

## Exposé

Dissertationstitel

*„The Importance of Being a Risk Factor-*

*,Test-Achats‘ zwischen Gleichstellung und Privatautonomie“*

Verfasserin

Mag.<sup>a</sup> iur. Stefanie Mühleder

Angestrebter akademischer Grad

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr.<sup>in</sup> iur.)

Wien, im Juni 2013

Matrikelnummer: 0601467  
Studienkennzahl: A 783 101  
Studienrichtung: Rechtswissenschaften  
Dissertationsgebiet: Legal Gender Studies (Rechtsphilosophie)  
Betreuerin: Ao. Univ.-Prof.<sup>in</sup> Dr.<sup>in</sup> Elisabeth Holzleithner

## Beschreibung des Dissertationsvorhabens

Mit seiner Entscheidung im Fall *Test-Achats u.a. gegen Belgien* vom 1. März 2011 zur Richtlinie 2004/113/EG (sogenannte „Gender-Richtlinie II“) hat der EuGH einen wichtigen Schritt im Sinne der Gendergleichheit getan, der von vielen Seiten begrüßt wurde<sup>1</sup>. Die besagte Richtlinie sollte die Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen bezwecken. So wurde in Art 5 Abs 1 grundsätzlich die Heranziehung des Geschlechts als Kriterium für die Berechnung von Tarifen beim Abschluss privater Versicherungsverträge verboten. Allerdings war auf Drängen einiger Mitgliedstaaten die Möglichkeit einer Ausnahmeregelung eröffnet worden, die zeitlich unbegrenzt war<sup>2</sup> und von der von Seiten der Mitgliedstaaten durchaus Gebrauch gemacht wurde<sup>3</sup>. Absatz 2 ermöglichte es Versicherungen, geschlechtsspezifische Unterschiede bei den Versicherungsverträgen vorzunehmen, wenn das Geschlecht als Risikofaktor betrachtet wurde und dies auch durch versicherungsmathematische Berechnungen belegt werden konnte. Ausgenommen davon war ausschließlich das sogenannte „Gebärrisiko“<sup>4</sup>. Diese Bestimmung gelangte in *Test-Achats* vor den EuGH.

Der Gerichtshof ist bei seiner Entscheidung den Schlussanträgen der Generalanwältin Juliane Kokott gefolgt. Die Ausnahmeregelung des Abs 2 stünde in Widerspruch zum Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern, wie er nun auch in den Artikeln 21 und 23 der Grundrechte-Charta der EU rechtsverbindlich verankert ist. Es sei ein Grundprinzip der Europäischen Union, geschlechterspezifische Differenzen abzubauen und die Gleichheit

---

<sup>1</sup> *Europäisches Parlament*, Entschließung vom 16. April 2013 zur Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (2010/2043(INI)), A7-0044/2013 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht).

<sup>2</sup> *Juristischer Dienst der Europäischen Kommission*, Zusammenfassung wichtiger Urteile, September 2011, [http://ec.europa.eu/dgs/legal\\_service/arrets/09c236\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c236_de.pdf).

<sup>3</sup> Österreich hat davon im Jahr 2006 Gebrauch gemacht und dies in § 9 Abs. 2 bis 4 VAG festgeschrieben.

<sup>4</sup> *Richtlinie 2004/113/EG des Rates* vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004, L 373, 37 (41).

zwischen Frauen und Männern letztlich zu erreichen<sup>5</sup>. Das Fehlen einer zeitlichen Begrenzung hätte zur Folge gehabt, dass dieser Grundsatz nie ganz umgesetzt werden hätte können. Somit hat der EuGH diese Ausnahmebestimmung für unzulässig erklärt. Den Mitgliedstaaten wurde in Hinblick auf die Anpassung der Tarife bei privaten Versicherungsverträgen eine Übergangsfrist bis zum 21. Dezember 2012 gewährt<sup>6</sup>.

Die Entscheidung des EuGH hat die Versicherungsbranche aufgewirbelt und wurde heftig diskutiert. Die Meinungen über dieses Urteil sind sehr facettenreich: Die Versicherungsbranche fühlt sich genötigt, ihre nach versicherungsmathematischer Berechnung gut ausgearbeiteten Tarife anzupassen<sup>7</sup>, die Verbraucherschutzinstitutionen prophezeien große Unübersichtlichkeit bei der Berechnung neuer Tarife<sup>8</sup> und Juristen berufen sich ua. auf die Vertragsfreiheit, wenn sie dem EuGH vorwerfen, besonders immanente Rechtfertigungen für die Heranziehung des Geschlechts als Risikofaktor außer Acht gelassen zu haben. So sei es gerade das Wesen von Versicherungen, ein kalkuliertes, mathematisch nachvollziehbares Risiko gegen eine Prämie zu versichern. Die Unterscheidung nach Geschlechtern sei daher derart objektivierbar. Gerade am Beispiel von Lebensversicherungen lasse sich aufgrund der unterschiedlichen durchschnittlichen Lebensdauer von Frauen und Männern gut nachvollziehen, dass hier eine geschlechtsspezifische Unterscheidung notwendig sei. Ferner gehöre es zur unternehmerischen Freiheit, Verträge vorzugeben. Das Prinzip der Vertragsfreiheit und das Grundrecht der unternehmerischen Freiheit gemäß Art 16 der Grundrechte-Charta sei somit durch den EuGH in unzulässiger Weise eingeschränkt worden, denn der EuGH nehme in seinem Urteil nicht einmal Bezug darauf<sup>9</sup>.

---

<sup>5</sup> *Generalanwältin Juliane Kokott*, Schlussanträge vom 30. September 2010 zur Rechtssache Test-Achats, C-236/09, ABl. 2011, I-00773.

<sup>6</sup> *EuGH*, Rs C-236/09, Test-Achats ua./Belgien, Slg 2011, I-00773, Rn 34.

<sup>7</sup> *Redaktion FD-VersR*, Aktuelle Nachrichten, beck-online.de, FD-VersR 2011, 313077.

<sup>8</sup> *Unisex-Tarife: Gerechter oder einfach nur teurer?*, 26.01.2013, <http://help.orf.at/stories/1711583/>.

<sup>9</sup> *Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, *EuZW* 2011, 296 (6), siehe zu den Schlussanträgen der Generalanwältin Kokott auch *Karpenstein*, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, *EuZW* 2010, 885 (2), sowie *Wenusch*, Gleichbehandlung macht das Leben erst recht unfair, *die Presse* 21.03.2011, <http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/643373/Gleichbehandlung-macht-das-Leben-erst-recht-unfair>.

Sichtlich existiert ein Spannungsverhältnis zwischen dem Prinzip der Geschlechtergleichstellung auf der einen und jenem der Vertragsfreiheit auf der anderen Seite. Nach der idealen Vorstellung beflügelt das Prinzip der Vertragsfreiheit den Markt dadurch, dass es gerade nicht darum geht, alle Leistungen zum gleichen Entgelt anzubieten, sondern darum, einen Wettbewerb zu führen und Verträge so zu gestalten, wie es sich die Vertragsparteien untereinander ausmachen. Nach der schlichten Idee der Vertragsfreiheit oder auch Privatautonomie müsste es hiernach durchaus möglich sein, diskriminierende oder jedenfalls nach dem Geschlecht differenzierende Verträge zu schließen. Der Sinn von Versicherungen ist es, eine Brücke zwischen kalkulierte[m] Glück oder Pech darzustellen, wobei beim Kauf einer Versicherung immer das kalkulierte Risiko im Vordergrund steht<sup>10</sup>.

Da typischerweise bei Versicherungsverträgen keine wirkliche Vertragsfreiheit herrscht, sondern vielmehr die Versicherungsgesellschaften Verträge anbieten, deren Bedingungen sie einseitig festlegen, muss die Vertragsfreiheit hier als bereits eingeschränkt betrachtet werden. Tatsächlich bestimmt sich der Preis einer Ware oftmals nicht nach dem, was sich die Vertragsparteien frei ausmachen. Vielmehr ist es der Anbieter einer bestimmten Ware, der den Preis aufgrund seiner Marktmacht einseitig bestimmt. Auf diesem Wege wurde aus der ursprünglichen Idee der Vertragsfreiheit tatsächlich eine sozial ungerechte „Vertragsknechtung“, bei der Inhalt und Preis von solchen Verträgen diktiert wird und der das Gesetz oder das Gericht entgegenzuwirken hat<sup>11</sup>.

In Bezug auf die Kollision des Prinzips der Privatautonomie und der Geschlechtergleichstellung hat der EuGH mit seinem Urteil in der Sache Test-Achats aber die Tendenz der EU angegeben: Die Differenzierung zwischen den Geschlechtern widerspricht Artikel 21 und 23 der Grundrechte-Charta<sup>12</sup>. Das Prinzip der Gleichbehandlung habe somit Vorrang<sup>13</sup>.

Grundsätzlich ist es nichts neues, dass der Vertragsfreiheit nicht der Vorrang eingeräumt wird. In vielfältiger Weise ist die (unternehmerische) Vertragsfreiheit auch bisher schon zur

---

<sup>10</sup> *Dworkin*, Was ist Gleichheit?, 2011 (93).

<sup>11</sup> *Dreier*, Gustav Radbruch – Rechtsphilosophie, 2003 (139).

<sup>12</sup> *Perner*, Geschlechtstarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011, 35 (334).

<sup>13</sup> *EuGH*, Test-Achats ua./Belgien, C-236/09.

Wiederherstellung der sozial gerechten Vertragsfreiheit in ihre Schranken gewiesen worden. Ein Beispiel ist der Kontrahierungszwang, dem ein Unternehmer in bestimmten Fällen unterworfen werden kann. Denn auch die Vertragsfreiheit darf sich nur in den gesetzlichen Schranken bewegen<sup>14</sup>.

In dieser Entscheidung des EuGH liegt aber eine besonders große Herausforderung. Denn aus den oben bereits angedeuteten Gründen erscheint es zweifelhaft, die Geltung der Ausnahmeregelung des Abs 2 auf die Vertragsfreiheit zu stützen, da schon in der Vergangenheit bei anderen Richtlinien nicht darauf Bedacht genommen wurde<sup>15</sup>; denn bei der Vertragsfreiheit, auf die in der Richtlinie Bezug genommen wird, handelt es sich ausschließlich um die unternehmerische Freiheit gemäß Art 16 Grundrechte-Charta. Allerdings hat der EuGH bei einer solchen Causa im Zusammenhang mit Rechtsprinzipien nicht für oder wider ein Rechtsprinzip oder einen Artikel in der Grundrechte-Charta zu entscheiden, sondern eine Abwägung vorzunehmen. Eben dieser Balanceakt und die Anwendung der Grundrechte-Charta soll Gegenstand dieser Untersuchung sein, wobei ich dies anhand des *Test-Achats*-Urteils in einem kurzen Teil geschichtlich und in zwei Hauptteilen rechtlich und rechtsphilosophisch aufteilen werde.

Das Ziel dieser Arbeit soll somit die Aufarbeitung der Frage sein, wie und innerhalb welcher Grenzen eine Abwägung zwischen Rechtsprinzipien vom EuGH vorgenommen wurde. Hierbei soll auch rechtsphilosophisch angesetzt werden: Was sind Rechtsprinzipien und wie sind sie anzuwenden? Was bedeutet Privatautonomie, was Gleichstellung?

### ***Test-Achats aus rechtlicher Perspektive***

Der EuGH wendet Rechtsprinzipien als allgemeine Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts an<sup>16</sup>. Sie sind im Primärrecht der Europäischen Union verankert; eines davon ist das in Art 5 Abs 1 Satz 2, Absatz 3 EUV enthaltene Prinzip der Subsidiarität.

---

<sup>14</sup> Dreier, Rechtsphilosophie (139).

<sup>15</sup> *McColgan*, Die Richtlinie über Güter und Dienstleistungen: Ein faules Ei oder ein Segen mit Abstrichen?, Europäische Zeitschrift für Geschlechtergleichstellungsrecht, Nr. 1/2009, 19-29 (20).

<sup>16</sup> *Griller*, Vom Diskriminierungsverbot zur Grundrechtsgemeinschaft? in *Akyürek ua. (Hrsg)*, Festschrift für Heinz Schäffer, Staat und Recht in europäischer Perspektive, 2006 (218).

Demnach hat die Europäische Union nur dann Rechtsakte zu erlassen, wenn die Normsetzung durch die Mitgliedstaaten nicht ausreichend erfolgen und dieses Ziel durch einheitliche Regelungen auf Unionsebene besser erreicht werden kann. Dem Prinzip der Subsidiarität stark verbunden ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit. Demnach hat die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nicht über das notwendige Maß, das zur Erreichung der Ziele benötigt wird, hinaus zu agieren<sup>17</sup>. Diese beiden Prinzipien zusammen betreffen also die Ausübung eingeräumter Kompetenzen<sup>18</sup>.

In Bezug auf *Test-Achats* hat die Union zwar zunächst mit der Ausnahmeregelung in Art 5 Abs 2 der Richtlinie 2004/113/EG den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt, selbst zu entscheiden, ob sie den Grundsatz der Geschlechtergleichstellung mittels Einführung geschlechtsneutraler Tarife bei privaten Versicherungen umsetzen werden<sup>19</sup>. Man könnte diese offen gelassene Möglichkeit so deuten, dass sich der Unionsgesetzgeber nicht ganz sicher war, ob sich die Geschlechtergleichstellung besser auf Ebene eines jeden Mitgliedstaates für sich, oder doch auf europäischer Ebene umsetzen lässt<sup>20</sup>. Tatsächlich haben die Mitgliedstaaten nicht gegen höherrangiges Unionsrecht verstoßen, wenn sie sich auf die Ausnahmeregelung in Art 5 Abs 2 berufen haben. Der EuGH hat sich aber auch ohne Indikation durch einen Verstoß eines Mitgliedstaates dafür entschieden, in seinem Urteil die Ausnahmeregelung des Art 5 Abs 2 zu beseitigen. Gleichsam statuiert er seine Ansicht, dass Rechte der Grundrechte-Charta auch zwischen Privaten<sup>21</sup> ihre Wirkung entfalten. Dies

---

<sup>17</sup> *Ranacher/Staudigl*, Einführung in das EU-Recht, 2. Auflage, 2010 (34).

<sup>18</sup> *Ranacher/Staudigl*, Einführung EU-Recht, 2010 (34-36).

<sup>19</sup> *Präambel der RL 2004/113/EG*, Art. 19, 25-27.

<sup>20</sup> Tendenz zur gemeinschaftsrechtlichen Umsetzung: *Mitteilung der Europäischen Kommission – Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats) vom 13.1.2012*, ABI 2012, C 11 (3-4).

<sup>21</sup> *Perner*, ÖJZ 2011/35 (334).

bedeutet, dass die Privatautonomie eingeschränkt<sup>22</sup> werden müsse, um einen Wandel in der Gesellschaft und die Beseitigung von Diskriminierung zu ermöglichen<sup>23</sup>.

Anhand des Europarechts soll der obgenannte Konflikt, ob der EuGH zu einer solchen Maßnahme berechtigt und ob sie verhältnismäßig ist, beleuchtet werden. Als Einführung soll auch die Entstehungsgeschichte der Richtlinie aufgearbeitet werden, da dies von großer Bedeutung für die Nachvollziehbarkeit des *Test-Achats*-Urteils ist.

### ***Test-Achats aus rechtsphilosophischer Perspektive***

In der Rechtsphilosophie werden die Geltung von Rechtsprinzipien und deren Anwendung vielfältig behandelt. Vor diesem Hintergrund werde ich im zweiten Teil der Dissertation zu Beginn erläutern, was Rechtsprinzipien sind und näher auf die Vertragsfreiheit und Geschlechtergleichstellung eingehen. Sodann soll im Mittelpunkt stehen, wie mit ihnen im Falle einer Kollision mit anderen Prinzipien oder Regelungen zu argumentieren ist und wie ein Gericht mit ihnen umgehen sollte. Anhand der Werke von Rechtsphilosophen wie *Ronald Dworkin*, *Robert Alexy* und *Gerhard Luf* soll dies erforscht werden.

Als Einführung in den zweiten Teil soll der Ursprung von Rechtsprinzipien erörtert werden. Das wichtigste Merkmal eines Prinzips<sup>24</sup> im rechtsphilosophischen Sinn ist seine Allgemeinheit bzw. allgemeine Geltung. Im Bereich der Rechtsphilosophie ist mit einem Rechtsprinzip eine Aussage gemeint, die das Recht betrifft und allgemein gültig ist<sup>25</sup>. Ein Rechtsprinzip ist von einer Rechtsnorm verschieden. Eine Rechtsnorm kann ein Rechtsprinzip zum Inhalt haben, gleichwohl kann ein und dasselbe Rechtsprinzip in mehreren Rechtsnormen enthalten sein. Diese Unterscheidung bereitet keine weiteren Schwierigkeiten, aber daraus ergeben sich weiterführende Fragen, wie jene, ob ein

---

<sup>22</sup> Diese Einschränkung verläuft aber wiederum nicht lückenlos: Obwohl *Test-Achats* grundsätzlich die Heranziehung des Geschlechts als Risikofaktor verbietet, gibt es auch hier erneute Ausnahmen. Weiterhin erlaubt ist die Heranziehung des Geschlechts für interne Preiskalkulationen oder die Berechnung von Rückversicherungen (vgl. *Rat der Europäischen Union*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und bei der Versorgung mit diesen (Artikel 13), 14.3.2004, 9263/04 (11,13-14,15)).

<sup>23</sup> *Holzleithner*, Gleichstellungspolitik- ein unverfülltes Versprechen?, in *Attac* (Hrsg), Das kritische EU-Buch, 2006 (187).

<sup>24</sup> Das Wort „Prinzip“ leitet sich vom lat. *primum capere* ab für *Ursprung* oder *Anfang*.

<sup>25</sup> *Llompарт*, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien, 1976 (5).

Rechtsprinzip für seine allgemeine Geltung der Gestalt einer Rechtsnorm bedarf und ob – was Radbruch eingehend behandelt – einer Rechtsnorm im Ausnahmefall die Geltung abgesprochen werden soll, wenn sie im krassen Widerspruch zu einem Rechtsprinzip steht<sup>26</sup>.

*Ronald Dworkin* ist ein Vertreter des Naturrechts und setzt sich mit der Anwendung von Rechtsprinzipien durch Richter\_innen (im anglo-amerikanischen Raum) auseinander. Er nimmt mit seiner „These der Rechte“ Bezug auf die Theorie der Gerechtigkeit von *Rawls*<sup>27</sup>. Demnach sei es Aufgabe der Moralphilosophie, Prinzipien bereitzustellen. Diese Prinzipien mögen als Stütze unmittelbarer Überzeugungen fungieren, wobei sie auch korrigierende Funktion ausüben können<sup>28</sup>. Es sei zwar nicht wichtig, wie genau Prinzipien entstanden sind, aber ihr Niederschlag im Recht ist dennoch von großer Bedeutung für ihre Anwendung<sup>29</sup>. *Dworkins* „These der Rechte“ besagt, dass richterliche Entscheidungen in einer schwierigen Causa auf Prinzipienargumenten beruhen und auch darauf beruhen sollten<sup>30</sup>. Problematisch wird es nach *Dworkin*, sobald Richter\_innen in einer solchen Causa eine Prinzipienabwägung vornehmen müssen und dabei verschiedener Meinung sind. Denn dann sind sie nicht verschiedener Meinung über das, was das geltende Recht verlangt. Prinzipien sind nach *Dworkin* richtungsweisend<sup>31</sup>. Vielmehr besteht in einem solchen Fall Uneinigkeit darüber, wie das Ermessen unter Berücksichtigung aller wichtigen Aspekte ausgeübt werden soll<sup>32</sup>.

*Dworkin* beleuchtet dabei kritisch die Frage, welcher Art das Ermessen der Richter\_innen ist. *Dworkin* sichtet eine „Zweideutigkeit des Ermessens“, wonach Richter\_innen einerseits Ermessen in dem Sinne haben können, dass sie sich an Maßstäbe zu halten haben, die aber verschieden interpretiert werden können; ferner können Richter\_innen eines Höchstgerichts Ermessen in dem Sinn haben, dass eine von diesem allerhöchsten Gericht getroffene Entscheidung endgültigen Charakter aufweist<sup>33</sup>. Nach *Dworkin* ist es ebenso wichtig, dass,

---

<sup>26</sup> *Llompert*, Rechtsprinzipien, 1976 (6-7).

<sup>27</sup> *Wilkes*, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These der Rechte, 1997 (44).

<sup>28</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (260).

<sup>29</sup> *Luf*, Freiheit als Rechtsprinzip, in *Holzleithner/Somek* (Hrsg), 2008 (24-25).

<sup>30</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (149).

<sup>31</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (131-132).

<sup>32</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (126).

<sup>33</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (126).

wenn zwei gleichwertige Argumente in einer Causa aufeinander treffen, sich Richter\_innen bei ihrer Entscheidung nicht einfach auf politische Vorlieben und auch nicht auf die Mehrheit der Bevölkerung oder die herrschende Lehre berufen dürfen<sup>34</sup>. Sie müssen alle in Konkurrenz oder Widerspruch stehenden Prinzipien, die in Bezug auf die Causa in Frage kommen, berücksichtigen und dann auf Basis all dieser Prinzipien zusammen zu einer Lösung kommen<sup>35</sup>. Dworkin trifft noch eine weitere Unterscheidung betreffend die Argumente, die Höchstrichter\_innen bei ihrer Entscheidung zu berücksichtigen haben: Prinzipienargumente seien stets „Argumente, die ein individuelles Recht aufstellen sollen“ – im Gegensatz zu Zielsetzungen, die „ein kollektives Ziel aufstellen sollen“<sup>36</sup>.

*Robert Alexy* ist ein deutscher Philosoph, der sich nicht dem Rechtspositivismus verschrieben hat und ein Vertreter der sogenannten „Verbindungstheorie“, wonach Recht auch immer moralische Elemente enthält. Auch *Alexy* knüpft an die Unterscheidung von Regeln und Prinzipien an. Seiner Meinung nach geht es bei Prinzipienkollisionen nicht um eine Frage der Geltung von Prinzipien, da davon ausgegangen werden kann, dass nur geltende Prinzipien miteinander in Konflikt stehen können, sondern vielmehr um die Frage von deren Gewicht. Bei einem solchen Konflikt gehe das Prinzip mit mehr Gewicht jenem mit weniger Gewicht vor<sup>37</sup>. Und da die Umstände des jeweiligen Falles bei der Vorrangentscheidung immer mit einzubeziehen seien, gebe es keinen absoluten Vorrang<sup>38</sup>. In Einklang mit *Dworkin* ist für *Alexy* ein Prinzip ein „prima facie-Recht“, das man von Normen mit definitivem Charakter unterscheiden kann. Sollte ein Prinzip die Basis für ein Sollensurteil liefern, so ist davon auszugehen, dass das Prinzip damit in einer Regel mündet und sohin eine Art „definitiven“ Charakter erlangt, den das Prinzip als solches ansonsten nicht besitzt. Da Prinzipien „gewachsene“ Normen sind, sind sie Ausdruck davon, wie Recht idealiter in unserer Gesellschaft sein sollte<sup>39</sup>. Aber anders als *Dworkin* sieht *Alexy* keine Notwendigkeit, bei

---

<sup>34</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (210-211).

<sup>35</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (131).

<sup>36</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (158).

<sup>37</sup> *Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994 (79).

<sup>38</sup> *Alexy*, Grundrechte (85).

<sup>39</sup> *Alexy*, Grundrechte (92-93).

Prinzipienargumenten in solche der individuellen Rechte und der kollektiven Zielsetzungen zu unterscheiden<sup>40</sup>.

Das eben gesagte auf *Test-Achats* umgelegt bedeutet, dass es sich bei den Argumenten bei der Entscheidung des EuGH um solche handelt, die ein individuelles Rechts auf Gleichbehandlung festlegen. Beim Gleichbehandlungsgrundsatz handelt es sich in Form der Artikel 21 und 23 der Grundrechte-Charta um das Recht, als Mensch gleich behandelt zu werden. Nach *Dworkin* bedeute das Recht auf gleiche Behandlung das Recht auf gleiche Verteilung einer Chance, Ressource oder Last. Das Recht auf gleiche Behandlung entspringe dem Recht, als Gleicher behandelt zu werden<sup>41</sup>. Nach *Alexy* sind Prinzipien immer Optimierungsgebote<sup>42</sup>, wobei es für die Grundrechte nicht relevant sei, ob sie auf allgemeine Zielsetzungen oder Güter abzielen oder auf individuelle Rechte.

Sohin mussten die Richter\_innen des EuGH bei ihrer Entscheidung alle Prinzipien, die diesen Fall berührten, miteinbeziehen, abwägen und auf ihrer Grundlage entscheiden. Sie durften sich dabei aber nicht an politischen Vorlieben oder ähnlichem orientieren, sondern hatten die Prinzipien zur Optimierung ihrer Entscheidungsfindung miteinzubeziehen, denn das Recht ist dynamisch und es ist gerade die Aufgabe des EuGH, richtungsweisende Urteile zu fällen. Dies hat der EuGH getan und hat entschieden, dass eine Versicherungsnehmer\_in das Recht habe, als Gleiche\_r beim Zugang zu einer Versicherung behandelt zu werden, wobei sich die Prämie nicht für jeden Menschen gleich hoch errechnen müsse<sup>43</sup>.

In weitergehender Untersuchung dieser Ansätze und auch derer anderer Rechtsphilosophen werde ich das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Test-Achats* erforschen. Ich werde die Ergebnisse zum Schluss der Arbeit in einem Fazit darlegen.

### Vorläufiger Entwurf eines Inhaltsverzeichnisses

#### I. Einleitung

##### 1. Kurze Einführung zu den relevanten Punkten der Richtlinie 2004/113/EG

---

<sup>40</sup> *Alexy*, Grundrechte (99).

<sup>41</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (370).

<sup>42</sup> *Alexy*, Grundrechte (77, FN 27).

<sup>43</sup> *Dworkin*, Bürgerrechte, 1984 (370).

2. Einleitung zum Urteil in der Rechtssache *Test-Achats*
  - 2.1. Die Schlussanträge der Generalanwältin
  - 2.2. Das Urteil des EuGH
3. Der steinige Weg der Geschlechtergleichstellung
  - 3.1. Frauenrechte = Menschenrechte?
4. RL 2004/113/EG Richtlinie zu Güter und Dienstleistungen
5. Die (Vertrags)Freiheit
  - 5.1. Marktmacht oder Macht des Marktes?
6. Die Risikoberechnung bei Versicherungen – Geschlecht als Risikofaktor
- II. *Test-Achats* aus rechtlicher Perspektive
  1. Die Europäische Union und ihr Recht
    - 1.1. Struktur und Aufbau der EU
    - 1.2. Recht
      2. Rechtsprinzipien in der EU
      3. Unionsgrundrechte
      4. Der EuGH und die Weiterentwicklung des Rechts
      5. Geschlechtergleichstellung in der EU vor der Richtlinie 2004/113/EG
      6. Die Richtlinie 2004/113/EG („Gender-Richtlinie II“)
        - 6.1. Entstehungsgeschichte
          - 6.1.1. Kommissionsvorschlag
          - 6.1.2. Das Europäische Parlament
          - 6.1.3. Anhörung des Ausschusses der Regionen
          - 6.1.4. Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses
          - 6.1.5. Der Rat zu Beschäftigung, Sozialpolitik, Gesundheit und Verbraucherschutz
      7. Geschlechtergleichstellung nach der Verabschiedung der Richtlinie 2004/113/EG
        - 7.1. Die Umsetzung in der EU
        - 7.2. Exkurs: Die Umsetzung in Österreich
  - III. *Test-Achats* aus rechtsphilosophischer Perspektive
    1. Rechtsprinzipien
      - 1.1. Dworkin und Alexy : Die Ursprünge von Rechtsprinzipien
      - 1.2. Einordnung von Rechtsprinzipien in das rechtliche Gefüge

- 1.3. Geltung von Rechtsprinzipien
  2. Anwendung von Rechtsprinzipien
    - 2.1. Vorgehen bei Kollision von Rechtsprinzipien
  3. Grundrechte als subjektive Rechte
  4. Das Ermessen
  5. Das Prinzip der (Geschlechter-)Gleichstellung
    - 5.1. Gleicher Zugang zu Ressourcen, Gütern und Dienstleistungen
  6. Das Prinzip der Vertragsfreiheit
    - 6.1. Freiheit vs Gleichheit
    - 6.2. Gibt es eine „sozial gerechte“ Vertragsfreiheit?
  7. Umgelegt auf *Test-Achats*
    - 7.1. Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen gem. Art 21 und 23 EU-GRCharta
    - 7.2. Die unternehmerische Freiheit gem. Art 16 EU-GRCharta
    - 7.3. Das Vorgehen des EuGH
    - 7.4. Die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott
    - 7.5. Nichtraucher tarife : Risikofaktoren 2.0?
    - 7.6. Das Urteil und seine Bedeutung
- Fazit und Ausblick

### Zeitplan

Folgender Zeitplan wird für das Abfassen der Dissertation angestrebt, wobei mindestens vierteljährlich eine Besprechung mit der Betreuerin stattfinden soll:

<i>Oktober 2011 – Juni 2012:</i>	Absolvierung der Studieneingangsphase
<i>Jänner 2012 – Mai 2012:</i>	Absolvierung der Gerichtspraxis
<i>WS 2012/2013:</i>	Themensuche, Absolvierung von diversen Lehrveranstaltungen aus dem Dissertationsgebiet
<i>SS 2013:</i>	Absolvierung des Seminars zur Vorstellung

	des Dissertationsthemas/fakultätsöffentliche Präsentation
<i>Juli/August 2013:</i>	Einreichung Exposé und Antrag auf Genehmigung des Dissertationsvorhabens
<i>September 2013 – Dezember 2013:</i>	Verfassen des ersten Teils der Dissertation
<i>Jänner 2014 – Juli 2014:</i>	Verfassen des zweiten Teils der Dissertation
<i>August 2014 – Ende 2014:</i>	Überarbeitung der Dissertation
<i>Anfang 2015:</i>	Öffentliche Defensio

#### Erforderliche Ressourcen und Finanzierung:

Es besteht zur Zeit kein besonderer Finanzierungsbedarf, um diese Arbeit fertigstellen zu können. Die Erstellung der Dissertation erfolgt am eigenen Laptop. Sihin sind Sach- und Geldmittel der Universität Wien nicht erforderlich. Geplante Ressourcen für das Dissertationsvorhaben sind hinsichtlich Bücher, Zeitschriften und Judikatur der Bestand der Bibliotheken der Universität Wien, der Bestand der Nationalbibliothek, ferner wird per Internetzugang weiteres Material auf diversen Websites, vor allem jedoch in juristischen Datenbanken und Zeitschriften gesucht.

#### Auszug aus der relevanten Literatur:

*Akyürek ua.* (Hrsg), Festschrift für Heinz Schäffer, Staat und Recht in europäischer Perspektive, 2006

*Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1994

*Attac* (Hrsg), Das kritische EU-Buch, 2006

*Blinlinger/Garstenauer* (Hrsg), Women/Gender Studies: Against All Odds, 2005

*Collier*, Men, Law and Gender, 2010

*Dreier*, Gustav Radbruch – Rechtsphilosophie, 2003

*Dworkin*, Bürgerrechte ernstgenommen, 1984

*Dworkin*, Was ist Gleichheit?, 2011

*Gehmacher/Mesner* (Hrsg), Frauen und Geschlechtergeschichte, 2003

*Holzeithner*, Recht Macht Geschlecht, 2002

*Holzeithner/Somek* (Hrsg), Freiheit als Rechtsprinzip, 2008

*Honegger/Arni* (Hrsg), Gender – die Tücken einer Kategorie, 2001

*Hummer* (Hrsg), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten, 2010

*Karpenstein*, Harmonie durch die Hintertür? Geschlechtsspezifisch kalkulierte Versicherungstarife und das Diskriminierungsverbot, EuZW 2010, 885

*Kock/Moser* (Hrsg), Gender Studies, 2005

*Llompart*, Die Geschichtlichkeit der Rechtsprinzipien, 1976

*Lüttringhaus*, Europaweit Unisex-Tarife für Versicherungen!, EuZW 2011, 296

*McColgan*, Die Richtlinie über Güter und Dienstleistungen: Ein faules Ei oder ein Segen mit Abstrichen?, Europäische Zeitschrift für Geschlechtergleichstellungsrecht, Nr. 1/2009, 19-29

*Naffine* (Hrsg), Gender and Justice, 2002

*Perner*, Geschlechtstarife im Versicherungsrecht unzulässig, ÖJZ 2011, 35

*Ranacher/Staudigl*, Einführung in das EU-Recht, 2. Auflage, 2010

*Redaktion FD-VersR*, Aktuelle Nachrichten, beck-online.de, FD-VersR 2011, 313077

*Roth*, Europa – eine Chance für die Frauen, 1998

*Sunder* (Hrsg), Gender and Feminist Theory in Law and Society, 2007

*Vieten*, Gender and Cosmopolitanism in Europe, 2012

*Wilkes*, John Rawls, Theorie der Gerechtigkeit, und Ronald Dworkin, These der Rechte, 1997

### **Europarechtliche Dokumente:**

*EuGH*, Rs C-236/09, Test-Achats ua./Belgien, Slg 2011, I-00773

*Europäisches Parlament*, Entschließung vom 16. April 2013 zur Umsetzung und Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (2010/2043(INI)), A7-0044/2013 (noch nicht im Amtsblatt veröffentlicht)

Generalanwältin Kokott, Schlussanträge vom 30. September 2010 zur Rechtssache Test-Achats, C-236/09, Slg 2011, I-00773

*Mitteilung der Europäischen Kommission* – Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats) vom 13.1.2012, ABl 2012, C 11

*Rat der Europäischen Union*, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu Gütern und Dienstleistungen und bei der Versorgung mit diesen (Artikel 13), 14.3.2004, 9263/04

*Richtlinie 2004/113/EG des Rates* vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004, L 373, 37 (41)

### **Quellen aus dem Internet (alle zuletzt am 6.6.2013 aufgerufen):**

*Juristischer Dienst der Europäischen Kommission*, Zusammenfassung wichtiger Urteile, September 2011, [http://ec.europa.eu/dgs/legal\\_service/arrets/09c236\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/09c236_de.pdf)

*Wensch*, Gleichbehandlung macht das Leben erst recht unfair, die Presse 21.03.2011,  
<http://diepresse.com/home/wirtschaft/recht/643373/Gleichbehandlung-macht-das-Leben-erst-recht-unfair>

*Unisex-Tarife: Gerechter oder einfach nur teurer?*, 26.01.2013, <http://help.orf.at/stories/1711583/>