

28. Februar 2005

Ausschuss für Familie, Senioren,  
Frauen und Jugend  
A.-Drs. 15(12)440-P

(Stellungnahme Dr. Leienbach)

## **Stellungnahme**

**zum**

**Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien**

**– Artikel 1: Gesetz zum Schutz vor Diskriminierung –**

**Vorbemerkung:**

Das vom Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes (ADG) hervorgehobene Ziel, den Schutz aller Menschen vor Diskriminierung zu gewährleisten, wird von der privaten Krankenversicherung ausdrücklich unterstützt. Die im Zeitpunkt des Vertragsschlusses vorgenommene Gesundheitsprüfung und die Beitragskalkulation in Abhängigkeit von bestimmten Risikofaktoren stellen keine Diskriminierung dar, sondern eine sachlich gerechtfertigte Differenzierung, die allein dem Ziel dient, die Belange der bereits Versicherten zu wahren und die dauernde Erfüllbarkeit der abgeschlossenen Versicherungsverträge zu sichern.

Anders als in der gesetzlichen Krankenversicherung, bei der aufgrund der Versicherungspflicht ein ständiger Nachwuchs an jungen und gesunden Versicherten gewährleistet ist, folgt der Abschluss eines privaten Krankenversicherungsvertrages individuellen und an den persönlichen Gegebenheiten ausgerichteten Erwägungen des einzelnen Interessenten. Der Krankenversicherer muss deshalb – ungeachtet seines Geschäftszieles, möglichst viele Versicherungsverträge abzuschließen – die Gesamtheit der bereits bei ihm Versicherten davor schützen, dass nur solche Personen privaten Krankenversicherungsschutz nachfragen, die sofort oder in naher Zukunft Versicherungsleistungen beanspruchen. Die für das Funktionieren auch der privaten Krankenversicherung unerlässliche Solidarität zwischen Gesunden und Kranken fordert einen unter Risikogesichtspunkten ausgeglichenen Versicherungsbestand, dessen Erhalt die Gesundheitsprüfung vor Vertragsschluss gewährleistet.

Dabei wird, entgegen landläufigen Vorstellungen, allerdings nicht festzustellen versucht, ob die zu versichernde Person auch in Zukunft gesund bleibt (– denn die wahrscheinliche Verschlechterung des Gesundheitszustandes ist gerade Gegenstand des gebotenen Krankenversicherungsschutzes –), sondern die Prüfung erstreckt sich alleine darauf, dass der Versicherungsfall nicht bereits eingetreten ist und der Versicherungsinteressent bei Vertragsschluss dem kalkulatorischen Risiko entspricht, d.h. den richtigen Beitrag zahlt.

Auf die Risikoprüfung und die damit möglicherweise verbundene Einschränkung der Versicherungsmöglichkeiten kann nur dann verzichtet werden, wenn der Vertragsschluss nicht mehr selektiv nach der Entscheidung des Einzelnen erfolgt, sondern ganze Gruppen auf den privaten Krankenversicherungsschutz verwiesen werden. Das ist beispielsweise der Fall bei Beamten, die kein Zugangsrecht zur gesetzlichen Krankenversicherung haben und deshalb ohne Rücksicht auf ihr Risiko in die private Krankenversicherung aufgenommen werden; eventuell erforderliche Risikozuschläge dürfen 30 % des Ausgangsbeitrages nicht überstei-

gen. Auch bei Einführung der Pflegepflichtversicherung sind alle pflegenahen und bereits pflegebedürftigen Jahrgänge ausnahmslos versichert worden.

Das der Beitragskalkulation zugrunde liegende durchschnittliche Risiko hängt neben dem Gesundheitszustand bei Vertragsschluss auch von Alter und Geschlecht der zu versichernden Person ab, was die besondere Bedeutung des Gesetzentwurfes für die private Krankenversicherung erklärt.

### **Im Einzelnen:**

#### **§ 20 – Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot**

##### **Krankenversicherung doppelt betroffen**

- Im Gegensatz zu allen anderen zivilrechtlichen Schuldverhältnissen wird die Versicherungswirtschaft zweifach in den Anwendungsbereich der Vorschrift einbezogen:
  - \* Die typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommenden Versicherungsverträge, also z.B. die Auslandsreisekrankenversicherung, werden als Massengeschäfte über § 20 Abs. 1 Nr. 1 dem Benachteiligungsverbot unterworfen.
  - \* Darüber hinaus werden aber auch alle individuellen Krankenversicherungsverträge, die erst nach Risikoprüfung im Einzelfall zustande kommen, über Absatz 1 Nr. 2 in das Benachteiligungsverbot einbezogen.

Eine Begründung für diese Sonderbehandlung eines einzelnen Rechtssachverhaltes oder ein besonderer Regelungsbedarf werden nicht aufgezeigt.

##### **Unsachgemäße Differenzierung auch bei Benachteiligungsgründen**

- Darüber hinaus geht § 20 durch die Einbeziehung aller in § 1 des Gesetzentwurfes genannten Gründe in das Benachteiligungsverbot nicht nur über die sonstigen Zivilrechtsverhältnissen auferlegten Pflichten (vgl. § 20 Abs. 2), sondern auch weit über den europäischen Harmonisierungsauftrag hinaus. Die „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung

mit Gütern und Dienstleistungen“ vom 13. Dezember 2004 untersagt lediglich Benachteiligungen wegen des Geschlechtes. Das Antidiskriminierungsgesetz hingegen bezieht darüberhinaus auch Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität ein.

Für den damit verbundenen Eingriff gerade in die Tätigkeit der privaten Krankenversicherung, für die neben dem Geschlecht auch Alter und Gesundheitszustand maßgebliche Risikofaktoren sind, fehlt es ebenfalls an einer Rechtfertigung. Die allgemeinen Erwägungen der Gesetzesbegründung reichen angesichts dieser Eingriffstiefe in die Privatautonomie nicht aus.

### **Alter immer Ausnahmegrund**

- Angesichts der Ausnahmevorschrift in § 21 Nr. 5 des Gesetzentwurfes führt insbesondere die Nennung des Alters als Benachteiligungsgrund nicht zu weiterführenden Ergebnissen. Die Altersabhängigkeit des Krankenversicherungsrisikos wird zweifelsfrei durch aussagekräftige Statistiken belegt, so dass Alter immer ein bestimmender Faktor der Risikobewertung ist. Die Vorschrift ist also weitgehend inhaltsleer, es sei denn, dass das in einer Reihe von Tarifen enthaltene Aufnahmehöchstalter untersagt werden soll. Eine solche Untersagung wird jedoch nicht zu neuen Versicherungsmöglichkeiten führen. Denn aufgrund der spezifischen Kalkulationsmethode der privaten Krankenversicherung (– bei der die altersbedingten Mehrkosten gleichmäßig über die gesamte Vertragslaufzeit verteilt werden –) steigen die Neugeschäftsbeiträge mit dem Alter so stark an, dass nur wenige Personen jenseits der heutigen Höchstaufnahmehöchstalter sich noch versichern wollen. Die Höchstaltersgrenzen für den Eintritt in die PKV haben also im wesentlichen die Funktion, Diskussionen über die Höhe der Beiträge zu vermeiden. Die mit der Öffnung verbundene Öffentlichkeitswirkung könnte wiederum als der Versuch verstanden werden, die Versicherung älterer Menschen abzuwehren.

Darüberhinaus enthalten die Kalkulationsvorschriften im Versicherungsaufsichtsgesetz und der Kalkulationsverordnung eine Reihe von Bestimmungen, die ältere Versicherte begünstigen (z.B. bei der Überzinszuschreibung und der Kostenverteilung). Ist darin eine Diskriminierung jüngerer Versicherter zu sehen?

### **Merkmal „Behinderung“**

- Erhebliche Schwierigkeiten hingegen bereitet die Einbeziehung des Merkmals Behinderung, und zwar wegen der Abgrenzung zur Krankheit. Wie in der Gesetzesbegründung zutreffend ausgeführt wird, gehört die Differenzierung nach dem ex ante beurteilten individuellen Risiko zu den Grundprinzipien der privatrechtlichen Versicherung. Zu den zu berücksichtigenden Risiken gehört, wie oben dargelegt, neben Alter und Geschlecht auch der Gesundheitszustand im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Selbstverständlich ist die private Krankenversicherung bereit, auch bei behinderten Antragstellern keine pauschalen Ablehnungen auszusprechen, sondern den Zusammenhang zwischen der bestehenden Behinderung und einer möglicherweise erhöhten Behandlungsbedürftigkeit angemessen zu berücksichtigen. Dafür ist jedoch eine Abgrenzung zwischen Krankheit und Behinderung erforderlich, die nicht die Risikoprüfung insgesamt in Frage stellt. Der Verweis auf § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB IX ist insoweit nicht tauglich, da eine Abweichung der körperlichen Funktion von dem für das Lebensalter typischen Zustand für länger als 6 Monate auf jede chronische sowie auf jede nicht heilbare Erkrankung zutrifft. Folgerichtig verfügen deshalb viele kranke Menschen auch über eine – durch entsprechende Ausweise dokumentierte – Anerkennung als Behinderte.

### § 21 – Zulässige unterschiedliche Behandlung

#### **Relevanz der Daten**

- Nach § 21 Nr. 5 liegt keine Verletzung des Benachteiligungsverbot vor, wenn Alter, Geschlecht oder Behinderung „ein bestimmender Faktor bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ist“. Die Gesetzesbegründung führt darüber hinaus das Kriterium der „Öffentlichkeit“ dieser Daten ein, was erhebliche Schwierigkeiten verursacht:
  - \* Möglicherweise hatte der Gesetzgeber insoweit ein § 103 a VAG entsprechendes Verfahren vor Augen. Dieses ist jedoch auf „nicht tarifspezifische“ Rechnungsgrundlagen beschränkt, wie z.B. die unternehmensübergreifend geltende Sterbetafel. Bei den Kopfschäden (d.h. den in Abhängigkeit von Alter und Geschlecht ermittelten durchschnittlichen Schadenaufwendungen) hingegen ist diese Vorgehensweise nicht mög-

lich. Die Höhe der Schadenaufwendungen hängt von der Gestaltung der Tarife ab (z.B. mit oder ohne Selbstbeteiligung; Begrenzung auf allgemeine Krankenhausleistungen oder Erstattung auch von Wahlleistungen; Begrenzung auf die Höchstsätze der Gebührenordnungen für Ärzte und Zahnärzte; Ausgestaltung der Leistungskataloge für Heil- und Hilfsmittel; Art und Höhe der Erstattungen für Zahnersatz), weshalb jedes Krankenversicherungsunternehmen insoweit auf die jeweils eigenen Statistiken zurückgreift. Gemeinschaftsstatistiken würden den Schadenverlauf im einzelnen Tarif nicht risikogerecht abbilden und zu entweder zu hohen oder zu niedrigen Beiträgen führen, denen der Treuhänder nicht zustimmen könnte (vgl. § 12 b VAG). Öffentlich zugängliche und von allen Krankenversicherungsunternehmen verwendete Statistiken sind nur bei Einheitstarifen und unter Aufgabe des Wettbewerbs denkbar.

- \* Würde man stattdessen jeden einzelnen Krankenversicherer dazu verpflichten, seine Schadenstatistiken offen zu legen, könnten auch Mitbewerber Einblick in geschützte Geschäftsgeheimnisse nehmen.

Im übrigen wären gemeinsame Schadenstatistiken als Grundlage für die Kalkulation oder die Veröffentlichung der unternehmensindividuellen Rechnungsgrundlagen auch nach koordiniertem EU-Recht (Verordnung (EG) Nr. 358/2003 der Kommission vom 27. Februar 2003) nicht zulässig. Auch aus diesem Grund kann also die Öffentlichkeit nicht hergestellt werden.

## **Überprüfung der Daten**

- Was die „Relevanz“ und „Genauigkeit“ der versicherungsmathematischen und statistischen Daten anbelangt, so sind wir der Auffassung, dass diese durch die jeweiligen Zuständigkeiten und Aufgaben von Verantwortlichem Aktuar, Treuhänder für die Beitragsanpassung sowie Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht gewährleistet sind. Eine darüberhinausgehende Bewertung der Validität der Daten im Streitfalle, etwa durch Gerichte, kann nicht mehr in Betracht kommen. Insoweit sei auf die Erfahrungen mit der gerichtlichen Überprüfung von Beitragsanpassungen verwiesen, die durch den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes vom 28. Dezember 1999 eröffnet und vom Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 16. Juni 2004 – IV ZR 117/02 – dahingehend konkretisiert worden ist, dass sich die gerichtliche Überprüfung angesichts der detaillierten und unabdingbaren Vorschriften auf die Einhaltung der gesetzlichen Normen beschränkt. Für die Überprüfung der statistischen Daten, deren Verwendung in der Kalkulationsverordnung im

einzelnen vorgeschrieben ist, kann nichts anderes gelten, was durch eine entsprechende Klarstellung im Gesetz festgeschrieben werden sollte.

Unklar ist ferner, welcher Unterschied zwischen einem „bestimmenden Merkmal“ und einer sonstigen „Differenzierung“ besteht?

### **Kosten für Schwangerschaft und Entbindung**

- Nach § 21 Nr. 5 Satz 2 dürfen Kosten, die im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Entbindung entstehen, nicht geschlechtsspezifisch in Ansatz gebracht werden. Zur Verwirklichung dieser Anforderung sieht die „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ vom 13. Dezember 2004 Übergangsfristen bis zum 21. Dezember 2009 vor.

Eine entsprechende Übergangsregelung muss auch in das Antidiskriminierungsgesetz aufgenommen werden. Die geschlechtsneutrale Verteilung dieser Aufwendung setzt nämlich zunächst einmal eine genaue Ermittlung voraus.

Es sei darauf hingewiesen, dass die zwingende Finanzierung der Kosten für Schwangerschaft und Entbindung gleichmäßig durch beide Geschlechter ohne Änderung des VAG nicht möglich ist. Das Fehlen dieser Änderungsvorschläge im Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes lässt befürchten, dass damit die Ressortzuständigkeit des Bundesministers der Finanzen und die Zustimmungspflichtigkeit des Gesetzes durch den Bundesrat umgangen werden soll. Unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten begegnet diese Handhabung erheblichen Bedenken.

### § 22 – Ansprüche

- Einer Klarstellung bedarf das Verhältnis der Ansprüche nach Absatz 2 und Absatz 3 zueinander: Im Falle der Vertragsverweigerung kann unseres Erachtens nur der Anspruch auf Vertragsschluss in Betracht kommen. Daneben ist für Schadenersatz, der in diesem Falle den gleichen Inhalt hätte, nämlich Tragung der durch den Versicherungsfall entstandenen Aufwendungen, kein Raum mehr.

### § 23 – Beweislast

- Angesichts der Bedenken gegen die Öffentlichkeit der Daten (vgl. die Anmerkungen zu § 21 Nr. 5) stellt sich die Frage, wie die Beweislastumkehr vom Versicherungsunternehmen bewältigt werden soll, ohne wettbewerbsrelevante Geschäftsunterlagen offen legen zu müssen.

Hinzukommt, dass die Kalkulation in der privaten Krankenversicherung zwar risikogerecht erfolgt, aber bezogen auf die Verhältnisse einer statistisch relevanten Gruppe. Eine auf die einzelne Person bezogene Kalkulation ist in der Krankenversicherung nicht möglich, da sich weder der Zeitpunkt eines Versicherungsfalles noch die Häufigkeit und die Höhe der durch den Versicherungsfall ausgelösten Schäden vorhersagen lassen. Der anzutretende Gegenbeweis kann deshalb auch nur auf statistische Gegebenheiten abstellen, sich aber nicht mit dem medizinischen Einzelfall auseinandersetzen.

Im übrigen machen wir darauf aufmerksam, dass gerade bei Ablehnungen aus Risiko- gründen medizinische Details zur Sprache kommen müssen, die der Antragsteller möglicherweise weder wissen will noch, nach dem Rat seiner Ärzte, wissen soll.

### § 24 – Unterstützung durch Antidiskriminierungsverbände

- Für die Schaffung neuer Organisationen, die im Verbandsklageverfahren tätig werden können, ist angesichts einer funktionierenden Rechtspflege und der Existenz zahlreicher Verbraucherschutzverbände kein Bedürfnis ersichtlich. Dies gilt umso mehr, als an die Qualifikation solcher Antidiskriminierungsverbände keinerlei Anforderungen gestellt werden.

### **Sonstiges:**

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass der Entwurf des Antidiskriminierungsgesetzes für die Krankenversicherungsunternehmen mit erheblichen finanziellen Auswirkungen verbunden ist. Das gilt nicht nur für den Aufbau und die Verwaltung neuer Statistiken, sondern auch für die mit der Verteilung der Kosten für Schwangerschaft und Entbindung verbundenen Beitragsveränderungen. Diese müssen zum Wirksamwerden den Versicherungsnehmern mitge-



teilt werden, so dass im schlechtesten Fall der gesamte Bestand eines Krankenversicherungsunternehmens mit neuen Versicherungspolice n ausgestattet werden muss. Auch durch die Umstellung der EDV kommen erhebliche Kosten auf die Krankenversicherer zu, abgesehen davon, dass solche Änderungen nicht kurzfristig durchgeführt werden können.

**Zusammenfassend** bestehen unsere Anliegen also darin,

- die Einbeziehung der privaten Krankenversicherung auf den von der „Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen“ vom 13. Dezember 2004 vorgegebenen Bereich zu beschränken, zumindest aber
- den Krankenversicherungsvertrag keinen anderen Anforderungen zu unterwerfen als alle anderen zivilrechtlichen Schuldverhältnisse,
- dass für die gleichmäßige Finanzierung der Kosten von Schwangerschaft und Entbindung eine Änderung des VAG erforderlich ist,
- es für die Validität der versicherungsmathematischen und statistischen Daten beim heute geltenden Kontrollumfang durch Verantwortlichen Aktuar, Treuhänder und Versicherungsaufsicht zu belassen und keine öffentliche Zugänglichkeit zu statuieren, und
- für die Verteilung der Kosten von Schwangerschaft und Entbindung die in der EU-Gleichbehandlungsrichtlinie vorgesehenen Übergangsfristen bis zum Jahresende 2009 einzuräumen.