachteiligt.

I. Absolute Benachteiligungsverbote

1. Ungleichbehandlung wegen Rasse oder ethnischer Herkunft

Keinerlei Rechtfertigungsmöglichkeit sieht das Gesetz hinsichtlich der unmittelbaren Ungleichbehandlung wegen der Rasse oder ethnischen Herkunft vor (§ 19 Abs. 2 AGG). Mit der Schaffung dieses absoluten Benachteiligungsverbots setzt der Gesetzgeber eine bindende Vorgabe der sog. Antirassismus-Richtlinie um, die insoweit keine Ausnahmen vom Verbot der Ungleichbehandlung enthält. Bereits vor Inkrafttreten des AGG waren Benachteiligungen wegen der Staatsangehörigkeit oder der ethnischen Herkunft freilich – in Reaktion auf die früheren sog. Ausländertarife in der Kfz-Versicherung – gemäß § 81e VAG aufsichtsrechtlich untersagt, sodass vom AGG insofern, abgesehen von den schärferen Rechtsfolgen (§ 21 AGG), keine praktischen Neuerungen ausgingen. § 81e VAG reicht im Übrigen insoweit tatbestandlich weiter als § 19 Abs. 2 AGG, als dass versicherungsaufsichtsrechtlich auch eine Differenzierung nach der Staatsangehörigkeit – die von dem Merkmal der ethnischen Herkunft zu unterscheiden ist – untersagt ist.

2. Ungleichbehandlung wegen Schwangerschaft oder Mutterschaft

Ein absolutes Benachteiligungsverbot besteht auch hinsichtlich der im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft stehenden Kosten. Diese dürfen gemäß § 20 Abs. 2 S. 2 AGG auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen. Ebenso wie das absolute Benachteiligungsverbot wegen des Merkmals Rasse/ethnische Herkunft stellt auch § 20 Abs. 2 S. 2 AGG die Umsetzung einer zwingenden Richtlinienvorgabe dar.⁹ Wichtig ist, dass grundsätzlich alle auf der Schwangerschaft und Mutterschaft beruhenden

⁹ Art. 5 Abs. 3 Richtlinie 2004/112/EG.

Aufwendungen geschlechtsneutral zu verteilen sind. Dabei sieht die Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 der Gender-Richtlinie keine zeitliche Begrenzung vor, sodass auch etwaige Spätfolgen erfasst sind.

Gegenständlich geht es bei dem absoluten Benachteiligungsverbot des § 20 Abs. 2 S. 2 AGG entsprechend dem Wortlaut allein um die Prämien und Leistungen. Nicht von der Regelung erfasst wird der Fall, dass eine Betroffene im Zeitpunkt der Antragstellung für eine Krankenversicherung, die für den Fall der Schwangerschaft Leistungspflichten vorsieht, bereits schwanger ist. In diesem Fall handelt es sich nämlich hinsichtlich der für die vorhandene Schwangerschaft aufzuwendenden Kosten nicht mehr um ein ungewisses Ereignis. Ebenso wie der Versicherer bei Vorerkrankungen wie einem schon eingetretenen Beinbruch die darauf entfallenden Kosten vom Versicherungsschutz ausnehmen könnte, ist ihm dies auch hinsichtlich der Kosten der vorhandenen Schwangerschaft möglich.¹⁰

Das Verbot wirft dem Vernehmen nach in der Praxis keine größeren Probleme auf. In der Praxis des Ombudsmanns Private Kranken- und Pflegeversicherung sind einige Beschwerden von Versicherungsnehmerinnen darüber zu verzeichnen gewesen, dass die Beitragsentlastung für Frauen hätte höher ausfallen müssen.¹¹ Dabei handelt es sich freilich nicht um eine Rechtsfrage, sondern eine solche der Versicherungsmathematik.¹²

II. Relative Benachteiligungsverbote

Hinsichtlich der weiteren durch § 19 Abs. 1 Nr. 1 und 2 geschützten Merkmale gilt ein nur relatives Benachteiligungsverbot. Eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen ist daher unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

1. Ungleichbehandlung wegen des Geschlechts (§ 20 Abs. 2 S. 1 AGG)

a) Grundlagen

aa) Europarechtliche Vorgaben

Was die geschlechtsbezogene Ungleichbehandlung angeht, so übernimmt § 20 Abs. 2 S. 1 AGG weitgehend wörtlich die Formulierung aus Art. 5 Abs. 2 der Gender-Richtlinie. Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist demnach bei Prämien und Leistungen nur zulässig, wenn die Berücksichtigung „bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist“. Daraus lässt sich zunächst entnehmen, dass die europarechtlichen Vorgaben der Gender-Richtlinie – anders als diejenigen der Antirassismus-Richtlinie in Bezug auf das Merkmal Rasse/ethnische Herkunft – eine geschlechtsbezogene Differenzierung ausdrücklich zulassen.

¹⁰ AG Hannover VersR 2009, 348 f.

¹¹ Ombudsmann Private Kranken- und Pflegeversicherung, Tätigkeitsbericht 2007, S. 15; 2008, S. 15.

¹² Zur Tarifnachkalkulation in diesem Bereich s. **Dörfler/Wende**, ZVersWiss 2010, 17, 30 ff., 38.

bb) Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz

An dieser Stelle sei auf die Vereinbarkeit der geschlechtsbezogenen Differenzierung mit dem Grundgesetz eingegangen. Diese Frage ist unter zwei verschiedenen Aspekten zu untersuchen. Zum einen und insbesondere kann sich die unterschiedliche Ausgestaltung des Diskriminierungsschutzes – absolutes Benachteiligungsverbot für das Merkmal Rasse/ ethnische Herkunft, nur relatives Benachteiligungsverbot für das Merkmal Geschlecht – als nicht verfassungskonform erweisen.¹³ Zum anderen fragt sich, inwieweit sich aus Art. 3 GG bei isolierter Betrachtung der geschlechtsbezogenen Differenzierungen zulassenden Regelung im AGG ein Verfassungsverstoß herleiten lässt.

Wie soeben aufgezeigt, ist das durch § 19 AGG gewährleistete Schutzniveau hinsichtlich der Merkmale Rasse und ethnische Herkunft höher als bei der Benachteiligung wegen des Geschlechts. Im Schrifttum wird teilweise bezweifelt, dass diese – der Antirassismus- und der Gender-Richtlinie entsprechende – Differenzierung mit dem verfassungsrechtlichen Gleichheitssatz von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG vereinbar ist.¹⁴ Art. 3 Abs. 2 GG enthält den besonderen Gleichstellungsauftrag hinsichtlich des Geschlechts, woraus sich ein Rangverhältnis zwischen der Gleichheit der Geschlechter und den übrigen, in Art. 3 Abs. 3 GG enthaltenen Diskriminierungsverboten zugunsten der Geschlechtergleichheit ergibt.¹⁵

Zudem erlaubt die Gender-Richtlinie ausdrücklich keine Absenkung des im nationalen Recht bereits vorhandenen Schutzniveaus im Zuge der Richtlinienumsetzung. Zwar sind nationale Umsetzungsakte, soweit sie auf zwingenden Richtlinienvorgaben beruhen, aufgrund des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts¹⁶ allein an den Gemeinschaftsgrundrechten und nicht an den deutschen Grundrechten zu überprüfen. Soweit dem deutschen Gesetzgeber freilich ein Ermessensspielraum zusteht, sind – zumindest auch¹⁷ – die Grundrechte des Grundgesetzes Prüfungsmaßstab von Umsetzungsgesetzen.¹⁸

Prüft man die Vereinbarkeit der in § 19 Abs. 1, 2 AGG angelegten Differenzierung mit dem Grundgesetz, so sprechen die besseren Argumente gegen eine Verfassungswidrigkeit: Zwar lässt sich aus der Gegenüberstellung von Art. 3 Abs. 2 und 3 GG durchaus eine systematische Abstufung entnehmen. Demnach kommt der Gleichstellung der Geschlechter ein besonderer, über die Bedeutung der anderen Merkmale hinausragender Rang zu. Andererseits ist Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG in Bezug auf die anderen Merkmale zumindest ein Auftrag an den Staat zu entnehmen, Diskriminierungen durch Private entgegenzuwirken, wenn auch anders als bei Art. 3 Abs. 2 GG kein Leistungsrecht gewährt wird.¹⁹ Zudem lässt sich aus dem an den Staat gerichteten Förderauftrag des Art. 3 Abs. 2 GG kein Grundsatz herleiten, wonach auch im hier allein interessierenden **Privatrechtsverkehr** die Gleichstellung der Geschlechter stets umfassender oder zumindest ebenso stark abgesichert werden müsste als die Gleichbehandlung aus Gründen der Rasse oder der ethnischen Herkunft.

¹³ S. dazu bereits **Armbrüster**, in: Rudolf/Mahlmann, Gleichbehandlungsrecht, 2007, § 7 Rn. 36.

¹⁴ Vgl. **Raasch**, Stellungnahme, Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, A.-Drs. 15(12)440-A, S. 5 f.; Stellungnahme des Deutschen Juristinnenbundes vom 22.06.2006 (www.djb.de), S. 5. S. zu der Frage auch § 6 Rn. 14.

¹⁵ Zum Streit, ob es sich um eine grundrechtliche Schutzpflicht oder um eine Staatszielbestimmung handelt, s. **Jestaedt**, VVDStRL 64 (2005), 298, 343 ff. (Letzteres bejahend).

¹⁶ EuGH, st. Rspr. seit Rs. 6/64 (**Costa/Enel**), Slg. 1964, 1251, 1269 f.

¹⁷ Näher hierzu **Wallrab**, Die Verpflichteten der Gemeinschaftsgrundrechte, 2002, S. 84 ff.

¹⁸ BVerfG, EuR 1989, 270, 273; **Pernice**, in: Dreier, GG, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 31; s. auch **Schöbener/Stork**, ZEuS 2004, 43 (49 f.).

¹⁹ **Gubelt**, in: von Münch/Kunig, GG, 5. Aufl. 2000, Art. 3 Rn. 104 b; **Jarass/Pieroth**, GG, 10. Aufl. 2009, Art. 3 Rn. 132.

An dieser Stelle ist zugleich festzuhalten, dass auch der allgemeine Gleichheitssatz in Art. 3 Abs. 1 GG sowie der Gleichstellungsauftrag gem. Art. 3 Abs. 2 GG geschlechterdifferenzierten Konditionen wie Prämientarifen und Bedingungswerken nicht entgegenstehen. Als Grund für eine verfassungskonforme Ungleichbehandlung kommt nämlich **jede vernünftige Erwägung** in Betracht.²⁰ Die strengen Voraussetzungen, an die der Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 S. 1 AGG die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund geschlechtsbezogener Unterschiede knüpft, gehen über diese verfassungsrechtlichen Anforderungen deutlich hinaus.²¹

Die Formulierung in § 20 Abs. 2 S. 1 AGG zu den Anforderungen an eine Rechtfertigung ist freilich in mehrfacher Hinsicht auslegungsbedürftig. Auf die damit verbundenen, für die Praxis sehr bedeutsamen Fragen soll im Folgenden eingegangen werden.

b) Gegenständliche Reichweite des Rechtfertigungstatbestands

Die Formulierung von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG wirft zunächst die Frage nach dessen gegenständlichem Anwendungsbereich auf. Der Wortlaut spricht nämlich allein von einer unterschiedlichen Behandlung „bei den Prämien oder Leistungen“. Richtigerweise muss jedoch auch die gänzliche Ablehnung eines Vertragsschlusses von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG erfasst sein.²² Dasselbe gilt für die Kündigung. Dies wird bereits daran deutlich, dass eine exorbitant hohe Prämienforderung in den faktischen Auswirkungen aus Sicht des Versicherungsnehmers der Verweigerung eines Vertragsschlusses gleichkommt. Eine gänzliche Verweigerung des Versicherungsschutzes durch Vertragsablehnung oder Kündigung trifft die Versicherungswilligen härter als ein sie benachteiligender Vertragsinhalt.²³ Der Versicherer kann zwar nicht gezwungen sein, für den Fall eines sehr hohen Risikos gleichwohl ein Versicherungsangebot zu unterbreiten, wenn sich das Risiko versicherungstechnisch als nicht versicherbar erweist. Freilich muss er sich bei einer Vertragsablehnung an den strengen Rechtfertigungserfordernissen des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG und nicht lediglich an denjenigen des § 20 Abs. 1 S. 1 AGG messen lassen.

Sofern es nicht um Prämien, Leistungen oder eine Vertragsablehnung geht, kann freilich die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung auf § 20 Abs. 1 S. 1 AGG gestützt werden.²⁴ Dementsprechend genügt es, wenn ein sachlicher Grund für die Ungleichbehandlung besteht, etwa hinsichtlich Obliegenheiten oder Kulanzregelungen. Auf solche Fälle sind im Übrigen auch die Rechtfertigungskriterien von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG ersichtlich nicht zugeschnitten.

c) Geschlecht als „ein bestimmender Faktor“

Nicht endgültig geklärt ist bislang, wann das Geschlecht „ein bestimmender Faktor“ ist. Die Regierungsbegründung geht davon aus, dass es nicht genüge, wenn das Geschlecht „nur ein Differenzierungskriterium unter vielen“ ist. Vielmehr müsse es sich „um einen maßgeblichen Faktor bei der Beurteilung der versicherten Risiken handeln, wenn auch

20 S. nur **Jarass**, in: Jarass/Pieroth (Fn. 19), Art. 3 Rn. 15.

21 Vgl. auch OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525 (im Kontext des Merkmals Behinderung).

22 **Ambrosius**, in: Däubler/Bertzbach, AGG, 2. Aufl. 2008, § 20 Rn. 40; vgl. bereits **Armbrüster**, in: Begemann/Bruns (Hrsg.), Die Versicherung des Alterns, 2008, S. 43, 49 (im Kontext des Merkmals Behinderung); a. A. MünchKomm-BGB/**Thüsing**, 5. Aufl. 2007, § 20 AGG Rn. 55: Rechtfertigung nach Abs. 1 möglich; **Schiek**, in: Schiek, AGG, 2007, § 20 Rn. 8; **Rödl**, in: Rust/Falke, AGG, 2007, § 20 Rn. 26 f.: gar keine Rechtfertigung möglich.

23 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 40.

24 Insoweit wie hier MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 AGG Rn. 55; s. auch Landgericht Offenburg, Urt. v. 13.11.2009 – 3 O 82/09 (unveröff.), Urteilsdruck S. 9.

nicht unbedingt um den einzigen“.²⁵ Teilweise wird die Einordnung des Geschlechts als ein bestimmender Faktor mit dem Argument in Zweifel gezogen, das Geschlecht stelle versicherungstechnisch nur ein „Proxy“, d. h. ein leicht erfassbares Näherungsmerkmal zu den eigentlich bestimmenden Merkmalen, dar.²⁶ Gegen ein derart restriktives Verständnis spricht indes, dass der Rechtfertigungstatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG dann leerliefe.²⁷ Auch wenn das Merkmal des Geschlechts für das Risiko lediglich statistisch relevant und nicht tatsächlich kausal ist, kann es daher einen bestimmenden Faktor darstellen. Wie jüngste empirische Untersuchungen zeigen, ist in der privaten Krankenversicherung neben der höheren Lebenserwartung von Frauen insbesondere eine häufigere Inanspruchnahme medizinischer Leistungen durch Frauen maßgeblich für die vom Versicherer zu erbringenden Mehraufwendungen.²⁸

Auffällig ist, dass der Gesetzgeber des AGG die Formulierung der „unterschiedlichen Behandlung“ statt des in der Richtlinie verwendeten Ausdrucks der „proportionalen Unterschiede“ wählt. Hiermit dürfte er allerdings keine Abweichung von der Richtlinienvorgabe bezwecken, sondern vielmehr ohne Weiteres davon ausgehen, dass sich die Berücksichtigung des Geschlechts als ein „bestimmender Faktor“ stets in einer proportionalen Differenzierung niederschlägt. In diesem Sinne ist § 20 Abs. 2 S. 1 AGG jedenfalls in richtlinienkonformer Auslegung zu verstehen.²⁹ Freilich wird dem Versicherer insofern ein gewisser Ermessensspielraum zuzuerkennen sein. Denn in aller Regel differenziert der Versicherer nicht allein aufgrund des Geschlechts, sondern zusätzlich anhand einer Vielzahl weiterer Merkmale. Angesichts dessen ist eine exakt proportionale Berücksichtigung des durch das Geschlecht begründeten Risikos nahezu unmöglich; sie wird vom Gesetz auch nicht gefordert.

d) Relevanz, Genauigkeit und Aktualität der Daten

Klärungsbedürftig ist auch, unter welchen Voraussetzungen Daten als „relevant und genau“ zu qualifizieren sind. Ausweislich der Erwägungsgründe der Gender-Richtlinie sowie der Gesetzesbegründung ist dies der Fall, wenn die Daten eine stichhaltige Aussage über das Merkmal Geschlecht als versicherungsmathematischen Risikofaktor erlauben. Die Daten müssen laut Richtlinie verlässlich sein, regelmäßig aktualisiert werden und auch der Öffentlichkeit zugänglich sein.³⁰

Nach dem bereits erwähnten § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG gilt, dass sich die Prämienkalkulation der substitutiven Krankenversicherung auf versicherungsmathematischer Grundlage vollziehen muss, wobei dabei Wahrscheinlichkeitstabellen und andere einschlägige Daten, insbesondere unter Berücksichtigung der Geschlechtsabhängigkeit, zugrunde zu legen sind. In diesem Sinne zur Prämienkalkulation geeignete Daten sind etwa die gem. § 103a VAG von der BaFin veröffentlichten Wahrscheinlichkeits- und Sterbetabellen,³¹ die von der Deutschen Aktuarvereinigung e. V. (DAV) getrennt nach Geschlechtern herausgegebenen Invaliditätstabellen sowie die gemäß der Kalkulationsverordnung (KaV) nach Geschlecht getrennt ermittelten Sterbewahrscheinlichkeiten, Stornowahrscheinlichkeiten und Kopfschadenreihen.³²

25 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

26 Vgl. die Überlegungen bei **Looschelders**, in: Leible/Schlachter (Hrsg.), Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, S. 154; ähnlich (allerdings zum Merkmal der Relevanz) **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 42.

27 **Looschelders** (Fn. 26), S. 154.

28 **Dörfler/Wende**, ZVersWiss 2010, 17, 25 ff.

29 **Armbrüster**, in: Prölss/Martin, VVG, 28. Aufl. 2010 (im Druck), Vorbem. IV, Rn. 6.

30 Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 2004/113/EG; Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

31 **Präve**, in: Prölss (Fn. 3), § 12 Rn. 17.

32 **Thüsing/v. Hoff**, VersR 2007, 1, 5.

Während die überwiegende versicherungs- bzw. antidiskriminierungsrechtliche Literatur davon ausgeht, die genannten, in Übereinstimmung mit § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG ermittelten Daten seien genau und relevant im Sinne von § 20 Abs. 2 S. 1 AGG,³³ wird dies vereinzelt unter Hinweis auf die fehlende regelmäßige Aktualisierung der Daten in Zweifel gezogen.³⁴ Derartige Zweifel sind jedoch angesichts von Sinn und Zweck des Aktualitätserfordernisses unhaltbar: Dieser liegt in erster Linie darin, die Nichtverwendung von Daten sicherzustellen, die aus einer Zeit stammen, in der Frauen noch seltener erwerbstätig waren.³⁵ Sofern eine geschlechtsbezogene Risikodifferenzierung allein auf den aufgelisteten Daten beruht, greift somit der Rechtfertigungstatbestand des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG ein. Eine Differenzierung bleibt also möglich.

e) Betriebsinterne Daten

aa) Verwertbarkeit

In der Praxis stützen die Versicherer ihre Tarifierung zusätzlich zu den durch BaFin und DAV veröffentlichten Daten vielfach auf eigene, betriebsintern ermittelte Daten. Sie nehmen den damit verbundenen Aufwand auf sich, um eine sachgerechtere Risikodifferenzierung zu erzielen. Inwiefern dies unter Geltung des AGG nur noch eingeschränkt möglich ist, wird kontrovers diskutiert.

Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass auch für betriebsinterne Statistiken nachgewiesen werden kann, dass sie relevante und genaue Daten enthalten und auf der Basis versicherungsmathematischer und statistischer Grundlagen ermittelt worden sind.³⁶ Bereits aufgrund der Gefahr einer sog. **adversen Selektion** ist der Versicherer nämlich zu möglichst weitgehender Risikodifferenzierung gezwungen. Adverse Selektion bedeutet Folgendes (s. bereits A II):³⁷ Differenziert ein Versicherer weniger genau nach den für das Risiko maßgeblichen Kriterien als ein anderer, so führt dies dazu, dass die Versicherungsnehmer/innen mit den geringeren Schadenswahrscheinlichkeiten – die sog. „guten Risiken“ – zum genauer differenzierenden Versicherer wechseln. Denn bei diesem müssen sie nicht die Versicherungsnehmer/innen mit höherer Schadenswahrscheinlichkeit – die sogenannten „schlechten Risiken“ – mitfinanzieren; sie zahlen daher geringere Prämien. Die „schlechten Risiken“ hingegen bleiben beim nicht oder zumindest weniger genau differenzierenden Versicherer und werden dort durch die noch vorhandenen „guten Risiken“ quersubventioniert. Letztere wandern aber nach und nach ab zu den stärker differenzierenden Versicherern, sodass die Prämien beim weniger oder nicht differenzierenden Versicherer entsprechend steigen müssen. Dies wiederum führt dazu, dass noch mehr Versicherungsnehmer/innen sich zum Wechsel gezwungen fühlen. Im Extremfall kommt es zur Unversicherbarkeit des Risikos beim nicht differenzierenden Versicherer. Bereits aus wirtschaftlichen Gründen legen die Versicherer ihrer Risikodifferenzierung daher nach Möglichkeit genau mit dem Risiko korrelierende und damit nicht willkürlich gewählte Risikomerkmale zugrunde.

33 **Thüsing/v. Hoff**, VersR 2007, 1, 5; **Wendeling-Schröder**, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 20 Rn. 17; **Weimann**, in: Hey, AGG, 2009, § 20 Rn. 96.

34 **Bauer/Göpfert/Krieger**, AGG, 2. Aufl. 2008, § 20 Rn. 13.

35 **Wendeling-Schröder** (Fn. 33), § 20 Rn. 17.

36 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 AGG Rn. 75.

37 S. dazu auch MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 64.

bb) Veröffentlichungserfordernis

Lässt sich die Zugrundelegung betriebsinterner Daten damit als willkürfrei und mithin unter dem Gesichtspunkt einer ungerechtfertigten Benachteiligung aus Sicht der Versicherungsnehmer/innen unbedenklich einstufen, so ergibt sich freilich ein Problem im Hinblick auf die von Richtlinien- sowie Gesetzesbegründung verlangte und nunmehr in § 10a Abs. 2a VAG normierte Veröffentlichung der Daten. Verstünde man dieses Öffentlichkeits-erfordernis als Pflicht zur Offenlegung der Daten gegenüber den Versicherungsnehmern und -nehmerinnen,³⁸ so dürfte der Versicherer eine geschlechtsbezogene Differenzierung nur auf solche betriebsintern ermittelten Daten stützen, die er allgemein zugänglich gemacht hat.

Dies wäre indessen, insbesondere mit Blick auf das insofern bestehende Geheimhaltungsinteresse des Versicherers, problematisch.³⁹ Denn die – in aller Regel unter erheblichem Kostenaufwand – betriebsintern ermittelten Daten stellen sensible Geschäftsgeheimnisse dar, deren unbefugte Offenbarung durch ein Vorstandsmitglied des Versicherers nach Aktienrecht sogar mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr sanktioniert werden kann (§ 404 Abs. 1 Nr. 1 AktG). Der Versicherer verspricht sich von der Verwendung der internen Daten eine genauere Risikodifferenzierung und damit – da die Gefahr der adversen Selektion sinkt – einen Wettbewerbsvorteil gegenüber konkurrierenden Versicherungsunternehmen. Bestünde die Pflicht, die betriebsintern gesammelten Daten allgemein zugänglich zu machen, so würden auch solche Wettbewerber von den Daten profitieren, die sich die Kosten eigener Erhebungen ersparen. Der Wettbewerbsvorteil und damit auch der Anreiz zur Erhebung und Auswertung eigener Daten entfielen. Die Folge wäre eine Verschlechterung der Qualität der Risikodifferenzierung,⁴⁰ welche wiederum erhebliche Nachteile, vor allem auch für die Versicherungsnehmer/innen selbst, mit sich brächte.

Trotz dieser erheblichen nachteiligen Folge wird das Öffentlichkeitserfordernis zum Teil in einem weiten Sinne – also als Pflicht zur Veröffentlichung gegenüber den Versicherungsnehmern und -nehmerinnen – verstanden.⁴¹ Der Schutz von Geschäftsgeheimnissen des Versicherers müsse hinter den Interessen der benachteiligten Versicherungsnehmer/innen zurückstehen.⁴² Denn diese blieben ohne Einblick in die dem Versicherer vorliegenden Daten im Ungewissen, ob ihnen aus einer etwaigen ungerechtfertigten Schlechterbehandlung folgende Ansprüche und Einwände zustehen. Ein effektives Diskriminierungsverbot setze die Unzulässigkeit einer Differenzierung nach öffentlich nicht zugänglichen statistischen Daten voraus.⁴³

Vielfach wird ein derartiges Erfordernis der allgemeinen Zugänglichmachung betriebsintern ermittelter Daten jedoch – mitunter gar als verfassungswidrig⁴⁴ – kritisiert.⁴⁵ Zugleich wird nach Alternativen gesucht, die den Interessenkonflikt zwischen Geheimhaltungsinteresse des Versicherers und Offenlegungsinteresse der Versicherungsnehmer/innen angemessen lösen.

38 Dahin gehend **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 44.

39 Als weiterer Gesichtspunkt ist das Urheberrecht des Versicherers an den betreffenden Dokumenten zu nennen; dies soll hier nicht weiter vertieft werden.

40 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 75.

41 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 44.

42 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 43.

43 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 44.

44 **Adomeit/Mohr**, AGG, 2007, § 20 Rn. 34.

45 **Bauer/Göpfert/Krieger** (Fn. 34) § 20 Rn. 13.

Ein Vorschlag geht dahin, eine geschlechtsbezogene Differenzierung bereits dann für gemäß § 20 Abs. 2 S. 1 AGG gerechtfertigt zu halten, wenn der Versicherer durch allgemein zugängliche Tafeln oder Statistiken belegen kann, dass das versicherte Risiko dem Grunde nach geschlechtsspezifisch ist.⁴⁶ Habe der Versicherer für seine Kalkulation andere, aus den veröffentlichten Tafeln abgeleitete oder aus vorhandenen Beständen entwickelte Tafeln oder Statistiken herangezogen, so müsse er – zumindest in der Personenversicherung – der BaFin gegenüber die Angemessenheit seiner Kalkulationsgrundlage belegen. Hierbei habe der verantwortliche Aktuar die Grundsätze der DAV zu beachten.⁴⁷

Vorzugswürdig erscheint es, den Interessenkonflikt dadurch zu lösen, dass die im Rahmen der Risikodifferenzierung verwendeten Daten im Streitfall durch eine neutrale, zur Verschwiegenheit verpflichtete Stelle (z. B. verantwortlicher Aktuar, Treuhänder oder BaFin) überprüft werden.⁴⁸ Angesichts der Komplexität der Daten wird eine derartige Stelle in aller Regel ohnehin wesentlich besser zur Überprüfung der Daten – und damit auch zur Aufdeckung unzulässiger Benachteiligungen – in der Lage sein als die Versicherungsnehmer/innen selbst. Eine ein derartiges Verfahren im Einzelnen regelnde Vorschrift sollte ins VAG aufgenommen werden. Die Überprüfung der Daten durch eine neutrale Stelle statt ihrer allgemeinen Zugänglichmachung erscheint auch nicht als mit den Vorgaben der Richtlinie unvereinbar, versteht man das Öffentlichkeitserfordernis als Erfordernis, die verwendeten Daten einer zur Neutralität verpflichteten Stelle und nicht zwangsläufig den Betroffenen zugänglich zu machen.⁴⁹

Auch im Hinblick auf die durch Art. 2 Abs. 1, Art. 12 GG geprägte Grundrechtsposition des Versicherers ist das beschriebene Überprüfungsverfahren gegenüber einer allgemeinen Offenlegungspflicht vorzugswürdig. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Geheimhaltungsinteressen der Versicherer zwar nicht als absolut geschützt an, sondern verlangt eine Interessenabwägung.⁵⁰ Es hat aber in jüngerer Zeit den Geheimnisschutz gegenüber Wettbewerbern besonders betont.⁵¹

Sollte es trotz Überprüfbarkeit durch eine neutrale Stelle zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen, hätte das beschriebene Vorgehen einen weiteren Vorteil. Im Zusammenhang mit § 20 Abs. 2 S. 1 AGG vielfach kritisiert wird nämlich auch die Überprüfung der Relevanz und Genauigkeit der Daten durch die Gerichte.⁵² Ob die für die Geltendmachung von Ansprüchen nach § 21 AGG zuständigen Zivilgerichte die zu einer Überprüfung erforderlichen versicherungsmathematischen Kenntnisse haben, ist zweifelhaft. Es wird daher sogar erwogen, die gerichtliche Kontrolle auf unvertretbare Risikoanordnungen zu beschränken.⁵³ Darin läge freilich für die Betroffenen eine unangemessene Verkürzung des Rechtsschutzes; zudem würde die Auseinandersetzung in der Praxis lediglich auf die Frage verlagert, ob die konkrete Ungleichbehandlung unvertretbar ist. Sofern das Gericht die versicherungsmathematischen Fragen nicht aufgrund eigener Sachkenntnis

46 **Wolfsdorf**, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vor dem Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, A.-Drucks. 15(12)440-M, S. 4; ihm folgend **Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 76.

47 **Wolfsdorf** (Fn. 46); dem folgend MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 76.

48 S. bereits **Armbrüster**, in: Begemann/Bruns (Fn. 22), S. 43, 65.

49 Die Möglichkeit einer derartigen Auslegung anerkennend **Ambrosius** (Fn. 22), 20 Rn. 44.

50 BVerfG VersR 2000, 214, 215.

51 BVerfG WM 2006, 880, 881.

52 S. nur MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 77.

53 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 77.

klären kann, sieht das Zivilverfahrensrecht hierfür die Hinzuziehung von Sachverständigen vor. Wäre schon zur Verwendung betriebsintern ermittelter Daten deren Überprüfung durch eine sachverständige neutrale Stelle erforderlich, so könnte sich das entscheidende Gericht auf die Klärung der Frage beschränken, ob und mit welchem Ergebnis ein derartiges Überprüfungsverfahren stattgefunden hat. Auf diese Art und Weise bliebe ferner das Geheimhaltungsinteresse des Versicherers auch während des Prozesses – der seinerseits vom verfahrensrechtlichen Grundsatz der Öffentlichkeit geprägt ist – gewahrt.

Den Umstand, dass das in § 10a Abs. 2a VAG vorgesehene Veröffentlichungserfordernis durch die Offenlegung gegenüber einer zur Geheimhaltung verpflichteten neutralen Stelle erfüllt werden kann, sollte der Gesetzgeber künftig daher klarstellen. Um die Interessen der Betroffenen optimal zu wahren, sollte eine derartige Überprüfungsmöglichkeit zudem nicht auf das Merkmal Geschlecht und auf die Personenversicherung beschränkt bleiben, sondern auf alle Versicherungszweige erstreckt werden. Dadurch lässt sich eine wirksame Überprüfung der für eine Benachteiligung angeführten Aspekte erzielen, ohne dass dem das Geheimhaltungsinteresse des Versicherers entgegengehalten werden kann.

f) Nicht statistische Werte

Es gibt Risikodifferenzierungen, die sich auch durch betriebsinterne Statistiken nicht belegen lassen. Dies betrifft insbesondere neu auftretende Risiken, für die in der Regel noch keinerlei Statistiken vorliegen.⁵⁴ In solchen Fällen kann es im Interesse der Versicherungsnehmer/innen geradezu geboten sein, die Risiken unter Zugrundelegung anderer, nicht statistischer Werte, insbesondere nach medizinischen Erfahrungswerten, zu kalkulieren und demgemäß einen Versicherungsschutz für sie anzubieten. Sofern es um das Merkmal Geschlecht geht, liegt hierin allerdings eine Verletzung des Benachteiligungsverbots gemäß § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Eine Rechtfertigung gemäß § 20 Abs. 2 Nr. 1 AGG scheidet mangels Vorliegens genauer und relevanter statistischer Daten aus. Auslegungsspielraum besteht insofern angesichts der strengen Vorgabe in der Gender-Richtlinie nicht. Freilich spielt die Einbeziehung nicht statistischer Faktoren wie insbesondere medizinischen Erfahrungswissens in der Praxis beim Merkmal Geschlecht eine wesentlich geringere Rolle als bei demjenigen der Behinderung (s. dazu unten 2 b) bb).

2. Ungleichbehandlungen wegen sonstiger Merkmale (§ 20 Abs. 2 S. 3 AGG)

a) Grundlagen

Eine Ungleichbehandlung wegen der Merkmale Alter, Behinderung, sexuelle Identität und Religion ist nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG unter weniger strengen Voraussetzungen möglich als dies hinsichtlich des Geschlechts der Fall ist. Praktisch besonders bedeutsam ist jene Norm hinsichtlich der Merkmale Alter sowie Behinderung. Für die altersbezogene Differenzierung liegt dies auf der Hand; man denke nur an die Kranken-, Lebens- oder Berufsunfähigkeitsversicherung. Das Merkmal Behinderung ist deshalb praxisrelevant, weil viele risiko-relevante Krankheiten möglicherweise zugleich als Behinderung im Sinne des AGG einzustufen sind.

⁵⁴ MünchKomm-BGB/Thüsing (Fn. 22), § 20 Rn. 78.

Abweichend von dem Rechtfertigungsgrund des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG findet sich bei S. 3 nicht die Einschränkung „bei den Prämien oder Leistungen“. Gleichwohl kann für die Reichweite des Rechtfertigungsgrundes nichts anderes gelten als hinsichtlich des Merkmals Geschlecht. Dem Gesetzgeber ging es nämlich bei der Differenzierung zwischen beiden Rechtfertigungsgründen ersichtlich darum, für die übrigen geschützten Merkmale geringere Anforderungen aufzustellen als für geschlechtsbezogene Differenzierungen. Demgemäß ist § 20 Abs. 2 S. 1 AGG über Prämien und Leistungen hinaus zwar auch auf den Fall der Vertragsablehnung zu erstrecken (s. dazu im Kontext des Merkmals Geschlecht oben sub I 1 b). Sonstige Differenzierungen müssen sich hingegen allein an § 20 Abs. 1 S. 1 AGG messen lassen.⁵⁵

b) Die einzelnen geschützten Merkmale

aa) Ungleichbehandlung wegen des Alters

Das Alter als Anknüpfungskriterium für eine Ungleichbehandlung wirft im Privatversicherungsrecht – anders als dasjenige der Behinderung (s. dazu sogleich sub bb) – insoweit keine Probleme auf, als es um die Begriffsbestimmung als solche geht. So steht es außer Zweifel, dass ein Höchst- oder Mindestaufnahmearter, ein Höchstversicherungsalter oder eine am Lebensalter orientierte Beschränkung der Versicherungslaufzeit als altersbedingte Ungleichbehandlung einzustufen ist.⁵⁶ Insoweit stellt sich allein die Frage einer Rechtfertigung (s. dazu unten sub c).

bb) Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung

Eine Ungleichbehandlung wegen einer Behinderung liegt tatbestandlich stets dann vor, wenn der Versicherer eine Differenzierung von einem Merkmal abhängig macht, das als Behinderung einzustufen ist. In der Praxis wird dies bisweilen von Versicherern anders gesehen, indem sie darauf verweisen, nicht „wegen einer Behinderung“ zu differenzieren, sondern wegen eines bestimmten Krankheitsbildes, wobei es für ihre Differenzierung völlig unerheblich sei, ob dieses Krankheitsbild zugleich die Definition der Behinderung erfüllt.⁵⁷ Auf eine derartige innere Willensrichtung kommt es jedoch für die Frage, ob eine Ungleichbehandlung wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals erfolgt, ebenso wenig an wie auf einen „bösen Willen“. Entscheidend ist allein, ob das Kriterium, an das eine Differenzierung geknüpft wird, bei objektiver Betrachtung eine Behinderung darstellt.⁵⁸

Freilich ist diese objektive Betrachtung mit einigen Ungewissheiten verbunden, auf die im Folgenden eingegangen werden soll. Nach der Legaldefinition des Begriffs der Behinderung in § 2 Abs. 2 S. 1 Sozialgesetzbuch (SGB) IX sowie der inhaltsgleichen Definition des § 3 des Gesetzes zur Gleichstellung behinderter Menschen (BGG) sind Menschen behindert, „wenn ihre körperliche Funktion, geistige Fähigkeit oder seelische Gesundheit mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweichen und daher ihre Teilhabe am Leben in der Gesellschaft beeinträchtigt ist“.

⁵⁵ **Armbrüster**, in: Begemann/Bruns (Fn. 22), S. 43, 48 f.

⁵⁶ Eingehend zu altersbezogenen Ungleichbehandlungen bei privaten Versicherungen **Armbrüster**, in: Begemann/Bruns (Fn. 22), S. 43 ff.

⁵⁷ S. etwa den Beklagtenvortrag in dem Gerichtsverfahren LG Offenburg, Urt. v. 13.11.2009 – 3 O 82/09 (unveröff.).

⁵⁸ Zutr. LG Offenburg, Urt. v. 13.11.2009 – 3 O 82/09 (unveröff.).

Diese Legaldefinition soll nach der Vorstellung des deutschen Gesetzgebers auch im Rahmen des § 20 Abs. 2 S. 3 AGG gelten.⁵⁹ Dies ist deshalb nicht ganz zweifelsfrei, weil der Begriff, sofern seine Verwendung durch den deutschen Gesetzgeber auf einer Richtlinienvorgabe beruht, autonom europarechtlich auszulegen ist. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat die Frage, inwieweit Krankheiten dem Behindertenbegriff unterfallen, bislang nicht abschließend geklärt; vielmehr hat er sich auf die Feststellung beschränkt, nicht jede Krankheit sei mit Behinderung gleichzusetzen.⁶⁰ Ungeachtet dessen ist, sofern man nicht ein einheitliches Begriffsverständnis für das arbeitsrechtliche und das allgemein-zivilrechtliche Benachteiligungsverbot im AGG befürwortet, eine europarechtliche Auslegung im hier interessierenden Kontext (noch) nicht erforderlich.⁶¹ Dies beruht darauf, dass das Benachteiligungsverbot im Hinblick auf die von § 20 Abs. 2 S. 3 AGG erfassten Merkmale auf einer überschießenden Umsetzung der privatrechtlichen Versicherungen nicht erfassenden Richtlinie 2000/78/EG beruht. Zumindest so lange, wie die im Entwurf vorliegende fünfte Antidiskriminierungsrichtlinie⁶² – die das Benachteiligungsverbot unter anderem auf Behinderungen erstreckt – nicht umzusetzen ist, kann daher in Übereinstimmung mit der Regierungsbegründung im Privatversicherungsrecht anders als im Arbeitsrecht an die genannte sozialrechtliche Definition des deutschen Rechts angeknüpft werden.

Der Begriff der Behinderung beinhaltet demnach zwei Elemente, nämlich das Vorliegen einer Funktionsbeeinträchtigung sowie einer Teilhabebeeinträchtigung. Angesichts der Gefahr, dass sich eine Krankheit zur Behinderung im Sinne des § 2 Abs. 2 S. 1 SGB IX entwickelt, müssen die aufgrund dieser Krankheit differenzierenden Versicherer damit rechnen, sich gemäß § 20 Abs. 2 S. 3 AGG rechtfertigen zu müssen. Auf den Grad der Behinderung (GdB) kommt es für den durch das AGG gewährleisteten Schutz nicht an, sodass insbesondere nicht allein Menschen mit einer Schwerbehinderung vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen geschützt werden.

Welch schwierige Fragen das Merkmal der Behinderung aufwirft, sei am Beispiel einer HIV-Infektion dargelegt. Fraglich ist zunächst, unter welchen Voraussetzungen bei der HIV-Infektion eine Funktionsbeeinträchtigung vorliegt. Eine solche (oder auch eine Teilhabebeeinträchtigung) allein unter Hinweis auf die aufgrund der HIV-Infektion bestehenden Einschränkungen hinsichtlich der sexuellen Aktivität anzunehmen,⁶³ begegnet durchgreifenden Bedenken. Hingegen kann bereits das Eintreten von Depressionen oder Angststörungen als Funktionsstörung anzusehen sein; dasselbe gilt für eine infektionsbedingt erhöhte Anfälligkeit für Infekte. Liegen hingegen keine Symptome vor, so kann das Vorliegen einer Funktionsbeeinträchtigung zu verneinen sein. Dies gilt selbst dann, wenn man entgegen dem nach dem Wortlaut der Legaldefinition erforderlichen Kausalzusammenhang zwischen Funktions- und Teilhabebeeinträchtigung eine Wechselbeziehung genügen lässt.⁶⁴

Dennoch gibt es Stimmen, die die symptomlose HIV-Infektion als Behinderung im Sinne des AGG qualifizieren, indem sie es für ausreichend halten, wenn nicht die körperliche

59 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 31; dem folgend OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1524.

60 EuGH NZA 2006, 839.

61 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 102.

62 KOM(2008) 426 endg.

63 Vgl. zum US-amerikanischen Recht US Supreme Court, *Bragdon v. Abbott*, 524 US 624 (1998); **Adomeit/Mohr** (Fn. 44), § 1 Rn. 99.

64 In diesem Sinne zumindest für das AGG MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 1 Rn. 79; dagegen unter Hinweis auf den insoweit eindeutigen Wortlaut **Luthe**, in: ders. (Hrsg.), *Rehabilitationsrecht*, 2009, S. 120.

Funktion unmittelbar, wohl aber die gesellschaftliche Teilhabe beeinträchtigt wird.⁶⁵ Was das Merkmal der Teilhabebeeinträchtigung angeht, so fragt sich, ob eine solche bereits allein im Hinblick auf eine mit der HIV-Infektion – mag diese auch symptomlos sein – möglicherweise verbundene soziale Ausgrenzung zu bejahen ist. Dies setzt zumindest voraus, dass die Infektion Außenstehenden bekannt oder erkennbar ist und dass diese zudem darauf typischerweise mit Ausgrenzung reagieren. Hierzu lässt sich kaum eine pauschale Aussage treffen, zumal die gesellschaftliche Einstellung zu dieser Frage einem Wandel unterliegt. Selbst wenn man eine Teilhabebeeinträchtigung auch bei völliger Symptomlosigkeit annimmt, begegnet das genannte Verständnis insoweit Bedenken, als es auf das Erfordernis der Funktionsbeeinträchtigung faktisch verzichtet.

Erwägenswert erscheint es, das Verbot des § 19 Abs. 1 AGG nicht nur auf die tatsächlich vorhandene, sondern schon auf die nur drohende Behinderung zu erstrecken.⁶⁶ Da eine Behinderung i. S. von § 2 Abs. 1 S. 2 SGB IX erst dann droht, wenn sie mit hinreichender Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist,⁶⁷ könnte man dies ausreichen lassen. Praktisch relativiert sich die Bedeutung der Frage freilich dadurch, dass bei der hinreichenden Wahrscheinlichkeit einer künftigen Behinderung oft schon gegenwärtig eine Funktionsstörung, und sei sie rein psychischer Art, vorliegen wird.

Sieht man eine symptomlose HIV-Infektion nicht als Behinderung i. S. von § 19 Abs. 1 AGG an – was hier nicht abschließend zu beurteilen ist –, so kann in einer Ungleichbehandlung eine mittelbare Diskriminierung wegen der sexuellen Identität liegen; für diese wiederum trifft die Betroffenen eine erhöhte Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der fehlenden Rechtfertigung (s. dazu unten sub 4).

Die soeben am Beispiel der HIV-Infektion aufgezeigten Schwierigkeiten bei der Definition des Behinderungsbegriffs haben auch Auswirkungen auf die Verletzung der **vorvertraglichen Anzeigepflicht** von Betroffenen. Anzeigepflichtig sind nach dem reformierten Versicherungsvertragsrecht grundsätzlich allein solche gefahrerheblichen Umstände, nach denen der Versicherer ausdrücklich und in Textform gefragt hat (§ 19 Abs. 1 S. 1 VVG). Damit ist zwar klar, dass etwa die Frage, ob eine HIV-Infektion vorliegt, wahrheitsgemäß beantwortet werden muss; trifft die Antwort nicht zu, so greifen die Sanktionen des § 19 Abs. 2–4 VVG ein.⁶⁸ Wird hingegen nur allgemein danach gefragt, ob eine Behinderung vorliegt, so trägt der Versicherer das durch die Unklarheit dieser Frage hinsichtlich der konkret in Rede stehenden Beeinträchtigung begründete Risiko einer unzutreffenden Einschätzung.⁶⁹ Auch bei einer für durchschnittliche Versicherungsnehmer/innen ungewissen Einordnung wird die anzeigepflichtige Person freilich dann nicht geschützt, wenn sie etwa über einen Schwerbehindertenausweis verfügt. In solchen Fällen kann dem Versicherer auch das Recht zur Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung (§ 123 BGB) zustehen. Übt er dieses Recht aus, so liegt darin schon tatbestandlich kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG. Ausschlaggebend für die Anfechtung ist in diesem Fall nämlich allein die Täuschung, nicht die Behinderung.⁷⁰

65 Schmidt, in: Schiek (Fn. 22), § 1 Rn. 43.

66 Vgl. Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein (Fn. 33), § 1 Rn. 54; Davy, in: Norm und Normvorstellung, Festschrift für Bernd-Christian Funk, 2003, S. 63, 69; dagegen v. Roetteken, AGG, GW 2007, § 1 Rn. 166, 170.

67 Neumann, Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen, Handbuch SGB IX, 2004, § 5 Rn. 6.

68 S. etwa LG Karlsruhe NJW-RR 2009, 1118 (im Kontext der Arglistanfechtung).

69 S. dazu allg. MünchKommVVG/Langheid, 2010, § 19 Rn. 107.

70 OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

cc) Ungleichbehandlung wegen der sexuellen Identität

Das Merkmal der sexuellen Identität spielt im Bereich privater Versicherungsverträge für die gegenwärtige Praxis offenkundig keine nennenswerte Rolle mehr.⁷¹ Es soll daher hier über die bereits soeben im Kontext der HIV-Infektion angesprochene Frage einer mittelbaren Diskriminierung hinaus nicht vertieft werden.

dd) Ungleichbehandlung wegen der Religion oder Weltanschauung

Ähnliches wie für das Merkmal der sexuellen Identität gilt für dasjenige der Religion oder Weltanschauung. Zu nennen ist insoweit der Fall, dass das Risiko wegen der Ablehnung bestimmter medizinisch indizierter Behandlungen wie Bluttransfusionen aus religiösen Gründen erhöht ist und der Versicherer darauf eine Ungleichbehandlung stützt. Die darin liegende Benachteiligung wird regelmäßig nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG gerechtfertigt sein (s. dazu unten sub c).

c) Rechtfertigungsmöglichkeit

aa) Grundlagen

Eine Ungleichbehandlung ist nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG dann zulässig, wenn sie „auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen“. Insofern wirft die praktische Anwendung des Gesetzes einige Fragen auf. Bei der Auslegung sind anders als bei der Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 1 AGG europarechtliche Vorgaben – wie bereits im Kontext des Behinderungsbegriffs dargelegt – nicht zu berücksichtigen.

Die Gesetzesbegründung erläutert den Begriff „anerkannte Prinzipien risikoadäquater Kalkulation“ als eine Zusammenfassung der Grundsätze, die von Versicherungsmathematikern bei der Berechnung von Prämien und Deckungsrückstellungen anzuwenden seien. Es seien bestimmte Rechnungsgrundlagen, mathematische Formeln und kalkulatorische Herleitungen zu verwenden, wobei hierbei auch statistische Grundlagen heranzuziehen seien, falls diese vorhanden oder bei vertretbarem Aufwand erstellbar seien. Zudem müsse auf anerkannte medizinische Erfahrungswerte und Einschätzungstabellen der Rückversicherer zurückgegriffen werden. Gesetzliche Grundlagen solcher anerkannter Grundsätze fänden sich beispielsweise in §§ 11, 65 VAG sowie in den aufgrund dieser Vorschrift erlassenen Rechtsverordnungen und in § 341 f Handelsgesetzbuch (HGB).⁷² Der Verweis auf diese Vorschriften macht deutlich, dass die Versicherer sich im Bereich der von den genannten Normen erfassten Versicherungszweige an denselben Vorgaben orientieren müssen wie bereits vor Inkrafttreten des AGG. Dies führt dazu, dass insoweit in aller Regel eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG keine praktischen Schwierigkeiten aufwerfen dürfte.

Dieser Befund gilt insbesondere hinsichtlich der an das Alter anknüpfenden Differenzierung.⁷³ So lässt es sich statistisch nachweisen, dass in der Kfz-Versicherung das Risiko bei jüngeren sowie älteren Personen erheblich erhöht ist. Dementsprechend ist – um ein Beispiel aus der Beschwerdepraxis des Ombudsmanns für Versicherungen herauszugreifen – ein dieses typischerweise erhöhte Risiko widerspiegelnder Prämienzuschlag für über

71 S. dazu unten bei Fn. 146.

72 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

73 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 96 f.

65-jährige Personen nicht zu beanstanden. Dasselbe gilt für entsprechende Zuschläge, wie sie in der Praxis für Personen unter 23 Jahren verbreitet sind. Dabei muss zwangsläufig bei einem bestimmten Lebensalter ein Einschnitt gemacht werden, damit der Prämientarif nicht übermäßig kompliziert wird. Derartige typisierende Zäsuren sind eine anerkannte Methode der Typisierung und der Verwaltungsvereinfachung.⁷⁴ Angesichts dessen, dass der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz auch im Rahmen von § 20 Abs. 2 S. 3 AGG gilt, stellt sich allerdings die Frage, ob die – insbesondere in zahlreichen Krankenversicherungstarifen enthaltenen – Regeln zum Höchstaufnahmealter insofern unzulässig sind, als sie nicht das relativ mildeste Mittel darstellen. Indessen dürfte jedoch die Beschränkung auf eine an das Alter anknüpfende risikogerechte Prämienberechnung nur ein scheinbar milderes Mittel darstellen, führte sie nämlich ab einem Einstiegsalter jenseits des derzeitigen Höchstaufnahmealters zu derart hohen Prämien, dass diese praktisch unbezahlbar wären.⁷⁵

bb) Fehlende Statistiken

Streit besteht darüber, inwiefern eine Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG in Fällen möglich ist, in denen die der Differenzierung zugrunde liegenden Risikomerkmale statistisch nicht erfasst sind. Dies ist etwa bei der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung⁷⁶ sowie bei einer Vielzahl von möglicherweise als Behinderung einzustufenden Krankheiten der Fall.

Ausweislich der oben angeführten Gesetzesbegründung soll das Erfordernis, statistische Daten heranzuziehen, entfallen, wenn solche nicht vorhanden sind und sich auch nicht mit vertretbarem Aufwand erstellen lassen. Stattdessen sollen medizinische Erfahrungswerte und Einschätzungstabellen der Rückversicherer herangezogen werden können.⁷⁷ Allerdings wird die Möglichkeit einer Rechtfertigung auf andere Weise als mittels statistischer Daten vereinzelt auch abgelehnt.⁷⁸ Argumentiert wird mit dem Ziel des AGG, Vorurteile auszuschalten und den Versicherern eine gesteigerte Darlegungs- und Beweislast aufzuerlegen. Hiermit lasse sich die Berücksichtigung statistisch nicht gesicherter Vermutungen nicht vereinbaren.⁷⁹ Zudem sei die Gesetzesbegründung insofern widersprüchlich, als sie eingangs nur solche Risikomerkmale gelten lasse, die einen deutlichen statistischen Zusammenhang mit der Schadens Erwartung haben.⁸⁰

Zu Recht werden indes statistische Erhebungen in der überwiegenden Literatur sowie ersten Gerichtsentscheidungen nicht für zwingend notwendig gehalten.⁸¹ Mag die Gesetzesbegründung insofern in der Tat etwas widersprüchlich formuliert sein, so geht sie in Anetracht des ausdrücklichen Verweises auf medizinische Erfahrungswerte und die Einschätzungstabellen der Rückversicherer dennoch letztlich klar davon aus, dass eine Rechtfertigung auch ohne Vorliegen statistischen Materials möglich ist. Auch der Wortlaut

74 MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 20 Rn. 97; **Weimann**, in: Hey (Fn. 33), § 20 Rn. 127.

75 Verband der privaten Krankenversicherung, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vor dem Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, A.-Drucks. 15(12)440-P, S. 4.

76 Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien vor dem Ausschuss für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, A.-Drucks. 15(12)435-27, S. 3 f.

77 Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780, S. 45.

78 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 57; zustimmend **Weimann** (Fn. 74), § 20 Rn. 131.

79 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 57.

80 **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 57.

81 **Wendtland**, in: Gaier/Wendtland, AGG, 2006, Rn. 124; **Adomeit/Mohr** (Fn. 44), § 20 Rn. 33; Saarländisches OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

des § 20 Abs. 2 S. 3 AGG spricht für eine derartige Auslegung, indem er die versicherungsmathematisch ermittelte Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen lediglich als Beispiel einer auf anerkannten Prinzipien beruhenden risikoadäquaten Kalkulation bezeichnet („**insbesondere**“). Dies ist allein sachgerecht, da eine auch im Interesse der Versicherungsnehmer/innen liegende Risikodifferenzierung anderenfalls grundlos erschwert würde. An dieser Stelle kommt wiederum die entscheidende Aussage des Gesetzgebers zum Tragen, dass es im Versicherungssektor nicht darum geht, risikobezogene Differenzierungen zu verhindern, sondern allein die Betroffenen vor Willkür zu bewahren.

Praktisch bedeutsam ist die hier vertretene Auslegung nicht nur für den bereits genannten Fall der Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung, sondern auch für die Frage der Einschätzung **neuartiger Erkrankungen** und der Deckung neuer Risiken. Obwohl statistisches Material hier regelmäßig noch nicht vorhanden ist, kann eine Deckung dennoch sinnvoll und für die Betroffenen wichtig sein. Ohne geeignete Risikodifferenzierung ist die Versicherbarkeit solcher Risiken aber oft zweifelhaft.

Lässt man es zu, medizinische Erfahrungswerte oder Einschätzungstabellen der Rückversicherer heranzuziehen, so bietet dies die Chance, die Grenzen der Versicherbarkeit von Risiken kontinuierlich zu erweitern. Als praktisches Beispiel lässt sich die Entwicklung der Versicherbarkeit von Risiken HIV-infizierter Personen anführen: Während für diesen Personenkreis noch vor einigen Jahren Versicherungsschutz in der Lebensversicherung nicht erhältlich war, ist der Abschluss einer solchen Versicherung angesichts der veränderten medizinischen Prognosen heutzutage im Grundsatz möglich.⁸² Dabei müssen zwar bestimmte risikobezogene Einschränkungen wie Deckungshöchstsummen oder Prämienzuschläge hingenommen werden, aber dies ist gegenüber dem völligen Fehlen eines Versicherungsangebots eindeutig vorzugswürdig. Für eine derartige Verbesserung der den Betroffenen zur Verfügung stehenden Versicherungsmöglichkeiten ist es freilich erforderlich, dass auch ohne das Vorhandensein statistischer Erhebungen eine Rechtfertigung von Differenzierungen nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG möglich ist, wenn die Risikodifferenzierung auf medizinischen Erfahrungswerten oder den Einschätzungstabellen der Rückversicherer basiert. Dementsprechend wird auch in ausländischen Rechtsordnungen eine Risikodifferenzierung in aller Regel nicht allein beim Vorliegen eines statistisch nachweisbaren Risikozusammenhangs zwischen dem jeweiligen geschützten Merkmal und dem Schadenserwartungswert ermöglicht.⁸³

Der vorstehend genannte Befund, wonach die Einbeziehung medizinischen Erfahrungswissens sowie der Einschätzungstabellen der Rückversicherer nicht zuletzt im Interesse der Betroffenen an einer Verbesserung des Versicherungsangebots zulässig sein muss, kommt im Entwurf einer fünften Antidiskriminierungsrichtlinie in der Fassung der Entschließung des Europäischen Parlaments vom 02.04.2009⁸⁴ bereits im Ansatz, aber noch nicht mit der gebotenen Deutlichkeit zum Ausdruck. Danach sollen behinderungs- und altersbezogene versicherungsmathematische Faktoren künftig dann nicht als diskriminierend gelten, wenn nachgewiesen wird, dass es sich um für die Risikobewertung maßgebliche Faktoren handelt, und wenn der Versicherer anhand versicherungsmathematischer Grundsätze oder statistischer oder medizinischer Daten bedeutend höhere Risiken belegen kann. Weiter

82 S. nur **Siebers**, VW 2008, 1216. Schwieriger ist bislang noch die Absicherung gegen Invalidität.

83 **Eich**, RPAktuell, Ausgabe 2/2007, 6 ff.

84 P6_TA(2009)0211 (abrufbar unter www.europarl.europa.eu/slides/), Abänderung 83.

heißt es in dem Vorschlag wörtlich: „Dabei ist davon auszugehen, dass sich der Begriff medizinische Daten auf objektive und überprüfte medizinische Fakten und gesichertes medizinisches Wissen beschränkt, was im Einklang mit den Standards bei der Sammlung medizinischer Daten steht.“ Diese Formulierung erscheint insofern problematisch, als dass sie Streit darüber hervorzurufen droht, ob das auf neuartige Erkrankungen anwendbare medizinische Erfahrungswissen bereits als „gesichert“ angesehen werden kann. Insofern ist wiederum darauf hinzuweisen, dass es im Bereich privater Versicherungsverträge allein um ein Willkürverbot geht und dass dem Risiko adverser Selektion entgegengetreten werden muss.

cc) Weitere materiell-rechtliche Konkretisierungen

Da weitere Konkretisierungen der in § 20 Abs. 2 S. 3 AGG verwendeten Begriffe fehlen, sind ihre genauen Voraussetzungen unklar. Eine erste Gerichtsentscheidung geht von einem eher weiten Verständnis aus, wenn es dort heißt, dass im Falle, dass zur Risikoerheblichkeit einer Erkrankung unterschiedliche wissenschaftliche Erkenntnisse vorliegen, es in einer privatautonomen Ordnung des Versicherungsvertragsrechts auf die Entscheidung des Versicherers ankomme, ob und welche allgemein vertretene Risikobewertung er seiner Vertragsentscheidung zugrunde lege.⁸⁵ Auch in der Literatur wird ein weites Verständnis von § 20 Abs. 2 S. 3 befürwortet.⁸⁶

Im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs zwischen den einzelnen Versicherungsunternehmen erscheint diese Ansicht sachgerecht, zumal da ein ökonomisch handelnder Versicherer an willkürlicher Risikodifferenzierung ohnehin kein Interesse hat und daher um die Verwendung von mit dem Schaden möglichst eng korrelierenden Risikomerkmale bemüht sein wird.⁸⁷ Bei Zugrundelegung eines solchen Verständnisses dürfte die Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG die Versicherer daher in materieller Hinsicht in der Regel vor keine allzu großen Schwierigkeiten stellen; damit wird zugleich dem Interesse der einzelnen Versicherungsnehmer/innen an einem risikoadäquaten Versicherungsangebot Rechnung getragen, ohne dass damit für die Betroffenen eine willkürliche Benachteiligung einherginge.

dd) Beweisführung, insbesondere: Offenlegungserfordernis

Probleme im Hinblick auf das Erfordernis der Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 S. 3 AGG können sich jedoch in prozessualer Hinsicht ergeben. Bereits nach allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen trägt der Versicherer die Beweislast für das Vorliegen des Rechtfertigungsgrundes. Sofern die zu rechtfertigende Differenzierung auf der Verwendung betriebsinterner Kalkulationen beruht, sind daher Kollisionen mit dem bereits (sub B II 1) geschilderten Geheimhaltungsinteresse des Versicherers möglich. Zwar ist es richtig, dass der Gesetzeswortlaut keine Veröffentlichung erfordert. Auch betrifft das Veröffentlichungserfordernis nach § 10a Abs. 2a VAG allein geschlechtsbezogene Differenzierungen. Indessen ergibt sich bereits daraus, dass den Versicherer hinsichtlich der Voraussetzungen einer Rechtfertigung die Darlegungslast trifft, im Streitfall eine Verpflichtung zur Offenlegung der für die Ungleichbehandlung maßgeblichen Faktoren.

⁸⁵ OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

⁸⁶ Adomeit/Mohr (Fn. 44), § 20 Rn. 35; Thüsing/v. Hoff, VersR 2007, 1, 2.

⁸⁷ MünchKomm-BGB/Thüsing (Fn. 22), § 20 Rn. 63.

In der Praxis wird das Gericht sich in vielen Fällen im Rahmen einer Plausibilitätsprüfung auf die allgemeine Lebenserfahrung stützen können, ohne dass detaillierte Daten oder Erfahrungsgrundsätze vorgelegt wurden.⁸⁸ Bestreiten Betroffene jedoch im Prozess die Darlegungen des Versicherers,⁸⁹ so wird zumindest in komplexeren Fällen nach den normalen zivilprozessualen Beweisregeln ein Sachverständigengutachten einzuholen sein. Stattdessen ist es erwägenswert, auch hier – wie bereits oben (sub 1 e bb) zum Merkmal Geschlecht befürwortet – die Überprüfung von vornherein einer sachkundigen neutralen Stelle zu übertragen. Damit würde auch hier das Geheimhaltungsinteresse des Versicherers berücksichtigt werden können, ohne zugleich den wirksamen Schutz der Versicherungsnehmer/innen vor Diskriminierung zu gefährden.

ee) Veränderung von rechtfertigungserheblichen Umständen

Versicherungsverträge sind, da der Versicherer die Gefahr für einen bestimmten Zeitraum übernimmt, Dauerschuldverhältnisse. Dementsprechend kann es dazu kommen, dass die bei Vertragsschluss vorliegenden, eine Differenzierung rechtfertigenden Umstände sich später verändern. Dies gilt insbesondere für das Merkmal Behinderung. Ein Beispiel aus der Beschwerdepraxis des Ombudsmanns Private Kranken- und Pflegeversicherung betrifft den Fall, dass Beschwerdeführer geltend machen, die als Behinderung einzustufende Erkrankung sei inzwischen geheilt. Sofern dies zutrifft und das Risiko tatsächlich nicht mehr erhöht ist, entfällt für die Zukunft der Rechtfertigungstatbestand, sodass beispielsweise der Grund für einen Prämienzuschlag entfallen kann.

3. Rechtfertigung von Vergünstigungen nach § 20 Abs. 1 AGG

Kontrovers diskutiert wird die Frage, ob dem Versicherer bei Ungleichbehandlungen, die von den Rechtfertigungstatbeständen des § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG geregelt werden (Prämie, Leistungen, Vertragsablehnung), auch die allgemeine Rechtfertigungsmöglichkeit nach § 20 Abs. 1 AGG offensteht, die eine Rechtfertigung bereits bei Vorliegen eines sachlichen Grundes zulässt. In Betracht kommt hier insbesondere § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG im Hinblick auf **Vergünstigungen** für bestimmte Kundenkreise, etwa für junge, ältere oder weibliche Versicherungsnehmer/innen, die nicht aus versicherungstechnischen, sondern aus Marketinggründen gewährt werden.

Teilweise wird § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG als abschließende Regelung der Rechtfertigungsmöglichkeiten im Versicherungsbereich verstanden.⁹⁰ Ein Rückgriff auf Abs. 1 wäre damit ausgeschlossen. Argumentiert wird mit dem Gesetzeswortlaut: In der Formulierung, eine Ungleichbehandlung sei „nur zulässig, wenn ...“ komme der abschließende Charakter von § 20 Abs. 2 AGG klar zum Ausdruck. Dieses Ergebnis werde durch die Gesetzesbegründung gestützt, in der von einer „besonderen Bestimmung für private Versicherungsverträge“ und nicht von einem „zusätzlichen Rechtfertigungsgrund für private Versicherungsverträge“ die Rede sei.⁹¹ Eine teleologische Aufhebung dieser abschließenden Wirkung komme nicht in Betracht.⁹²

88 So beispielsweise geschehen bei OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

89 Daran fehlte es in dem Fall OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525.

90 **Rödl** (Fn. 22), § 20 Rn. 44; **Ambrosius** (Fn. 22), § 20 Rn. 36.

91 **Rödl** (Fn. 22), § 20 Rn. 44.

92 **Rödl** (Fn. 22), § 20 Rn. 44.

Richtigerweise sollte man jedoch § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG teleologisch dahin gehend reduzieren, dass der Tatbestand des § 20 Abs. 1 AGG – zumindest im Hinblick auf § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AGG – anwendbar ist.⁹³ Denn der Zweck dieser Regelung, Vergünstigungen zu ermöglichen, die bei einem Verbot der Ungleichbehandlungen ersatzlos entfielen, kommt auch dann zum Tragen, wenn es um Vorteile für Versicherungsnehmer/innen geht.⁹⁴ Anderenfalls würden sich die strengen Rechtfertigungsanforderungen des § 20 Abs. 2 VVG im Ergebnis nachteilig auswirken, denn falls der Versicherer die Vorteile gezielt bestimmten Personen zugutekommen lassen möchte und man ihm dies versagt, profitiert im Ergebnis niemand von den Vorteilen. Diejenigen Personen, die nicht durch die vom Versicherer vorgesehenen Vorteile begünstigt werden sollen, werden durch das Erfordernis eines sachlichen Grundes nach § 20 Abs. 1 S. 1 AGG hinreichend geschützt.

4. Rechtfertigung bei mittelbarer Benachteiligung (§ 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG)

a) Grundlagen

Der Begriff der mittelbaren Benachteiligung ist in § 3 Abs. 2 AGG legal definiert. Eine solche liegt danach vor, wenn Personen durch „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“ wegen eines geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligt werden können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften etc. sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt, zu dessen Erreichung die Mittel angemessen und erforderlich sind.

Anders als bei der unmittelbaren Benachteiligung wird hier also nicht direkt an ein geschütztes Merkmal angeknüpft, sondern stattdessen auf ein scheinbar neutrales Kriterium abgestellt, welches in seinem Vollzug faktisch eine Gruppe von Trägern dieses Merkmals besonders betrifft. Nach § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG erfordert bereits das tatbestandliche Vorliegen einer mittelbaren Benachteiligung das Fehlen eines sachlichen Grundes für die Ungleichbehandlung. Anders als bei § 20 Abs. 1 AGG führt der sachliche Grund nicht erst zur Rechtfertigung einer Benachteiligung, sondern hat vielmehr die Konsequenz, dass eine Benachteiligung bereits tatbestandlich ausscheidet.

b) Anwendbarkeit auf Versicherungsverträge

Fraglich ist, ob dies auch im Versicherungsbereich gilt. Zwar legt § 20 Abs. 2 AGG insofern einen gegenüber dem allgemeinen Rechtfertigungstatbestand strengeren Maßstab fest, ohne dabei zwischen mittelbaren und unmittelbaren Benachteiligungen zu differenzieren. Andererseits enthält das Gesetz keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass diese Verschärfungen im Falle der mittelbaren Benachteiligung bereits in das Tatbestandsmerkmal der fehlenden sachlichen Rechtfertigung hineinzulesen wären. Auffällig ist vielmehr die Anlehnung der Formulierung in § 20 Abs. 2 S. 1 bzw. S. 3 AGG – eine „unterschiedliche Behandlung **wegen**“ des jeweiligen Merkmals – an die Legaldefinition der unmittelbaren Benachteiligung in § 3 Abs. 1 AGG – „eine weniger günstige Behandlung **wegen** eines in § 1 genannten Grundes“.

93 Zustimmung **Wandt**, VersR, 5. Aufl. 2010, Rn. 233.

94 **Armbrüster** (Fn. 29), Vorbem. IV Rn. 17.

Angesichts dieser Parallele ist anzunehmen, dass § 20 Abs. 2 AGG sich von vornherein nur auf den Tatbestand der unmittelbaren Benachteiligung bezieht und es hinsichtlich der mittelbaren Benachteiligung bei § 3 Abs. 2 AGG bleibt. Etwas anderes lässt sich auch den Vorgaben der durch § 20 Abs. 2 S. 1 AGG umgesetzten Gender-Richtlinie nicht entnehmen. Auch im Versicherungsbereich liegt eine mittelbare Benachteiligung somit tatbestandlich nur dann vor, wenn eine sachliche Rechtfertigung für die Differenzierung nicht besteht.

c) Beweislast

Was die Beweislast für das Vorliegen einer derartigen sachlichen Rechtfertigung angeht, könnte man angesichts der negativen Formulierung in § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG – „es sei denn, dass“ – auf den Gedanken kommen, diese liege beim benachteiligenden Versicherer. Dieser Schluss wird denn auch teilweise gezogen.⁹⁵

Ausweislich der Gesetzesbegründung soll indessen auch insoweit die benachteiligten Versicherungsnehmer/innen die Darlegungs- und Beweislast treffen, um den ansonsten sehr weiten Anwendungsbereich der mittelbaren Benachteiligung einzuschränken. Obgleich der gesetzgeberische Wille in § 3 Abs. 2 AGG nicht klar zum Ausdruck gekommen ist, erscheint dies sachgerecht.⁹⁶

Das Fehlen einer sachlichen Rechtfertigung stellt daher kein rechtshinderndes, sondern ein negatives Tatbestandsmerkmal dar, für das die Anspruchsteller/innen beweispflichtig sind.⁹⁷ Die aus dieser Einordnung des § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG folgenden praktischen Konsequenzen für die mittelbar benachteiligten Versicherungsnehmer/innen werden indes durch die Rechtsprechung zum Nachweis negativer Tatsachen erheblich abgemildert. Danach dürfte es grundsätzlich genügen, dass die betroffene Person das Fehlen eines die Benachteiligung sachlich rechtfertigenden rechtmäßigen Ziels oder aber die Angemessenheit oder Erforderlichkeit des gewählten Mittels zur Erreichung eines solchen Ziels bestreitet. Soweit ihm dies zumutbar ist, hat der Versicherer dann substantiierte Behauptungen zum Vorliegen eines ausreichenden Ziels bzw. zur Angemessenheit und Erforderlichkeit vorzutragen. Erst dann muss die betroffene Person dem Gericht die überwiegende Wahrscheinlichkeit vom Nichtvorliegen der vom Versicherer behaupteten Umstände vermitteln.⁹⁸

Angesichts dieser aus den Grundsätzen des Beweises negativer Tatsachen folgenden Erleichterungen ist die Einordnung des fehlenden sachlichen Grundes als negatives, von der anspruchstellenden Person zu beweisendes Tatbestandsmerkmal auch in Anbetracht des europarechtlichen Effektivitätsgrundsatzes nicht zu beanstanden. Die Beweislast für das fehlende Vorliegen einer sachlichen Rechtfertigung im Sinne von § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG trifft damit die Versicherungsnehmer/innen.

95 **Bertzbach**, in: Däubler/Bertzbach (Fn. 22), § 22 Rn. 37; MünchKomm-BGB/**Thüsing** (Fn. 22), § 22 Rn. 14; **Falke**, in: Rust/Falke (Fn. 22), § 22 Rn. 43.

96 **Grüneberg**, in: Palandt, BGB, 69. Aufl. 2010, § 22 AGG Rn. 2; **Kremer**, in: Hey (Fn. 33), § 22 Rn. 80 f.

97 **Gaier**, in: Gaier/Wendtland (Fn. 81), § 3 Rn. 155.

98 **Gaier**, in: Gaier/Wendtland (Fn. 81), § 3 Rn. 158.

III. Vergleich mit ausländischen Rechtsordnungen

1. Überblick

Nachdem bislang das deutsche Antidiskriminierungsrecht und dessen europarechtliche Wurzeln im Mittelpunkt standen, soll es im Folgenden darum gehen, wie die Rechtslage im Ausland beurteilt wird. Dabei erweist sich zunächst, dass die Materiallage in den europäischen Staaten, speziell zum Versicherungssektor, ausgesprochen spärlich ist.

Dies gilt namentlich für die Rechtslage in **Frankreich**, wo in manchen Bereichen eine geschlechtsbezogene Differenzierung nicht stattfindet.⁹⁹ Das seit 01.01.2009 geltende **schwedische** Antidiskriminierungsgesetz¹⁰⁰ enthält in Chapter 2 Sect. 12 ein Benachteiligungsverbot, das sich an Personen richtet, die Dienstleistungen anbieten. Dieses Verbot gilt jedoch generell nicht für das Merkmal Alter sowie im Bereich des Versicherungswesens nicht für das Merkmal Geschlecht.

Im **Vereinigten Königreich** wurde im April dieses Jahres der sog. Equality Act 2010¹⁰¹ erlassen. Es erstreckt das Benachteiligungsverbot hinsichtlich aller geschützten Merkmale auch auf Versicherungsverträge. Allerdings enthält es in Schedule 3 Part 5 einige interessante Ausnahmen von diesem Benachteiligungsverbot: Hinsichtlich des Merkmals der Benachteiligung liegt nach sect. 21 kein Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot von sect. 29 darin, „**as relating to disability discrimination, to do anything in connection with insurance business if that thing is done by reference to information that is both relevant to the assessment of the risk to be insured and from a source on which it is reasonable to rely, and it is reasonable to do that.**“ Hinsichtlich des Merkmals des Geschlechts (sowie Schwangerschaft und Mutterschaft) enthält Schedule 3 Part 5 sect. 22 eine sich an den Vorgaben der Richtlinie orientierende Ausnahme. Anders als im deutschen AGG ist ausdrücklich festgehalten, dass die Differenzierung „**proportionate**“ sein muss. In der Sache ergibt sich nach der hier vertretenen Auslegung freilich insoweit kein Unterschied. Im Übrigen verlangt das Gesetz ausdrücklich, dass die Daten, an die angeknüpft wird, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden müssen. Eine allgemeine, d. h. nicht auf Versicherungsverträge beschränkte, Ausnahme für das Alter ist ferner in sect. 197 enthalten. Über die rechtlichen Vorgaben hinaus hat der Versichererverband einige Handlungsempfehlungen zum Umgang mit den britischen Gesetzen ausgesprochen; die Disability Rights Commission hat einen Code of Practice formuliert.¹⁰² Diese Regeln sind freilich inhaltlich schon angesichts der unterschiedlichen rechtlichen Ausgangslage, etwa eines erheblich abweichenden Begriffs der Behinderung, nicht übertragbar.

Angesichts der für die Mitgliedstaaten bestehenden einheitlichen Richtlinienvorgaben und des Umstands, dass der deutsche Gesetzgeber diese in den hier interessierenden Punkten teils wörtlich übernommen hat, richtet sich der Blick daher auf die für diesen Rechtsbereich prägenden transatlantischen Rechtsordnungen. Daraus lassen sich möglicherweise Rückschlüsse für die Beantwortung offener Fragen sowie Anregungen für eine Weiterentwicklung des deutschen Rechts gewinnen.

99 S. dazu KOM(2003) 657 endg., S. 6.

100 http://www.manskligarattigheter.gov.se/dynamaster/file_archive/090717938e32b31f6d4029833f80falc7486c3/discrimination%20act.pdf

101 http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/ukpga_20100015_en_1

102 <http://www.copfs.gov.uk/Publications/2006/12/DRCStatCode>; s. auch RPaktuell 2/2007, 7 f.

2. US-amerikanisches Recht

Das US-amerikanische Antidiskriminierungsrecht nimmt in mancher Hinsicht eine Vorreiterrolle bei der Entwicklung des Rechtsgebiets ein, sodass es hier an den Anfang gestellt werden soll. Ebenso wie in Deutschland dreht sich auch in den USA die Diskussion in erster Linie um die Frage nach Diskriminierungsverboten, die das Beschäftigungsverhältnis betreffen. Dementsprechend beschränkt sich die, soweit ersichtlich einzige, nach Inkrafttreten des AGG erschienene rechtsvergleichende Abhandlung zum Antidiskriminierungsrecht auf arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbote.¹⁰³ Was das versicherungsbezogene Antidiskriminierungsrecht betrifft, ist nur sehr wenig Literatur zu verzeichnen.¹⁰⁴

Eine dem deutschen AGG vergleichbare, das Antidiskriminierungsrecht umfassend regelnde Kodifikation existiert in den USA nicht. Stattdessen findet sich über unterschiedliche Gesetze verteilt eine Vielzahl einzelner Verbote. Für den hier interessierenden Versicherungssektor ist dabei vor allem das einzelstaatliche Recht bedeutsam. Denn nicht nur ist die Anzahl der den Versicherungsbereich berührenden, bundesstaatlichen Benachteiligungsverbote sehr gering. Deren Bedeutung wird darüber hinaus durch den sog. **McCarran-Ferguson Act** eingeschränkt. Demnach darf bundesstaatliches Recht eine einzelstaatliche Regelung nur dann aufheben, beeinträchtigen oder ersetzen, wenn Ersteres sich ausdrücklich auf das Versicherungsgeschäft bezieht.¹⁰⁵

Die Frage nach Verbot und Rechtfertigung von Risikodifferenzierungen richtet sich daher primär nach dem Recht der einzelnen Bundesstaaten. Diese haben allesamt im Grundsatz den **National Association of Insurance Commissioners' (NAIC) Model Unfair Trade Practices Act** eingeführt.¹⁰⁶ Danach gilt eine Risikodifferenzierung in aller Regel dann nicht als Benachteiligung, wenn sie auf korrekten aktuariellen Grundsätzen beruht.¹⁰⁷ Indem eine Differenzierung nicht zwingend vom Vorhandensein statistischen Datenmaterials abhängig gemacht wird, ist der Rechtfertigungsmaßstab – zumindest im Kontext der geschlechtsbezogenen Benachteiligung – folglich regelmäßig ein milderer als derjenige nach § 20 Abs. 2 AGG. Allerdings ist in einigen Bundesstaaten die Differenzierung anhand einzelner Merkmale absolut ausgeschlossen, also ohne Rechtfertigungsmöglichkeit.¹⁰⁸ Derartige absolute Benachteiligungsverbote beziehen sich freilich mitunter nur auf einzelne Versicherungszweige oder auf einzelne Modalitäten der Risikodifferenzierung, etwa nur auf die Vertragsablehnung. So ist etwa im Staat New York im Rahmen der Kfz-Versicherung eine Prämiendifferenzierung anhand der Merkmale Alter und Geschlecht möglich, während eine solche in Michigan unzulässig ist.¹⁰⁹

103 **Monen**, Das Verbot der Diskriminierung, Eine Untersuchung aufgrund der Rasse, des Geschlechts und der sexuellen Identität im deutschen und U.S.-amerikanischen Privatrecht, 2008.

104 Recherchiert wurde mittels LexisNexis-Research (umfasst neben dem US-amerikanischen auch das australische, kanadische und englische Recht), JSTOR und Oxford Journals anhand der Suchbegriffe „insurance“ und/oder „anti-discrimination“ und/oder „non discrimination“ und/oder „classification“ und/oder „actuarial“ und/oder „gender discrimination“ und/oder „sex discrimination“ und/oder „race“ und/oder „age“ und/oder „disability“ und/oder „unfair“ und/oder „premiums“ und/oder „insurance statute“ und/oder „unisex“. Ferner wurde der KOBV anhand der Stichworte „Antidiskriminierung“, „Diskriminierung“, „Discrimination“, „Anti-discrimination“, „Non-discrimination“ und „Gleichbehandlung“ durchsucht.

105 U.S.C. Band 15, § 1012(b).

106 **McGlamery**, Connecticut Insurance Law Journal 2009, S. 531, 546.

107 **Plitt/MalDonado**, Washington and Lee Journal of Civil Rights and Social Justice, 14 (2008), 199, 222.

108 **Suter**, The George Washington Law Review 72 (2004), 737, 795.

109 **Kelly/Nielson**, The Geneva Papers on Risk and Insurance 2006, 212, 223 f.

3. Kanadisches Recht

Ähnlich wie in den USA ist die Rechtslage in Kanada. Auch hier ist eine Risikodifferenzierung in den meisten Provinzen möglich, wenn diese nicht „unfair“ ist, was regelmäßig anzunehmen ist, wenn sie auf aktuariellen Grundsätzen beruht. Wiederum existieren jedoch in einigen Provinzen im Hinblick auf einzelne Risikomerkmale und einzelne Versicherungszweige absolute Benachteiligungsverbote.¹¹⁰ So ist etwa in Neuschottland die Risikodifferenzierung anhand des Alters in der Kfz-Versicherung unzulässig.¹¹¹

Abgesehen von einzelnen derartigen absoluten Benachteiligungsverboten scheinen jedoch die meisten anderen Rechtsordnungen einen mildereren Rechtfertigungsmaßstab als den des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG, teilweise aber auch als den des S. 3 vorzusehen, wenn statt eines statistischen Risikozusammenhangs oder aktuarieller Grundsätze etwa nur das Vorliegen vernünftiger Gründe vorausgesetzt wird.¹¹²

4. Folgerungen für das deutsche Recht

Nachdem die Europäische Union die allgemein-zivilrechtlichen Antidiskriminierungsrichtlinien verabschiedet hat und diese sich hinsichtlich der Merkmale Geschlecht sowie Rasse/ethnische Herkunft auch auf private Versicherungsverträge erstrecken, lässt sich feststellen, dass die europäische Rechtsentwicklung das transatlantische Antidiskriminierungsrecht jedenfalls hinsichtlich der Kodifikationsdichte und des breiten systematischen Ansatzes mittlerweile überholt hat. So gelten die Vorgaben europaweit und für jeglichen Versicherungsvertrag.

Die überschießende Umsetzung der Richtlinien durch den deutschen Gesetzgeber hat die Regelungsdichte zusätzlich erhöht, indem namentlich die Merkmale Alter, Behinderung und sexuelle Identität in das allgemeine Benachteiligungsverbot einbezogen worden sind. Über den allgemeinen Befund hinaus, dass in den erörterten Rechtsordnungen tendenziell eher geringere Anforderungen an eine Rechtfertigung von Ungleichbehandlungen im Versicherungssektor gestellt werden, lassen sich bei einem vergleichenden Blick keine konkreten Wertungen herleiten.

IV. Zwischenergebnis

Im Sinne eines funktionierenden Wettbewerbs haben die Versicherer ein schutzwürdiges Interesse an optimaler Risikodifferenzierung. Dies bedingt auch Unterscheidung anhand der durch das AGG geschützten Merkmale. Die Möglichkeit dazu bieten die verschiedenen in den §§ 3, 20 AGG enthaltenen Rechtfertigungstatbestände. Eine Differenzierung ist danach dem Grunde nach in der Regel zulässig. Schwierigkeiten ergeben sich hierbei jedoch insbesondere im Hinblick auf das Öffentlichkeitserfordernis des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG sowie die den Versicherer treffende Beweislast dafür, dass ein Rechtfertigungsgrund eingreift. Insofern kollidieren das Interesse des Versicherers an Geheimhaltung seiner Betriebsinterna und dasjenige der Versicherungsnehmer/innen am wirksamen Schutz vor Diskriminierung.

¹¹⁰ Kelly/Nielson, The Geneva Papers on Risk and Insurance 2006, 212, 222.

¹¹¹ Kelly/Nielson, The Geneva Papers on Risk and Insurance 2006, 212, 223.

¹¹² Eich, RPAktuell, Ausgabe 2/2007, 6 ff.

C.

Rechtsfolgen, insbesondere Kontrahierungszwang

Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot sind in § 21 AGG aufgeführt. Diese Materie ist im hier interessierenden Kontext privater Versicherungen insbesondere im Hinblick darauf von Interesse, ob Betroffene im Falle einer ungerechtfertigten Vertragsablehnung einen **Anspruch auf Abschluss eines Vertrages** haben.

Bei dieser bereits im Gesetzgebungsverfahren kontrovers diskutierten Frage handelt es sich um ein allgemeines Problem. Es rührt daher, dass der Gesetzgeber sich letztlich nicht entschieden und auch sämtliche Hinweise auf die Thematik aus der Regierungsbegründung gestrichen hat. Die Frage muss in der Praxis weiterhin als ungeklärt gelten.¹¹³

Zu dem das gesamte zivilrechtliche Benachteiligungsverbot betreffenden Problem ist an anderer Stelle bereits ausführlich Stellung bezogen worden.¹¹⁴ Hier sei daher nur angemerkt, dass die besseren Argumente – verfassungsrechtlicher, privatrechtsdogmatischer wie auch praktischer Art – gegen einen Kontrahierungszwang sprechen. Dazu zählt unter den generellen zivilrechtlichen Erwägungen nicht zuletzt der Umstand, dass in einer von Privatautonomie geprägten Rechtsordnung grundsätzlich niemand einen Vertragspartner aufgezwungen bekommen soll, findet doch der Vertrag seine Grundlage in einer übereinstimmenden Willensbekundung und der darauf basierenden Vertrauensgrundlage. Gerade bei einem Dauerschuldverhältnis wie dem Versicherungsvertrag wäre es daher bedenklich, einen Vertragsschluss gegen den erklärten Willen einer Seite zu erzwingen und damit die Beteiligten in eine Bindung zu bringen, die von vornherein unter keinem guten Stern steht. Dies kann sich praktisch im weiteren Verlauf des Versicherungsverhältnisses für alle Beteiligten nachteilig auswirken und eine ständige Quelle neuer Auseinandersetzungen werden. Genannt seien nur mögliche Konflikte bei Gefahrerhöhungen oder nach Eintritt des Versicherungsfalls. Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher nicht der erzwungene Vertragsschluss das richtige Instrument zur Bekämpfung von Diskriminierung, sondern ein je nach Schwere des darin liegenden Angriffs auf den Achtungsanspruch der Person abschreckend hoher Entschädigungsanspruch nach § 21 Abs. 2 S. 3 AGG.

¹¹³ Offenlassend etwa OLG Saarbrücken VersR 2009, 1522, 1525 (im Kontext von Versicherungsverträgen).

¹¹⁴ **Armbrüster**, NJW 2007, 1494 ff.; s. auch **Thüsing/v. Hoff**, NJW 2007, 21 ff.

D.

Praktische Handlungsmöglichkeiten zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs

I. Die in Rede stehenden Interessen

1. Grundlagen

Gegenstand der vorliegenden Expertise ist es über die Erörterung der sich bei der Anwendung des AGG auf Versicherungsverträge ergebenden Probleme hinaus auch, der Praxis Handlungsmöglichkeiten zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs aufzuzeigen. Von entscheidender Bedeutung ist es insoweit zunächst zu ermitteln, um welche Interessen es geht. Hierbei sind aufseiten der von einer Ungleichbehandlung Betroffenen zwei grundsätzlich unterschiedliche Interessenlagen zu unterscheiden, die von der jeweiligen Situation abhängen.

Die erste Situation lässt sich dahin umschreiben, dass eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, also ein nach § 21 AGG sanktionsbewehrter Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot, in Rede steht, ohne dass objektiv bereits feststeht, ob ein solcher vorliegt oder nicht. In dieser Situation bedürfen die Betroffenen eines **wirksamen Schutzes** vor einer ungerechtfertigten Benachteiligung. Insoweit geht es also darum, Instrumente zu finden, mit denen die Anwendung des AGG in der Praxis für die Betroffenen effektiv ausgestaltet werden kann. Darüber hinaus ist auch nach Wegen zu suchen, wie die Betroffenen bereits vor dem Anschein einer Diskriminierung und dem darin liegenden Konfliktpotenzial einer Auseinandersetzung mit dem Versicherer bewahrt werden können (s. dazu sogleich sub II).

Die zweite Situation ist eine gänzlich andere. Hier steht fest, dass die Ungleichbehandlung nach § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG gerechtfertigt ist. Zugleich fällt es den Betroffenen schwer, diese AGG-konforme Benachteiligung hinzunehmen. Namentlich wenn es um existenziellen Schutz geht, kann sich auch hier die Frage stellen, inwieweit dem Interesse der Betroffenen Rechnung getragen werden kann (s. dazu sub 3). Dabei steht jedoch nicht eine effektive Anwendung des AGG als geltendem Recht in Rede. Vielmehr richtet sich der Blick auf die Rechtspolitik sowie auf die Handlungsmöglichkeiten der Versicherungswirtschaft (s. dazu sub III).

2. Interesse Betroffener an einem wirksamen Schutz vor ungerechtfertigten Ungleichbehandlungen

Im Folgenden geht es um die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten in Konfliktfällen zur Herstellung eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen den Interessen des (möglicherweise benachteiligenden) Versicherers an einer optimalen Risikodifferenzierung und denjenigen der (möglicherweise benachteiligten) Versicherungsnehmer/innen an

einem wirksamen Schutz vor Diskriminierung praktisch zur Verfügung stehen. Das Interesse Betroffener an einem solchen Schutz ist unabhängig von der wirtschaftlichen Bedeutung des in Rede stehenden Versicherungsvertrags. Es geht nämlich stets darum, die mit einer an ein geschütztes Merkmal anknüpfenden ungerechtfertigten Benachteiligung verbundene Herabwürdigung und Ausgrenzung der Person zu bekämpfen.

3. Interesse Betroffener an der Erlangung von Versicherungsschutz bei gerechtfertigter Ungleichbehandlung

Rein tatsächlich und mit Blick auf die Sanktionen des § 21 AGG sind die Betroffenen freilich umso stärker an einem effektiven Schutz interessiert, je bedeutsamer das von der jeweiligen Versicherung erfasste Lebensrisiko ist. In der Regierungsbegründung zum AGG heißt es hierzu, auch bei individueller Risikoprüfung bestehe ein Bedürfnis danach, „**sozial** (Hervorhebung durch den Verfasser) nicht zu rechtfertigende Unterscheidungen zu unterbinden“.¹¹⁵ Ein verweigerter Vertragsschluss könne für den Benachteiligten schwerwiegende Folgen haben, da Versicherungen häufig elementare Lebensrisiken deckten.

Wie bereits an anderer Stelle näher dargelegt,¹¹⁶ sind diese Ausführungen – indem sie nicht auf die Rechtfertigungstatbestände des § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG Bezug nehmen, sondern von einer im Gesetz nicht vorgesehenen „sozialen“ Rechtfertigung sprechen – im Kontext der Anwendung des geltenden Gleichbehandlungsrechts verfehlt. Das AGG bezweckt den Schutz vor ungerechtfertigten Benachteiligungen im Privatrechtsverkehr, nicht jedoch die Sicherstellung eines Existenzminimums oder sonstiger sozialpolitischer Zwecke. Wer dies anders sieht, entfernt sich vom Zweck des Antidiskriminierungsrechts und verkennt überdies den grundlegenden Unterschied zwischen privater und staatlicher Daseinsvorsorge. Es liegt vorbehaltlich gesetzlicher Spezialregelungen (s. insbesondere § 12 Abs. 1a, 1b VAG zum Basistarif in der privaten Krankenversicherung) nicht in der Verantwortung eines privaten Leistungsanbieters wie eines Versicherers, über die konkret versprochenen Leistungen hinaus eine Verantwortung dafür zu übernehmen, dass eine soziale Grundsicherung erfolgt; diese zu gewährleisten obliegt vielmehr staatlichen Einrichtungen. Dies erkennt der Gesetzgeber selbst, indem er – wie bereits eingangs ausgeführt – an anderer Stelle der Regierungsbegründung zutreffend davon spricht, dass es beim Benachteiligungsverbot im Kontext privater Versicherungsverträge allein darum geht, **willkürliche Ungleichbehandlungen** zu unterbinden.

4. Konsequenzen für die Handlungsmöglichkeiten

Vergegenwärtigt man sich den soeben festgestellten Befund, so kann es bei dem im Folgenden (sub II) zunächst zu thematisierenden Interessenausgleich im Bereich der Anwendung des AGG von vornherein nicht darum gehen, jenseits nicht gerechtfertigter Benachteiligungen Vertragsinteressenten einen Versicherungsschutz zu verschaffen, den ihnen der Versicherer berechtigterweise in dieser Form nicht offerieren möchte. Vielmehr steht insoweit allein in Rede, das Interesse der Versicherungsnehmer/innen daran, wirksam vor nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlungen geschützt zu werden, bestmöglich mit dem Interesse des Versicherers und des von ihm organisierten Risikokollektivs an einer risiko- adäquaten Ausgestaltung seines Versicherungsangebots in Einklang zu bringen. Die Frage,

¹¹⁵ Regierungsbegründung, BT-Drucks. 16/1780 S. 42.

¹¹⁶ **Armbrüster**, VersR 2006, 1297, 1298.

ob darüber hinaus in bestimmten existenziell bedeutsamen Fällen ein Versicherungsschutz zur Verfügung gestellt werden muss, betrifft hingegen nicht die effektive Anwendung des AGG, sondern ist rechtspolitischer Natur (s. dazu sub III 1).

II. Interessenausgleich im Sinne einer wirksamen Verhinderung von Verstößen gegen das AGG

1. Überprüfbarkeit betriebsinterner Daten

Einen ersten Aspekt, der zur wirksamen Verhinderung ungerechtfertigter Ungleichbehandlungen beiträgt, bildet die Überprüfbarkeit betriebsinterner Daten unter Einsatz einer zur Verschwiegenheit verpflichteten neutralen Stelle. Dieser Gesichtspunkt ist bereits im Kontext der Frage angesprochen worden, inwiefern der Versicherer eine Ungleichbehandlung auch auf betriebsinterne Daten zu stützen vermag. Spricht das Interesse an einer möglichst risikoäquivalenten Vertragsgestaltung nachdrücklich dafür, diese Differenzierungsmöglichkeit zuzulassen, so gebietet es zugleich das schutzwürdige Interesse der Betroffenen an einer wirksamen Durchsetzung des AGG, die Daten einer Überprüfung zuführen zu können. Daher wurde bereits im Kontext der Rechtfertigungsmöglichkeiten (sub B II 1 e bb, 2 c dd) ein entsprechender Lösungsvorschlag entwickelt.

2. Nachvollziehbare Begründung von Differenzierungen

Die bisherigen praktischen Erfahrungen im Versicherungsbereich erweisen, dass die von Betroffenen geltend gemachten Benachteiligungen häufig nicht durch das AGG untersagte, sondern vielmehr gem. § 20 AGG gerechtfertigte Ungleichbehandlungen sind. Darauf deutet insbesondere auch eine Auswertung der beim Ombudsmann für Versicherungen eingegangenen Beschwerden hin. Häufig geht es etwa um die – zu bejahende¹¹⁷ – Frage nach der Rechtmäßigkeit eines Höchstaufnahmealters in der Personenversicherung. Benachteiligt fühlen sich die betroffenen Versicherungsnehmer/innen dabei regelmäßig nicht deswegen, weil sie ihrem erhöhten Risiko entsprechend behandelt werden, sondern weil ihnen der Zusammenhang zwischen bestimmten Eigenschaften ihrer Person, dem dadurch begründeten erhöhten Risiko und der wiederum hierauf beruhenden Ungleichbehandlung durch den Versicherer nicht klar ist.

Derartige Konfliktsituationen, in denen nur scheinbar eine Benachteiligung vorliegt, beruhen nicht selten darauf, dass Versicherer oder Versicherungsvermittler/in den Betroffenen nur unzureichend die Gründe für eine Ungleichbehandlung erläutert haben. Insofern besteht auch keine gesetzliche Pflicht; weder das AGG sieht eine solche vor noch erstreckt sich die Beratungspflicht von Versicherern und Versicherungsvermittlern nach §§ 6, 61 VVG darauf. Unabhängig hiervon empfiehlt es sich, dass der jeweilige Versicherer den von einer Ungleichbehandlung Betroffenen die Gründe hierfür ausdrücklich und nachvollziehbar darlegt. Auf diese Weise können die Betroffenen selbst ermessen, ob sie gleichwohl den Verdacht einer verbotenen Diskriminierung hegen. Je weniger eine Differenzierung oder gar Vertragsablehnung begründet wird, umso eher kann der Eindruck

117 **Armbrüster**, in: Begemann/Bruns (Fn. 22), S. 43, 54 f.; s. auch oben bei Fn. 75.

einer sachlich nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung entstehen. Insbesondere kann so auch dem Anschein entgegengewirkt werden, das Verhalten des Versicherers sei Ausdruck einer schematischen Benachteiligung ohne die gebotene individuelle Risikoprüfung.

Ein aus der Praxis berichteter Fall gibt Anlass, eine weitere Frage im Zusammenhang mit der Begründung zu erörtern: Ein zunächst in einem Krankenhaus angestellter Radiologe hatte sich selbstständig gemacht und sodann bei demselben Versicherer, bei dem er zuvor über einen durch seinen damaligen Arbeitgeber geschlossenen Vertrag haftpflichtversichert war, einen Haftpflichtversicherungsvertrag begehrt. Der Versicherer lehnte einen Vertragsschluss ab und begründete dies zum einen mit einer erheblichen Sehschwäche des Betroffenen, zum anderen damit, dass der Versicherer allein das Haftpflichtrisiko von Krankenhausärzten, nicht jedoch dasjenige niedergelassener Ärzte versichere. Unterstellt man, dass jede der Begründungen für sich genommen die Ablehnung trägt, so lässt sich der – in diesem Fall gleichwohl beim Betroffenen entstandene – Eindruck einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung dadurch vermeiden, dass die Begründung allein auf den Aspekt gestützt wird, der nicht ein vom AGG geschütztes Merkmal betrifft. Damit wird nämlich von vornherein schon der „böse Anschein“ einer nicht hinzunehmenden Ausgrenzung vermieden, ohne dass die Betroffenen – die aus von ihrer Person ganz unabhängigen objektiven Gründen ohnehin keinen Versicherungsschutz hätten erlangen können – dadurch einen Nachteil erleiden. Freilich setzt dies voraus, dass der weitere, von einem geschützten Merkmal unabhängige Ablehnungsgrund tatsächlich besteht und nicht lediglich vorgeschoben wird, um eine Auseinandersetzung über die Frage eines AGG-Verstoßes zu vermeiden.

3. Einschaltung von Ombudsleuten

Auch die Einschaltung von Ombudsleuten kann dazu beitragen, die Interessen des Versicherers an geeigneter Risikodifferenzierung und denen der Versicherungsnehmer/innen am effektiven Diskriminierungsschutz auszugleichen. So können Ombudsleute als neutrale Dritte die Gründe für eine von der betroffenen Person beklagte Differenzierung häufig bereits unabhängig von der Kenntnis des maßgeblichen Datenmaterials darlegen. Dies gilt etwa dann, wenn jemand – wie dies in der Beschwerdepraxis des Ombudsmanns für Versicherungen vorgekommen ist – beklagt, wegen einer gravierenden Sehschwäche einen Prämienzuschlag zahlen zu müssen. Wird der betroffenen Person der Zusammenhang zwischen ihrem Risiko und der Ungleichbehandlung durch den Versicherer durch eine neutrale Stelle wie dem Ombudsmann für Versicherungen verdeutlicht, so kann dies den Rechtsfrieden fördern.

III. Interessenausgleich bei gerechtfertigten Ungleichbehandlungen

1. In Betracht kommende gesetzgeberische Eingriffe

Im Folgenden soll der Frage nachgegangen werden, inwieweit in Fällen, in denen sich eine Ungleichbehandlung als durch das AGG gerechtfertigt erweist, gleichwohl ein Handlungsbedarf des Gesetzgebers bestehen kann. Als praktisches Fallbeispiel für die Situationen, in

denen sich diese Frage stellt, sei wiederum die schon erwähnte Ablehnung eines Antrags auf Abschluss einer Berufsunfähigkeitsversicherung aufgrund einer erheblichen Sehschwäche genannt.

a) „Nachbesserung“ des AGG

Zunächst ist zu erwägen, ob der Gesetzgeber das AGG in dem Sinne „nachbessern“ sollte, dass Ungleichbehandlungen, die bislang nach § 20 Abs. 2 S. 1, 3 AGG gerechtfertigt sind, künftig unterbunden werden. Dies könnte in dem genannten Fallbeispiel dazu führen, dass einer Person, die bislang aufgrund einer starken Sehbehinderung keine Berufsunfähigkeitsversicherung zu erlangen vermag, der Zugang zu einem solchen Schutz verschafft würde. Gesetzestheoretisch ließe sich dies durch ein absolutes Differenzierungsverbot nach Art von § 19 Abs. 2 AGG in Bezug auf bestimmte Merkmale (hier: Behinderung) und/oder Versicherungszweige (hier: Berufsunfähigkeitsversicherung) erreichen. Man könnte den absoluten Diskriminierungsschutz mithin auch punktuell nur in bestimmten Bereichen eingreifen lassen, in denen sich die Ablehnung von Versicherungsschutz für die Betroffenen als besonders gravierend darstellt.

Mit einer derartigen Regelung würde indessen der Grundsatz der Risikoäquivalenz, also der Entsprechung von zu versicherndem Risiko einerseits und Prämien, Bedingungen andererseits, durchbrochen. Darin läge ein Eingriff in die Funktionsweise der Versicherung, der zwangsläufig zu einer wirtschaftlichen Mehrbelastung derjenigen Personen führen würde, die demselben Risikokollektiv angehören, ohne ein erhöhtes Risiko zu tragen. Der Versicherungsschutz würde damit gerade in Zweigen wie der Berufsunfähigkeitsversicherung, die für viele Versicherungsnehmer/innen besonders bedeutsam sind, schwieriger finanzierbar und weniger attraktiv; es käme zu der bereits dargestellten adversen Selektion und den damit verbundenen Nachteilen.

Hinzu kommt, dass ein solcher systemwidriger Einschluss erhöhter Risiken zu gleichen Bedingungen unabhängig von der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der davon begünstigten Betroffenen einerseits, der übrigen Versicherungsnehmer/innen andererseits erfolgen müsste. Infolgedessen bestünde die Gefahr, dass wirtschaftlich schwächere Personen über die steigende Prämie den Mehrbedarf einer wirtschaftlich besser gestellten Person mitfinanzieren müssten.

Eine „Nachbesserung“ des AGG durch Ausschaltung der Differenzierungsmöglichkeit widerspräche auch dem Umstand, dass der Gesetzgeber die grundlegende Bedeutung der risikoorientierten Ungleichbehandlung ausdrücklich anerkennt, indem er ausführt, dass eine Differenzierung nach dem ex ante beurteilten individuellen Risiko nicht ausgeschlossen werden soll.¹¹⁸ Dementsprechend hat der europäische Richtliniengeber in der Gender-Richtlinie ausdrücklich die Rechtfertigung einer risikoorientierten Differenzierung zugelassen. Zwar wird – wie bereits aufgezeigt – die risikoorientierte Kalkulation durch den Richtliniengeber insoweit durchbrochen, als dass die Kosten von Schwangerschaft und Mutterschaft geschlechtsunabhängig zu verteilen sind. Dabei handelt es sich freilich um eine eng umrissene, gesellschaftspolitisch motivierte Ausnahme, die überdies nicht den Zugang zum Versicherungsschutz betrifft, sondern allein die Verteilung der entstehenden Kosten.

¹¹⁸ S. bereits oben bei Fn. 4.

b) Kontrahierungszwang für Versicherer

In Betracht kommt als weiterer gesetzgeberischer Eingriff, in bestimmten Fällen einer nach dem AGG gerechtfertigten Versagung von Versicherungsschutz einen **Kontrahierungszwang** für Versicherer einzuführen. Speziell für die Berufsunfähigkeitsversicherung ist dieser Vorschlag vom früheren Ombudsmann für Versicherungen, Prof. **Römer**, zur Diskussion gestellt worden.¹¹⁹ Um die damit verbundenen Mehraufwendungen abzufedern und um die unterschiedliche Betroffenheit der Versicherer auszugleichen, sollen den betroffenen Versicherern Zuschüsse aus einem staatlichen Fonds zugewandt werden.

Dieser Vorschlag unterscheidet sich von der oben (sub a) erörterten „Nachbesserung“ des AGG in mehrerlei Hinsicht. So soll für den Fall der Ablehnung nicht das Sanktionsinstrumentarium des § 21 AGG zum Zuge kommen. Dies bedeutet zunächst, dass den Betroffenen kein Anspruch auf angemessene Entschädigung zusteht; damit wird zugleich deutlich, dass in einer nach den Maßstäben des AGG gerechtfertigten Verweigerung von Versicherungsschutz keine Herabwürdigung der Person liegt. Vor allem wird die Unklarheit vermieden, die sich im Rahmen von § 21 Abs. 1 AGG hinsichtlich der Frage eines Kontrahierungszwangs ergibt (s. dazu sub C). Der Vorschlag führt dann, wenn die Mehrbelastungen des jeweiligen Risikokollektivs vollständig durch staatliche Zuschüsse kompensiert werden, auch nicht zu einer Benachteiligung der übrigen Versicherungsnehmer/innen.

Auf der anderen Seite ergibt sich eine ganze Reihe von Fragen. So gibt es Fälle, in denen die Wahrscheinlichkeit einer Berufsunfähigkeit im Zeitpunkt der Antragstellung bereits so hoch ist, dass nicht mehr von einem Risiko i. S. von § 1 S. 1 VVG gesprochen werden kann, also kein Versicherungsgeschäft vorliegt. Hinzu kommen die grundsätzlichen Bedenken, auf die jeder staatlich verordnete Kontrahierungszwang in einer von Privatautonomie geprägten Rechtsordnung stößt.¹²⁰

Vor allem aber steht und fällt der Vorschlag mit dem Ausgleich der Mehrbelastung durch **staatliche Zuschüsse**. Ohne einen solchen vollwertigen Ausgleich würde nämlich die Sparte Berufsunfähigkeitsversicherung durch einen Kontrahierungszwang für viele Versicherer wirtschaftlich nicht mehr attraktiv sein; dies könnte faktisch auf eine Abschaffung dieses Versicherungsprodukts hinauslaufen. Allerdings fallen im Hinblick auf den staatlichen Zuschuss mehrere Probleme ins Gewicht. Insoweit ist zunächst der mit der Bemessung des Ausgleichs (risikobedingte Mehraufwendungen des Versicherers, Risikostrukturausgleich unter den Versicherern) verbundene Aufwand zu bedenken. Hinzu kommt, dass angesichts der gegenwärtigen Lage der öffentlichen Haushalte eine entsprechende Forderung kaum realistisch erscheint. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die unabhängig von der wirtschaftlichen Situation und Leistungsfähigkeit der Betroffenen zu gewährenden Zuschüsse aus Steuermitteln sozial gerechtfertigt sind. Tritt nämlich infolge einer Berufsunfähigkeit tatsächlich eine wirtschaftliche Notlage ein – und auf deren Vermeidung zielt der Vorschlag ab –, so wird diese durch die Sozialsysteme aufgefangen. Sofern eine Berufsunfähigkeitsversicherung darüber hinaus der Sicherung eines bestimmten, aufgrund der durch die Berufstätigkeit erzielten Einkünfte gewohnten Lebensstandards dient, liegt darin zwar eine sinnvolle Vorsorge, deren weitgehende Finanzierung aus Steuermitteln indessen nicht auf der Hand liegt.

119 **Römer**, Vortrag auf der 20. Wissenschaftstagung des Bundes der Versicherten (BdV), in Timmendorfer Strand; s. dazu Pressemitteilung des BdV vom 16.04.2010 auf www.bdv.de.

120 Eingehend **Armbrüster**, NJW 2007, 1494 ff.

c) Gesetzliche Einheitstarife

In manchen EU-Mitgliedstaaten sind für bestimmte Versicherungszweige Einheitstarife vorgesehen. Ein Beispiel bilden die sog. Unisex-Tarife in Frankreich, bei denen nicht nach dem Geschlecht differenziert wird. Ob ein derartiges Vorgehen auch für Deutschland infrage kommt, soll Gegenstand der folgenden Ausführungen sein. Freilich können die Erfahrungen der bereits heute Einheitstarife verwendenden Länder nicht ohne Weiteres auf Deutschland übertragen werden, da die versicherungsrechtlichen Rahmenbedingungen zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen stark variieren.

Aufgrund des oben dargestellten Phänomens der adversen Selektion sind die Versicherer unter den Bedingungen eines freien Marktes zur Risikodifferenzierung gezwungen. Dies führt zu der Frage, inwiefern die Einführung eines gesetzlichen Einheitstarifs Auswirkungen auf die Gefahr adverser Selektion hätte. Da bei der Geltung eines gesetzlichen Einheitstarifs auch die konkurrierenden Versicherer keine Risikodifferenzierung durchführen könnten, entfielen für die „guten Risiken“ der Anreiz, zu einem stärker differenzierenden Konkurrenzunternehmen zu wechseln. Insofern würde das Auftreten adverser Selektion durch die Einführung von Einheitsprämien also vermieden.

Völlig ausgeschlossen würde adverse Selektion dadurch freilich nicht. Infolge der Einheitsprämie käme es für die „guten Risiken“ zum Prämienanstieg. Sollten die Prämien ihnen zu hoch werden, verlöre die (Voll-)Versicherung für sie an Attraktivität. Konsequenz könnte ihre „Flucht“ aus dem Versichertenkollektiv sein: Wegen der damit einhergehenden sinkenden Prämie würden die „guten Risiken“ möglicherweise vermehrt höhere Selbstbehalte (Eigenbeteiligungen) wählen oder gar ganz auf die Versicherung verzichten. Im Falle der Krankenversicherung könnten sie überdies als freiwillig Versicherte in die gesetzliche Versicherung wechseln. Entsprechend ihrem geringeren Beitrag zum versicherungstechnischen Risikoausgleich müsste die Einheitsprämie steigen. Dadurch wiederum könnten sich weitere „gute Risiken“ zur Wahl höherer Selbstbehalte etc. veranlasst sehen, mit der Folge eines weiteren Anstiegs der Einheitsprämie. Im Extremfall verblieben wiederum nur die „schlechten Risiken“ im Kollektiv.

Zu beachten ist schließlich auch, dass die Annahme, bei Geltung einer gesetzlichen Einheitsprämie entfalle die Gefahr des Verlusts der „guten Risiken“ an differenzierende konkurrierende Versicherer, zu relativieren ist. In einigen Versicherungszweigen besteht nämlich durchaus die Möglichkeit des Wechsels zu differenzierenden ausländischen Versicherern.¹²¹ Die Gefahr adverser Selektion kann daher durch die Einführung gesetzlicher Einheitstarife zwar begrenzt, nicht jedoch vollständig ausgeschlossen werden.

Dies ist keineswegs der einzige mit der Einführung von Einheitsprämien verbundene Nachteil. So gilt es in der privaten Krankenversicherung wie auch sonst einerseits die dauernde Erfüllbarkeit der Leistungsverpflichtungen des Versicherers sicherzustellen. Andererseits darf der Versicherer hier den Vertrag weder ordentlich kündigen noch die Prämie wegen Kostensteigerungen erhöhen, die ihre Ursache in der Person des konkreten Versicherungsnehmers oder der konkreten Versicherungsnehmerin haben.¹²² Die bei Vertragsbeginn kalkulierte Prämie muss die Leistungspflicht daher auf Dauer decken.¹²³ Im Falle der Ein-

121 **Looschelders** (Fn. 26), S. 144.

122 **Wandt**, VersR 2004, 1341, 1344.

123 **Wandt**, VersR 2004, 1341, 1344.

heitsprämie müsste der Versicherer folglich genau einschätzen, wie sich das Verhältnis von „guten“ zu „schlechten“ Risiken im Zeitablauf ändert. Entsprechend hohe Sicherheitszuschläge und damit verbundene Folgeprobleme – etwa die Frage nach der Rückgewähr nicht benötigter Sicherheitszuschläge – wären die Konsequenz.¹²⁴

Diese mit der Einführung gesetzlicher Einheitsprämien verbundenen Schwierigkeiten begründen die Gefahr der sog. **Risikoselektion** durch den Versicherer. Aufgrund der geschilderten Nachteile im Falle der Versicherung zu vieler „schlechter Risiken“ entstehen für den Versicherer Selektionsanreize, bevorzugt die „guten Risiken“ zu versichern.¹²⁵ Letztere sollen gezielt angelockt oder gehalten, Erstere hingegen abgeschreckt oder zur Kündigung bewegt werden.¹²⁶ Zwar sind einige Maßnahmen der Risikoselektion durch das AGG untersagt. Dies würde es aber nicht verhindern, dass manche Versicherer „gute Risiken“ umwerben und besonders zuvorkommend behandeln würden. Versicherungsprodukte könnten ferner so ausgestaltet werden, dass sie nur für die „guten Risiken“ attraktiv sind.¹²⁷ Selbst wenn ein derartiges Vorgehen im Einzelfall unter § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG fiele, wäre es oft gemäß § 3 Abs. 2 Halbs. 2 AGG sachlich gerechtfertigt. Die Risikoselektion liefe jedoch dem mit der Einführung von Einheitsprämien verfolgten gesellschaftspolitischen Zweck der Bekämpfung von Diskriminierung entgegen. Es stellt sich daher die Frage, inwiefern risikoselektierenden Maßnahmen entgegengewirkt werden kann.

Ausgelöst wird die Gefahr der Risikoselektion dadurch, dass es dem Versicherer bei Einheitsprämien verwehrt ist, risikogerechte Prämien zu erheben. Hinsichtlich der Frage nach Unisex-Tarifen in der Krankenversicherung ist daher vorgeschlagen worden, durch Prämiensubventionierungen sicherzustellen, dass die Versicherer risikogerechte Prämien erhalten.¹²⁸ Derartige Prämiensubventionen könnten demnach entweder auf dem Wege staatlicher Transferleistungen (mit den bereits sub b genannten Nachteilen) oder aber innerhalb des Versicherungssystems durch Einführung eines Risikostrukturausgleichs oder eines Risikopools erfolgen.¹²⁹

Bei dem – in der GKV zur Anwendung kommenden – **Risikostrukturausgleich** handelt es sich um ein Umverteilungssystem, das systematische, auf einer unterschiedlichen Verteilung von Versichertenmerkmalen beruhende Kostenunterschiede zwischen den Versicherungen ausgleicht.¹³⁰ Über alle Versicherungsträger hinweg werden durchschnittliche Leistungsausgaben für nach Risiko differenzierte, genau definierte Versichertengruppen ermittelt, auf deren Basis dann Ausgleichszahlungen errechnet werden. Der **Risikopool** stellt demgegenüber einen Finanzausgleich dar, der den Versicherungen einen Teil ihrer tatsächlichen Kosten aus einem gemeinsamen Pool ersetzt. Anders als im Falle des Risikostrukturausgleichs werden daher nicht die Durchschnittsausgaben ersetzt. Da die Anknüpfung an die tatsächlichen Ausgaben beim Ausgleich über den Risikopool für die Versicherer den Anreiz wirtschaftlich zu handeln mindert,¹³¹ erscheint der Risikostrukturausgleich indes vorzugswürdig.

124 **Wandt**, VersR 2004, 1341, 1344.

125 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife nach Geschlecht: Bestandsaufnahme, Probleme, Optionen, Gutachten für das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, S. 59, abrufbar unter <http://www.bmfsfj.de/RedaktionBMFSFJ/Abteilung4/Pdf-Anlagen/gutachten-krankenversicherungen-geschlecht.property=pdf.pdf>.

126 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 59.

127 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 63.

128 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 64 ff.

129 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 64 ff.

130 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 65.

131 Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 66.

Mithin sind Maßnahmen zur Eindämmung von Risikoselektion jedenfalls vorstellbar. Sofern diese über die Prämien der Versicherungsnehmer/innen finanziert werden, verringern sie indessen nicht die oben geschilderte Gefahr der Antiselektion. Sie ändern nämlich nichts an der gegenüber dem derzeitigen, risikodifferenzierenden System erforderlichen Mehrprämie für die „guten Risiken“. Vollständig eindämmen ließe sich adverse Selektion ohnehin nur, wenn für alle Versicherungsnehmer/innen eine **Versicherungspflicht** mit identischem Deckungsumfang vorgeschrieben wäre.¹³² Mit einem derartigen gesetzlichen Zwang würde freilich neben der Wahlfreiheit der Versicherer auch diejenige der Versicherungsnehmer/innen in grundrechtsrelevanter Weise eingeschränkt, ohne dass hierfür ein dringendes Bedürfnis erkennbar wäre.

Insgesamt bleibt daher festzuhalten, dass die Einführung von Einheitstarifen mit erheblichen Nachteilen verbunden wäre, die durch flankierende Maßnahmen zwar teils, in der Praxis aber keinesfalls vollständig behebbar wären. Angesichts dessen sollte die Einführung gesetzlicher Einheitstarife nur in solchen Bereichen erwogen werden, in denen eine Gleichbehandlung aus gesellschaftspolitischen Gründen derart wünschenswert ist, dass die dargestellten Nachteile dahinter zurücktreten und daher in Kauf genommen werden müssen. Dabei ist jedoch nicht die dem deutschen Versicherungssystem zugrunde liegende Unterscheidung zwischen Privat- und Sozialversicherung aus den Augen zu verlieren: Anders als in der Sozialversicherung spielen sozialpolitische Erwägungen in der Privatversicherung – wie dargelegt – grundsätzlich keine Rolle. Die geschlechtsunabhängige Tarifierung etwa der Riester-Verträge mag noch mit der staatlichen Förderung dieser Altersvorsorge begründet werden; sie ist in der Privatversicherung jedoch ebenso wie der Basisstarif der privaten Krankenversicherung ein systemfremdes Element. Wie aufgezeigt, ist angesichts der Rechtfertigungsmöglichkeiten des AGG auch kein Handlungsbedarf erkennbar, der den Verzicht auf risikobezogene Merkmale wie Geschlecht und Alter gebieten würde.

2. Handlungsmöglichkeiten der Versicherungswirtschaft

Die Versicherungswirtschaft kann es in denjenigen Fällen, in denen sich eine Ungleichbehandlung als nach dem AGG gerechtfertigt erweist, unter Umständen möglicherweise gleichwohl unternehmen, drohende Konflikte mit Betroffenen von vornherein zu verhindern. Als Instrument für die praktische Umsetzung solcher Handlungsoptionen ist neben einem individuellen Vorgehen des einzelnen Versicherers auch an eine Handlungsempfehlung der Verbände zu denken. Die folgenden Ausführungen drehen sich um die Frage, welche Handlungsmöglichkeiten bestehen und wie diese zu bewerten sind.

a) Risikodifferenzierung anhand von nicht durch das AGG geschützten Risikomerkmale

Eine Kollision zwischen Interessen des Versicherers einerseits und Interessen der Versicherungsnehmer/innen andererseits würde dann vermieden, wenn der Versicherer sich im Rahmen der Risikodifferenzierung auf andere, nicht durch das AGG inkriminierte Merkmale stützen könnte. Welche Möglichkeiten sich ihm insofern bieten, soll im Folgenden geklärt werden.

¹³² Differenzierung privater Krankenversicherungstarife (Fn. 125), S. 68.

aa) Grundlagen

Ein Ausweichen auf nicht durch das AGG geschützte Risikomerkmale ist nur dann möglich, wenn zur Risikodifferenzierung geeignete Ersatzmerkmale existieren. Diese müssen verschiedene Eigenschaften aufweisen.

Als Ersatz geeignet sind nur solche Merkmale, die mit dem sog. Schadenserwartungswert, also der Wahrscheinlichkeit der Risikoverwirklichung, korrelieren.¹³³ Hierbei kann unterschieden werden zwischen Merkmalen, die kausal für den Schadenserwartungswert sind – z. B. das Rauchen für das Krankheitsrisiko –, und solchen, die in einer rein statistischen Beziehung zum Schadenserwartungswert stehen, wie etwa das Geschlecht und das Kfz-Haftpflichtrisiko. Merkmale der zuletzt genannten Art fungieren in der Regel als Platzhalter (**proxy**) für andere, kausale Merkmale. In versicherungstechnischer Hinsicht ist hierbei zu beachten, dass Merkmale mit kausaler Relevanz nicht zwingend in engerem Zusammenhang mit dem Schadenserwartungswert stehen als statistische Merkmale; sie sind daher für die Risikodifferenzierung nicht unbedingt geeigneter.¹³⁴ Im Gegenteil wird es regelmäßig so sein, dass das mit dem Schadenserwartungswert statistisch zusammenhängende Merkmal als Platzhalter für nicht nur ein einziges Merkmal, sondern gleich für mehrere – möglicherweise gar nicht bekannte – kausale Merkmale fungiert und daher mit dem Schadenserwartungswert wesentlich enger korreliert. Zwar ist es in bestimmten Bereichen möglich, weitere Kriterien zur Differenzierung heranzuziehen; häufig wird dabei freilich das vom AGG geschützte Merkmal sich gleichwohl als unverzichtbar für eine risikoäquivalente Vertragsgestaltung erweisen. Ein Beispiel bietet die Bedeutung des Merkmals Geschlecht in der Berufsunfähigkeitsversicherung. Dieses Merkmal bleibt auch dann wesentlich für die Risikodifferenzierung, wenn eine Unterscheidung nach Berufsgruppen hinzutritt.¹³⁵

Ein geeignetes Ersatzmerkmal muss zudem zu vertretbaren Kosten statistisch erfassbar sein. Hier liegt der wesentliche Vorzug der statistisch mit dem Risiko zusammenhängenden gegenüber den für das Risiko kausalen Merkmalen. Denn Letztere sind regelmäßig entweder gar nicht oder zumindest nicht zu vertretbaren Kosten statistisch erfassbar, ja mitunter noch nicht einmal bekannt.

Ein dritter Aspekt bei der Beurteilung der Eignung eines Merkmals zur Risikodifferenzierung ist die Frage, ob es statisch – also sich im Zeitablauf nicht verändernd – oder dynamisch ist. Besonders bedeutsam ist dieser Aspekt in der privaten Krankenversicherung. Da der Versicherer den Vertrag hier weder ordentlich kündigen noch die Prämie wegen Kostensteigerungen erhöhen darf, die ihre Ursache in der konkreten versicherten Person haben,¹³⁶ ist er auf die Verwendung von statischen Merkmalen angewiesen. Angesichts des auf langfristige Versicherungsverhältnisse angelegten deutschen Versicherungsmarktes weist die Risikodifferenzierung anhand von statischen Merkmalen aber auch im Übrigen erhebliche Vorteile auf. Insbesondere lassen sich damit nämlich die zusätzlichen Unwägbarkeiten vermeiden, die dadurch entstünden, dass die Wahrscheinlichkeit einer Veränderung mit einkalkuliert werden müsste.

¹³³ Wandt, VersR 2004, 1341, 1342.

¹³⁴ Schiek, Differenzierte Gerechtigkeit, 2006, S. 226.

¹³⁵ Pasdika, VW 2007, 1988 ff., unter Auswertung entsprechender Praxisstudien.

¹³⁶ S. bereits oben bei Fn. 122.

Selbst wenn der Versicherer ein nicht durch das AGG erfasstes Ersatzmerkmal ermitteln kann, welches die drei genannten Eigenschaften aufweist, also mit dem Schaden korreliert, zu vertretbaren Kosten statistisch erfassbar und auch noch statisch ist, führt dies keineswegs zwingend zum Wegfall des Rechtfertigungsbedürfnisses nach dem AGG. Die an das Ersatzmerkmal anknüpfende Risikodifferenzierung wird nämlich nicht selten unter den Tatbestand der mittelbaren Benachteiligung gemäß § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG fallen. Wie bereits ausgeführt, werden ökonomisch rational handelnde Versicherer aus Wettbewerbsgründen nur dann anhand von durch das AGG inkriminierten Merkmalen differenzieren, wenn diese mit dem Schaden korrelieren. Korreliert das AGG-Merkmal mit dem Schaden, so bedeutet dies aber vielfach, dass auch das mit dem Schaden korrelierende Ersatzmerkmal mit der Anzahl der AGG-Merkmalsträger/innen korreliert. Dies gilt jedenfalls dann, wenn das AGG-Merkmal als Platzhalter für das Ersatzmerkmal fungiert. Das Ersatzmerkmal ist dann nur dem Anschein nach neutral. Tatsächlich sind die AGG-Merkmalsträger/innen aufgrund statistischer Zusammenhänge benachteiligt.

Aus mehreren Gründen dürfte der Austausch des AGG-Merkmals durch das Ersatzmerkmal unter den genannten Voraussetzungen aber dennoch nicht nur für die Betroffenen, sondern auch für den Versicherer sinnvoll sein. So ist zunächst auf die gegenüber den Rechtfertigungstatbeständen des § 20 Abs. 2 AGG erheblich geringeren Anforderungen an das Vorliegen eines sachlichen Grundes sowie an die insoweit bestehende Beweislast der Versicherungsnehmer/innen hinzuweisen. Ferner dürfte es bereits wesentlich unwahrscheinlicher sein, dass sich die betroffene Person auf eine Benachteiligung beruft, da der (vermeintliche oder tatsächliche) Angriff auf den Geltungsanspruch der eigenen Person weniger schwer wiegt. Schließlich ersetzt der Versicherer eine direkt an ein AGG-Merkmal anknüpfende Ungleichbehandlung durch eine solche, die an ein anderes, mit diesem in lediglich mittelbarem Zusammenhang stehendes Merkmal anknüpft. Indem der Versicherer das AGG-Merkmal ersetzt, macht er besonders deutlich, dass es ihm nicht um die Diskriminierung der AGG-Merkmalsträger/innen, sondern allein um eine risikogerechte Differenzierung geht. Diese dürfte von der betroffenen Person entweder gar nicht als Benachteiligung eingestuft oder zumindest eher hingenommen werden.

Freilich lässt es sich nicht ausschließen, dass es Fälle gibt, in denen das AGG-Merkmal nur mit einem Teil des Schadens korreliert, und ein Ersatzmerkmal zu finden ist, das mit dem anderen Teil des Schadens und damit nicht mit der Anzahl der AGG-Merkmalsträger/innen korreliert. Dies wird jedoch eher die Ausnahme sein. Zu bedenken ist außerdem, dass in einem solchen Fall der Verzicht auf die Risikodifferenzierung nach dem AGG-Merkmal zu einer nicht optimalen Risikodifferenzierung und damit möglicherweise zu adverser Selektion führt. Sofern es um die Ersetzung der Merkmale Geschlecht oder Alter geht und eine an diese anknüpfende Risikodifferenzierung nach § 20 Abs. 2 S. 1 bzw. 3 AGG möglich wäre, sind ferner Kollisionen mit § 12 Abs. 1 Nr. 1 VAG, der eine Differenzierung nach Alter und Geschlecht ausdrücklich vorschreibt, nicht ausgeschlossen. Zwar geht das Benachteiligungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG als *lex posterior* grds. dem § 12 VAG vor. Dies dürfte aber nicht im Hinblick auf rechtfertigungsfähige und damit nicht durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG verbotene Ungleichbehandlungen gelten, da der Schutzzweck des AGG insoweit nicht berührt ist.

bb) Beispiele für mögliche Ersatzmerkmale

(1) Private Krankenversicherung

Ein Ausweichen auf nicht durch das AGG erfasste Risikomerkmale ist etwa im Hinblick auf die private Krankenversicherung zu erwägen. Denn obwohl eine Vielzahl bekanntermaßen mit dem Schadenserwartungswert korrelierender Faktoren existiert, wird hier in erster Linie anhand der Merkmale Geschlecht und Eintrittsalter differenziert. Inwiefern diese Faktoren zur Risikodifferenzierung geeignet sind, soll im Folgenden erörtert werden.

In der privaten Krankenversicherung hängt der Schadenserwartungswert eng mit der Lebenserwartung der Versicherungsnehmer/innen zusammen. Diese wiederum wird maßgeblich bestimmt von den Faktoren Familienstand, Beschäftigung/Arbeitslosigkeit, Beruf, Ernährungsgewohnheiten, Rauchen, Alkoholkonsum sowie der jeweiligen geografischen Region.¹³⁷ Aus mehreren Gründen jedoch sind all diese Merkmale nicht als Risikomerkmale geeignet: Da sie die persönlichen Verhältnisse der Versicherungsnehmer/innen betreffen, sind sie nur schwer feststellbar. Einige Merkmale – genannt sei etwa die Höhe des Alkoholkonsums – sind außerdem kaum objektivierbar.¹³⁸ Vor allem aber sind die aufgezählten Faktoren dynamisch und damit für die Risikodifferenzierung gerade in der Krankenversicherung ungeeignet. Dies gilt zumindest, sofern es um eine vollständige Ersetzung der Differenzierung nach Geschlecht und Eintrittsalter geht. Eine zusätzliche Differenzierung – man denke etwa an Nichtrauchertarife – ist freilich möglich.

Eine Alternative könnte die Risikodifferenzierung anhand der Ergebnisse einer bei Vertragsschluss durchzuführenden intensiven ärztlichen Untersuchung darstellen.¹³⁹ Insbesondere die genetische Disposition dürfte ein geeignetes Ersatzmerkmal darstellen, korreliert sie doch mit dem versicherten Risiko, ist relativ gut objektivierbar und außerdem statisch. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang jedoch das am 01.02.2010 in Kraft getretene Gendiagnostikgesetz (GenDG). Dessen § 18 Abs. 1 Nr. 1 untersagt es dem Versicherer, vor Abschluss des Versicherungsvertrages genetische Analysen und Untersuchungen zu verlangen. Im Hinblick auf die für das Risiko in der Krankenversicherung besonders aussagekräftigen prädiktiven (im Unterschied zu diagnostischen)¹⁴⁰ Untersuchungen ist es dem Versicherer darüber hinaus sogar verboten, die Ergebnisse bereits durchgeführter Gentests entgegenzunehmen oder zu verwenden (§ 18 Abs. 1 Nr. 2 GenDG). Angesichts dieser Verbote stellt die Erforschung des individuellen genetisch bedingten Risikos durch ärztliche Untersuchungen bei Vertragsschluss keine geeignete Alternative zur Differenzierung anhand der Merkmale Eintrittsalter sowie Geschlecht dar. Im Übrigen ist auch außerhalb der Durchführung von Gentests im Hinblick auf die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen Zurückhaltung bei der Ausforschung des individuellen Risikos angezeigt.¹⁴¹ Auch diesen Aspekt gilt es nicht zuletzt aus Sicht der Betroffenen zu beachten. Damit dürfte in der privaten Krankenversicherung derzeit eine Risikodifferenzierung anhand von nicht durch das AGG geschützten Merkmalen nicht möglich sein.¹⁴²

137 **Looschelders** (Fn. 26), S. 149; s. auch **Dörfler/Wende**, ZVersWiss 2010, 17, 38.

138 **Looschelders** (Fn. 26), S. 149.

139 **Wandt**, VersR 2004, 1341, 1344; **Looschelders** (Fn. 26), S. 150.

140 Zur problematischen Frage der Reichweite des Verwertungsverbots in Bezug auf diagnostische Gentests s. **Präve**, VersR 2009, 857, 861; ferner **Armbrüster**, Stellungnahme zum Entwurf des GenDG, BT-Drucks, 16 (14) 0469 (41), S. 7.

141 **Wandt**, VersR 2004, 1341, 1344; **Looschelders** (Fn. 26), S. 150.

142 So auch das Fazit von **Dörfler/Wende**, ZVersWiss 2010, 17, 38 (zum Merkmal Geschlecht).

(2) Berufs- und Erwerbsunfähigkeitsversicherung

Bei der Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsversicherung ließe sich erwägen, angesichts der statistischen Korrelation zwischen der Zugehörigkeit zu bestimmten Berufsgruppen und dem Berufsunfähigkeitsrisiko als Ersatzmerkmal allein auf die Zugehörigkeit zu der jeweiligen Berufsgruppe abzustellen.¹⁴³ Ähnlich den Nichtraucherarten in der privaten Krankenversicherung dürfte freilich auch insofern keine Ersetzung der Risikodifferenzierung anhand des Alters, sondern nur deren Ergänzung in Betracht kommen, da es sich hier nur um einen von mehreren risikorelevanten Faktoren handelt.¹⁴⁴ Denkbar ist es aber etwa auch, die Höchstaltersgrenzen nach der beruflichen Qualifikation zu differenzieren und damit dem Befund Rechnung zu tragen, dass mit höherer formaler Qualifikation das Berufsunfähigkeitsrisiko sinkt.

b) Sekundäre Prämiendifferenzierung

Eine Alternative zur primären Risikodifferenzierung anhand von durch das AGG geschützten Merkmalen könnte die sekundäre Prämiendifferenzierung darstellen.¹⁴⁵ Die ex post stattfindende sekundäre Prämiendifferenzierung stellt eine Form der Erfahrungstarifizierung dar. Sie kommt bereits heute in verschiedenen Versicherungszweigen zum Zuge. So bieten etwa Krankenversicherer im Falle der Schadensfreiheit Beitragsrückerstattungen an. Der Einsatz sekundärer Prämiendifferenzierung kann die infolge eines Verzichts auf primäre Risikodifferenzierung entstehenden Nachteile (s. dazu noch sogleich sub c) vermindern. Durch die Möglichkeit späterer Prämienrückerstattung bleibt die Versicherung nämlich auch für „gute Risiken“ attraktiv.

Freilich bringt auch die sekundäre Prämiendifferenzierung einige Nachteile mit sich. So fällt auch sie in aller Regel unter § 3 Abs. 2 Halbs. 1 AGG. Insofern gilt indes dasselbe wie schon im Hinblick auf das oben (sub a) geschilderte Ausweichen auf nicht durch das AGG erfasste Ersatzmerkmale: Die Ungleichbehandlung wird relativ problemlos durch eine sachliche Rechtfertigung begründbar sein. Hinzu kommt, dass sich die Betroffenen angesichts ihres offen zutage getretenen höheren Risikos vielfach eher nicht auf die Ungleichbehandlung berufen werden.

Ein erheblicher Nachteil sekundärer Prämiendifferenzierung liegt indes in der teilweisen Abwälzung auch des Zufallsrisikos – also des Risikos, dass in einer Versicherungsperiode zufällig ein den Schadenserwartungswert übersteigender Schaden eintritt – auf die Versicherungsnehmer/innen. Ein wesentlicher Zweck des Versicherungsvertrages liegt gerade darin, dieses Risiko auf den Versicherer zu übertragen. Zweifelhaft ist zudem, ob die Chance auf eine spätere Prämienrückerstattung die Gefahr der adversen Selektion im selben Maße vermeiden kann wie die primäre Risikodifferenzierung. Attraktiver für „gute Risiken“ als die bloße Möglichkeit der Prämienrückerstattung dürfte nämlich die von vornherein bestehende geringere Prämienzahlungspflicht sein. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Gefahr, dass sich auch bei einem „guten Risiko“ zufällig besonders viele oder hohe Schäden ereignen können.

Insgesamt erscheint die sekundäre Prämiendifferenzierung somit nicht als geeignet, die an durch das AGG geschützten Merkmalen anknüpfende primäre Risikodifferenzierung zu ersetzen und zugleich die Interessen des Versicherers einerseits und der Versicherungsnehmer/innen andererseits in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

143 Pasdika, VW 2007, 1988 ff.

144 Pasdika, VW 2007, 1988, 1990; s. dazu bereits bei Fn. 135.

145 Eingehend Riedel/Münch, ZVersWiss 2005, 457 ff.

c) Völliger Verzicht auf die Risikodifferenzierung anhand eines geschützten Merkmals

Die bislang betrachteten Handlungsmöglichkeiten betreffen Wege, das tatsächlich bestehende Risiko in einer Weise für Differenzierungen zu berücksichtigen, die ohne Rückgriff auf ein geschütztes Merkmal auskommt. Davon zu unterscheiden ist der Ansatz, dass der Versicherer auf die Berücksichtigung eines bestimmten Risikos völlig verzichtet.

Wie bereits festgestellt, geht mit jeder Verringerung der risikobezogenen Differenzierung auch eine erhöhte Gefahr adverser Selektion einher. Der freiwillige Verzicht darauf, einen die versicherte Gefahr **prägenden Risikofaktor** einzubeziehen, würde daher die Funktionsfähigkeit der Versicherung gefährden. Geht es hingegen nur um einen unter mehreren bestimmenden Faktoren, so kann der verbleibende Funktionsverlust freilich möglicherweise durch entstehende Vorteile kompensiert werden. Für den Versicherer gilt es nämlich, die in einer für mögliche Diskriminierungen sensibilisierten Öffentlichkeit mit einem solchen Verzicht verbundenen Image- und damit auch Wettbewerbsvorteile im Auge zu behalten. Diese Vorteile können im Einzelfall durchaus die mit der geringeren risikobezogenen Differenzierung einhergehenden Wettbewerbsnachteile überwiegen. Zu beachten ist insofern dreierlei: erstens, für wie anstößig die Öffentlichkeit eine Anknüpfung an das jeweilige Merkmal hält; zweitens, inwiefern es dem Versicherer gelingt, die versicherungstechnisch sinnvolle Ungleichbehandlung nachvollziehbar zu begründen; und drittens, wie hoch die mit der geringeren Risikodifferenzierung verbundenen wirtschaftlichen Nachteile sind. Letzteres wird vor allem auch mit dem jeweiligen Versicherungszweig zusammenhängen. Dass die Versicherer im Einzelfall auf eine an AGG-Merkmale anknüpfende Risikodifferenzierung verzichten, erscheint daher durchaus vorstellbar.

Erfahrungen der Betroffenenverbände bestätigen diesen Befund. Während sich etwa nach Angaben des Lesben- und Schwulenverbandes in Deutschland (LSVD) vor Inkrafttreten des AGG mindestens 75% der privaten Lebens- und Krankenversicherer geweigert haben, mit homosexuellen Männern Verträge abzuschließen, erhält der Verband inzwischen keinerlei Hinweise oder Anfragen mehr wegen entsprechender Benachteiligungen.¹⁴⁶ Freilich ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass eine sinkende Anzahl an Beschwerden auch auf einer mit dem Inkrafttreten des AGG einhergegangenen rein tatsächlichen Intensivierung des Begründungsaufwandes durch die Versicherer beruhen kann. In diesem speziellen Beispiel dürfte ferner die Zahl der verweigerten Vertragsschlüsse auch deswegen gefallen sein, weil infolge medizinischen Fortschritts das mit einer HIV-Infektion verbundene Risiko gesunken ist und sich dadurch die Versicherbarkeit verbessert hat.

d) Modifizierter Vertrag statt Vertragsablehnung

Mitunter ist das mit einem durch das AGG geschützten Merkmal verbundene Risiko derart hoch, dass der Versicherer sich veranlasst sieht, einen Vertragsschluss abzulehnen, weil eine dem Risiko angemessene **Prämie** sehr hoch wäre. In solchen Fällen kann es sinnvoll sein, der betroffenen Person den Versicherungsschutz nicht von vornherein zu verwehren, sondern ihr selbst die Entscheidung zu überlassen, ob sie eine ihrem Risiko entsprechende Prämie aufzubringen bereit ist oder ob sie auf einen Vertragsschluss verzichtet. Dem Vernehmen nach ist unter Betroffenen der Wunsch verbreitet, diese Wahlmöglichkeit eröffnet zu bekommen.

¹⁴⁶ Lesben- und Schwulenverband in Deutschland, Ratgeber zum Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz (AGG), Abschnitt 2.1, abrufbar unter: <http://www.lsvd.de/644.0.html#c3723>.

Freilich wird der Versicherer auch bei einem derartigen Vorgehen nur dann mit Verständnis seitens der Betroffenen rechnen können, wenn er ihnen die Höhe des notwendigen Risikozuschlags nachvollziehbar begründet und wenn zudem die risikoadäquate Prämie nicht exorbitant hoch ist. Letzteres wird bei einem deutlich erhöhten Risiko in Zweigen wie der Berufsunfähigkeitsversicherung allerdings bei einer Kalkulation nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik oft nicht der Fall sein. Versicherer sind daher nicht zuletzt aus Sorge um die Außenwirkung ihres Angebots oft eher bereit, auf einen Vertragsabschluss und die damit für sie verbundenen Prämieinnahmen völlig zu verzichten, als ein aus ihrer Sicht unattraktives Angebot zu unterbreiten. Hinzu kommt, dass sich mit zunehmendem Risikoumfang auch die Frage stellt, ob überhaupt noch von einem **ungewissen Ereignis** gesprochen werden kann oder ob der Schadenseintritt im Grunde schon definitiv oder mit hoher Wahrscheinlichkeit feststeht. Im letzteren Fall wären die Voraussetzungen der Versicherung nicht mehr erfüllt.¹⁴⁷ Schließlich gibt es auch Sachverhalte, bei denen sich ein Risiko schlicht als unkalkulierbar erweist, da die tatsächlich drohende Kostenbelastung von mathematisch ermittelten Durchschnittswerten extrem abweichen kann.¹⁴⁸ Auch hier stößt die Möglichkeit, das Risiko gegen Prämienzuschlag zu versichern, an eine Grenze.

Anstelle eines Prämienzuschlags ist auch zu erwägen, ob dem erhöhten Risiko, jedenfalls in bestimmten Fällen, durch einen darauf bezogenen **Risikoausschluss** Rechnung getragen werden kann. So ist es beispielsweise denkbar, dass bei einer starken Sehbehinderung alle darauf zurückzuführenden Fälle einer Berufsunfähigkeit ausgeschlossen werden. Freilich muss darauf hingewiesen werden, dass derartige Risikoausschlüsse bisweilen Auseinandersetzungen nach sich ziehen können, etwa über den konkreten zur Berufsunfähigkeit führenden Kausalverlauf. Sieht man hiervon ab, so stellt sich der Ausschluss bestimmter Risiken jedoch als ein sinnvolles Instrument dar, um den Betroffenen jedenfalls einen gewissen Schutz zur Wahl zu stellen. Die Beratungspflicht des Versicherers gem. § 6 Abs. 1 VVG stellt sicher, dass bereits vor Vertragsschluss über die Bedarfsgerechtigkeit dieses Schutzes beraten wird.¹⁴⁹ Den Betroffenen wird es so ermöglicht, eine bewusste Entscheidung darüber zu treffen, ob der Versicherungsschutz trotz der Einschränkungen für sie sinnvoll erscheint oder nicht. Gegenüber dem Prämienzuschlag hat ein Risikoausschluss zudem den Vorzug, dass sich hier nicht die Frage stellt, ob überhaupt noch ein versicherbares Risiko oder bereits ein mehr oder minder feststehendes Schadensereignis in Rede steht.

e) Alternative Versicherungsprodukte

In manchen Fällen lässt sich dem Bedürfnis Betroffener danach, einen Versicherungsschutz zu erlangen, auch dadurch Rechnung tragen, dass ein anderes als das von ihnen ursprünglich in den Blick genommene Versicherungsprodukt offeriert wird. Als Beispiel für den Fall einer drohenden schweren Erkrankung sei die sog. Dread-Disease-Versicherung genannt, die entsprechend ausgestaltet werden könnte. Dabei ist der Versicherer wiederum gem. § 6 Abs. 1 VVG verpflichtet, den individuellen Versicherungsbedarf zu analysieren und dementsprechend ein solches alternatives Produkt dann, und nur dann, vorzuschlagen, wenn es angesichts der Person und der Situation bedarfsgerecht erscheint.

147 S. dazu auch AG Hannover VersR 2009, 348, 349 (betr. Schwangerschaft)

148 Vgl. LG Offenburg, Urt. v. 13.11.2009 – 3 O 82/09 (unveröff.), zur Ablehnung einer Krankenhauszusatzversicherung bei myotoner Dystrophie.

149 S. dazu MünchKommVVG/**Armbrüster** (Fn. 69), § 6 Rn. 101, 103.

E.

Fazit und Ausblick auf künftige Forschungsfelder

I. Anwendung des geltenden Rechts

Die Untersuchung hat gezeigt, dass die Thematik des Benachteiligungsverbots und der Rechtfertigungsgründe im Bereich privater Versicherungen durch eine Reihe von Besonderheiten gekennzeichnet ist. Diese spiegeln sich im Gesetz darin, dass private Versicherungsverträge in den maßgeblichen Vorschriften jeweils eine von den für alle anderen erfassten Rechtsgeschäfte abweichende Regelung erfahren haben (§§ 19 Abs. 1 Nr. 2, 20 Abs. 2 AGG). Mittels einer sachgerechten Auslegung, die sich an der Bedeutung des Benachteiligungsverbots als reinem Willkürverbot orientiert, lassen sich die Auslegungsprobleme bei der Anwendung der Normen weitgehend in den Griff bekommen.

Nicht bewältigt hat der Gesetzgeber den Konflikt zwischen dem **Offenlegungsinteresse** der Versicherungsnehmer/innen hinsichtlich der für eine Ungleichbehandlung maßgeblichen betriebsinternen Daten einerseits und dem berechtigten Interesse des Versicherers an der Geheimhaltung solcher Betriebsinterna andererseits. Insoweit eröffnet sich ein praktisch bedeutsames Forschungsfeld, das insbesondere auch die verfahrensrechtlichen Implikationen des Offenlegungsgebots einbezieht. Erste Überlegungen zu den Möglichkeiten, den Konflikt zu bewältigen, sind oben bereits angestellt worden. Freilich ergibt sich hier noch eine Reihe weiterer Fragen, nicht zuletzt auch verfassungsrechtlicher Art.

Eine für die Thematik überaus bedeutsame weitere Frage ist diejenige nach dem Begriff der **Behinderung**. Auch hierzu bezieht die Expertise bereits Position. Künftig wird sich voraussichtlich jedoch auch für den Versicherungssektor (und nicht nur wie bislang im Arbeitsrecht) das Problem stellen, in welcher Weise ein autonomer europarechtlicher Begriff der Behinderung zu bestimmen ist. Spätestens mit einer Umsetzung der fünften europäischen Antidiskriminierungsrichtlinie¹⁵⁰, die das allgemeine zivilrechtliche Benachteiligungsverbot unter anderem auf das Merkmal Behinderung erstrecken soll, bedarf es einer Klärung der oben angesprochenen Fragen auf einer autonom-europäischen Grundlage.

Schließlich gibt auch die Rechtsfolgenseite Anlass für weitere Forschungen. Hier stellt sich insbesondere das – freilich nicht versicherungsspezifische und daher hier nicht ausführlicher gewürdigte (s. oben sub C) – Problem, ob eine am Vertragsschluss interessierte Person dann, wenn der Versicherer diesen ablehnt, ohne dies hinreichend rechtfertigen zu können, ihre Aufnahme in das Versichertenkollektiv verlangen kann, und falls ja, zu welchen

¹⁵⁰ S. den Vorschlag KOM(2008) 426 endg.

Konditionen. Dahinter verbirgt sich die höchst umstrittene und vom deutschen Gesetzgeber bewusst offengelassene Frage, ob sich aus dem Beseitigungsanspruch nach § 21 Abs. 1 S. 1 AGG ein Abschlusszwang (**Kontrahierungszwang**) herleiten lässt.

II. Weiter gehende Handlungsmöglichkeiten

Was die Frage angeht, auf welchen Wegen sich bei einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung die Situation der Betroffenen verbessern lässt, ergibt sich ein deutliches Bild: Der Ruf nach dem **Gesetzgeber** führt hier nicht zu sachgerechten Lösungen. Wesentlich aussichtsreicher erscheint es, die **Handlungsmöglichkeiten der Versicherungswirtschaft** auszuloten.

Insoweit kommt es namentlich in Betracht, dass in Fällen, in denen bislang ein Vertragsschluss abgelehnt worden ist, künftig stattdessen vermehrt ein dem konkreten Risiko der Betroffenen angepasster Versicherungsschutz angeboten wird. Hier eröffnet sich ein wichtiges Forschungsfeld, das einerseits von juristischen, andererseits und insbesondere von betriebswirtschaftlichen Fragen geprägt wird. Aus rechtlicher Sicht ist vor allem die Frage zu nennen, unter welchen Voraussetzungen ein Risikoausschluss dazu führt, dass die betreffende Klausel wegen Aushöhlung des Versicherungsschutzes gem. § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB als unwirksam anzusehen ist. Dabei ergibt sich auch das Problem, inwiefern bei der Beurteilung der sog. Aushöhlungsichtigkeit der Umstand zu berücksichtigen ist, dass der Versicherer ohne den Risikoausschluss zu einem Vertragsschluss gar nicht bereit gewesen wäre. Aus ökonomischer Sicht stellt sich unter anderem die Frage, bis zu welcher Prämienhöhe der Versicherungsschutz für den Betroffenen noch sinnvoll erscheint. Ein weiteres, auch versicherungsmathematisch geprägtes Thema bilden die Auswirkungen, die von der Aufnahme bislang als zu hoch eingestufte Risiken in ein Risikokollektiv ausgehen und welche Kalkulationsgrundsätze der Versicherer hier anzuwenden hat.

Ein weiteres Forschungsfeld betrifft die Frage, inwieweit es künftig gelingen kann, vom AGG geschützte Merkmale, die nur statistisch und nicht kausal für das Risiko bedeutsam sind, durch andere Kriterien zu ersetzen. Als Beispiel sei die Differenzierung nach dem Geschlecht in der privaten Krankenversicherung genannt. Wie aufgezeigt, ist es bislang nicht gelungen, dieses Merkmal durch andere Faktoren zu ersetzen, die eine statistisch fundierte, rechtlich zulässige, gesellschaftspolitisch akzeptable und kostengünstige Risikodifferenzierung ermöglichen. Mit der Anknüpfung an bestimmte Verhaltens- und Lebensweisen könnte sich das Risiko künftig möglicherweise sogar genauer erfassen lassen als bei Heranziehung des Geschlechts. Freilich liegt in der genaueren Ermittlung solcher Kriterien noch eine große Herausforderung.¹⁵¹

¹⁵¹ S. auch **Dörfler/Wende**, ZVersWiss 2010, 17, 38: weiterhin erheblicher Forschungs- und Diskussionsbedarf.

F.

Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse in Thesen

1. Versicherungsverträge unterscheiden sich von allen sonstigen durch das allgemeine zivilrechtliche Benachteiligungsverbot (§ 19 AGG) erfassten Schuldverhältnissen dadurch, dass für diesen Geschäftstyp risikobezogene Differenzierungen konstitutiv sind. Je weniger nach dem individuellen Risiko differenziert wird, umso eher besteht die Gefahr adverser Selektion mit den damit auch für die Versicherungsnehmer/innen verbundenen Nachteilen.
2. Das Benachteiligungsverbot besteht daher im Bereich privater Versicherungen in einem reinen Willkürverbot.
3. Für eine Rechtfertigung geschlechtsbezogener Differenzierungen nach § 20 Abs. 2 S. 1 AGG kann der Versicherer sich auch auf betriebsinterne Daten stützen.
4. Nicht bedacht hat der Gesetzgeber, dass der Versicherer in diesem Fall bei der ihm obliegenden Beweisführung durch das Öffentlichkeitserfordernis zur Preisgabe von Betriebsgeheimnissen genötigt sein könnte. Der Konflikt zwischen dem Offenlegungsinteresse der Betroffenen und dem schutzwürdigen Geheimhaltungsinteresse des Versicherers lässt sich lösen, indem die internen Daten des Versicherers durch eine neutrale, zur Verschwiegenheit verpflichtete Stelle überprüft werden.
5. Auch bei dem abgemilderten Rechtfertigungsmaßstab des § 20 Abs. 2 S. 3 AGG für die Merkmale Alter, Behinderung und sexuelle Identität droht eine übermäßige Beschränkung der gebotenen Risikodifferenzierung, sofern ein zu enges Verständnis zugrunde gelegt wird. Daher ist ein auf medizinischen Erfahrungswerten beruhender oder aus den Einschätzungstabellen der Rückversicherer hervorgehender Risikozusammenhang zur Rechtfertigung ausreichend.
6. Neben der Rechtfertigung nach § 20 Abs. 2 AGG ist – jedenfalls im Hinblick auf die Gewährung von Vergünstigungen nur für bestimmte Kundenkreise (Jugendtarif, Frauentarif etc.) – eine solche nach § 20 Abs. 1 AGG möglich.
7. Eine mittelbare Benachteiligung ist auch im Versicherungsbereich bereits tatbestandlich nur bei fehlender sachlicher Rechtfertigung anzunehmen. Für Letztere tragen die Betroffenen die Beweislast.

8. Bei der Frage nach einem angemessenen Interessenausgleich ist zwischen dem Interesse Betroffener an wirksamem Diskriminierungsschutz durch das AGG einerseits und dem Interesse Betroffener an der Erlangung von Versicherungsschutz bei gerechtfertigter Ungleichbehandlung andererseits zu unterscheiden.
9. Zur Wahrung des Interesses an wirksamem Diskriminierungsschutz kommen verschiedene Vorgehensweisen in Betracht. Dazu zählt es zunächst, dass auch betriebsinterne Daten des Versicherers unter Wahrung seines wettbewerbsbedingten Geheimhaltungsinteresses zur Überprüfung zu stellen sind (s. dazu bereits oben Nr. 4). Viele Konflikte dürften sich bereits von vornherein durch eine vom Versicherer zu leistende ausführliche und nachvollziehbare Begründung der jeweiligen risikobezogenen Differenzierung vermeiden lassen.
10. Ombudsleute und andere Beschwerdestellen vermögen in der Regel nicht die Risikokalkulation der Versicherer zu überprüfen. Gleichwohl kann ihre Einschaltung, wie die Praxis erweist, auch bei in Rede stehenden AGG-Verstößen rechtsbefriedigende Wirkung haben. Dies gilt etwa für den Fall, dass sie im Falle einer gerechtfertigten Ungleichbehandlung den Beschwerdeführenden die dafür maßgeblichen Gründe darlegen.
11. Der Abschluss privater Versicherungsverträge dient häufig dazu, elementare Lebensrisiken abzusichern. Die Regelungen des AGG haben freilich nicht die Gewährleistung einer derartigen Grundsicherung zum Gegenstand; vielmehr dienen sie dem Schutz vor willkürlicher Ungleichbehandlung. Die Grundsicherung ist Aufgabe der staatlichen Sozialfürsorge.
12. Gesetzgeberische Eingriffe mit dem Ziel, in Fällen gerechtfertigter Ungleichbehandlungen den Betroffenen gleichwohl Versicherungsschutz zu verschaffen, sehen sich durchgreifenden Einwänden ausgesetzt. Dies gilt für eine „Nachbesserung“ des AGG oder einen spartenspezifischen Kontrahierungszwang in Kombination mit staatlichen Zuschüssen ebenso wie für einen Einheitstarif.
13. Unter den Handlungsmöglichkeiten des Versicherers erweist sich der gänzliche Verzicht auf eine Differenzierung anhand der vom AGG erfassten Merkmale angesichts der mit dem Auffinden geeigneter Ersatzmerkmale verbundenen erheblichen Schwierigkeiten und der im Falle des ersatzlosen Verzichts auf Risikodifferenzierung grundsätzlich drohenden Gefahr adverser Selektion derzeit kaum als praktisch gangbarer Weg.
14. Auch wenn eine Ungleichbehandlung gerechtfertigt ist, kann eine gewisse Großzügigkeit des Versicherers beim Verzicht darauf, nach in der Öffentlichkeit besonders sensibel wahrgenommenen und zugleich für den Risikoumfang nicht schlechthin unverzichtbaren Merkmalen zu differenzieren, der Imagepflege dienen und Vorbildwirkung entfalten.
15. Sinnvoll erscheint es, wenn Versicherer künftig vermehrt anstelle einer Vertragsablehnung einen Versicherungsschutz unter Berücksichtigung des erhöhten Risikos (insbesondere in Gestalt von Prämienzuschlägen oder Risikoausschlüssen) anbieten und den Betroffenen damit eine Wahl eröffnen. Freilich sind dabei den Handlungsspielräumen der Versicherer Grenzen gesetzt.

16. Die Thematik birgt eine Reihe von Fragen, die einer vertiefenden Forschung zugänglich sind. Hierzu zählen insbesondere die Problematik der Offenlegung betriebsinterner Daten, eine autonom-europarechtliche Bestimmung des Behinderungsbegriffs sowie die Frage nach den rechtlichen und ökonomischen Grenzen eines Versicherungsangebots bei stark erhöhten Risiken.

Berlin, den 7. Mai 2010

Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster

Dieses PDF ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; es wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Dieses Dokument wurde im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS) erstellt. Der Inhalt des Dokuments wird vollständig vom Autor verantwortet und spiegelt nicht notwendigerweise die Position der ADS wider.

Herausgeber:

Antidiskriminierungsstelle
des Bundes
Glinkastraße 24
10117 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt:

Zentrale: 03018 555-1855
Beratung: 03018 555-1865 (Mo bis Fr, 9–12 Uhr und 13–15 Uhr)
Fax: 03018 555-41865
Besuchszeiten nach Vereinbarung
E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Gestaltung:

www.avitamin.de

Stand:

August 2010