

Wiss. Mitarbeiter Michael Wrase und Professorin Dr. Susanne Baer, LL. M., Berlin

## Unterschiedliche Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung - ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz des Grundgesetzes?\*

Die so genannten Risikotarife in der privaten Krankenversicherung, nach denen Frauen einen erheblich höheren Versicherungsbeitrag als Männer zahlen müssen, sind in die Kritik geraten. Derzeit wird im EU-Ministerrat über eine Richtlinie beraten, die in Zukunft einheitliche Tarife für beide Geschlechter vorschreiben soll. Im folgenden Beitrag analysieren die Verfasser die gegenwärtige Rechtslage nach deutschem Recht und kommen zu dem Ergebnis, dass die geschlechterdifferenzierenden Prämien mit dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes nicht vereinbar sind und daher – unabhängig von einer möglichen Brüsseler Entscheidung – angeglichen werden müssen.

### I. Einleitung

Während sich im Solidarsystem der gesetzlichen Krankenkasse die Höhe der zu leistenden Beiträge allein nach dem Einkommen der Versicherten richtet und für Männer und Frauen gleich ist, kommt es bei der privaten Krankenversicherung zu deutlichen Unterschieden: Dort müssen Frauen weitaus höhere Prämien leisten als männliche Versicherte. So verlangt zum Beispiel die Allianz-Versicherung für die private Krankenvollversicherung eines 30-jährigen Mannes (bei einer Selbstbeteiligung von 300 Euro im Jahr) einen monatlichen Beitrag von 118,42 Euro, für den gleichen Versicherungsschutz bei einer 30-jährigen Frau jedoch 172,48 Euro, also eine um 45% höhere Prämie<sup>1</sup>. Die Versicherungswirtschaft begründet dies mit dem Schadensrisiko, das bei Männern und Frauen unterschiedlich hoch ist. So verursachen Frauen nach Auskunft der Versicherungen um bis zu 40% höhere Aufwendungen. Außerdem seien wegen der höheren Lebenserwartung höhere Altersrückstellungen zu bilden<sup>2</sup>.

Die erhöhten Frauenprämien werden schon seit den 70er Jahren kritisiert<sup>3</sup>. Bemängelt wurde, dass der Beitragsunterschied im Wesentlichen auf dem Geburtsrisiko beruhe. Dieses könne nicht einseitig Frauen zur Last gelegt werden. Die Forderung nach geschlechtsneutralen Tarifen in der privaten Krankenversicherung konnte sich allerdings bis heute nicht durchsetzen. Die Diskussion hat aber in jüngster Zeit durch einen Richtlinienentwurf der EU-Kommission eine neue Dynamik gewonnen. In dem Entwurf ist vorgesehen, dass private Versicherungen grundsätzlich keine Unterschiede mehr zwischen den Prämien für Männer und denen für Frauen machen dürfen<sup>4</sup>. Mittlerweile hat das Europäische Parlament seine Stellungnahme abgegeben und darin dem Kommissionsentwurf zugestimmt<sup>5</sup>. Der Ministerrat wird im Juni abschließend über die Richtlinie entscheiden.

Gegen den "Zwang" zur Einführung von so genannten "Unisex-Tarifen" regt sich massiver Widerstand seitens der Versicherungswirtschaft<sup>6</sup>, dem die Bundesregierung bislang gefolgt ist.

Allerdings stellt sich die Frage, ob eine EU-Regelung die gegenwärtige Rechtslage überhaupt verändern würde, oder ob die Gleichbehandlung der Geschlechter nicht schon nach deutschem Recht durch das Diskriminierungsverbot des Art. 3 II, III GG verfassungsrechtlich geboten ist. In einem obiter dictum von 1993 hatte die 3. Kammer des Ersten Senats des BVerfG noch argumentiert, dass höhere Versicherungsbeiträge von Frauen auch wegen eines "Gebärrisikos" erhoben werden dürften. Liege der Grund für einen kostspieligeren Versicherungsschutz in

einem biologischen Unterschied zwischen Mann und Frau, rechtfertige dies die Ungleichbehandlung<sup>7</sup>. Wie nun eine genauere verfassungsrechtliche Prüfung zeigt, ist mehr als fraglich, ob dieses Votum der 3. Kammer trägt.

### II. Die "risikogerechten" Prämien

Versicherungen berechnen ihre Prämien nach dem Prinzip der "Risikoäquivalenz". Von jedem Versicherten ist danach möglichst die Prämie zu erheben, die der Wahrscheinlichkeit der individuell verursachten Leistungspflicht während der Laufzeit des Versicherungsvertrags entspricht<sup>8</sup>. Mit anderen Worten: Je höher das Risiko ist, dass einzelne Versicherte Aufwendungen verursachen, desto höher ist auch die Prämie. Das klingt zwar plausibel, stößt aber auf tatsächliche Schwierigkeiten: Eine individuelle, jedem einzelnen Risiko Rechnung tragende Prämie kann es angesichts der Vielzahl der zu berücksichtigenden Faktoren<sup>9</sup> überhaupt nicht geben. Also ist eine Typisierung gefordert<sup>10</sup>. Sachlich wäre es nahe liegend, eher kleine Vergleichskollektive zu bilden und auf diese Weise möglichst viele Risikofaktoren adäquat zu berücksichtigen. So wird aber heute nicht kalkuliert. Die Differenzierung beschränkt sich im Regelfall auf Lebensalter und Geschlecht<sup>11</sup> der Versicherten. Interessant ist die historische Entwicklung: In den Anfängen der privaten Krankenversicherung nach dem Ersten Weltkrieg wurden noch weitere Risikofaktoren berücksichtigt, die sich als wichtig erwiesen hatten, wie Wohnort und Beruf der versicherten Person. Das Vorhaben, wirklich "risikogerechte" Tarife zu berechnen, ist aber schon früh aufgegeben worden<sup>12</sup>.

### III. Tarife unter Aufsicht

Die Unternehmen der privaten Krankenversicherung sind in der Gestaltung ihrer Tarife keineswegs frei, sondern unterliegen einer umfassenden staatlichen Aufsicht. Begründet wird dies unter anderem mit der Pflicht des Staates zum Schutz der Versicherten<sup>13</sup>. So können sich

\* Die Autorin Baer ist Inhaberin des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Geschlechterstudien der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität Berlin. Der Autor Wrase ist dort Wissenschaftlicher Mitarbeiter. Die Autoren danken den Wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen Jutta Kühl und Nora Markard für ihre Unterstützung.

1) Tarif ESN 300 (ohne Krallkentangeld), einschließlich 10%-Zuschlag für die Altersrückstellung gem. § 12 N a VAG.

2) PKV Publik 2003, 99.

3) Dazu C. Schmidt, Die Frauenprämie in der privaten Krankenversicherung im Lichte des Gleichberechtigungsgrundsatzes, 1989, 5.21 ff.; zu dieser Arbeit s. auch die zusammenfassenden Anm. der Autorin in: Streit 1991, 44.

4) S. Financial Times Deutschland v. 30. 10.2003, S. 11.

5) S. Pressemitteilung von der Plenartagung des Europäischen Parlaments, Nr. 1, 30.3.2004 unter [www.europarl.de](http://www.europarl.de).

6) PKV Publik 2003, 99.

7) BVerfG, NJW 1994, 785 (786).

8) C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 51.

9) Genannt seien nur: gesunde oder ungesunde Lebensweise, Gefährdungen im Beruf, erblich bedingte Anfälligkeit für bestimmte Krankheiten usw.

10) Vgl. C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 53.

11) Vgl. PKV-Info 712000, 5.3: Wie werden die Beiträge in der PKV kalkuliert?

12) C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 59.

13) C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 27ff.; allg. s. R. Schmidt, in: Prölss, VAG, 11. Aufl. (1997), Vorb. Rdnr. 124.

etwa Selbstständige und Freiberufler gegen die wirtschaftlichen Folgen einer Krankheit im Allgemeinen nur im Rahmen einer privaten Krankenversicherung versichern. Die private Krankenversicherung hat für sie eine vergleichbare Funktion wie die gesetzliche Krankenversicherung<sup>14</sup>. Das rechtfertigt eine erhöhte staatliche Kontrolle.

Schon seit 1951 gab die Versicherungsaufsicht mit den "Richtlinien für die Aufstellung technischer Geschäftspläne in der Krankenversicherung"<sup>15</sup> vor, Prämien von Männern und von Frauen grundsätzlich getrennt zu ermitteln. Eine Übertragung des "Frauenwagnisses" auf die Männer war unzulässig<sup>16</sup>. Zwar handelte es sich bei diesen Richtlinien lediglich um Verwaltungsinnenrecht, dem keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber Versicherungsunternehmen zukam. Wegen der Möglichkeit eines aufsichtsbehördlichen Einschreitens bestand aber ein faktischer Zwang, die Richtlinien zu befolgen<sup>17</sup>. Auch der Gesetzgeber folgt seit 1994 dieser Weichenstellung. Das 3. Durchführungsgesetz zum Versicherungsaufsichtsgesetz schreibt in § 12 I Nr. 1 jetzt ausdrücklich vor, dass die Prämien auf "versicherungsmathematischer Grundlage" insbesondere unter Berücksichtigung "der maßgeblichen Annahmen ... zur Alters- und Geschlechtsabhängigkeit des Risikos" zu berechnen sind. Diese Regelung wird durch § 6 I der Kalkulationsverordnung (im Folgenden: KalkV)<sup>18</sup> präzisiert: Die auf einen Versicherten durchschnittlich entfallenden Versicherungsleistungen (sog. "Kopfschaden") sind in Abhängigkeit von Geschlecht und Alter des Versicherten zu ermitteln. Nach § 10 I 3 KalkV dürfen nur "risikogerechte" Prämien kalkuliert werden<sup>19</sup>. Somit stellt sich also nicht nur die Frage nach den Grenzen der Vertragsfreiheit von Versicherungsunternehmen, sondern auch die Frage nach der Verfassungsgemäßheit der Vorgaben für die Versicherungsaufsicht.

#### IV. Gleichbehandlung nach Art. 3 II, III GG

Nach Art. 3 III 1 GG darf niemand wegen des Geschlechts benachteiligt oder bevorzugt werden. Ergänzend bestimmt Art. 3 II 1 GG: "Männer und Frauen sind gleichberechtigt". Dieses strenge Differenzierungsverbot wird durch das Gleichstellungsgebot in Art. 3 II 2 GG ergänzt. Das Geschlecht darf grundsätzlich kein Anknüpfungspunkt für eine Ungleichbehandlung sein<sup>20</sup>.

Die unterschiedlichen Prämien für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung knüpfen unmittelbar an das Geschlecht der Versicherten an. Dem lässt sich auch nicht entgegenhalten, dass Anknüpfungspunkt für die Ungleichbehandlung nicht das Merkmal Geschlecht, sondern das unterschiedliche Schadensrisiko von Männern und Frauen sei<sup>21</sup>. Tatsächlich wird das Risiko von den Versicherungsunternehmen gerade nicht individuell berechnet, sondern nach Geschlechtern differenziert erfasst. Damit werden Versicherte unmittelbar wegen ihres Geschlechts benachteiligt bzw. bevorzugt i. S. von Art. 3 III GG.

Ungleichbehandlungen hat das *BVerfG* früher als gerechtfertigt angesehen, wenn entsprechende biologische und sogar funktionale (arbeitsteilige) Unterschiede zwischen den Geschlechtern gegeben waren<sup>22</sup>. In der Entscheidung zum Nachtarbeitsverbot 1992 hat das Gericht die Rechtfertigungsmöglichkeiten erheblich enger gefasst. Seither sind Differenzierungen nur noch zulässig, "soweit sie zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach entweder nur bei Männern oder Frauen auftreten können, zwingend erforderlich" sind<sup>23</sup>. Diese Formel unterwirft den Bezug auf biologische Unterschiede einer strengen Verhältnismäßigkeitsprüfung<sup>24</sup>. Die Versicherungstarife

und die Versicherungsaufsichtsregeln müssten dieser Anforderung genügen.

#### V. Reichweite des Gleichheitssatzes

Dies gilt allerdings nur, wenn das Gleichheitsrecht de Grundgesetzes im Hinblick auf Versicherungstarife Wirkung entfaltet. Für die Versicherungsaufsicht und das Versicherungsaufsichtsgesetz ergibt sich dies unmittelbar aus Art. 1 III GG. Schwieriger ist die Frage nach einer Grund Rechtsbindung der privaten Versicherungsunternehmen. Sie schließen privatrechtliche Verträge. Sie dürften per se nicht nach dem Geschlecht differenzieren, wenn dem Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes eine unmittelbare Horizontalwirkung unter Privaten zukäme. Dafür spricht der Wortlaut von Art. 3 II 2 GG, wonach das Gleichberechtigungsgebot auf die gesellschaftliche Wirklichkeit zielt, also auch auf die Verhältnisse zwischen Gesellschaftsmitgliedern<sup>25</sup>. Dagegen spricht die tradierte Dogmatik, die Grundrechte primär als Abwehrrechte gegenüber den Staat interpretiert. Seit der Lüth-Entscheidung des *BVerfG* 26 ist aber allgemein anerkannt, dass grundrechtliche Gewährleistungen auch im einfachen Recht zumindest eine "mittelbare Drittwirkung" entfalten. Auch das Zivilrecht muss unter Beachtung der Grundrechte ausgelegt und angewendet werden<sup>27</sup>. Diese Ausstrahlungsfunktion der Grundrechte erfasst also auch die private Krankenversicherung. Über die Generalklauseln de §§ 138, 242 BGB wirkt Art. 3 11, III GG in das Versicherungsverhältnis hinein. Es bindet auf diese Weise die vertragliche Ausgestaltung des Versicherungsschutzes. Das betrifft auch die Kalkulation und Festlegung der angebotenen Versicherungstarife. Da hier kollektive Regelungen für eine Vielzahl von Versicherungsverträgen in Rede stehen, auf die der einzelne Versicherungsnehmer keinen Einfluss nehmen kann, ist die Bindungswirkung des Art. 3 11, III G C strenger als bei individuell ausgehandelten Verträgen<sup>28</sup>.

14) BT-Dr 12/6959, S. 60.

15) Veröffentlichungen des Bundesaufsichtsamts für das Versicherungswesen (VerBAV) 1951, 129.

16) C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 19.

17) C. Schmidt (0. Fußn. 3), S. 37f. 18)

BGBI 11996, 1783.

19) Zwar "dürfen" die Versicherungen seit 1992 wenigstens die Geburtskosten auf beide Geschlechter umlegen (vgl. VerBAV 1992, 298 jetzt ausdrücklich: § 10 I 4 KalkV). In der Praxis wird von dieser Option aber verständlicherweise kein Gebrauch gemacht: Der jeweilige Versicherer müsste die Tarife für männliche Versicherte anheben und wäre damit im Vergleich mit anderen Versicherungen weniger konkurrenzfähig!

20) *BVerfGE* 85, 191 (206) = NJW 1992, 964 (965). 21) Vgl.

PKV Publik 2003, 99.

22) Vgl. *BVerfGE* 15, 337 (343) = NJW 1963, 947; *BVerfGE* 48 327 (337) = NJW 1978, 2289; *BVerfGE* 57, 335 (342f.) = NJW 1981 2177; *BVerfGE* 68, 384 (390) = NJW 1985, 1282; vgl. auch Osterloh in: *Sachs*, GG, 3. Aufl. (2003), Art. 3 Rdnr. 274 m. w. Nachw., und ausf. *Sacksofsky*, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung, 2. Aufl. (1996), S. 79 ff.

23) *BVerfGE* 85, 191 (207) = NJW 1992, 964 (965); Hervorhebung durch die Verf. .

24) Osterloh, in: *Sachs* (0. Fußn. 22), Art. 3 Rdnr. 274; *Sacksofsky* in: *Umbach/Clemens*, GG, Bd. I, 2002, Art. 3 II, III 1 Rdnm. 344 ff. *Jarass/Piero*th, GG, 6. Aufl. (2002), Art. 3 Rdnr. 94.

25) *Suelmann*, Die Horizontalwirkung des Art. 3 II GG, 1994 S. 115 m. w. Nachw.

26) *BVerfGE* 7, 198 = NJW 1958, 257.

27) Vgl. etwa *BVerfGE* 42, 143 (148f.) = NJW 1976, 1677 *BVerfGE* 73, 261 (i69) = NJW 1987, 827; *BVerfGE* 89, 214 (229) , NJW 1994, 36 (38 f.); *BVerfGE* 96, 375 (398) = NJW 1998, 519 (521) *BVerfGE* 102, 347 (362) = NJW 2001, 591 (592), S. auch *Baer*, ZRJ 2002, 290 (292 f.); weiterführend *Schiek*, Differenzierte Gerechtigkeit 2000, S. 289 ff.

28) Vgl. *Jarass/Piero*th (0. Fußn. 24), Vorb. Art. 1 Rdnr. 33; *Rifje* 7 in: *HdbStR* V, 2. Aufl. (2000), §118 Rdnm. 77 ff., s. auch *BVerfGl* 89, 214 (234) = NJW 1994, 36 (39).

## VI. Rechtfertigung der Ungleichbehandlung wegen biologischer Unterschiede?

Eine geschlechtsbezogene Differenzierung in den Versicherungstarifen ist nach der in der Nachtarbeits-Entscheidung entwickelten Formel des *BVerfG* nur gerechtfertigt, wenn sie auf biologischen Unterschieden beruht und aus diesem Grund *zwingend erforderlich* ist<sup>29</sup>. Die Versicherungsunternehmen stützen sich auf die unterschiedliche Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen durch Frauen und durch Männer. Die Auswertung der von den privaten Krankenversicherungen gesammelten statistischen Daten zeigt denn auch, dass die Gruppe der weiblichen Versicherten deutlich höhere Aufwendungen als die Gruppe der männlichen Versicherten verursacht<sup>30</sup>. Keine ausreichende Auskunft gibt die Statistik allerdings über die Ursachen für die erhöhten Aufwendungen der Frauen. Als relevante Faktoren anerkannt sind Schwangerschaft und Geburt und die im statistischen Durchschnitt um vier bis fünf Jahre höhere Lebenserwartung von Frauen<sup>31</sup>.

Soweit Frauen wegen ihrer Gebärfähigkeit medizinische Aufwendungen verursachen, basiert dies fraglos auf biologischen Unterschieden zwischen den Geschlechtern<sup>32</sup>. Ist deshalb aber eine Ungleichbehandlung von Frauen und Männern bei der Berechnung der Versicherungsbeiträge *zwingend erforderlich* im Sinne der Rechtsprechung? Zunächst fällt auf, dass für die Schwangerschaft und die damit verbundenen Kosten regelmäßig Männer und Frauen gleichermaßen verantwortlich sind. Dies gilt biologisch und auch rechtlich, denn der (nichteheliche) biologische Vater eines Kindes muss der Mutter gern. § 1615 I BGB für die Kosten, die infolge der Schwangerschaft bzw. Entbindung entstehen, Unterhalt leisten. Das hat mitunter verblüffende Folgen: Nimmt nämlich die Mutter des Kindes die Leistung einer privaten Krankenversicherung in Anspruch, werden die medizinischen Aufwendungen wegen Schwangerschaft und Geburt durch die Versicherung beglichen. Also verringert sich die Unterhaltspflicht des Mannes um einen entsprechenden Betrag<sup>33</sup>. Mit anderen Worten: Indem die Krankenversicherung einer Frau die medizinischen Leistungen für Schwangerschaft und Geburt erstattet, wird im Ergebnis ein unterhaltspflichtiger Mann entlastet<sup>34</sup>. Es ist also völlig unzutreffend, wenn gesagt wird, die frauenspezifischen Leistungen der Krankenversicherung kämen nur den Frauen zugute. Genau das Gegenteil ist der Fall.

Des Weiteren fällt auf, dass Frauen tatsächlich kein "Gebärrisiko" darstellen. Nicht alle Frauen können Kinder bekommen, und viele Frauen entscheiden sich bewusst dagegen, Kinder zu gebären<sup>35</sup>. Dennoch müssen auch diese Frauen in der privaten Krankenversicherung für die Kosten, die andere Frauen auf Grund ihrer Schwangerschaft verursachen, "solidarisch" mithaften. Demgegenüber werden die biologischen Väter der Kinder insofern sogar von ihrer Unterhaltspflicht befreit<sup>36</sup> und andere Männer ebenfalls nicht berücksichtigt. Damit aber wird das Wort von den "risikogerechten" Versicherungsprämien vollends ad absurdum geführt.

Es ist folglich nicht *zwingend erforderlich* und damit auch nicht gerechtfertigt, nur allen Frauen pauschal die Kosten von Geburt und Schwangerschaft aufzubürden. Zu berücksichtigen ist auch Art. 6IV GG. Diese Vorschrift fordert einen Ausgleich für Belastungen, die Frauen als Folge von Schwangerschaft und Mutterschaft entstehen<sup>37</sup>. Das spricht gleichfalls dafür, die Kosten für Geburt und Schwangerschaft sachgerecht und solidarisch auf beide Geschlechter zu verteilen.

In diesem Zusammenhang wird von Versicherungsunternehmen gern darauf hingewiesen, dass von den

Mehraufwendungen der Frauen in der privaten Krankenversicherung nur ein Viertel auf medizinische Leistungen wegen Schwangerschaft und Entbindung zurückzuführen sei<sup>38</sup>. Dies darf mit guten Gründen bezweifelt werden. Die Versicherungsstatistik erfasst nur diejenigen medizinischen Aufwendungen, die unmittelbar mit der Entbindung zusammenhängen. Nicht erfasst werden die sonstigen mit Schwangerschaft und Geburt zusammenhängenden Aufwendungen, wie etwa die Kosten für Verhütung, Vorsorgeuntersuchungen oder für die Behandlung von in oder auf Grund einer Schwangerschaft auftretenden Gesundheitsstörungen<sup>39</sup>. Vielmehr zeigt die Statistik, dass erhöhte Aufwendungen für Frauen mit Beginn der Gebärfähigkeit deutlich ansteigen, dann bis zum Klimakterium wieder absinken und anschließend einen ähnlichen Verlauf nehmen wie bei Männern<sup>40</sup>. Dies legt nahe, dass ein weitaus größerer Teil der Mehraufwendungen von Frauen auf ihre Gebärfähigkeit zurückzuführen ist.

Weitere zwingende biologische Gründe für die geschlechtsdifferenzierten Tarife sind nicht ersichtlich<sup>41</sup>. Frauen sind nach dem heutigen Stand unseres Wissens keine "genetisch kränkeren Wesen" als Männer. Es wäre auch ein allzu wundersamer Zufall der Natur, wenn Frauen einerseits mit der Veranlagung ausgestattet wären, für Krankheiten stärker anfällig zu sein als Männer, andererseits aber eine erwiesenermaßen höhere Lebenserwartung besitzen. Frauen werden zwischen vier und fünf Jahren älter als Männer. Auch dabei handelt es sich nicht um eine biologische Disposition, sondern um eine statistische Größe auf Grund einer generalisierenden Erhebung<sup>42</sup>. Ob ein Mensch ein hohes Alter erreicht, richtet sich nach einer Vielzahl individueller Faktoren, die in ihrer Gesamtheit kaum zu erfassen sind. Zudem sind die Schadensaufwendungen für Männer ab einem gewissen Alter erheblich höher als die für Frauen, was die ungleiche Lebenserwartung zumindest teilweise ausgleicht<sup>43</sup>. Nicht unbeachtet bleiben darf auch die Beobachtung, dass Frauen im Alter oft ihre kranken Männer pflegen und damit den Versicherungsunternehmen erhebliche Kosten ersparen<sup>44</sup>.

29) *B VerfGE* 85, 191 (207) = NJW 1992, 964 (965); dazu schon oben;

30) PKV Publik 2003, 99.

31) PKV Publik 2003, 99.

32) Insoweit zutreffend *BVerfG*, NJW 1994, 785 (786).

33) *Pa/amdt/Diederichsen*, BGB, 63. Aufl. (2004), § 1615 I Rdnr. 5. 34) Vgl. *Jaeger*, Festvortrag v. 25. 9.2003 zur Eröffnung des 35. djb-Kongresses, S. 2.

35) Vgl. *Kirchhof*, NJW 2002, 3677 (3678).

36) Vgl. C. *Schmidt* (0. Fußn. 3), S. 56 (60f.).

37) Vgl. *B VerfGE* 60, 68 (74) = NJW 1982, 1863; dazu *Schmitt-Kamm/er*, in:

*Sachs* (0. Fußn. 22), Art. 6 Rdnr. 79.

38) PKV Publik 2003, 99.

39) C. *Schmidt* (0. Fußn. 3), SI 58.

40) S. Zahlenbericht des Verbands der privaten Krankenversicherung - gen 2002/2003, S. 57; vgl. auch C. *Schmidt* (0. Fußn. 3), S. 57.

41) Über die sonstigen Ursachen der erhöhten Aufwendungen von Frauen lassen sich mangels statistischen Materials keine sicheren Aussagen treffen. Eine nicht unwesentliche Rolle dürfte die häufig anzutreffende Doppelbelastung von berufstätigen Frauen spielen, die sich neben ihrem Beruf auch um die Hausarbeit und Kinderbetreuung kümmern müssen (s. *B VerfGE* 85, 191 [208] = NJW 1992, 964 [965]). Bekannt ist auch das Phänomen, dass Frauen sich bei ihren Arztbesuchen gleichzeitig Medikamente für ihre Männer und Kinder verschreiben lassen und damit im sprichwörtlichen Sinn als "Gesundheitsministerin der Familie" agieren (C. *Schmidt* [0. Fußn. 3], S. 64). Dabei handelt es sich jedoch um Gründe, die nicht auf zwingenden biologischen Faktoren beruhen, sondern vielmehr auf eine überkommene Rollenverteilung zu Lasten der Frauen zurückzuführen sind, deren Überwindung Art. 3 II, III GG gerade anstrebt (s. *BVerfG*, NJW 2004, 146 [149f.]).

42) Vgl. die Gesundheitsberichterstattung z. B. des Landesinstituts für den Öffentlichen Gesundheitsdienst Nordrhein-Westfalen, Themenfeld 03, Lebenserwartung, Alter, Geschlecht, unter [www.loegd.nrw.de](http://www.loegd.nrw.de); für den Bund finden sich die Zahlen unter [www.bmgs.bund.de](http://www.bmgs.bund.de).

43) S. Zahlenbericht (0. Fußn. 40), S. 57ff.

44) Vgl. den im Auftrag des Nationalrats der Schweiz erstellten Bericht der Kommission für soziale Sicherheit und Gesundheit, Herbstsession 1999, Parlamentarische Initiative (*Teuscher*) "Krankenversicherung. Verbot der Benachteiligung von Frauen", unter [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch).

Somit ist festzuhalten: Bei der unterschiedlichen Prämiengestaltung für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung handelt es sich keinesfalls um eine Differenzierung, die im Sinne der Rechtsprechung 'des *BVerfG* "zur Lösung von Problemen, die ihrer Natur nach nur bei Männern oder Frauen auftreten können, *zwingend erforderlich*" ist.

## VII. Rechtfertigung durch kollidierendes verfassungsrecht?

Eine Ungleichbehandlung wäre aber auch dann gerechtfertigt, wenn gegenläufige Verfassungspositionen stärker ins Gewicht fallen<sup>45</sup>. Von Bedeutung sind hier folglich kollidierende Grundrechte der Versicherungsunternehmen, insbesondere die Berufsfreiheit aus Art. 12 I GG und (subsidiär) das Recht auf freie Vertragsgestaltung, das als Unterfall der allgemeinen Handlungsfreiheit in Art. 2 I GG verankert ist. Nach der Rechtsprechung des *BVerfG* ist zwischen gegenläufigen Grundrechtspositionen eine Güterabwägung erforderlich, bei der die unterschiedlichen Rechte zu einem möglichst schonenden Ausgleich - zu "praktischer Konkordanz" - gebracht werden sollen<sup>46</sup>.

Das Diskriminierungsverbot bei der Gestaltung der Versicherungstarife greift in die unternehmerische Betätigungsfreiheit der Versicherungen ein. Im Sinne der vom *BVerfG* entwickelten Stufentheorie<sup>47</sup>, also im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit des Eingriffs, handelt es sich um eine Berufsausübungsbeschränkung. Dies ist eine Beschränkung auf der untersten Stufe, die durch *vernünftige Gründe des Allgemeinwohls* gerechtfertigt werden kann. Der Verfassungsauftrag aus Art. 3 II, III GG statuiert zweifelsohne einen solchen *vernünftigen Grund*. Entscheidend kommt es darauf an, ob für die Versicherungen eine Gleichbehandlung der Geschlechter bei der Prämienberechnung zumutbar ist, also eine Verhältnismäßigkeit im engeren Sinn gegeben ist.

Die Zumutbarkeit des Eingriffs lässt sich nun anhand der Funktion der Tarifkalkulationen bemessen. Die "risikogerechte" Kalkulation der Versicherungsbeiträge soll die Unabhängigkeit des Versicherers von der jeweiligen Zusammensetzung des Versichertenbestands gewährleisten. Ändert sich nämlich der Versichertenbestand in der Weise, dass Versicherte mit einem geringeren als dem Durchschnittsrisiko aus der Versicherung ausscheiden oder neue Versicherte mit einem höheren als dem Durchschnittsrisiko eintreten, so könnten auf Dauer die auf Grund eines anderen Bestands errechneten Prämien nicht mehr ausreichen<sup>48</sup>. Das rechtfertigt die Aufrechterhaltung der geschlechtsspezifischen Unterscheidung jedoch nicht. Alle Versicherer müssen auf Grund der Ausstrahlungswirkung des Art. 3 II, III GG für Männer und für Frauen gleiche Tarife anbieten. Sie müssten dafür nur die Prämien neu berechnen und das Risiko auf den Gesamtbestand der Versicherten umlegen. Daraus ergibt sich kein wirtschaftlicher Nachteil, da die Kosten auch in diesem Fall problemlos gedeckt werden: Die Beiträge für männliche Versicherte werden angehoben, die für weibliche Versicherte sinken. Dem wird nun von der Versicherungswirtschaft entgegengehalten, dass die erzwungene Gleichbehandlung von Männern und Frauen keinesfalls zu einer Absenkung der Frauenprämien führen würde. Ein vorsichtiges Versicherungsunternehmen werde angesichts der unkündbaren Krankenversicherungsverträge von allen Versicherten Beiträge auf dem bislang nur für Frauen geltenden hohen Niveau erheben<sup>49</sup>. Eine solche Entwicklung ist aber bei einem funktionierenden Wettbewerb unter den Versicherungsgebern nicht zu befürchten. Wollen die Versicherer neue Versicherte gewinnen, so müssen sie wett-

bewerbsfähige, also möglichst günstige Prämien anbieten. Eine Versicherungsunternehmen wäre also schlecht beraten, würde es die Entlastung, die sich durch eine geschlechtsneutrale Risikoberechnung für Frauen ergibt, nicht an potenzielle Kundinnen weitergeben. Was zu geschehen hätte, wenn alle Versicherungsunternehmen die Prämien für ihre Krankenversicherungen auf das höhere Niveau der heutigen Frauentarife anheben würden, ist dagegen eine Frage, um die sich letztlich die Kartellaufsicht zu kümmern hätte. Für die verfassungsrechtliche Betrachtung ist von einem rechtmäßigen Handeln der Versicherungsunternehmen auszugehen.

Eine weitere Funktion der Tarife ist es, die "negative Risikoauslese" zu verhindern. Dazu kommt es, wenn Versicherte mit einem weniger großen Schadensrisiko zu einem anderen Unternehmen abwandern, das den Versicherungsschutz auf einer nach dem geringeren Risiko berechneten Prämie anbietet, oder wenn diese Versicherten gar auf einen Versicherungsschutz verzichten<sup>50</sup>. Tatsächlich ist diese Gefahr der "negativen Risikoauslese" durch Abwanderung jedoch gering. Für diejenigen, die nicht in der gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, besteht heute in der privaten Krankenversicherung ein "faktischer Versicherungszwang"<sup>51</sup>. Ein plötzlicher "Schwund" männlicher Versicherter aus der privaten Krankenversicherung ist daher nicht zu befürchten. Wenn aber einzelne Versicherer dadurch höheren Belastungen ausgesetzt sind, dass sich in ihrem Versichertenbestand einen größeren Anteil an Frauen aufweisen, so liegt der Fall nicht anders, als wenn in einer Versicherung zum Beispiel mehr kranke als gesunde Männer versichert sind. Hier verwirklicht sich nun das typische Risiko, dem jeder Versicherer zwangsläufig ausgesetzt ist. Das individuelle Schadensrisiko richtet sich wie dargelegt nach zahlreichen Faktoren, die nie exakt berücksichtigt werden können. Darf nicht mehr pauschal geschlechtsbezogen kalkuliert werden, wird den Versicherungsunternehmen keinesfalls der Boden für ihre Kalkulation entzogen<sup>52</sup>. Vielmehr lässt sich davon ausgehen, dass sich Risiken innerhalb eines Versichertenbestands nivellieren. Dies bestätigt ein Vergleich mit der privaten Pflegeversicherung. Dort ist schon jetzt gem. § 110 I Nr. 1 lit. I SGB XI ausdrücklich eine geschlechtsbezogene Staffelung der Prämie verboten. Eine darauf beruhende übermäßige Belastung einzelner Versicherungen ist aber nicht erkennbar.

Insgesamt zeigt sich also, dass der Eingriff in die Berufsfreiheit hinter dem Diskriminierungsverbot zurückstehen muss, da den Versicherungen keine signifikanten Nachteile drohen. Das entspricht auch der besonderen Funktion der privaten Krankenversicherung, die den Schutz des gesetzlichen Solidarsystems notwendig ergänzt<sup>53</sup>. Die Einführung gleicher Tarife für Männer und Frauen greift übrigens nicht weiter in die Berufsfreiheit bzw. Privatautonomie der Unternehmen ein als bisheriges Recht.

45) Vgl. *BVerfGE* 96, 375 (399) = NJW 1998, 519 (521); *BVerfGE* 101, 361 (388 f.) = NJW 2000, 1021 (1024); st. Rspr.

46) Vgl. *BVerfGE* 35, 202 (225) = NJW 1973, 1226 (1229) *BVerfGE* 59, 231 (261 ff.) = NJW 1982, 1447 (1448 f.); *BVerfGE* 67, 213 (228) = NJW 1985, 261 (262); *BVerfGE* 81, 278 (292) = NfX 1990, 1982 (1983); *BVerfGE* 93, 1 (21) = NJW 1995, 2477 (2479).

47) Grdl. *BVerfGE* 7, 377 (397) = NJW 1958, 1035; s. auch *Jarass/Pieroth* (0. FuBn. 24), Art. 12 Rdnrn, 24m. w. Nachw.

48) C. Schmidt (0. FuBn. 3), S. 53 f.; s. auch. *Fahr/Kaulbach*, VAG 3. Aufl. (2003), § 12 Rdnr. 7.

49) PKV Publik 2003, 100.

50) C. Schmidt (0. FuBn. 3), S. 54.

51) Vgl. *Jaeger* (0. FuBn. 34), S. 7.

52) C. Schmidt (0. FuBn. 3), S. 51.

53) Vgl. BT-Dr 12/6959, S. 60; *Jaeger* (0. FuBn. 34), S. 7; s. auch *BVerfGE* 103, 271 (287 ff.) = NTW 20(01). 17(07).

Die Kalkulation der Versicherungsangebote wird durch §§ 12 ff. VAG in Verbindung mit der Kalkulationsverordnung bereits weitgehend vorgeschrieben<sup>54</sup>.

#### VIII. Fazit

Die verfassungsrechtliche Prüfung hat gezeigt: Geschlechtsbezogene unterschiedliche Versicherungsprämien für Männer und Frauen sind eine Ungleichbehandlung i. S. des Art. 3 n 1, III GG. Sie sind weder durch zwingende biologische Gründe noch durch kollidierendes Verfassungsrecht zu rechtfertigen. Die Zivilgerichte müssen dies im Rahmen der Ausstrahlungswirkung des Art. 3 II,

III GG ebenso beachten wie der Gesetzgeber in seinen versicherungsrechtlichen Vorgaben. Die gegenwärtigen Versicherungstarife sind nach §§ 138, 242 BGB rechts- widrig; soweit § 12 I Nr. 1 VAG i. V. mit §§ 6 I, 10 I 3 KalkV eine geschlechterdifferenzierte Berechnung der Versicherungsbeiträge vorschreibt, sind die Vorschriften verfassungswidrig. In Zukunft dürften Versicherungsunternehmen – auch ohne Vorgaben aus Brüssel - zu einer Angleichung der Tarife für Männer und Frauen in der privaten Krankenversicherung verpflichtet sein.

54) S. *Prölss/Martin*, VVG, 27. Aufl. (2003), § 178g Rdnr. 9.