Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften 155

Lothar Michael

# Gleiches Recht der Älteren auf gesellschaftliche Teilhabe

## Rechtliche Grenzen der Altersdifferenzierung am Beispiel von Finanz- und Versicherungsprodukten

Nomos

**Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften**

Herausgegeben von der

Juristischen Fakultät der
Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf

Band 155

Lothar Michael

# Gleiches Recht der Älteren auf gesellschaftliche Teilhabe

Rechtliche Grenzen der Altersdifferenzierung
am Beispiel von Finanz- und Versicherungsprodukten

Nomos

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5081-8 (Print)

ISBN 978-3-8452-9284-7 (ePDF)

1. Auflage 2018
© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

# Vorwort

Die vorliegende Schrift geht zurück auf ein Gutachten zu Fragen der Altersdiskriminierung bei Finanz- und Versicherungsprodukten unter besonderer Berücksichtigung des Verfassungsrechts sowie des Europarechts, das der Autor 2017 im Auftrag des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend angefertigt hat. Nicht nur nach geltendem Recht wird die rechtliche Zulässigkeit von Altersdifferenzierungen bei privatrechtlichen Finanz- und Versicherungsprodukten behandelt. Vielmehr werden auch Optionen für die Gesetzgebung einschließlich der verfassungspolitischen Frage der Option einer Ergänzung des Grundgesetzes erörtert.

Verwiesen sei an dieser Stelle auf die Paralleldiskussion über die Ergänzung des Grundgesetzes um Kinderrechte, die durch den Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD vom 7. Februar 2018 an Dynamik gewonnen hat. Kinderrechte sind einerseits ein Teilaspekt des umfassenderen Themas von Altersdifferenzierungen und könnten als spiegelbildliches Pendant zu ebenfalls besonderen Rechten der Älteren begriffen werden. Die Frage, wie Rechtsordnungen und ihr Verfassungsrecht auf Diskriminierungen reagieren, steht auch wegen der Entwicklungen der Verarbeitung großer Datenmengen bis hin zu Methoden künstlicher Intelligenz vor neuartigen Herausforderungen. Auch das könnte Dynamik in die rechtliche und rechtspolitische Diskussion bringen.

Der Verfasser dankt Prof. Dr. Dr. h. c. *Peter Häberle* für die Gelegenheit, im Sommer 2017 einen Vortrag in dessen Seminar in Bayreuth zu halten. Die Diskussion hat die Arbeit an dem Thema beflügelt. *Peter Häberle* hat das Thema „Altern und Alter des Menschen als Verfassungsproblem“ pionierhaft vor 25 Jahren für das deutsche Schrifttum entdeckt und Thesen formuliert, auf die jede Publikation seither Bezug nimmt. Dazu gehört auch die verfassungspolitische Forderung, das Thema im Text des Grundgesetzes aufzugreifen.

*Düsseldorf, im März 2018*

# Inhaltsverzeichnis


Abkürzungen 11

Einleitung 13

1. Teil: Grundlegende Erwägungen 15

I. Das rechtliche Spannungsfeld eines Rechts der Älteren zwischen Generalisierung und Individualisierung 15
II. Phänomene der Altersdifferenzierung durch Private am Beispiel von Versicherungen und Banken 24
1. Fokussierung des Themas auf Probleme des Antidiskriminierungsrechts im Bereich des Versicherungs- und Bankrechts 24
2. Bedürfnisse und Möglichkeiten eines rechtlichen Rahmens für die gesellschaftliche Teilhabe älterer Menschen 28
III. Gerechtigkeitsperspektiven und Konzeptionen des Antidiskriminierungsrechts 32
1. Das Alter im Vergleich zu anderen Merkmalen des Antidiskriminierungsrechts 32
a) Geschlecht und Alter im Vergleich 32
b) Behinderung und Alter im Vergleich 34
c) Zwischenergebnis 36
2. Konzepte der Egalisierung und der ausgleichenden Differenzierung 37
IV. Überblick über die Regelungsalternativen 45
1. Alternativen zu generalisierenden Altersdifferenzierungen 45
a) Allgemeine Sozialisierung von Altersrisiken durch strikte Gleichbehandlung 45
b) Individualisierung von Risiken 45
c) Generalisierende Altersdifferenzierungen und Mischmodelle im Vergleich 46
2. Alternative Regelungsinstrumente im Privatrecht und im Öffentlichen Recht 48
a) Verbote der Altersdifferenzierung als inhaltliche Einschränkungen der Vertragsgestaltung 48

b) Einheitliche Basiskonditionen mit Kontrahierungszwang 49
c) Partielles Differenzierungsverbot mit Ausnahmen i. V. m. Offenlegungspflichten 49
d) Begrenzung rechtlich gebotener Altersdifferenzierungen 50
e) Schutzkompetenzen staatlicher Stellen und objektivrechtlich begründete Rechtsdurchsetzungsmechanismen 51
f) Staatliche Leistungen 52
g) Öffentlich-rechtliche Gebote und Verbote als Alternativen bzw. Ergänzungen zur Versicherung verhaltensabhängiger Risiken 52
3. Alternative Regelungsebenen 53
4. Alternative Verfahren und Akteure der Entwicklung des geschriebenen und des ungeschriebenen Rechts 54

2. Teil: Spezialgesetzliche Verbote der Altersdiskriminierung de lege lata 56

I. Geklärte und offene Fragen des AGG 56
1. Grundsätze und Systematik des AGG 56
2. Altersdifferenzierungen durch Versicherer auf der Grundlage der Sonderregelung des § 20 Abs. 2 S. 2 AGG 59
3. Fragen der Darlegungslast bei der Rechtfertigung von Altersdifferenzierungen 65
4. Die Bedeutung des AGG für Banken am Beispiel von Bankgebühren für beleghafte Überweisungen 67
II. Das Basiskonto nach dem Zahlungskontengesetz (ZKG) 71
III. Probleme der Altersdifferenzierung bei der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie 72
1. Zur (zunächst) geltenden Rechtslage 73
a) Überblick über die einschlägigen Regelungen und deren Erwägungen 73
b) Verringertes Renteneinkommen als Kriterium mangelnder Kreditwürdigkeit 76
c) Statistisch steigendes Todesfallrisiko als Kriterium mangelnder Kreditwürdigkeit 78
d) Die Interpretationsbedürftigkeit der einschlägigen Normen als zentrales Problem 80

2. Ansätze zur Lösung der Probleme durch Änderung des Gesetze und durch einen Verordnungsentwurf 81
a) Zur Nachbesserung des Umsetzungsgesetzes 81
b) Zum Entwurf einer Rechtsverordnung 84
3. Allgemeine und konzeptionelle Schlussfolgerungen aus dem Beispiel der Wohnraumimmobilienkredite für das Recht der Älteren 86
IV. Unionsrechtliche Impulse zugunsten eines Verbots der Altersdiskriminierung durch die dynamische Rechtsprechung des EuGH 88
1. Der unionsrechtliche Grundsatz eines Verbots der Altersdiskriminierung 88
2. Die Rechtsprechung des EuGH und die deutsche Diskussion zu den Unisex-Tarifen 90

3. Teil: Verfassungsunmittelbare Verbote einer Diskriminierung wegen des Alters 94

I. Freiheitsrechte als Schutz der Rechte der Älteren 95
II. Allgemeiner Gleichheitssatz als Grenze von Altersdifferenzierungen 100
III. Besondere Gleichheitssätze 103
1. Das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot des Art. 21 GRC 103
2. Anknüpfungen an die Paralleldiskussionen zu Art. 3 Abs. 2 und Abs. 3 GG de constitutione lata? 106

4. Teil: Der verfassungs- und unionsrechtliche Rahmen des Regulierungskorridors für den einfachen Gesetzgeber 110

I. Vertrags- und Kalkulationsfreiheit der Unternehmen im Bank- und Versicherungssektor 110
II. Geschäftsgeheimnisschutz der Unternehmen im Bank- und Versicherungssektor 115
III. Vertragsfreiheit der Versicherungsnehmer/innen gegen Indienstnahmen zu öffentlichen Zwecken 117
IV. Grenzen der gesetzgeberischen Gestaltungsräume unter Berücksichtigung der Sozialgebundenheit der Wirtschaftsfreiheiten 118

V. Kriterien der verfassungsrechtlichen Gewichtung bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit von Antidiskriminierungsinstrumenten 124
1. Die Erheblichkeit der zu verhindernden altersdifferenzierenden Benachteiligung 124
2. Schwere des Eingriffs in Grundrechte der Banken, Versicherungen, deren Anteilseigner/innen und Kund/innen 125
VI. Unionsrechtliche Grenzen einer (Re-)Regulierung des Versicherungsmarktes 127

5. Teil: Offene und verfassungspolitische Fragen 128

I. Nicht behandelte Fragen des Schutzes vor Altersdiskriminierung 128
II. Verfassungspolitische Erwägungen zu möglichen Ergänzungen des Grundgesetzes 129
1. Argumente gegen eine Verfassungsänderung im hier zu untersuchenden Bereich 130
2. Argumente für eine Verfassungsänderung im hier zu untersuchenden Bereich 131
3. Die Bandbreite denkbarer Verfassungsbestimmungen zu einem Recht der Älteren 135

Zusammenfassung der Ergebnisse in Thesen 139

Literaturverzeichnis 143

# Abkürzungen

| | |
|---|---|
| AGG | Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz |
| BaFin | Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht |
| BGB | Bürgerliches Gesetzbuch |
| BVerfG | Bundesverfassungsgericht |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof |
| GG | Grundgesetz |
| GRC | Grundrechtecharta der EU |
| ImmoKW-PLV | Immobiliar-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung (Entwurf) |
| KWG | Kreditwesengesetz |
| KfW | Kreditanstalt für Wiederaufbau |

# Einleitung

Die Phänomene von Altersdifferenzierung durch private Finanz- und Versicherungsdienstleister werden – anders Altersdiskriminierungen im Arbeitsleben[1] sowie gesetzliche Altersgrenzen[2] – in der Rechtswissenschaft bislang kaum diskutiert.[3] Die bisherige Diskussion der Rechtswissenschaft über Beschränkungen der Privatautonomie im Versicherungs- und Bankvertragsrecht kreist um andere Fragen, die zwar z. T. das Antidiskriminierungsrecht betreffen, aber eben nicht den Aspekt der *Alters*differenzierung. Rechtlich stärker durchdrungen sind Fragen der *Geschlechter*diskriminierung bei Versicherungsverträgen (Stichwort: Unisex-Tarife) und Indienstnahmen privater Banken und Versicherungen zu anderen sozialen Zwecken (Stichwort: Basistarife). Die vorliegende Schrift wird diese Paralleldiskussionen aufgreifen, weil es dort um rechtlich zwingende Vorgaben für den Abschluss von Verträgen geht, also um ein rechtspolitisches Instrument, das auch zur Vermeidung von Altersdiskriminierung in Betracht kommen könnte.

Da sich eine schlichte Übertragung der Paralleldiskussionen ebenso wie pauschale Antworten in Bezug auf Altersdiskriminierung verbieten, wird es zunächst darum gehen, die rechtlich relevanten Spezifika des Phänomens der Altersdifferenzierung herauszuarbeiten. Dabei stellt sich auch die Frage nach Alternativen zu Altersdifferenzierungen, die in einer gene-

---

1 *Hahn*, Auswirkungen der europäischen Regelungen zur Altersdiskriminierung im deutschen Arbeitsrecht, 2006; *Temming*, Altersdiskriminierung im Arbeitsleben, 2008; *v. Hoff*, Das Verbot der Altersdiskriminierung aus Sicht der Rechtsvergleichung und der ökonomischen Analyse des Rechts, 2009.

2 *Heuger*, Altersdifferenzierungen im Beamtenrecht, 2016; *Höfling*, Altersgrenzen aus der Sicht der Rechtswissenschaft, in: Schumpelick/Vogel, Alter als Last und Chance, 2005, S. 522 ff.; *ders.*, Selbstbestimmung im Alter aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Becker/Roth, Recht der Älteren, 2013, S. 85 ff.; *Nussberger*, JZ 2002, 524 ff.; *Mann*, Gesetzliche Höchstaltersgrenzen und Verfassungsrecht, in: FS Starck, 2007, S. 319 ff.; *Tettinger*, DVBl. 2005, 1397; *Becker*, JZ 2004, 929 ff.; *Bouchouaf*, Altersdiskriminierung durch rechtliche Altersgrenzen aus verfassungsrechtlicher Perspektive, in: Ruppert, Lebensalter und Recht, Zur Segmentierung des menschlichen Lebenslaufes durch rechtliche Regelungen seit 1750, 2010, S. 241.

3 Vgl. jetzt aber *v. Wrangel*, Altersdiskriminierung im Versicherungsprivatrecht?, 2016.

ralisierenden Gleichbehandlung oder auch in Differenzierungen nach anderen Kriterien liegen können.

Die Probleme der Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie, die sich in zwei kurz nacheinander erlassenen Gesetzen und einem Verordnungsentwurf spiegeln (dazu im 2. Teil unter III.), zeigen, dass Phänomene der Altersdifferenzierung auch durch aktuelle Gesetzgebung verschärft werden können. Das zeigt, dass die Verhinderung von Altersdiskriminierung in Gesetzgebungsvorhaben auch der jüngsten Zeit keine höchste Aufmerksamkeit und Priorität erfährt. So kann es zu übermäßigen und ungewollten Benachteiligungen älterer Menschen kommen, wenn in europäischen und nationalen Gesetzgebungsvorhaben andere Ziele (hier: des Schutzes der Verbraucher vor eigener Überschuldung und der Finanzmarktstabilität) in den Mittelpunkt rücken. Diese Gesetzgebung wird hier als Beispiel aufgegriffen, um die Bedeutung aufzuzeigen, die explizite Verbote der Altersdiskriminierung de lege lata haben bzw. de lege ferenda haben könnten. An diesem Beispiel lassen sich v.a. die Unterschiede verschiedener Regelungsoptionen aufzeigen. Denn es ist nicht nur denkbar, einer Altersdiskriminierung durch sehr spezielle Regelungen (so der Entwurf einer Verordnung zur Festlegung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträgen[4]) zu begegnen. Vielmehr kommen auch allgemeine Regelungen (durch eine Ergänzung des AGG) sowie ein verfassungsunmittelbares Diskriminierungsverbot als rechts- bzw. verfassungspolitische Optionen in Betracht.

---

4 Referentenentwurf des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (Bearbeitungsstand: 21.07.2017) zu einer Verordnung zur Festlegung von Leitlinien zu den Kriterien und Methoden der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobiliar-Verbraucherdarlehensverträgen (Immobiliar-Kreditwürdigkeitsprüfungsleitlinien-Verordnung – ImmoKWPLV), S. 14, https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_ImooKWPLV.pdf ;jsessionid=2C32BB382B6508B19188EC4668F7671B.1_cid324?__blob=publicationFile&v=1 (abgerufen am 22.3.2018).

# 1. Teil: Grundlegende Erwägungen

## I. Das rechtliche Spannungsfeld eines Rechts der Älteren zwischen Generalisierung und Individualisierung

Alterung ist ein natürlicher Prozess, der generell zum Menschsein gehört. Die Rollen, die Menschen in verschiedenen Phasen des Lebens einnehmen, sind stark von der Gesellschaft geprägt. Der Verlauf des an sich unausweichlichen Alterungsprozesses und dessen biographische Auswirkungen sind formbar und individuell sehr verschieden.[5]

Bei den Phänomenen der Altersdifferenzierung durch Private, von denen diese Untersuchung handelt, wird das kalendarische Alter *generalisierend* zum Kriterium von Differenzierungen gemacht. Unternehmen legen Altersgrenzen fest und ihre Vertragskonditionen richten sich nach Altersgruppen. Solche Altersgruppenbildungen begegnen uns nicht nur im Privatrechtsverkehr. Altersgrenzen finden sich auch in Gesetzen. Der Staat differenziert selbst nach dem Kriterium des kalendarischen Alters. Mehr noch: Das Modell eines dreigeteilten institutionalisierten Lebenslaufs (Jugend-Erwerbstätigkeitsphase-Alter) wird wesentlich durch gesetzliche Regelungen ausgeformt – vor allem durch die gesetzliche Bestimmung des Rentenalters. Das ist ein Grund mehr dafür, dass der Gesetzgeber auch die negativen Folgen abmildert. Etwaige libertären Argumente, die für staatliche Zurückhaltung streiten, werden dadurch relativiert, dass Altersdifferenzierungen auch dann, wenn sie zwischen Privaten erfolgen, nicht rein gesellschaftlicher Natur sind. Es geht nicht um die Alternative der Freiheit privatautonomer Diskriminierung einerseits oder deren freiheitsbeschränkender Verhinderung andererseits, sondern um die rechtliche Ausgestaltung eines ohnehin bereits normstrukturierten Phänomens. Das schließt freilich nicht aus, dass solche Ausgestaltung mehr oder auch weniger in Grundrechte eingreifen kann.

---

5 Dazu *Baltes*, Alter(n) als Balanceakt: Im Schnittpunkt von Fortschritt und Würde, in: Gruß, Die Zukunft des Alterns, 2007, S. 15, 16: „Altern ist gekennzeichnet durch Plastizität (Formbarkeit), Variabilität zwischen Funktionen und Personen und ein hohes Maß an biographischer Individualität“.