

Anmerkungen zum Entwurf des Gesetzes zum Schutz vor Diskriminierung
(Antidiskriminierungsgesetz – ADG)

Prof. Dr. Kurt Wolfsdorf

I. Meine Anmerkungen zum ADG werde ich auf die die privatrechtliche Versicherung betreffenden Regelungen beschränken.

Ziel des Gesetzes ist es, §1, Benachteiligung aus Gründen

- (1) der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft,
- (2) des Geschlechts,
- (3) der Religion oder Weltanschauung,
- (4) einer Behinderung,
- (5) des Alters oder
- (6) der sexuellen Identität

zu verhindern oder zu beseitigen.

§20 Abs 1, Nr. 2 untersagt für zivilrechtliche Schuldverhältnisse, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, eine Benachteiligung wegen eines oben genannten Grundes. §21 gestattet für die Gründe 2 bis 6 Ausnahmen von dem Benachteiligungsverbot, wenn ein sachlicher Grund vorliegt. Für privatrechtliche Versicherungsverträge wird in Satz 2 Nr. 5 präzisiert, dass eine unterschiedliche Behandlung dann erfolgen darf, wenn einer der in Satz I genannten Gründe ein bestimmender Faktor der Risikobewertung ist, der auf relevante und genaue versicherungsmathematische und statistische Daten beruht. Ausdrücklich verboten ist ein geschlechtsspezifischer Ansatz der im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung stehenden Kosten.

II. Ich werde untersuchen, ob die in §1 genannten Unterscheidungsmerkmale für das Versicherungsgeschäft notwendig sind und ob die in §21 genannten Ausnahmen vom generellen Diskriminierungsverbot angemessen und ausreichend sind, um weiterhin das Versicherungsgeschäft betreiben zu können.

- (1) Die Unterscheidung wegen des ersten Grundes (Rasse/ethnische Herkunft) ist ohne Einschränkung verboten. Eine derartige Regelung ist für Versicherungen (wegen §81e VAG) obsolet.
- (2) Unterscheidungen wegen des Alters (Grund 5) gibt es in allen Bereichen der Personenversicherung (Lebens-, Kranken- und Unfallversicherung) und sind dort auch unverzichtbar. Ebenso unverzichtbar ist auch die Differenzierung nach dem Geschlecht (Grund 2) bei den meisten Produkten der Lebens- und Krankenversicherung.

Zunächst einmal ist es sehr verwunderlich, dass Versicherungen überhaupt unter das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot nach §20 Abs. 1 Nr. 2 fallen, denn Verbraucherkredite fallen nach den Begründungen zu §20 Abs. 1 Nr. 1 nicht

unter dieses Benachteiligungsverbot, da sie – so die Begründung auf S. 39 – „...meist auf einer individuellen Risikoprüfung (beruhen)“ -. Gerade die vor dem Vertragsabschluss vorzunehmende Risikoprüfung ist ein wesentliches Element des Versicherungsgeschäfts, das typisch für alle Arten von Versicherungsverträgen ist, sieht man einmal von den Verträgen ab, die auf Grund eines Obligatoriums (z. B. im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Bausparvertrages stehende Risikoversicherung) zustande kommen. Wenn man richtigerweise erkannt hat, dass hier kein Regulierungsbedarf für Kreditgeschäfte besteht, darf ein Gesetz – insbesondere ein Antidiskriminierungsgesetz – nicht für das Versicherungsgeschäft höhere Hürden aufbauen. Die Verweigerung eines Kredits kann im Einzelfall genauso stark das Individuum treffen wie ein verweigerter Versicherungsschutz.

Der Gesetzentwurf sieht nun in §21, Satz 2, Abs. 5 vor, dass nach Geschlecht und Alter Beiträge und Leistungen differenziert berechnet werden dürfen, sofern diese Gründe bestimmende Faktoren bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist. Damit greift der Gesetzgeber die Formulierung aus der Richtlinie 2004/113/EG des Rates in Artikel 5 Abs. 2 auf, wobei sie dort nur für die Unterscheidung nach Geschlecht, nicht aber Alter vorgesehen ist.

Die Begriffe „relevante und genaue versicherungsmathematische und statistische Daten“ sind unbestimmt und es gibt weder im allgemeinen Sprachgebrauch noch in der Wissenschaft einen Konsens darüber, wie sie zu belegen sind. Der missbräuchlichen und willkürlichen Interpretation dieser Begriffe sind somit Tür und Tor geöffnet. Auch die Ausführungen in der Kommentierung auf S. 43 helfen nicht weiter. Als relevant und genau werden nur solche Daten angesehen, die eine stichhaltige Aussage über das infrage stehende Material erlauben. Damit ist nur eine notwendige Voraussetzung zur Anerkennung vorliegender Daten als relevant und genau beschrieben. Die im weiteren gezogene Schlussfolgerung, dass diese Daten „.....deshalb verlässlich, regelmäßig aktualisiert... und der Öffentlichkeit zugänglich (gemacht werden müssen)“, ist nicht nachvollziehbar und unzumutbar.

Unstrittig ist, dass die meisten Risiken der Personenversicherung (Todesfall, Langlebigkeit, Krankheitskosten, Pensionskassenleistungen) altersabhängig sind, da etwa ab dem 25. Lebensjahr die Wahrscheinlichkeit für eine Person eines bestimmten Alters im Laufe des nächsten Jahres zu sterben mit jedem weiteren Lebensalter steigt. Dies belegen sämtliche Bevölkerungssterbetafeln (in Deutschland regelmäßig seit 1870 veröffentlicht) wie auch die der Deutschen Aktuarvereinigung e.V. (DAV) für die verschiedensten Risiken entwickelten Sterbetafeln. Diese sind auch öffentlich zugänglich.

Versicherungsunternehmen verwenden diese Sterbetafeln aber nicht zwangsläufig. Es ist allgemein bekannt, dass die Mortalität sehr stark von der Zugehörigkeit zu sozialen Schicht abhängig ist. Die durchschnittliche Lebenserwartung eines evangelischen Pastors oder eines Professors ist signifikant höher als die der Gesamtbevölkerung, während die Lebenserwartung eines Schankwirtes deutlich geringer ist. Wenn nun ein Lebens- oder Krankenversicherer in bestimmten Gesellschaftsbereichen hauptsächlich sein Geschäft betreibt, so müssen das Unternehmen und der Verantwortliche Aktuar

eine für diese Bevölkerungsgruppe geeignete Sterbetafel für die Berechnung der Beiträge und Leistungen heranziehen. Die DAV hat in mehreren Veröffentlichungen dargelegt, wie derartige Sterbetafeln zu ermitteln sind. Sie basieren regelmäßig auf Informationen der einzelnen Unternehmen, die Geschäftsgeheimnisse sind.

Fazit I: Nach dem Wortlaut des Gesetzes und der Interpretation in der Begründung dürfen Versicherer nur dann nach dem Alter differenzieren, wenn sie Sterbetafeln oder anderweitige Schadensstatistiken verwenden, die öffentlich zugänglich sind und regelmäßig aktualisiert werden. Dies gilt nur bedingt für die Sterbetafeln der DAV, wobei die DAV dann sämtliche Tafeln regelmäßig aktualisieren müsste, wozu in vielen Bereichen keine Notwendigkeit besteht. Nach unternehmensinternen Statistiken dürfen Unternehmen nur noch dann kalkulieren, wenn sie geschäftsinterne Daten veröffentlichen und damit auch den Mitbewerbern offen legen.

Da dem Grund „Alter“ keine europarechtliche regulatorische Vorgabe zuzuordnen ist, in der Personenversicherung die Werte nahezu aller Leistungen in starkem Maße vom jeweils erreichten Alter abhängen und wie oben gezeigt Ausnahmen von einem generellen Diskriminierungsverbot nur mit Einschränkungen oder erheblichen Nachteilen für den freien Wettbewerb möglich sind, sollte ein Unterscheidungsverbot nach dem Merkmal „Alter“ für privatrechtliche Versicherungsverträge aus dem Gesetzentwurf gestrichen werden.

Wie bereits erwähnt, ist das Unterscheidungsmerkmal „Geschlecht“ für die Personenversicherer ebenso bedeutsam wie das Merkmal „Alter“. Allerdings gibt es hier wegen Artikel 5 der Richtlinie 2004/113/EG Handlungsbedarf.

Sterblichkeitsuntersuchungen der Industrienationen seit Ende des 19. Jahrhunderts belegen, dass Frauen eine jeweils deutlich höhere Lebenserwartung haben als Männer.

In den Industrienationen leben Frauen etwa 7 Jahre länger als Männer. Dieses Phänomen zieht sich durch alle sozialen Schichten und z. B. auch jeweils durch die rauchende und die nichtrauchende Bevölkerung. Dennoch zeigen die Überlegungen der EU-Kommission, dass es Versuche gibt, in dem Geschlecht hier keinen bestimmenden Faktor zu sehen, indem argumentiert wird, bei einer völligen Angleichung der Lebensumstände hätten Frauen und Männer die gleiche Lebenserwartung. Als Begründung wird eine Studie angeführt, die in bayerischen Mönchen- und Nonnenklöstern erstellt wurde. Es ergab sich, dass die Lebenserwartung der Mönche und Nonnen gleich waren. Man hat angenommen, dass man hier eine perfekte Versuchsumgebung hätte, um die Umwelt-, Erziehungs- und andere Faktoren herauszufiltern, die die Sterblichkeit beeinflussen könnten. Nicht beachtet wurde dabei, dass sich die Nonnen in ihrem Arbeitsleben im Wesentlichen der Krankenpflege widmeten und dass die Mehrzahl der Untersuchten Ende des 19. bzw. Anfang des 20. Jahrhunderts geboren wurden. In der Zeit ihres aktiven Arbeitslebens war in der Krankenpflege noch eine hohe Ansteckungsgefahr an Krankheiten wie beispielsweise TB und

ähnlichen gegeben. Bedacht werden muss, dass Versicherungen nicht nur Nonnen und Mönchen sondern der gesamten Bevölkerung ihre Leistungen anbieten und vorhandene Unterschiede berücksichtigt werden müssen.

Die Kalkulation in der privaten Krankenversicherung erfolgt ebenfalls getrennt nach Geschlecht, wobei von den Rechnungsgrundlagen einerseits die Ausscheideordnung, bestehend aus Sterbewahrscheinlichkeiten und Stornowahrscheinlichkeiten, und andererseits die Kopfschadenreihen nach Geschlecht unterschieden sind. Dass die Erst- und Nachkalkulation nach Geschlechtern getrennt zu erfolgen hat, ist in der Kalkulationsverordnung festgeschrieben. Der statistische Nachweis über die Differenzen zwischen den Geschlechtern wird durch die Veröffentlichung der Wahrscheinlichkeitstafeln durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungen (BaFin) belegt. Diese Veröffentlichungen beinhalten Sterbewahrscheinlichkeiten, Stornowahrscheinlichkeiten und Kopfschadenreihen für unterschiedliche Leistungsspektren. Hiermit ist der grundsätzliche Nachweis der Unterschiede auf der Basis relevanter und genauer versicherungsmathematischer und statistischer Daten erfolgt. Die Tarifikalkulation im Unternehmen erfolgt – sobald statistisch ausreichendes Datenmaterial vorhanden ist – auf unternehmenseigenen tarifspezifischen Daten.

Die DAV veröffentlicht für die Berufsunfähigkeitsversicherung Schadenstatistiken (Invaliditätstafeln) getrennt nach Geschlechtern. Die Daten werden jeweils aus den zusammengefassten Beständen großer Versicherer gewonnen. Diese Statistiken, wie auch die ausländischer Aktuarvereinigungen, zeigen signifikante Unterschiede der Schadeneintrittswahrscheinlichkeiten nach dem Geschlecht, auch unter Berücksichtigung sozialer und berufsbedingter Unterschiede.

Fazit II.: Geschlechtsspezifische Unterschiede in der Mortalität, den Krankheitskosten und der Invalidität sind durch zahlreiche Untersuchungen über die letzten 100 Jahre im In- und Ausland anhand großer, aussagekräftiger Personengesamtheiten (großer Versichertenbestände, teilweise Gesamtbevölkerung) nachgewiesen worden.

Handlungsbedarf für den Gesetzgeber besteht in der Umsetzung der Richtlinie 2004/113/EG. Wenn über die Formulierungen der Richtlinie hinaus gefordert wird, dass eine Differenzierung nur dann statthaft sei, wenn die der Kalkulation zu Grunde liegende Tafel oder Statistik veröffentlicht wird, so führt dies wie bereits zur Sterblichkeit ausgeführt, zu einem unzumutbaren Eingriff in den Wettbewerb, da die Unternehmen ihre betriebsinternen Informationen offen legen müssten. Alternativ wären nur noch Einheitstarife auf der Basis der DAV Tafeln, BaFin Statistiken oder Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes möglich. Aber das wäre, wie zum Thema „Alter“ ausgeführt, unangemessen und würde in vielen Fällen den aufsichtsrechtlichen Anforderungen widersprechen.

Es muss ausreichend sein, wenn ein Versicherer in der Produktgestaltung nach dem Merkmal „Geschlecht“ differenziert, er durch allgemein zugängliche Tafeln oder Statistiken belegen kann, dass das versicherte Risiko dem Grunde nach geschlechtsspezifisch ist. Wenn er für seine Kalkulation andere Tafeln oder Statistiken herangezogen hat, die er aus veröffentlichten Tafeln abgeleitet oder aus vorhandenen Beständen entwickelt hat, so muss er – zumindest in der

Personenversicherung – dem BaFin gegenüber die Angemessenheit seiner Kalkulationsgrundlage belegen. Dabei muss der Verantwortliche Aktuar die Grundsätze der DAV beachten.

Anmerkung: Seit der Deregulierung im Jahre 1994 werden von zahlreichen Kfz-Versicherern sog. „Lady-Tarife“ angeboten, die teilweise deutlich unter den Durchschnittstarifen liegen. Diese basieren ausschließlich auf unternehmensinternen Untersuchungen, die wohl kein Versicherer veröffentlichen würde. Für Frauen würde das ADG eine teilweise erhebliche Verteuerung des Versicherungsschutzes bedeuten.

- (3) Der Begriff der Behinderung ist nach der Begründung im Gesetzentwurf sehr weit gefasst. Danach fallen unter „Behinderung“ auch viele chronischen Krankheiten. Zur Einschätzung des Risikos können Gutachten zu den Behinderungen bzw. Krankheiten, die einen Zusammenhang mit erhöhten Gesundheitsleistungen, erhöhter Wahrscheinlichkeit berufsunfähig zu werden oder erhöhter Mortalität belegen, herangezogen werden, wobei diese in der Begründung gegenüber dem Versicherungsinteressenten auch offen zu legen sind. Allerdings müssen die unternehmerische Freiheit einerseits und der Schutz der Bestände andererseits zulassen, Risiken dann abzulehnen, wenn durch eine Aufnahme die Gleichartigkeit der versicherten Risiken verletzt ist und nicht durch einen Risikozuschlag ausgeglichen werden kann. Grundsätzlich stößt der Gesetzentwurf hier an die Grenze der privatrechtlichen Definition von Versicherung und an das Grundrecht des Unternehmens, Risiken einzugehen.

In der Personenversicherung wird eine Differenzierung von sogenannten Risikoprüfern vorgenommen, die auf Erfahrungswissen über bestimmte Krankheitsbilder und –verläufe sowie deren spezifische Risikosituation zurückgreifen. Sie lassen ihr Wissen in einer Einschätzung der erhöhten Sterblichkeit oder erhöhten Krankheitskosten im Einzelfall münden, die sich weder ex ante genau bestimmen, noch ex post für jedes einzelne differenzierte Krankheitsbild statistisch beurteilen lässt. Die einzige Möglichkeit, hier zu fundierten Ergebnissen zu gelangen, ist, übergeordnete Krankheitsbilder und deren Ausprägung für große Bestände zu untersuchen und dann mittels empirischer oder mathematischer Modelle entsprechende Differenzierung vorzunehmen.

Diese Technik wurde für die Lebensversicherung in der ersten Hälfte des letzten Jahrhunderts entwickelt. Die hat dazu geführt, dass man Risiken, die früher als unversicherbar galten und die sich teilweise statistischer Analysen entzogen, nach und nach probenhalber versichert hat. Man hat sich sozusagen an einer Versicherung dieser Risiken herangetastet. Würde das Gesetz in der vorliegenden Form verabschiedet werden, so droht die Gefahr des Rückfalls vor dieser Zeit. Es ist statistisch letztendlich ohne weiteres darstellbar, dass gewisse Klassen von Risiken deutlich erhöht und damit nicht oder schwer versicherbar sind. Differenzieren innerhalb dieser Klassen ist aber nicht mehr möglich. Gleichzeitig ist es aktuariell unmöglich, für Klassen von erhöhten Risiken eine Einheitsprämie zu verlangen. Man hätte den Effekt, dass sich die leichteren Risiken eher nicht versichern würden bzw. versuchen würden, in das Kollektiv der normalen Risiken zu kommen und die schweren Risiken untertarifert in der Klasse der erhöhten Risiken wären. Die Verabschiedung des Gesetzes gefährdet

die Versicherbarkeit derjenigen Personen, die gerade durch das Gesetz geschützt werden sollten.

Fazit 3: Es gibt keine europarechtliche zwingende Vorgabe den Versicherern eine Produkt- und Preisdifferenzierung nach dem Merkmal „Behinderung“ zu untersagen. Eine Ausnahmeregelung zu formulieren führt zu dem Ergebnis, dass am Ende die behinderten Menschen weniger oder gar keinen Versicherungsschutz mehr erhalten.

- (4) Der Gesetzentwurf sieht vor, dass Kosten, die im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung stehen, nicht geschlechtsspezifisch in Ansatz gebracht werden dürfen. In diesem Zusammenhang ist festzuhalten, dass Schwangerschafts- und Geburtskosten dann als versicherungsfremde Leistungen angesehen werden können. Schließlich ist Schwangerschaft keine Krankheit. Dieser Komplex könnte ebenso gut – wie in vielen anderen Ländern – außerhalb der Krankenversicherung finanziert werden. Durch die Umschichtung der Schwangerschafts- und Geburtskosten ist zu diesem Sachverhalt keine risikogerechte Kalkulation mehr gegeben. Die Kalkulationsverordnung ist aus diesem Grunde dahingehend zu ändern, dass vorgeschrieben wird, die Kosten bezüglich Schwangerschaft und Geburt aus der Rechnungsgrundlage Kopfschaden herauszunehmen und diese über einen Zuschlag auf die Tarifbeiträge beider Geschlechter zu finanzieren. Dieser Zuschlag sollte über alle Alter und den gesamten Tarifbestand eines Unternehmens verteilt werden.

Der Gesetzgeber geht allerdings auch hier über die Vergabe der Richtlinie 2004/113/EG hinaus, da er das Verbot Schwangerschafts- und Mutterschaftskosten als Differenzierungsmerkmal heranzuziehen auch für bestehende Tarife fordert. Um einen erheblichen Verwaltungsaufwand durch den Eingriff in bestehende Tarife und die damit verbundenen Kosten, die von Männern wie von Frauen zu tragen wären, zu vermeiden, sollte diese Regelung nur für neu abzuschließende Verträge gelten.

- (5) Produktdifferenzierungen wegen der Gründe 3 (Religion/Weltanschauung) und 6 (sexuelle Identität) sind marginal und berücksichtigen stets besondere Wünsche der Zielgruppen wie beispielsweise fondsgebundene Lebensversicherungen für Pazifisten, deren Kapitalanlagen keine Titel im wehrtechnischen Bereich enthalten oder gleichartige Produkte für Moslems, die ein Investmentverbot für Bierbrauereien, Destillieren oder sonstige alkoholische Erzeugnisse produzierende Unternehmen vorsehen. Benachteiligungen aus den Gründen 3 und 6 sind nicht bekannt und wären auch für niemanden von Vorteil. Nicht unter Benachteiligungen wegen der sexuellen Identität fallen Ablehnungen oder Risikozuschläge wegen eines erhöhten HIV Risikos. Daher dürfte dieses Diskriminierungsverbot ins Leere gehen.

- (6)
- a. Soweit Regelungen dieses Entwurfs umgesetzt werden, sollte in jedem Falle, wie bereits zur Verteilung schwangerschafts- und geburtsabhängiger Kosten dargelegt, dafür Sorge getragen werden, dass diese Regelungen nur auf Verträge anzuwenden sind, die nach einem bestimmten Stichtag abgeschlossen werden.

- b. Die vorgeschlagenen Regelungen der ADG werden bei Umsetzung zahlreiche Bestimmungen des VAG (§§ 11, 11a, 12, 12a, 65) sowie diversere Verordnungen berühren. Daher sollten, wie bereits für den Benachteiligungsgrund 1 durch §81e VAG geschehen, sämtliche Spezialregelungen betreffend die privatrechtlichen Versicherungsverträge im VAG geregelt werden.

Zusammenfassung: Ausgehend von der Annahme, dass in einem Gesetz nur dann etwas geregelt werden sollte, wenn es dafür ein allgemein öffentliches Bedürfnis gibt und der Sachverhalt nicht schon andernorts geregelt ist, halte ich ein spezielles Benachteiligungsverbot für privatrechtliche Versicherungen aus den Gründen 1 (Rasse/ethnische Herkunft), 3 (Religion/Weltanschauung) und 6 (sexuelle Identität) für nicht notwendig, da es bereits für den Grund 1 eine Regelung gibt und für die Gründe 3 und 6 Diskriminierungen schwer vorstellbar sind und bisher auch nicht bekannt wurden.

Auch auf ein spezielles Diskriminierungsverbot wegen der Gründe 4 (Behinderung) und 5 (Alter) mit der Möglichkeit, über §21 Satz 2 Nr. 5 eine Ausnahmeregelung zu schaffen, sollte verzichtet werden, da in der Personenversicherung nach diesen Merkmalen in der Preis- und Produktgestaltung unterschieden werden muss.

Da privatrechtliche Versicherungen nur dann nach dem Geschlecht (Grund 2) differenzieren dürfen, wenn das Geschlecht ein bestimmender Faktor ist, sollte dieser Nachweis dem Grunde nach anhand öffentlich zugänglicher und nachvollziehbarer Daten erfolgen. Die Freiheit Versicherungsprodukte und –tarife zu gestalten darf aber nicht dahingehend eingeschränkt werden, dass auch nur solche Daten Grundlage einer Produkt- oder Tarifgestaltung sein dürfen.