

**Festschrift für  
Gert Iro  
zum 65. Geburtstag**

Sonderdruck

herausgegeben von  
*Stefan Perner und Olaf Riss*

2013

ISBN 978-3-902638-76-6

 Jan Sramek Verlag

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Verzeichnis der Autorinnen und Autoren .....	XI

## Zivilrecht

PETER APATHY	
Doppelvermietung .....	3
ERNST KARNER	
Abwehransprüche bei naturgegebenen Immissionen? .....	17
ANDREAS KLETEČKA	
Aktuelle Fragen der Medizinhaftung .....	35
GEORG E. KODEK	
Wechselseitige Besitzstörungen .....	49
HELMUT KOZIOL	
Von der rechtsgeschäftlichen Bindung zur Vertrauenshaftung .....	81
HEINZ KREJCI	
Aktuelle Fragen des Vereinsrechts .....	101
MAX LEITNER	
Schadenersatz bei AGB-Verwendung .....	121
CHRISTIAN NOWOTNY	
Äquivalenzstörungen im Gesellschaftsrecht .....	143

STEFAN PERNER	
Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht .....	157
CHRISTIAN RABL	
Die Kündigung von Lebensversicherungen im Rahmen der prämiengünstigten Zukunftsvorsorge .....	171
ROBERT REBHANN	
Soll die Haftung der Ärzte und Spitäler für Behandlungsfehler durch Leistungen der Krankenkassen abgelöst werden? .....	187
MARTIN SPITZER	
Neuordnung der Deliktshaftung der juristischen Person? .....	207
LUBOŠ TICHÝ	
Der Rechtsbesitz, seine Entwicklung und seine Bedeutung im Kontext der Verdinglichung der Forderungsrechte .....	229
ANDREAS VONKILCH	
Immobilienvermietung als Herausforderung für den Unternehmerbegriff .....	247
MORITZ ZOPPEL	
Die Rechtsetzungskompetenz der Europäischen Union im Privatrecht unter besonderer Berücksichtigung der kompetenzrechtlichen Stellung von Art 19 AEUV .....	263

## Bank- und Kreditsicherungsrecht

RAIMUND BOLLENBERGER	
Sicherungszession durch Buchvermerk und künftige Forderungen .....	289
RAINER BORNS	
Zur Wiedergeburt von fundierten Bankschuldverschreibungen in verschiedenen Ausprägungen des Covered Bond .....	307

---

PETER BYDLINSKI	
Die individuelle »Rückstehungserklärung« .....	325
BERNHARD KOCH	
Publizitätserfordernisse beim Deckungsstock .....	345
GABRIELE KOZIOL	
Sicherungsrechte an Immaterialgüterrechten und Register für Mobiliarsicherheiten .....	365
MARTIN OPPITZ	
Festpreisgeschäft und Kommissionsgeschäft .....	381
OLAF RISS	
Warum ist der Faustpfandgläubiger absonderungsberechtigt? .....	401
DANIEL RUBIN	
Der Vollstreckungsschutz des Treugebers bei der fremdnützigen fiducia .....	429

STEFAN PERNER

# Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht

## A. Einleitung

Versicherer übernehmen bekanntlich die Tragung eines Risikos gegen Entgelt.<sup>1</sup> Dieses Entgelt – also die Prämie – kann von den Vertragsparteien frei vereinbart werden. Der Europäische Versicherungsmarkt ist liberalisiert<sup>2</sup>, es gilt das Prinzip der Privatautonomie.<sup>3</sup>

Bei der Kalkulation der Prämien durch den Versicherer hat sich die Bildung von Risikoklassen bewährt. Der Versicherer schätzt das Risiko der versicherten Person beim Vertragsabschluss anhand gewisser Kriterien – so genannter Risikoindikatoren – ein, bildet Gruppen und fasst sie zusammen.<sup>4</sup>

Als besonders geeignet haben sich in der Praxis der Personenversicherung zwei Indikatoren herausgestellt: Geschlecht und Alter.<sup>5</sup> Die Feststellung ist billig und statistisch von Relevanz. So ist zB nachweisbar, dass Frauen länger leben. Das spricht für eine höhere – eben eine risikogerechte – Prämie für Frauen in der Lebensversicherung. Genauso lässt sich statistisch nachweisen, dass ältere Personen ärztliche Leistungen in höherem Ausmaß in Anspruch nehmen. Sie zahlen daher höhere Prämien in der Krankenversicherung.<sup>6</sup> Die

1 Zur Definition des Versicherungsvertrages etwa BGH in VersR 1964, 497, insb 499.

2 Siehe nur *Schauer*, Das Österreichische Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup> (1995) 14 ff.

3 Siehe nur *Schauer* Versicherungsvertragsrecht<sup>3</sup>, 43. Vgl auch *Armbrüster*, Bedeutung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes für private Versicherungsverträge, VersR 2006, 1297, 1298.

4 Dazu etwa prägnant *Wandt*, Diskriminierung und Versicherung, in *Karlsruher Forum* 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht (2005) 117, 121 ff.

5 Siehe *Wandt* in *Karlsruher Forum* 2004 (2005), 117, 122. Vgl weiters *Richter*, Gleichbehandlungspflichten in der Privatversicherung (2011) 23 ff.

6 *Thüsing* in *Münchener Kommentar zum BGB I*<sup>6</sup> (2012) § 20 AGG, Rn 96 mwN; *Thüsing/v. Hoff*, Private Versicherungen und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, VersR 2007, 1.

Zulässigkeit der Berücksichtigung solcher Risikoindikatoren schien bis vor Kurzem vollkommen unproblematisch.

Es wäre aber ein Trugschluss, würde man meinen, dass das Thema »Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht« daher eigentlich gar nicht von Relevanz ist: Erstens hat der EuGH in einer spektakulären Entscheidung Anfang 2011 die Prämien differenzierung aufgrund des Geschlechts verboten und ist eine Übertragung dieser Ergebnisse auf den Faktor Alter zu prüfen.<sup>7</sup> Zweitens existieren zahlreiche nationale versicherungsrechtliche Regelungen, die sich mit dem Faktor Alter beschäftigen und die Privatautonomie der Parteien einschränken.<sup>8</sup>

Die Hoffnung, dass der vorliegende Beitrag überdies speziell auf das Interesse des Jubilars stößt, schöpfe ich freilich nicht aus dem Umstand, dass es um das »Alter« geht. Vielmehr hat mich der Jubilar stets ermutigt, über den »Tellerrand« zu schauen und mit den europarechtlichen Einflüssen auf das Privatrecht für mich neue Bereiche zu bearbeiten. Davon habe ich sehr profitiert. Meinem verehrten akademischen Lehrer *Gert Iro* ist dieser Beitrag daher gewidmet.

## B. Europarechtliche Vorgaben

### I. Unisex-Tarife

Der EuGH hatte in der Rechtssache *Test-Achats*<sup>9</sup> über die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Prämienberechnung zu entscheiden<sup>10</sup>: Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts sind bekanntlich aufgrund der Unisex-RL

7 Siehe B.

8 Siehe C.

9 EuGH 1. 3. 2011 Rs C-236/09 (*Test-Achats*).

10 Zur Entscheidung des EuGH *Armbrüster*; Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 01.03.2011 – C-236/09 NJW 2011, 907 – »Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL, Yann van Vugt, Charles Basselier/Conseil des ministres«, LMK 2011, 315339; *Doblhofer-Bachleitner*, Geschlechterdifferenzierung bei Versicherungstarifen unzulässig, ZFR 2011, 248; *Korinek*, Geschlechtsspezifische Tarife im Versicherungsrecht sind unzulässig, ÖZW 2011, 50; *Loacker*, Gleich und Gleich gesellt sich gern? Überlegungen zur Einführung verpflichtender Einheits-tarife im europäisierten Versicherungsvertragsrecht, HAVE 2011, 351; *Looschelders*, Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung, VersR 2011, 421; *Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen! EuZW 2011, 296; *Mönnich*, Unisex: Die EuGH-Entscheidung vom 1. 3. 2011 und die möglichen Folgen, VersR 2011, 1092; *Perner*, Geschlechtertarife im Versicherungsrecht unzulässig. Bemerkungen anlässlich EuGH 01.03.2011 Rs C-236/09 (*Test-Achats*), ÖJZ 2011, 333.

2004/113/EG verboten. Die RL ist Teil des Antidiskriminierungsprogrammes der Union, sie wurde auf [Art 19 AEUV] gestützt.<sup>11</sup> Die auf dieser Bestimmung basierenden Maßnahmen betreffen nicht nur das Verhältnis von Staat zu Privat, sondern sie verbieten bekanntlich auch Diskriminierungen durch private Wirtschaftsteilnehmer.<sup>12</sup> Damit sind an sich auch Privatversicherer betroffen.

Auf Drängen einiger Mitgliedstaaten wurde in Art 5 Unisex-RL allerdings eine Ausnahmebestimmung für Privatversicherer aufgenommen.<sup>13</sup> Die Mitgliedstaaten durften demnach proportionale Unterschiede bei der Berechnung der Prämien – so genannte Geschlechtertarife – zulassen. Voraussetzung war aber, dass »die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist« (Art 5 Abs 2 Unisex-RL). Die Ratio der Ausnahmeregelung ist leicht erklärt: Die Statistik zeigt eben, dass das Risiko für Männer oft ein anderes ist als für Frauen.<sup>14</sup>

Viele Mitgliedstaaten<sup>15</sup> – darunter Österreich (§ 9 Abs 2 VAG) – hatten von der Ausnahme dann auch Gebrauch gemacht und Geschlechtertarife zugelassen.<sup>16</sup> Die belgische Verbraucherschutzorganisation *Test-Achats* griff die nationale Ausnahmeregelung an, das belgische Verfassungsgericht legte vor.

Der EuGH hebt die Ausnahmebestimmung für Privatversicherer (Art 5 Abs 2 Unisex-RL) auf, was er mit ihrem Verstoß gegen das Grundrecht auf Geschlechtergleichbehandlung begründet.<sup>17</sup> Das Ergebnis ist für die Versicherungspraxis aufsehenerregend<sup>18</sup>: Geschlechtertarife sind – nach dem Ablauf der vom Gerichtshof festgelegten Übergangsfrist<sup>19</sup> – verboten. Am Beispiel der Lebensversicherung: Der Versicherer darf also gerade keine höheren Prämien von Frauen als von Männern verlangen, obwohl die Statistiken dies rechtfertigen würden.

11 Präambel der RL 2004/113/EG.

12 *Epiney* in *Calliess/Ruffert* (Hrsg), EUV/AEUV<sup>4</sup> (2011) Art 19 AEUV, Rn 13.

13 Krit dazu SA *Kokott* 30.9.2010 Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 21 ff.

14 Vgl *Wandt* in *Karlsruher Forum* 2004 (2005), 117, 127 f. Vgl auch *Loacker*, *HAVE* 2011, 351, 354 ff.

15 Nicht alle: Vgl *Doblhofer-Bachleitner*, *ZFR* 2011, 248, 251.

16 Zur Regelung in Österreich *Korinek*, Umsetzung der Gleichbehandlungs-RL: »Unisexstarife« und Versicherungen, *ecolex* 2006, 549.

17 EuGH Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Rn 15 ff. Kritisch bereits *Perner*, *ÖJZ* 2011, 333, 333 f.

18 Siehe nur *Mönlich*, *VersR* 2011, 1092: »zentrales Prinzip (...) infrage gestellt«.

19 EuGH Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Rn 33 f. Der österreichische Gesetzgeber reagiert mit der Schaffung von § 1c VersVG, wonach der Faktor Geschlecht nicht zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen für Frauen und Männer führen darf. Die Bestimmung tritt mit 21.12.2012 in Kraft und ist auf Verträge anzuwenden, die nach dem 20.12.2012 geschlossen werden. § 9 (2) VAG wird ebenfalls entsprechend geändert.

## II. Von Unisex- zu Uniage-Tarifen?

Warum ist die Entscheidung in der Rechtssache *Test-Achats* aber für die hier zu klärende Frage relevant? Sie betrifft ja die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, nicht aufgrund des Alters.

Die Antwort erschließt sich durch einen Blick auf die Begründung des Gerichtshofs. Der EuGH stützt sich in seiner Entscheidung auf die Grundrechte-Charta (GRC), konkret auf Art 21 und 23 GRC.<sup>20</sup> Diese Bestimmungen sind in den Titel III der Charta eingebettet, der nicht nur die Geschlechtergleichbehandlung, sondern Antidiskriminierung ganz allgemein betrifft. So verbietet Art 21 Abs 1 GRC nicht nur die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, sondern auch aufgrund anderer Kriterien, nämlich der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, der sexuellen Ausrichtung oder – des Alters.

Die Übertragbarkeit der Argumentation in *Test-Achats* auf die Altersdiskriminierung scheint bei einer inhaltlichen Betrachtungsweise aus zwei Gründen nahe zu liegen.<sup>21</sup> Erstens klingt der Wortlaut des Art 21 GRC apodiktisch und universell: Diskriminierungen sind verboten. Zweitens – und das ist der noch gewichtigere Punkt – verbietet Art 21 GRC nach Ansicht des Gerichtshofs auch Differenzierungen durch Private, er ist also inhaltlich auf Drittwirkung gerichtet.<sup>22</sup> Durch die Verabschiedung einer Bestimmung, die es den Mitgliedstaaten gestattet, Geschlechtertarife zu erlauben (= Art 5 Abs 2 Unisex-RL), hat der Unionsgesetzgeber ja nicht selbst diskriminiert, sondern vielmehr Differenzierungen durch private Wirtschaftsteilnehmer erlaubt.<sup>23</sup> Das Verbot ist daher gleichbedeutend mit einer Begrenzung der privaten Entscheidungsfreiheit der Versicherer und damit einer Einschränkung ihrer Privatautonomie.

Zusammengefasst lautet die Ansicht des EuGH in *Test-Achats* also: Art 21 und 23 GRC stehen einer Geschlechterdiskriminierung durch Versicherer entgegen. Die Folgefrage liegt nahe: Warum nicht auch einer Altersdiskriminierung? Tatsächlich befürchtet man in der Versicherungsbranche einen solchen Dominoeffekt.<sup>24</sup>

20 EuGH Rs C-236/09 (*Test-Achats*) insb Rn 32.

21 Vgl auch die Feststellung von *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1103.

22 *Perner*, ÖJZ 2011, 333, 334.

23 *Perner*, ÖJZ 2011, 333, 334.

24 Treffend *Mönnich*, VersR 2011, 1092, 1103.

Die ungeprüfte Übertragung des Verbotes der Geschlechterdiskriminierung auf die Altersdiskriminierung wäre allerdings ein Kurzschluss: *Test-Achats* lässt sich beim heutigen Stand des Unionsrechts nicht auf die Altersdiskriminierung übertragen. Für die Begründung muss man die Eigenheiten des Unionsrechts im Allgemeinen und der GRC im Besonderen in den Blick nehmen.

Zur Erinnerung: In den Gründungsverträgen und in der frühen EuGH-Rechtsprechung fanden Grundrechte keine Erwähnung. Man war zunächst davon ausgegangen, dass es sich um traditionelle völkerrechtliche Verträge handelte<sup>25</sup>, außerdem dachte man, dass das Gemeinschaftsrecht grundrechtssensible Bereiche nicht berühren würde.<sup>26</sup>

Mit der Zunahme der Tätigkeiten der Gemeinschaften, der Anerkennung der unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts<sup>27</sup> und seines Vorranges auch gegenüber nationalem Verfassungsrecht<sup>28</sup> stieg allerdings das Bedürfnis nach (Grund-)Rechtsschutz der Betroffenen. Der EuGH entwickelte daher Unionsgrundrechte<sup>29</sup>, die historisch betrachtet natürlich nur dort einen Schutz gewährleisten sollten, wo Unionsrecht – vor allem Sekundärrecht – anwendbar war. Grundrechte erweiterten den Anwendungsbereich des Unionsrechts nicht, sondern sie setzten die Anwendbarkeit von Unionsrecht voraus.

Das hat sich bis heute nicht geändert, und zwar auch nicht durch die Implementierung eines im Rang des Primärrechts stehenden Grundrechtekataloges. Gemäß ihrem Art 51 Abs 1 binden die Unionsgrundrechte der Charta nämlich nur die Union bei ihrem Handeln umfassend. Die Mitgliedstaaten sind dagegen nur bei der Durchführung des Unionsrechts an die Charta gebunden, also zB, wenn sie eine VO anwenden oder eine RL umsetzen.<sup>30</sup>

Aus dieser Feststellung folgt etwas ganz Entscheidendes für unsere Frage. Im Fall der Geschlechterdiskriminierung hat der Gerichtshof eine Richtlinienbestimmung – und damit das Handeln des Unionsgesetzgebers – kontrolliert. Das Antidiskriminierungsrecht der Charta konnte daher eingreifen.

Im Fall der Altersdiskriminierung gibt es kein einschlägiges Sekundärrecht. Es existiert nämlich keine RL, die die Altersdiskriminierung außerhalb des

25 So Ehlers, § 14 Allgemeine Lehren der Unionsgrundrechte, in Ehlers (Hrsg), Grundrechte und Grundfreiheiten<sup>3</sup> (2009) Rn 3.

26 Goldsmith, A Charter of Rights, Freedoms and Principles, CMLRev 38 (2001) 1201, 1202.

27 Erstmals EuGH 5.2.1963 Rs 26/62 (*van Gend en Loos*) Slg 1963, 00003 Leitsatz 5.

28 EuGH 17.12.1970 Rs 11/70 (*Internationale Handelsgesellschaft*) Slg 1970, 01125 Rn 3.

29 EuGH 12.11.1969 Rs 29/69 (*Stauder*) Slg 1969, 00419 Rn 7.

30 Zur umstrittenen Auslegung des Begriffes der *Durchführung des Unionsrechts* siehe Grabenwarter, Auf dem Weg in die Grundrechtsgemeinschaft? EuGRZ 2004, 563, 564; Borowsky in Meyer (Hrsg), Charta der Grundrechte der Europäischen Union<sup>3</sup> (2011) Art 51 Rn 24 ff; Perner, EU-Verträge und Privatrecht (Habilitationsschrift Wien 2011).

Arbeitsrechts verbietet.<sup>31</sup> Damit ist kein Raum für die Anwendung des Grundrechts. Selbst wenn Art 21 GRCh daher inhaltlich auf eine Einschränkung der Privatautonomie gerichtet ist – er ist unanwendbar!

Das vorgebrachte Argument mag technisch klingen, das ändert aber nichts daran, dass es richtig ist. Wo die Charta nicht anwendbar ist, können ihre Grundrechte nicht eingreifen.

An diesem Ergebnis ändert sich auch dann nichts Entscheidendes, wenn man nun die Ansicht vertritt, dass das Verbot der Altersdiskriminierung – auch unter Privaten! – ein allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts im Sinne von Art 6 Abs 3 EUV ist.<sup>32</sup> Das Eingreifen der »allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts« würde nämlich ebenfalls voraussetzen, dass der Anwendungsbereich des Unionsrechtes eröffnet ist.<sup>33</sup> Das ist bei innerstaatlichen Sachverhalten, die keinen eigenen Bezug zum Unionsrecht aufweisen, nicht der Fall.

### III. Europarechtliche Entwicklungen

#### 1. KOM(2008) 426 endg.

Das Eingreifen der Charta ist also vom Unionsrecht selbst – insbesondere von der Entwicklung des Sekundärrechts – abhängig. Jede Aussage über die Wirkung eines konkreten Grundrechtes der Charta ist damit eigentlich eine Momentaufnahme. Das lenkt den Blick auf unionsrechtliche Entwicklungslinien, vor allem im Antidiskriminierungsrecht.

Die Union ist mit ihrem Antidiskriminierungsprogramm noch nicht am Ende angelangt, Planungen für weitere Richtlinien laufen. So hat die Kommission im Jahre 2008 einen Vorschlag für eine Gleichbehandlungsrichtlinie vorgelegt<sup>34</sup>, die unter anderem das Verbot der Altersdiskriminierung über das Arbeitsrecht hinaus in das allgemeine Wirtschaftsrecht erstrecken soll.<sup>35</sup> Ganz im Einklang mit den übrigen Antidiskriminierungsrichtlinien zielt die geplante

31 Siehe aber noch unten III.1.

32 Siehe EuGH 22.11.2005 Rs C-144/04 (*Mangold*) Slg 2005 I-09981 Rn 74. Kritisch zB Gerken et al, »Mangold« als ausbrechender Rechtsakt (2009) 17 ff. Zur weiteren Judikatur des EuGH zB *Rebhahn*, Altersdiskriminierung in der Judikatur des EuGH, wbl 2011, 173.

33 Siehe EuGH 18.6.1991 Rs C-260/89 (*ERT*) Slg 1991 I-02925 Rn 42 f.

34 KOM(2008) 426 endg. Dazu (aus rechtsökonomischer Perspektive) *Vandenbergh*, Non-discrimination on the grounds of age and disability in private contracting for goods and services: Economic analysis of the European 2008 Proposal for a new directive, ZEuP 2011, 235.

35 Der Richtlinienvorschlag wird derzeit (immer noch) diskutiert, vgl die Pressemitteilung nach der 3131. Ratstagung Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz am 1. und 2.12.2011 (17943/11, PRESSE 471, PR CO 75).

RL darauf ab, unsachliche Differenzierungen auch durch Private zu verbieten.<sup>36</sup> Dementsprechend sollen – dem Vorbild der Unisex-RL entsprechend – Differenzierungen bei Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen einer Rechtfertigung bedürfen. Wieder sind Privatversicherer (= Dienstleister) an sich erfasst.

Wieder findet sich für Versicherer allerdings eine Sonderregel. Art 2 Abs 7 des Kommissionsvorschlages sieht nämlich vor, dass die Mitgliedstaaten Finanzdienstleistern Ungleichbehandlungen wegen des Alters erlauben können, wenn »für das fragliche Produkt die Berücksichtigung des Alters (...) ein zentraler Faktor bei der auf relevanten und exakten versicherungsmathematischen oder statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist.« Da Versicherer als Finanzdienstleister im Sinne dieser Bestimmung zu verstehen sind, scheinen sie auf den ersten Blick auf der sicheren Seite zu sein. Sie dürften das Alter nach dieser Regelung weiterhin als Differenzierungskriterium für die Berechnung der Prämie verwenden.

Doch der Schein trügt, Auswirkungen auf das Versicherungsrecht wären nach dem bisher Gesagten nicht zu leugnen. Dafür weist das Konzept des Entwurfes zu deutliche Parallelen zur Unisex-RL – und damit zu *Test-Achats* – auf.<sup>37</sup> Durch Verabschiedung der vorgeschlagenen RL wäre nämlich plötzlich Platz für die Anwendung der GRC. Das Sekundärrecht und damit auch die Ausnahme für Finanzdienstleister müsste sich am Maßstab der Grundrechte (insb Art 21 GRC) messen lassen.

## 2. Unterschiede zwischen den Merkmalen Geschlecht und Alter

Bei der inhaltlichen Prüfung der Ausnahme darf man sich nun aber nicht von den äußerlichen Parallelen zur Geschlechterdiskriminierung in die Irre führen lassen. Es lassen sich, wie in der Folge zu zeigen ist, nämlich bedeutende Unterschiede zwischen der Geschlechter- und der Altersdifferenzierung im Versicherungsrecht erkennen.

Auszugehen ist davon, dass es sich beim Geschlecht um einen sogenannten *Proxy* handelt, also einen Stellvertreter für ein anderes, eigentlich entscheidendes Risikokriterium. Ein Beispiel: Männer zahlen höhere Prämien in der Kfz-Versicherung als Frauen, weil sie – statistisch nachweisbar – mehr Unfälle verursachen.<sup>38</sup> Eigentlich entscheidend für das Risiko des Eintritts eines

<sup>36</sup> Art 3 Abs 1 KOM(2008) 426 endg.

<sup>37</sup> Siehe oben I.

<sup>38</sup> SA Kokott Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 53.

Versicherungsfalles ist aber natürlich nicht das Geschlecht. Vielmehr spielen andere Faktoren eine Rolle. Je häufiger oder aggressiver man mit dem Auto fährt<sup>39</sup>, je höher die maximale Geschwindigkeitsleistung eines Autos ist<sup>40</sup>, desto wahrscheinlicher ist auch der Eintritt eines Versicherungsfalles. Auch die genannten Faktoren können ein individuelles Risiko selbstverständlich nie verlässlich abbilden, sondern sie nähern sich als Wahrscheinlichkeitsaussage dem individuellen Risiko nur an.<sup>41</sup> So ist es zB möglich, dass ein Versicherungsnehmer sein »schnelles« Auto ausschließlich auf dem Weg zur Arbeit nutzt und dabei nie mehr als 50 Kilometer pro Stunde fährt, weil auf der gesamten Strecke eine solche Begrenzung gilt.<sup>42</sup> Dass Risikoindikatoren bloße Näherungswerte sind, liegt in der Natur der Versicherung, die auf Wahrscheinlichkeiten aufbaut.<sup>43</sup>

Das Problem, das der Gerichtshof beim Merkmal »Geschlecht« sieht, ist auch gar nicht, dass durch die Geschlechtertarifizierung das individuelle Risiko nicht abgebildet wird. Liest man die Entscheidung *Test-Achats* genau – nämlich unter Berücksichtigung der Schlussanträge von Generalanwältin *Kokott* –, so zeigt sich, dass es dem Gerichtshof um etwas Anderes geht. Er möchte verhindern, dass die Prämiendifferenzierung aufgrund des Geschlechts zu einem Fortschreiben gesellschaftlicher Rollenbilder führt.<sup>44</sup> Am Beispiel der Kfz-Versicherung: Männer sind häufiger berufstätig als Frauen und fahren daher mehr mit dem Auto. Aus diesem Grund – und nicht, weil sie Männer sind – verursachen sie häufiger Unfälle. *Kokott* bringt in ihren Schlussanträgen auch die Lebensversicherung als Beispiel; so hänge die Lebenserwartung eben nicht nur davon ab, ob man Mann oder Frau sei, sondern von der Berufstätigkeit, dem familiären Umfeld, dem Konsum von Genussmitteln usw. Diese Umstände seien eigentlich relevant für das Risiko.<sup>45</sup> Das kann man natürlich kritisch sehen, weil die von der Generalanwältin vorgebrachten Kriterien nicht leicht feststellbar und veränderlich sind.<sup>46</sup>

Das ist aber gar nicht der entscheidende Gesichtspunkt. Gleich, wie man zu den Schlussanträgen *Kokotts* und der Entscheidung des Gerichtshofes in der Rs *Test-Achats* steht. Beim Alter sieht es anders aus; es handelt sich um kein »zufällig« relevantes Kriterium. Dass ältere Menschen zB höhere Prämien in der

39 Vgl SA *Kokott* Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 61.

40 *Wandt* in Karlsruher Forum 2004 (2005), 117, 123.

41 *Wandt* in Karlsruher Forum 2004 (2005), 117, 123 f mwN.

42 Beispiel von *Wandt* in Karlsruher Forum 2004 (2005), 117, 123.

43 Das anerkennt auch SA *Kokott* Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 46.

44 SA *Kokott* Rs C-236/09 (*Test-Achats*) insb Tz 63.

45 SA *Kokott* Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 62.

46 Ausführlich zu den mit dem Geschlecht verbundenen Risikounterschieden etwa *Loacker*, HAVE 2011, 351, 354 ff.

Krankenversicherung zahlen, weil sie öfter zum Arzt gehen, ist kein Zufall, sondern es hat biologische Gründe.<sup>47</sup> Das Alter ist also nicht nur zufällig statistisch relevant, sondern ein sachgerechtes Differenzierungskriterium.

Die Altersdifferenzierung ist also inhaltlich nicht von der Argumentation in *Test-Achats* betroffen.<sup>48</sup> Das lässt sich auch nachweisen, indem man wieder zum Beispiel der Lebensversicherung zurückkehrt: Ist feststellbar, dass es biologische Gründe für eine längere Lebenserwartung für Frauen gibt, dann müsste ein Geschlechtertarif auch nach der Entscheidung *Test-Achats* weiterhin zulässig sein.

#### IV. Zwischenbilanz

Zusammengefasst gibt es also de lege lata kein europarechtliches Verbot der Altersdiskriminierung im Versicherungsrecht; auch die europarechtlich absehbaren Entwicklungen de lege ferenda deuten nicht auf ein solches hin.

Wollte man Differenzierungen wegen des Alters völlig verbieten, wäre dies schon möglich. Es müsste sich dann aber um das Ergebnis eines gesellschaftspolitischen Entscheidungsprozesses handeln. Der Gesetzgeber – nicht der Gerichtshof – wäre im Rahmen seines Ermessensspielraums aufgerufen.

Vorbilder gibt es im Privatversicherungsrecht: So durften die Kosten einer Schwangerschaft nach der Unisex-RL – und zwar schon vor *Test-Achats* – niemals bei der Prämienberechnung berücksichtigt werden<sup>49</sup>, obwohl sie ganz sicher risikorelevant sind, wenn es um die Tragung von Arztkosten geht. Dass der Gesetzgeber dem Versicherer nicht erlaubt, diesen risikorelevanten Faktor zu berücksichtigen, hat gute Gründe für sich.<sup>50</sup>

Ein allgemeines Verbot der Berücksichtigung des Alters bei der Prämienberechnung einzuführen, ist dem europäischen Gesetzgeber allerdings nicht zu raten. Es wäre ein weiterer Schritt zurück zur Einheitsprämie, die er durch

47 Das Alter ist aber freilich nicht das einzig entscheidende Kriterium für die Häufigkeit eines Arztbesuches. Auch die genetische Disposition oder die Lebensweise des Versicherten sind von Relevanz.

48 Explizit auch SA *Kokott* Rs C-236/09 (*Test-Achats*) Tz 50 Fn 37, die den Unterschied zur Geschlechterdifferenzierung darin sieht, dass jeder Mensch in seinem Leben verschiedene Altersstufen durchlaufe. Die nach dem Alter differenzierende Prämienberechnung lasse daher noch keine Benachteiligung des Versicherten als Person befürchten.

49 Art 5 Abs 3 Unisex-RL: »Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen.«

50 Vgl *Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, JZ 2012, 105, 110.

Schaffung eines wettbewerbsorientierten Binnenmarktes für Versicherungen gerade nicht wollte, und zwar mit gutem Grund. Einheitsprämien gehören in das Sozialversicherungsrecht, sie sind in der Privatversicherung fehl am Platz.<sup>51</sup>

## C. Nationales Recht

### I. Grundsätzliches

Mit der Feststellung, dass das Europarecht eine altersabhängige Prämienberechnung nicht verbietet, ist man bei der Prüfung der Beziehung von Alter und Privatversicherungsrecht aber noch nicht am Ende angelangt. Die Mitgliedstaaten können nämlich natürlich über das europarechtlich Gebotene hinausgehen und autonom entscheiden, Differenzierungen wegen des Alters zu verbieten oder – allgemein gesprochen – den Faktor Alter im Versicherungsrecht zu regeln. Ob und wie dies der österreichische Gesetzgeber getan hat, ist in der Folge zu untersuchen.

Wie ist also die Rechtslage in Österreich? Grundsätzlich hat man – wie bereits erwähnt<sup>52</sup> – vom Prinzip der Privatautonomie auszugehen. Der Versicherer kann seine Prämie also frei kalkulieren, wenn sich keine gesetzliche Ausnahme von diesem Prinzip finden lässt.<sup>53</sup>

Im einfachgesetzlichen Versicherungsrecht<sup>54</sup> lassen sich zahlreiche Bestimmungen finden, die sich mit dem Faktor Alter beschäftigen. Aus den wichtigsten und in der Versicherungspraxis höchst relevanten, die hier vorgestellt werden sollen, lässt sich aber kein generelles Verbot der Altersdiskriminierung ableiten.

### II. Lebensversicherung

§ 162 VersVG regelt die Folgen der unrichtigen Angabe des Alters in der Lebensversicherung. Die Bestimmung hat den Fall vor Augen, in dem sich der Versi-

51 Vgl auch die treffenden Ausführungen von *Armbrüster*, VersR 2006, 1297, 1298.

52 Oben A.

53 Einen allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz im Versicherungsrecht gibt es nicht; vgl jüngst umfassend *Krömmelbein*, Der versicherungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz zwischen Deregulierung und Diskriminierung (2007).

54 Zur Altersdiskriminierung im Lichte des Verfassungsrechts *Pöschl*, Gleichheit vor dem Gesetz (2008) insb 711 ff.

cherungsnehmer jünger macht, als er ist.<sup>55</sup> »Ist das Alter desjenigen, auf dessen Person die Versicherung genommen wurde, unrichtig angegeben worden und infolge der unrichtigen Angabe die Prämie zu niedrig bestimmt, so mindert sich die Leistung des Versicherers nach dem Verhältnis, in welchem die dem wirklichen Alter entsprechende Prämie zu der vereinbarten Prämie steht.« Der Versicherer kann sogar wegen Verletzung der Anzeigepflicht vom Vertrag zurücktreten, wenn »das wirkliche Alter außerhalb der (...) für den Abschluss von Verträgen festgesetzten Grenzen liegt.«

Was folgt aus § 162 VersVG für unsere Zwecke? Die Bestimmung geht wie selbstverständlich davon aus, dass das Alter vom Lebensversicherer bei seiner Kalkulation berücksichtigt wird und erlaubt dies durch die Anordnung der Minderung der Leistungspflicht des Versicherers und der Rücktrittsmöglichkeit auch implizit.

### III. Krankenversicherung

§ 178f VersVG regelt einen Teilaspekt des Krankenversicherungsvertrages. Krankenversicherungsverträge sind nach dem Konzept des österreichischen Versicherungsrechts grundsätzlich auf lebenslange Dauer angelegt (§ 178i Abs 1 VersVG).<sup>56</sup> Bei lange andauernden Schuldverhältnissen besteht oft ein gewisses Anpassungsbedürfnis.<sup>57</sup> Dem versuchen Versicherer dadurch Rechnung zu tragen, dass sie sich in ihren AVB bei Vertragsabschluss das Recht ausbedingen, den Vertrag einseitig anzupassen, zB die Prämie im laufenden Vertrag zu ändern. § 178f VersVG schränkt die Zulässigkeit solcher Änderungsklauseln ein. Für uns interessant ist Abs 2 der Bestimmung, nach dem unter anderem »bloß vom Älterwerden des Versicherten (...) abhängige Anpassungen« nicht vereinbart werden dürfen.

Die Bestimmung verbietet also, was bei einer risikoadäquaten Kalkulation eigentlich passieren müsste, nämlich ein Ansteigen der Prämie mit dem Alter. Das heißt für die Versicherungspraxis, dass so genannte Altersrückstellungen zu bilden sind.<sup>58</sup> Der jüngere Versicherungsnehmer zahlt mehr, als seinem Risiko entspricht, der ältere weniger. Die Entscheidung des Gesetzgebers ist durchaus nachvollziehbar, man möchte ältere Versicherungsnehmer nicht mit

55 Vgl *Schwintowski in Honsell* (Hrsg), Berliner Kommentar zum VVG (1999) § 162 Rn 3.

56 Dazu *Schauer in Fenyves/Kronsteiner/Schauer* (Hrsg), VersVG-Novellen (1998) § 178i VersVG, Rn 1 ff.

57 *Schauer in Fenyves/Kronsteiner/Schauer* (Hrsg), VersVG-Novellen § 178f VersVG, Rn 1.

58 *Schauer in Fenyves/Kronsteiner/Schauer* (Hrsg), VersVG-Novellen § 178f VersVG, Rn 17.

unleistbaren Prämien belasten. § 178 f VersVG betrifft allerdings ausschließlich die Prämienverteilung im Versicherungsverhältnis, er verbietet nicht Differenzierungen wegen des Alters bei Beginn des Versicherungsverhältnisses.<sup>59</sup> Es ist dem Versicherer also erlaubt, einem älteren Einsteiger höhere Prämien zu verrechnen als einem jüngeren.

Dass die »Einstiegsprämien« mit dem Alter steigen dürfen, zeigt auch § 178 m VersVG über die Gruppenkrankenversicherung ganz deutlich.<sup>60</sup> Die Bestimmung ordnet an, dass jeder Gruppenversicherte bei Ausscheiden aus dem versicherten Personenkreis – zB durch Eintritt in den Ruhestand – das Recht hat, den Versicherungsvertrag als gleichartige Einzelversicherung fortzuführen (§ 178 m Abs 1 VersVG).<sup>61</sup> Nach Abs 3 leg cit ist die Einzelversicherungsprämie »nach demjenigen Eintrittsalter zu bemessen, mit dem der Versicherte in den Gruppenversicherungsvertrag eingetreten ist.« Die Absicht des Gesetzgebers bei Schaffung der Bestimmung war es also, dem Versicherten den – billigeren! – Tarif zu belassen, der ihm berechnet worden wäre, als er noch jünger war.<sup>62</sup>

#### IV. Anpassungsbedarf de lege ferenda?

Zusammengefasst weisen alle genannten Bestimmungen eindeutig in eine Richtung: Der Versicherer darf den Faktor Alter auch nach dem österreichischen Versicherungsrecht in seiner Kalkulation grundsätzlich berücksichtigen. Das ist im klassischen Zivilrecht auch keine Überraschung – wer privatautonom handeln darf, muss sich für seine Entscheidungen nicht rechtfertigen. Er müsste nicht einmal vorbringen, dass seine Entscheidung eine sachliche ist.

Es stellt sich allerdings noch die Frage, ob die österreichische Rechtslage wirklich der Weisheit letzter Schluss ist. Soll der Versicherer das Alter nach Willkür in seiner Kalkulation berücksichtigen können oder nur – wie es europarechtlichen Tendenzen entspricht<sup>63</sup> und es die meisten Versicherer ohnehin in der Praxis tun – wenn es ein zentraler Faktor bei einer nachvollziehbaren Risikobewertung ist? Ist es zB gerechtfertigt, dass Versicherer Altersgrenzen haben, ab denen sie überhaupt keine Versicherungen mehr anbieten?

Eine Anpassung der Rechtslage brächte in der Praxis jedenfalls keine großen Schwierigkeiten mit sich. Ebenso wie der Kontrahierungszwang beim Massen-

59 Siehe *Schauer* in *Fenyves/Kronsteiner/Schauer* (Hrsg), VersVG-Novellen § 178 f VersVG, Rn 18.

60 Dazu ausführlich *Wieser*, Gruppenversicherungen (2006) 229 ff.

61 *Wieser*, Gruppenversicherungen 321 ff.

62 Vgl *Wieser*, Gruppenversicherungen 238 f.

63 Siehe oben B.III.1.

geschäft keine ins Gewicht fallende Einschränkung der Privatautonomie ist<sup>64</sup>, hätten wir auch hier keine großen Nachteile für die Versicherer zu befürchten. Dass dieses Konzept zu bewältigen wäre, zeigt auch ein Blick nach Deutschland, wo das Alter nach den §§ 19f AGG nur dann vom Versicherer berücksichtigt werden darf, wenn dies den anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation entspricht.

## D. Ergebnis

Das aus der Untersuchung des Themas »Altersdiskriminierung und Privatversicherungsrecht« folgende Ergebnis ist für den Privatversicherer beruhigend. Weder aus dem europäischen Antidiskriminierungsrecht noch aus dem nationalen Versicherungsrecht ist abzuleiten, dass der Versicherer den Faktor Alter in seiner Kalkulation nicht berücksichtigen darf – und das sollte auch in Zukunft so bleiben.

64 Siehe *Picker*, Antidiskriminierungsprogramme im freiheitlichen Privatrecht, *Karlsruher Forum 2004: Haftung wegen Diskriminierung nach derzeitigem und zukünftigem Recht* (2005) 7, 28 ff.