SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN JULIANE KOKOTT vom 30. September 2010[1]

I — Einleitung

1. Ist es mit den Unionsgrundrechten vereinbar, bei der Ausgestaltung von privaten Versicherungsverträgen das Geschlecht des Versicherten als Risikofaktor zu berücksichtigen? Dies ist im Kern die Frage, mit der sich der Gerichtshof im vorliegenden Vorabentscheidungsverfahren auseinanderzusetzen hat. Dabei beschäftigen ihn zum ersten Mal materiell-rechtliche Vorschriften der Richtlinie 2004/113/EG[2], einer der so genannten Antidiskriminierungsrichtlinien[3], welche in letzter Zeit durchaus kontrovers diskutiert wurden.

2. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 erlaubt es den Mitgliedstaaten, geschlechtsspezifische Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen zuzulassen, wenn das Geschlecht ein bestimmender Risikofaktor ist und dies durch relevante und genaue versicherungsmathematische und statistische Daten untermauert werden kann. Zahlreiche Mitgliedstaaten haben für einen oder mehrere Versicherungstypen von dieser Ausnahme Gebrauch gemacht.

3. Der belgische Verfassungsgerichtshof fragt nun jedoch an, ob diese Richtlinienbestimmung mit höherrangigem Unionsrecht, genauer gesagt mit dem grundrechtlich verankerten Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, vereinbar ist. Im Hintergrund dieses Vorabentscheidungsersuchens steht eine von der Verbrauchervereinigung Association Belge des Consommateurs Test-Achats (im Folgenden: Test-Achats) und zwei Privatpersonen erhobene Verfassungsklage gegen das belgische Umsetzungsgesetz zur Richtlinie 2004/113.

1 — Originalsprache: Deutsch.

2 — 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. L 373, S. 37), im Folgenden: Richtlinie 2004/113.

3 — Zu den Antidiskriminierungsrichtlinien gehören außerdem die Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft (ABl. L 180, S. 22), die Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf (ABl. L 303, S. 16) und die Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (ABl. L 204, S. 23).

II — Rechtlicher Rahmen

A — *Unionsrecht*

4. Der unionsrechtliche Rahmen dieses Falles wird durch die auf Unionsebene geltenden Grundrechte bestimmt, auf die Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union Bezug nimmt. Diese Grundrechte, wie sie insbesondere in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union [4] zum Ausdruck kommen, stellen den Maßstab für die Prüfung der Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 dar.

Der Vertrag über die Europäische Union

5. Bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 enthielt der Vertrag über die Europäische Union in der Fassung des Vertrags von Amsterdam folgenden Art. 6 (im Folgenden: Art. 6 EU):

„(1) Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.

(2) Die Union achtet die Grundrechte, wie sie in der am 4. November 1950 in Rom unterzeichneten Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.

…“

6. In seiner aus dem Vertrag von Lissabon hervorgegangenen Fassung lautet Art. 6 des Vertrags über die Europäische Union (im Folgenden: EUV n. F.) auszugsweise wie folgt:

„(1) Die Union erkennt die Rechte, Freiheiten und Grundsätze an, die in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 7. Dezember 2000 in der am 12. Dezember 2007 in Straßburg angepassten Fassung niedergelegt sind; die Charta der Grundrechte und die Verträge sind rechtlich gleichrangig.

…

(3) Die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, sind als allgemeine Grundsätze Teil des Unionsrechts.“

4 — Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union wurde zunächst am 7. Dezember 2000 in Nizza (ABl. 2000, C 364, S. 1) und sodann ein weiteres Mal am 12. Dezember 2007 in Straßburg (ABl. 2007, C 303, S. 1, und ABl. 2010, C 83, S. 389) feierlich proklamiert.

Die Charta der Grundrechte

7. Die Charta der Grundrechte enthält in ihrem Titel III Bestimmungen über die Gleichheit. Art. 20 der Charta, der mit „Gleichheit vor dem Gesetz“ überschrieben ist, legt fest:

„Alle Personen sind vor dem Gesetz gleich.“

8. Art. 21 Abs. 1 der Charta enthält den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, der wie folgt abgefasst ist:

„Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.“

9. Außerdem schreibt Art. 23 Abs. 1 der Charta unter der Überschrift „Gleichheit von Frauen und Männern“ vor:

„Die Gleichheit von Frauen und Männern ist in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen.“

Richtlinie 2004/113

10. Die Richtlinie 2004/113 ist auf Art. 13 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 19 Abs. 1 AEUV) gestützt. Ihr Zweck wird in ihrem Art. 1 festgelegt:

„Zweck dieser Richtlinie ist die Schaffung eines Rahmens für die Bekämpfung geschlechtsspezifischer Diskriminierungen beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zur Umsetzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen in den Mitgliedstaaten.“

11. Eine Definition des Grundsatzes der Gleichbehandlung im Sinne der Richtlinie 2004/113 enthält deren Art. 4 Abs. 1:

„Im Sinne dieser Richtlinie bedeutet der Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen,

a) dass keine unmittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, auch keine Schlechterstellung von Frauen aufgrund von Schwangerschaft oder Mutterschaft, erfolgen darf;

b) dass keine mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts erfolgen darf."

12. Unter der Überschrift „Versicherungsmathematische Faktoren" ist in Art. 5 der Richtlinie 2004/113 Folgendes geregelt:

„(1) Die Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass spätestens bei den nach dem 21. Dezember 2007 neu abgeschlossenen Verträgen die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Prämien und Leistungen im Bereich des Versicherungswesens und verwandter Finanzdienstleistungen nicht zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führt.

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 können die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen, proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die betreffenden Mitgliedstaaten informieren die Kommission und stellen sicher, dass genaue Daten in Bezug auf die Berücksichtigung des Geschlechts als bestimmender versicherungsmathematischer Faktor erhoben, veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden. Diese Mitgliedstaaten überprüfen ihre Entscheidung fünf Jahre nach dem 21. Dezember 2007, wobei sie dem in Artikel 16 genannten Bericht der Kommission Rechnung tragen, und übermitteln der Kommission die Ergebnisse dieser Überprüfung.

(3) Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen führen.

Die Mitgliedstaaten können die Durchführung der aufgrund dieses Absatzes erforderlichen Maßnahmen bis spätestens zwei Jahre nach dem 21. Dezember 2007 aufschieben. In diesem Fall unterrichten die betreffenden Mitgliedstaaten unverzüglich die Kommission."

13. Ergänzend ist auf die Präambel der Richtlinie 2004/113 hinzuweisen, deren erster, vierter, 18. und 19. Erwägungsgrund wie folgt abgefasst sind:

„(1) Nach Artikel 6 des Vertrags über die Europäische Union beruht die Union auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind den Mitgliedstaaten gemeinsam; sie achtet ferner die Grundrechte, wie sie in der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als

allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben.

…

(4) Die Gleichstellung von Männern und Frauen ist ein grundlegendes Prinzip der Europäischen Union. Nach Artikel 21 und 23 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist jegliche Diskriminierung wegen des Geschlechts verboten und muss die Gleichheit von Männern und Frauen in allen Bereichen gewährleistet werden.

…

(18) Die Anwendung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren ist im Bereich des Versicherungswesens und anderer verwandter Finanzdienstleistungen weit verbreitet. Zur Gewährleistung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen sollte die Berücksichtigung geschlechtsspezifischer versicherungsmathematischer Faktoren nicht zu Unterschieden bei den Prämien und Leistungen führen. Damit es nicht zu einer abrupten Umstellung des Marktes kommen muss, sollte die Anwendung dieser Regel nur für neue Verträge gelten, die nach dem Zeitpunkt der Umsetzung dieser Richtlinie abgeschlossen werden.

(19) Bestimmte Risikokategorien können bei Männern und Frauen unterschiedlich sein. In einigen Fällen ist das Geschlecht ein bestimmender Faktor bei der Beurteilung der versicherten Risiken, wenn auch nicht unbedingt der Einzige. Bei Verträgen, mit denen diese Arten von Risiken versichert werden, können die Mitgliedstaaten entscheiden, Ausnahmen von der Regel geschlechtsneutraler Prämien und Leistungen zuzulassen, sofern sie sicherstellen können, dass die zugrunde liegenden versicherungsmathematischen und statistischen Daten, auf die sich die Berechnungen stützen, verlässlich sind, regelmäßig aktualisiert werden und der Öffentlichkeit zugänglich sind. Ausnahmen sind nur dann zulässig, wenn das betreffende nationale Recht die Regel der Geschlechtsneutralität bisher noch nicht vorsah. Fünf Jahre nach der Umsetzung dieser Richtlinie sollten die Mitgliedstaaten prüfen, inwieweit diese Ausnahmen noch gerechtfertigt sind, wobei die neuesten versicherungsmathematischen und statistischen Daten sowie ein Bericht, den die Kommission drei Jahre nach der Umsetzung dieser Richtlinie vorlegen wird, zu berücksichtigen sind."

B — *Nationales Recht*

14. Aus dem belgischen Recht ist das Gesetz vom 21. Dezember 2007 [5] relevant, das der Umsetzung der Richtlinie 2004/113 dient [6].

5 — Gesetz zur Abänderung des Gesetzes vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Männern und Frauen, was die Geschlechtszugehörigkeit in Versicherungsangelegenheiten betrifft (*Moniteur belge* Nr. 373 vom 31. Dezember 2007, S. 66175).

6 — Diese Zielsetzung ergibt sich aus Art. 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007.

Durch dieses Gesetz wird eine nur wenige Monate früher erlassene Gesetzesbestimmung, genauer gesagt Art. 10 des Gesetzes vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern [7], mit Wirkung vom 20. Dezember 2007 wie folgt neu gefasst [8]:

„Art. 10 § 1. In Abweichung von Artikel 8 kann eine proportionale unmittelbare Unterscheidung aufgrund des Geschlechts bei der Festlegung der Versicherungsprämien und -leistungen gemacht werden, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.

Diese Abweichung gilt nur für Lebensversicherungsverträge im Sinne von Artikel 97 des Gesetzes vom 25. Juni 1992 über den Landversicherungsvertrag.

§ 2. Kosten in Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen ab dem 21. Dezember 2007 auf keinen Fall zu unterschiedlichen Versicherungsprämien und -leistungen führen.

§ 3. Die Kommission für das Bank-, Finanz- und Versicherungswesen sammelt die in § 1 erwähnten versicherungsmathematischen und statistischen Daten, gewährleistet die Veröffentlichung dieser Daten spätestens am 20. Juni 2008 und anschließend die Veröffentlichung der aktualisierten Daten alle zwei Jahre und veröffentlicht sie auf ihrer Internetseite. Diese Daten werden alle zwei Jahre aktualisiert.

Die Kommission für das Bank-, Finanz- und Versicherungswesen ist ermächtigt, die dazu notwendigen Daten von den betreffenden Einrichtungen, Unternehmen oder Personen zu verlangen. Sie bestimmt, welche Daten übermittelt werden müssen, sowie die Art und Form ihrer Übermittlung.

§ 4. Die Kommission für das Bank-, Finanz- und Versicherungswesen übermittelt der Europäischen Kommission spätestens am 21. Dezember 2009 die Daten, über die sie aufgrund des vorliegenden Artikels verfügt. Sie übermittelt der Europäischen Kommission diese Daten jedes Mal, wenn sie aktualisiert sind.

§ 5. Die Gesetzgebenden Kammern bewerten vor dem 1. März 2011 die Anwendung des vorliegenden Artikels aufgrund der in den Paragraphen 3 und 4 erwähnten Daten, des in Artikel 16 der Richtlinie 2004/113/EG erwähnten Berichts der Europäischen Kommission und der Situation in den anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union.

7 — *Moniteur belge* Nr. 159 vom 30. Mai 2007, S. 29031.

8 — Die Änderung wird durch Art. 3 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 bewirkt; der Zeitpunkt des Inkrafttretens ergibt sich aus seinem Art. 5.

Diese Bewertung erfolgt aufgrund eines Berichts, der den Gesetzgebenden Kammern binnen zwei Jahren von einer Bewertungskommission vorgelegt wird.

Der König bestimmt durch einen im Ministerrat beratenen Erlass die Modalitäten in Bezug auf die Zusammensetzung und Bestellung der Bewertungskommission, die Form und den Inhalt des Berichts.

Die Kommission wird unter anderem Bericht über die Auswirkungen des vorliegenden Artikels auf die Marktsituation erstatten und auch andere Segmentierungskriterien als die geschlechtsbezogenen Kriterien untersuchen.

§ 6. Vorliegende Bestimmung findet keine Anwendung auf die im Rahmen einer zusätzlichen Sozialversicherungsregelung abgeschlossenen Versicherungsverträge. Für diese Verträge gilt ausschließlich Artikel 12."

15. Außerdem enthält Art. 4 des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 folgende Bestimmung:

„In Erwartung der durch die Kommission für das Bank-, Finanz- und Versicherungswesen zu veranlassenden Veröffentlichung der relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten im Sinne von Art. 10 § 3 des Gesetzes vom 10. Mai 2007 zur Bekämpfung der Diskriminierung zwischen Frauen und Männern [in der Fassung des vorliegenden Gesetzes] ist eine unmittelbare Unterscheidung aufgrund des Geschlechts bei der Festlegung der Versicherungsprämien und -leistungen zulässig, wenn sie durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt ist und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind. Die Kommission für das Bank-, Finanz- und Versicherungswesen veröffentlicht diese Daten spätestens am 20. Juni 2008."

III — Ausgangsverfahren

16. Beim Verfassungsgerichtshof des Königreichs Belgien ist eine Klage auf Nichtigerklärung des Gesetzes vom 21. Dezember 2007 anhängig. Diese Klage wurde im Juni 2008 von Test-Achats als Verbrauchervereinigung ohne Gewinnerzielungsabsicht sowie von zwei Privatpersonen erhoben.

17. Im Kern machen die Kläger des Ausgangsrechtsstreits geltend, das Gesetz vom 21. Dezember 2007 sei mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht vereinbar. Es verstoße gegen die Art. 10, 11 und 11bis der belgischen Verfassung in Verbindung mit Art. 13 EG, der Richtlinie 2004/113, den Art. 20, 21 und 23 der Charta

der Grundrechte, Art. 14 EMRK [9], Art. 26 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte [10] sowie das Internationale Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau [11].

18. Der Verfassungsgerichtshof stellt fest, dass das streitige Gesetz von dem Ausnahmetatbestand gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 Gebrauch macht und somit die Rügen der Kläger auch jener Richtlinienbestimmung gelten. Unter diesen Umständen hält es der Verfassungsgerichtshof für notwendig, vor seiner Entscheidung über die bei ihm anhängige Verfassungsklage die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zu beurteilen. Ausdrücklich erkennt der Verfassungsgerichtshof an, dass zur Beurteilung dieser Gültigkeitsfrage allein der Gerichtshof zuständig ist, zu dessen Anrufung er als nationales Gericht, dessen Entscheidungen nicht mit einem innerstaatlichen Rechtsmittel angefochten werden können, gemäß Art. 234 Abs. 3 EG (nunmehr Art. 267 Abs. 3 AEUV) verpflichtet ist.

IV — Vorabentscheidungsersuchen und Verfahren vor dem Gerichtshof

19. Mit Urteil vom 18. Juni 2009 hat der belgische Verfassungsgerichtshof dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt [12]:

„1) Ist Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG vereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EU und insbesondere mit dem durch diese Bestimmung gewährleisteten Gleichheits- und Nichtdiskriminierungsgrundsatz?

2) Falls die erste Frage verneinend beantwortet wird: Ist derselbe Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie ebenfalls unvereinbar mit Art. 6 Abs. 2 EU, wenn seine Anwendung

9 — Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten („EMRK", unterzeichnet in Rom am 4. November 1950). Der EMRK kommt nach ständiger Rechtsprechung besondere Bedeutung für die Feststellung des von der Europäischen Union einzuhaltenden Grundrechtsstandards zu; vgl. statt vieler das Urteil des Gerichtshofs vom 26. Juni 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone u. a. (C-305/05, Slg. 2007, I-5305, Randnr. 29 mit weiteren Nachweisen); vgl. auch Art. 6 Abs. 2 EU bzw. Art. 6 Abs. 3 EUV n. F.

10 — Am 19. Dezember 1966 zur Unterzeichnung aufgelegt, in Kraft getreten am 23. März 1976 (*UNTS* Bd. 999, S. 171).

11 — Am 18. Dezember 1979 zur Unterzeichnung aufgelegt, in Kraft getreten am 3. September 1981 (*UNTS* Bd. 1249, S. 13).

12 — Urteil Nr. 103/2009, Az. 4486, auf der Internetseite des belgischen Verfassungsgerichtshofs unter < http://www.const-court.be/de/common/home.html > abrufbar (zuletzt besucht am 1. September 2010).

auf Lebensversicherungsverträge beschränkt wird?“

20. Im Verfahren vor dem Gerichtshof haben sich neben Test-Achats die Regierungen Belgiens, Irlands, Frankreichs, Litauens, Finnlands und des Vereinigten Königreichs sowie der Rat der Europäischen Union und die Europäische Kommission schriftlich geäußert. An der mündlichen Verhandlung vom 1. Juni 2010 haben sich Test-Achats, die Regierungen Belgiens, Irlands und des Vereinigten Königreichs sowie der Rat und die Kommission beteiligt.

V — Würdigung

21. Mit Art. 5 Abs. 2 steht eine Bestimmung der Richtlinie 2004/113 auf dem Prüfstand, die im ursprünglichen Richtlinienvorschlag der Kommission [13] gar nicht enthalten war. Mehr noch: In der Begründung ihres Richtlinienvorschlags hatte sich die Kommission nach ausführlicher Auseinandersetzung mit der hier streitigen Problematik dezidiert gegen die Ermöglichung geschlechtsspezifischer Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen ausgesprochen und diese ausdrücklich für unvereinbar mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz gehalten [14].

22. Umso erstaunlicher ist es, dass die Kommission im vorliegenden Verfahren mit Nachdruck die These vertritt, Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 beinhalte keinerlei Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, sondern sei geradezu Ausdruck dieses Grundsatzes. Ihren plötzlichen Sinneswandel konnte die Kommission auch auf Nachfrage nicht plausibel erklären.

23. Für meinen Teil habe ich erhebliche Zweifel, ob Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 in seiner vom Rat gewählten Ausgestaltung überhaupt geeignet ist, dem Grundsatz der Gleichbehandlung Ausdruck zu verleihen, namentlich dem Gebot, unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich zu behandeln. Eine Vorschrift, die dies bezweckt, müsste in allen Mitgliedstaaten Geltung beanspruchen. Tatsächlich soll aber Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 nach Auffassung des Unionsgesetzgebers nur anwendbar sein, „wenn das betreffende nationale Recht die Regel der Geschlechtsneutralität bisher noch nicht vorsah“ [15]. Die Vorschrift führt also dazu, dass in manchen Mitgliedstaaten Männer und

13 — Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Frauen und Männern beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, KOM(2003) 657 endg.

14 — Vorschlag der Kommission (zitiert in Fn. 13, S. 7 ff., insbesondere S. 9 unten).

15 — Vgl. 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113, vierter Satz.

Frauen im Hinblick auf ein Versicherungsprodukt unterschiedlich behandelt werden dürfen, wohingegen sie in anderen Mitgliedstaaten im Hinblick auf dasselbe Versicherungsprodukt gleich zu behandeln sind. Dass eine solche Rechtslage Ausfluss des unionsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes sein soll, ist schwer nachvollziehbar.

A — *Erste Frage*

24. Mit seiner ersten Frage begehrt der belgische Verfassungsgerichtshof Auskunft über die Gültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113. Im Kern möchte er wissen, ob diese Vorschrift mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung vereinbar ist.

25. Während Test-Achats der Auffassung ist, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gegen diesen Grundsatz verstößt, beziehen die am Verfahren beteiligten Mitgliedstaaten und Unionsorgane allesamt den entgegengesetzten Standpunkt.

1. Allgemeines

26. Die Europäische Union ist eine Union des Rechts; weder die Unionsorgane noch die Mitgliedstaaten sind der Kontrolle daraufhin entzogen, ob ihre Handlungen mit der „Verfassungsurkunde" der Union im Einklang stehen, wie sie in den Verträgen niedergelegt ist [16].

27. Voraussetzung für die Rechtmäßigkeit aller Handlungen der Union ist die Achtung der Grund- und Menschenrechte [17]. Denn die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit (Art. 6 Abs. 1 EU [18]). Sie achtet die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Rechtsgrundsätze ergeben (Art. 6 Abs. 2 EU [19]).

28. Eine Zusammenfassung der auf Unionsebene garantierten Grundrechte findet sich heute in der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, die seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon den Verträgen

16 — Urteile vom 23. April 1986, Les Verts/Parlament (294/83, Slg. 1986, 1339, Randnr. 23), und vom 3. September 2008, Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission („Kadi", C-402/05 P und C-415/05 P, Slg. 2008, I-6351, Randnr. 281).

17 — In diesem Sinne Urteil Kadi (zitiert in Fn. 16, Randnr. 285).

18 — Dieser Vorschrift entspricht nunmehr im Wesentlichen Art. 2 EUV n. F.

19 — Dieser Vorschrift entspricht nunmehr Art. 6 Abs. 3 EUV n. F.

rechtlich gleichrangig ist (Art. 6 Abs. 1 EUV n. F.) [20]. Auch für die Zeit vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, als die Charta noch keine dem Primärrecht vergleichbaren bindenden Rechtswirkungen entfaltete, kann sie aber als Erkenntnisquelle für den Grundrechtsschutz auf Unionsebene herangezogen werden [21]; dies gilt nicht zuletzt dann, wenn ein Rechtsakt auf dem Prüfstand steht, in dem der Unionsgesetzgeber selbst auf die Charta Bezug genommen hat, so wie dies im vorliegenden Fall im 4. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113 geschehen ist [22].

29. Der allgemeine Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung findet in Art. 20 der Charta der Grundrechte seinen Ausdruck, welcher die Gleichheit aller Personen vor dem Gesetz festschreibt. Im vorliegenden Fall geht es jedoch um den Grundsatz der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung von Männern und Frauen, der schon früh vom Gerichtshof als grundlegendes Prinzip des Unionsrechts anerkannt wurde [23] und nun als Grundrecht in Art. 21 Abs. 1 und Art. 23 Abs. 1 der Charta der Grundrechte speziell niedergelegt ist. Nur auf diesen Grundsatz gehe ich im Folgenden ein. Da für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens kein wesentlicher Unterschied zwischen den Begriffen „Gleichbehandlungsgrundsatz", „Grundsatz der Nichtdiskriminierung" und „Diskriminierungsverbot" besteht, werde ich sie als Synonyme verwenden.

30. Dass der Unionsgesetzgeber in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 nicht selbst nach dem Geschlecht von Versicherten differenziert, sondern lediglich die Mitgliedstaaten dazu ermächtigt, hat keinen Einfluss auf die Prüfung der Vereinbarkeit dieser Vorschrift mit höherrangigem Recht. Denn der Unionsgesetzgeber darf die Mitgliedstaaten nicht zu Maßnahmen ermächtigen, die gegen die Unionsgrundrechte verstoßen würden, und es obliegt dem Gerichtshof, dies zu überprüfen [24].

20 — Vgl. auch Urteile vom 19. Januar 2010, Kücükdeveci (C-555/07, Slg. 2010, I-365, Randnr. 22), und vom 1. Juli 2010, Knauf Gips/Kommission (C-407/08 P, Slg. 2010, I-6375, Randnr. 91).

21 — In diesem Sinne Urteile vom 13. März 2007, Unibet (C-432/05, Slg. 2007, I-2271, Randnr. 37), vom 11. Dezember 2007, International Transport Workers' Federation und Finnish Seamen's Union (C-438/05, Slg. 2007, I-10779, Randnrn. 43 und 44), vom 18. Dezember 2007, Laval un Partneri (C-341/05, Slg. 2007, I-11767, Randnrn. 90 und 91), und vom 14. Februar 2008, Dynamic Medien (C-244/06, Slg. 2008, I-505, Randnr. 41).

22 — In diesem Sinne Urteil vom 27. Juni 2006, Parlament/Rat („Familienzusammenführung", C-540/03, Slg. 2006, I-5769, Randnr. 38).

23 — Urteile vom 8. April 1976, Defrenne („Defrenne II", 43/75, Slg. 1976, 455, Randnr. 12), und vom 15. Juni 1978, Defrenne („Defrenne III", 149/77, Slg. 1978, 1365, Randnrn. 26 und 27).

24 — In diesem Sinne Urteil Familienzusammenführung (zitiert in Fn. 22, insbesondere Randnrn. 76, 84, 90 und 103).

2. Die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen

31. Der Gerichtshof betont in ständiger Rechtsprechung die fundamentale Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen [25]. Diese Bedeutung wird auch in den Verträgen an prominenter Stelle unterstrichen, zum Zeitpunkt des Erlasses der Richtlinie 2004/113 etwa in Art. 2 EG und in Art. 3 Abs. 2 EG, heute in Art. 2 EUV n. F., Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV n. F., Art. 8 AEUV und Art. 10 AEUV.

32. Gleichwohl haben einige Verfahrensbeteiligte versucht, die Bedeutung dieses Grundsatzes für den vorliegenden Fall herunterzuspielen. Keines der hierzu vorgebrachten Argumente ist jedoch überzeugend.

33. Anders als der Rat und die Kommission zu meinen scheinen, folgt erstens aus der Rechtsgrundlage des Art. 13 Abs. 1 EG, auf die die Richtlinie 2004/113 gestützt ist, nicht, dass der Unionsgesetzgeber bei der inhaltlichen Ausgestaltung von Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen weitgehend freie Hand hätte.

34. Sicherlich handelt es sich bei Art. 13 Abs. 1 EG um eine Bestimmung, nach der der Rat „Vorkehrungen" zur Bekämpfung von Diskriminierungen treffen „kann". Deshalb steht ihm zweifelsohne ein gewisses Ermessen hinsichtlich der Zweckmäßigkeit, des sachlichen Anwendungsbereichs und des Inhalts der von ihm zu erlassenden Antidiskriminierungsvorschriften zu. In den Grenzen des Willkürverbots hätte der Rat somit grundsätzlich auch einzelne Dienstleistungen wie Versicherungen gänzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/113 ausnehmen können.

35. Mit der Richtlinie 2004/113, namentlich mit ihrem Art. 5, hat sich der Rat jedoch bewusst dafür entschieden, Antidiskriminierungsvorschriften auf dem Gebiet des Versicherungswesens zu erlassen. Solche Vorschriften müssen ohne Einschränkung einer Überprüfung am Maßstab höherrangigen Unionsrechts, insbesondere am Maßstab der Unionsgrundrechte, standhalten. Sie müssen, um es mit den Worten von Art. 13 Abs. 1 EG (nun Art. 19 Abs. 1 AEUV) auszudrücken, „geeignet" sein, Diskriminierungen zu bekämpfen, nicht etwa dürfen sie ihrerseits zu Diskriminierungen führen. Der Rat kann sich dieser Überprüfung nicht mit dem lapidaren Hinweis darauf entziehen, dass er auch hätte untätig bleiben können.

36. Zweitens lässt sich die Bedeutung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen im vorliegenden Fall nicht unter Verweis darauf mindern, dass es

25 — Vgl. grundlegend die Urteile vom 26. Februar 1986, Marshall (152/84, Slg. 1986, 723, Randnr. 36) und Beets-Proper (262/84, Slg. 1986, 773, Randnr. 38), ferner die Urteile vom 24. Februar 1994, Roks u. a. (C-343/92, Slg. 1994, I-571, Randnr. 36), vom 6. April 2000, Jørgensen (C-226/98, Slg. 2000, I-2447, Randnr. 39), vom 20. März 2003, Kutz-Bauer (C-187/00, Slg. 2003, I-2741, Randnr. 60), und vom 23. Oktober 2003, Schönheit und Becker (C-4/02 und C-5/02, Slg. 2003, I-12575, Randnr. 85).

sich um „kein absolutes Recht“, d. h. um kein schrankenloses Grundrecht, handle. Denn auch wenn Grundrechte in aller Regel eingeschränkt werden können, sind sie doch als Maßstab für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von Rechtsakten heranzuziehen [26].

37. Sicherlich können Ungleichbehandlungen zwischen den Geschlechtern unter bestimmten Umständen gerechtfertigt sein. Die Rechtfertigung einer *unmittelbaren* Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, um deren Prüfung allein es im vorliegenden Fall geht, ist jedoch nur in engen Grenzen denkbar und muss sorgsam begründet werden. Keineswegs steht es dem Unionsgesetzgeber frei, beliebig Ausnahmen vom Gleichbehandlungsgrundsatz zuzulassen und auf diese Weise das Diskriminierungsverbot auszuhöhlen.

38. Ich füge hinzu, dass das Verbot von Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts hinsichtlich seines Inhalts keiner irgendwie gearteten Konkretisierung durch den Unionsgesetzgeber bedarf. Dass der Unionsgesetzgeber bisweilen sekundärrechtliche Maßnahmen zur Förderung der Gleichbehandlung von Männern und Frauen und zur Bekämpfung fortbestehender Diskriminierungen zwischen ihnen ergreift — und angesichts der Zielvorgaben der Verträge [27] auch ergreifen *soll* —, relativiert nicht die Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als Grundrecht und Verfassungsprinzip der Europäischen Union, sondern unterstreicht geradezu dessen herausragenden Stellenwert in allen Bereichen.

39. Trifft der Unionsgesetzgeber „Vorkehrungen“ im Sinne von Art. 13 Abs. 1 EG (nunmehr Art. 19 Abs. 1 AEUV) zur Bekämpfung von Diskriminierungen und zur Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen, so muss er dies im Einklang mit den Vorgaben des primärrechtlich verankerten Grundsatzes der Gleichbehandlung der Geschlechter tun.

3. Prüfung der Vereinbarkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen

40. Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gestattet es den Mitgliedstaaten, unter den dort

26 — Vgl. zum Gleichbehandlungsgrundsatz Urteile vom 14. Juni 1990, Weiser (C-37/89, Slg. 1990, I-2395, Randnrn. 13 und 14), und vom 11. September 2007, Lindorfer/Rat (C-227/04 P, Slg. 2007, I-6767, Randnr. 51); im selben Sinne, bezogen auf das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens, Urteil Familienzusammenführung (zitiert in Fn. 22, insbesondere Randnrn. 76, 90 und 103).

27 — Vgl. dazu die oben (Nr. 31 dieser Schlussanträge) angeführten Bestimmungen der Verträge.

genannten Bedingungen geschlechtsspezifische Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen zuzulassen. Damit erlaubt die Vorschrift Unterschiede in Versicherungsverträgen, die unmittelbar an das Geschlecht des Versicherten [28] anknüpfen.

41. Dies bedeutet nicht zwangsläufig, dass Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 einer unionsrechtlich verbotenen unmittelbaren Diskriminierung aufgrund des Geschlechts den Weg bereitet. Nach ständiger Rechtsprechung [29] verlangt nämlich der Grundsatz der Gleichbehandlung bzw. Nichtdiskriminierung, von dem das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts lediglich eine spezielle Ausprägung darstellt, dass vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden, sofern eine solche Behandlung nicht objektiv gerechtfertigt ist [30].

42. Zu prüfen ist also, ob die Situationen, in denen sich Männer und Frauen im Hinblick auf Versicherungsdienstleistungen befinden, sich in rechtlich erheblicher Weise unterscheiden können.

43. Die Merkmale von Sachverhalten und ihre Vergleichbarkeit sind u. a. im Lichte des Ziels und des Zwecks der Regelung, die die fragliche Unterscheidung einführt, zu bestimmen und zu beurteilen. Außerdem sind die Grundsätze und Ziele des Regelungsbereichs zu berücksichtigen, dem die in Rede stehende Regelung unterfällt [31].

44. Wie mehrere Beteiligte im Verfahren vor dem Gerichtshof ausgeführt haben, soll mit Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 den Besonderheiten des Versicherungswesens Rechnung getragen werden. Versicherungsunternehmen bieten Dienstleistungen an, von denen bei Vertragsabschluss nicht sicher gesagt werden kann, ob, wann und in welchem Ausmaß sie der Versicherte in Anspruch nehmen wird. Um dieses Risiko kalkulierbar zu machen und die jeweiligen Produkte risikogerecht auszugestalten, ist bei der versicherungsmathematischen Berechnung von Prämien und Leistungen der Rückgriff auf Prognosen unverzichtbar.

28 — Bisweilen kann es auch um das Geschlecht des Begünstigten des Versicherungsvertrags gehen, der nicht notwendigerweise mit dem Versicherungsnehmer identisch sein muss. Aus Gründen der Vereinfachung spreche ich aber im Folgenden durchgehend vom Versicherten.

29 — Urteile vom 13. Dezember 1984, Sermide (106/83, Slg. 1984, 4209, Randnr. 28), vom 6. Dezember 2005, ABNA u. a. (C-453/03, C-11/04, C-12/04 und C-194/04, Slg. 2005, I-10423, Randnr. 63), vom 16. Dezember 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine u. a. („Arcelor", C-127/07, Slg. 2008, I-9895, Randnr. 23), und vom 7. Juli 2009, S.P.C.M. u. a. (C-558/07, Slg. 2009, I-5783, Randnr. 74).

30 — Nichts anderes legt übrigens die Richtlinie 2004/113 selbst in ihrem Art. 2 Buchst. a fest, indem sie für die unmittelbare Diskriminierung folgende Begriffsbestimmung prägt: „wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts in einer vergleichbaren Situation eine weniger günstige Behandlung erfährt, als eine andere Person erfährt, erfahren hat oder erfahren würde". Auch in den übrigen Antidiskriminierungsrichtlinien finden sich entsprechende Begriffsbestimmungen (vgl. Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/43, Art. 2 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 2000/78 und Art. 2 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie 2006/54).

31 — Urteil Arcelor (zitiert in Fn. 29, Randnr. 26).

45. Bei Risikolebensversicherungen und Rentenversicherungen kommt es beispielsweise auf die prognostizierte Lebenserwartung des Versicherten an, im Fall von Kraftfahrzeug-Haftpflichtversicherungen auf die Wahrscheinlichkeit, mit der der Versicherte im Straßenverkehr einen Unfall verursachen wird, und bei der privaten Krankenversicherung auf die Wahrscheinlichkeit, mit der der Versicherte bestimmte medizinische Leistungen in Anspruch nehmen wird.

46. Normalerweise wird dabei nicht in erster Linie eine individuelle Prognose über den jeweiligen Versicherten angestellt, sondern es wird auf Erfahrungswerte zurückgegriffen. Dies liegt vor allem daran, dass genaue Aussagen über das mit einem Individuum verbundene Versicherungsrisiko schwierig, wenn nicht gar unmöglich sind. Es ist deshalb im Grundsatz durchaus legitim, zur Risikobewertung statt — oder neben — einer individuellen Betrachtung eine Gruppenbetrachtung durchzuführen.

47. Welche Vergleichsgruppen aber zu diesem Zweck gebildet werden dürfen, hängt letztlich immer von den jeweiligen rechtlichen Rahmenbedingungen ab. Bei der Festlegung solcher Rahmenbedingungen, die politische, wirtschaftliche und soziale Entscheidungen beinhaltet sowie komplexe Beurteilungen und Prüfungen erfordern kann, genießt der Rat im Rahmen der Ausübung der ihm übertragenen Zuständigkeiten einen weiten Beurteilungsspielraum („Ermessen“) [32].

32 — Ständige Rechtsprechung, vgl. nur Urteile Arcelor (zitiert in Fn. 29, Randnr. 57), S.P.C.M. u. a. (zitiert in Fn. 29, Randnr. 42) und vom 8. Juni 2010, Vodafone u. a. (C-58/08, Slg. 2010, I-4999, Randnr. 52).

Darauf haben zahlreiche Verfahrensbeteiligte zu Recht hingewiesen. Im Rahmen seines Ermessens darf — und muss — der Rat auch auf die spezifischen Besonderheiten des Versicherungswesens Rücksicht nehmen.

48. Allerdings ist dieses Ermessen des Rates nicht grenzenlos. Insbesondere darf seine Inanspruchnahme nicht dazu führen, dass ein tragender Grundsatz des Unionsrechts ausgehöhlt wird [33]. Zu den tragenden Grundsätzen des Unionsrechts gehören nicht zuletzt die in Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte normierten besonderen Diskriminierungsverbote.

49. Deshalb darf der Rat beispielsweise die Rasse und die ethnische Herkunft einer Person nicht als Differenzierungsgründe im Versicherungswesen zulassen [34]. In einer Union des Rechts, welche die Achtung der

33 — Urteil vom 9. September 2003, Rinke (C-25/02, Slg. 2003, I-8349, Randnr. 39). Im selben Sinne, allerdings in Bezug auf mitgliedstaatliche Maßnahmen im Bereich der Sozialpolitik, Urteile vom 9. Februar 1999, Seymour-Smith und Perez (C-167/97, Slg. 1999, I-623, Randnrn. 74 und 75), Kutz-Bauer (zitiert in Fn. 25, Randnrn. 55 bis 57), vom 11. September 2003, Steinicke (C-77/02, Slg. 2003, I-9027, Randnr. 63), und vom 18. Januar 2007, Confédération générale du travail u. a. (C-385/05, Slg. 2007, I-611, Randnrn. 28 und 29). Ähnlich ging der Gerichtshof in einigen jüngeren Urteilen zum Verbot der Altersdiskriminierung vor; vgl. Urteile vom 22. November 2005, Mangold (C-144/04, Slg. 2005, I-9981, Randnrn. 63 bis 65), vom 18. Juni 2009, Hütter (C-88/08, Slg. 2009, I-5325, Randnrn. 45 bis 50), und Kücükdeveci (zitiert in Fn. 20, Randnrn. 38 bis 42).

34 — Folgerichtig ist in der Richtlinie 2000/43, mit der der Rat einen unionsrechtlichen Rahmen zur Bekämpfung der Diskriminierung aufgrund der Rasse oder der ethnischen Herkunft geschaffen hat, kein Ausnahmetatbestand für die Berücksichtigung versicherungsmathematischer Faktoren enthalten.

Menschenwürde, der Menschenrechte, der Gleichheit und der Nichtdiskriminierung zu ihren obersten Prinzipien erklärt hat [35], wäre es zweifelsohne in höchstem Maße unangebracht, wenn etwa im Rahmen der Krankenversicherung ein unterschiedliches Risiko von Hautkrebserkrankungen mit der Hautfarbe des Versicherten in Verbindung gebracht und ihm deshalb entweder eine höhere oder eine niedrigere Prämie abverlangt würde.

50. Ebenso wenig ist es angebracht, Versicherungsrisiken am Geschlecht einer Person festzumachen. Es gibt keinen sachlichen Grund, anzunehmen, dass das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einen geringeren Schutz böte als das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund der Rasse und der ethnischen Herkunft. Denn wie die Rasse und die ethnische Herkunft ist auch das Geschlecht ein Merkmal, das untrennbar mit der Person des Versicherten verbunden ist und auf das dieser keinerlei Einfluss hat [36]. Zudem ist das Geschlecht einer Person, anders als etwa ihr Alter [37], keinen natürlichen Veränderungen unterworfen.

51. Es ist daher nur folgerichtig, dass der Rat in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 die Berücksichtigung des Faktors Geschlecht bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen grundsätzlich verboten hat. Sogar die Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen, obgleich sie aus offenkundigen biologischen Gründen nur bei Frauen auftreten können [38], nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2004/113 auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien und Leistungen für männliche und weibliche Versicherte führen.

52. Nichtsdestoweniger lässt es der Rat in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zu, dass das Geschlecht bei der Berechnung von Versicherungsprämien und -leistungen Berücksichtigung findet, wenn es bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Die streitige Vorschrift nimmt also — anders als Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2004/113 — keine eindeutigen biologischen Unterschiede zwischen Versicherten ins Visier. Sie betrifft vielmehr Fälle, in denen sich unterschiedliche Versicherungsrisiken allenfalls *statistisch* mit dem Geschlecht in Verbindung bringen lassen.

53. Im Verfahren vor dem Gerichtshof wurden dafür v. a. diese beiden Beispiele

35 — Art. 2 EUV in der Fassung des Vertrags von Lissabon; ähnlich bereits zuvor Art. 6 Abs. 1 EU.

36 — Vom seltenen Sonderfall der Geschlechtsumwandlung sehe ich im vorliegenden Zusammenhang ab.

37 — Zwar ist auch das Alter ein untrennbar mit der Person verbundenes Merkmal, doch durchläuft jeder Mensch in seinem Leben verschiedene Altersstufen. Werden also Versicherungsprämien und -leistungen je nach Alter unterschiedlich berechnet, so lässt dies für sich genommen noch keine Benachteiligung des Versicherten als Person befürchten. Jedermann kann im Laufe seines Lebens altersbedingt in den Genuss von für ihn mehr oder weniger günstigen Versicherungsprodukten kommen.

38 — Die Heranziehung männlicher Versicherter zur Finanzierung der Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft rechtfertigt sich allerdings nach dem Verursacherprinzip: Zwar können nur Frauen schwanger werden, aber an jeder Schwangerschaft ist auch ein Mann beteiligt.

vorgebracht: Frauen haben — statistisch gesehen — eine höhere Lebenserwartung als Männer, und schwere Verkehrsunfälle werden — statistisch gesehen — häufiger von Männern als von Frauen verursacht. Außerdem wird in Bezug auf private Krankenversicherungen bisweilen vorgebracht, Frauen würden — statistisch gesehen — mehr medizinische Leistungen in Anspruch nehmen als Männer [39].

54. Der Gerichtshof hat bislang noch nicht klar zu der Frage Stellung genommen, ob bei der Ausgestaltung von Versicherungsprodukten Unterschiede zwischen Personen, die sich lediglich statistisch mit deren Geschlecht in Verbindung bringen lassen, zu einer unterschiedlichen Behandlung von männlichen und weiblichen Versicherten führen dürfen oder gar müssen.

55. Zwar hat der Gerichtshof in den Urteilen Neath und Coloroll Pension Trustees zur Kenntnis genommen, dass bei der Finanzierung der dort streitigen Rentensysteme die unterschiedliche Lebenserwartung von Männern und Frauen einer der zugrunde gelegten versicherungsmathematischen Faktoren war [40]. Der Gerichtshof hat sich jedoch nicht zur Vereinbarkeit dieses Faktors mit dem unionsrechtlichen Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geäußert. Vielmehr hat er den Grundsatz des gleichen Entgelts nach Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag (nunmehr Art. 157 Abs. 1 AEUV) *für nicht anwendbar gehalten*, weil nur die Rentenbeiträge der Arbeitgeber von dem versicherungsmathematischen Faktor abhingen, nicht aber die der Arbeitnehmer; damit war seinerzeit nach Ansicht des Gerichtshofs kein Entgelt im Sinne des Unionsrechts betroffen [41].

56. Immerhin hat der Gerichtshof aber in *obiter dicta* in den Urteilen Neath und Coloroll Pension Trustees jeweils ausgeführt, dass die vom Anwendungsbereich des Art. 119 Abs. 1 EWG-Vertrag erfassten *Arbeitnehmerbeiträge* zu betrieblichen Rentensystemen für männliche und weibliche Arbeitnehmer gleich hoch sein müssten, da sie Bestandteil des Entgelts sind [42].

57. Wenn überhaupt, dann legt also die Rechtsprechung Neath und Coloroll Pension

39 — Insbesondere sollen Frauen häufiger an Vorsorgeuntersuchungen teilnehmen und mehr Arzneimittel konsumieren.

40 — Urteile vom 22. Dezember 1993, Neath (C-152/91, Slg. 1993, I-6935, Randnr. 24), und vom 28. September 1994, Coloroll Pension Trustees (C-200/91, Slg. 1994, I-4389, Randnr. 73).

41 — Urteile Neath (Randnrn. 26 bis 34) und Coloroll Pension Trustees (Randnrn. 75 bis 85), zitiert in Fn. 40.

42 — Urteile Neath (Randnr. 31, zweiter Satz) und Coloroll Pension Trustees (Randnr. 80, zweiter Satz), zitiert in Fn. 40.

Trustees eher den Schluss nahe, dass das unionsrechtliche Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts einer Berücksichtigung rein statistisch auftretender Unterschiede zwischen Männern und Frauen im Hinblick auf Versicherungsrisiken entgegensteht.

58. Dies sollte auch für den vorliegenden Fall als Richtschnur dienen.

59. Im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Diskriminierungsverbote können zwar statistische Daten nach ständiger Rechtsprechung auf das Vorliegen einer *mittelbaren Diskriminierung* hindeuten [43]. Der Gerichtshof hat jedoch, soweit ersichtlich, noch nie Statistiken als alleinigen Anknüpfungspunkt — und damit letztlich als Rechtfertigungsgrund — für eine *unmittelbare Ungleichbehandlung* akzeptiert.

60. Diese Zurückhaltung des Gerichtshofs dürfte mit dem hohen Stellenwert zusammenhängen, den das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Unionsrecht genießt. Eine unmittelbare Ungleichbehandlung aufgrund des Geschlechts ist — abgesehen von spezifischen Fördermaßnahmen zugunsten der Angehörigen einer benachteiligten Gruppe („affirmative action") [44] — nur dann zulässig, wenn sich mit Sicherheit feststellen lässt, dass es relevante Unterschiede zwischen Männern und Frauen gibt, die eine solche Behandlung erfordern.

61. Genau an dieser Sicherheit fehlt es aber, wenn Versicherungsprämien und -leistungen allein oder jedenfalls maßgeblich unter Zugrundelegung von Statistiken für Männer und Frauen unterschiedlich berechnet werden. Es wird dann pauschal unterstellt, dass die — lediglich statistisch zu Tage tretende — unterschiedliche Lebenserwartung von männlichen und weiblichen Versicherten, ihre unterschiedliche Risikobereitschaft im Straßenverkehr und ihre unterschiedliche Neigung zur Inanspruchnahme von medizinischen Leistungen maßgeblich auf ihr Geschlecht zurückzuführen seien.

62. Tatsächlich spielen jedoch, wie Test-Achats unwidersprochen vorgetragen hat,

43 — Vgl. etwa Urteile vom 13. Juli 1989, Rinner-Kühn (171/88, Slg. 1989, 2743, Randnrn. 11 und 12), Steinicke (zitiert in Fn. 33, Randnrn. 56 und 57), vom 13. Januar 2004, Allonby (C-256/01, Slg. 2004, I-873, Randnrn. 75 und 81), und vom 12. Oktober 2004, Wippel (C-313/02, Slg. 2004, I-9483, Randnr. 43).

44 — Vgl. Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 2 EUV n. F., Art. 8 AEUV und Art. 157 Abs. 4 AEUV.

zahlreiche andere Faktoren eine wichtige Rolle für die Bewertung der genannten Versicherungsrisiken. So wird beispielsweise die im vorliegenden Fall besonders interessierende Lebenserwartung von Versicherten stark von wirtschaftlichen und sozialen Gegebenheiten sowie von den Lebensgewohnheiten jedes Einzelnen beeinflusst (z. B. Art und Umfang der ausgeübten Berufstätigkeit, familiäres und soziales Umfeld, Ernährungsgewohnheiten, Konsum von Genussmitteln [45] und/oder Drogen, Freizeitaktivitäten, sportliche Betätigung).

63. Angesichts des gesellschaftlichen Wandels und des mit ihm einher gehenden Bedeutungsverlusts traditioneller Rollenbilder lassen sich die Auswirkungen verhaltensbedingter Faktoren auf Gesundheit und Lebenserwartung einer Person nicht mehr eindeutig mit deren Geschlecht in Verbindung bringen. Um nur einige der soeben genannten Beispiele wieder aufzugreifen: sowohl Frauen als auch Männer gehen heutzutage anspruchsvollen und bisweilen äußerst stressreichen beruflichen Tätigkeiten nach, Angehörige beider Geschlechter konsumieren in nicht unerheblichem Umfang Genussmittel, und auch Art und Umfang der sportlichen Betätigung von Personen kann nicht von vornherein mit dem einen oder dem anderen Geschlecht in Verbindung gebracht werden.

64. Aus den Erwägungsgründen der Richtlinie 2004/113 ist nicht ersichtlich, dass der Rat diesen Umständen auch nur ansatzweise Rechnung getragen hätte [46].

65. Der Vielschichtigkeit der Problematik wird es jedenfalls nicht gerecht, wenn der Rat es in Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 schlicht zulässt, dass Unterschiede zwischen Versicherten weiterhin allein oder jedenfalls maßgeblich am Geschlecht der Betroffenen festgemacht werden, selbst wenn dafür gewisse Hürden errichtet werden („bestimmender Faktor“; „proportionale Unterschiede“; „relevante und genaue Daten“, die veröffentlicht und regelmäßig aktualisiert werden).

66. Zugegebenermaßen lässt sich eine Differenzierung nach dem Geschlecht in Versicherungsprodukten besonders leicht in die Tat umsetzen. Die korrekte Erfassung und Bewertung wirtschaftlicher und sozialer Gegebenheiten sowie der Lebensgewohnheiten von Versicherten ist ungleich komplizierter und lässt sich auch schwerer nachprüfen, zumal diese Faktoren im Lauf der Zeit Änderungen unterliegen können. Praktische Schwierigkeiten allein rechtfertigen jedoch nicht, gewissermaßen aus Bequemlichkeitsgründen auf das Geschlecht der Versicherten als Unterscheidungskriterium zurückzugreifen.

45 — Insbesondere Tabak, alkoholhaltige Getränke, Kaffee und Tee.

46 — Vgl. insbesondere den 19. Erwägungsgrund der Richtlinie 2004/113.

67. Mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen ist es unvereinbar, das Geschlecht einer Person gleichsam als *Ersatzkriterium* für andere Differenzierungsmerkmale heranzuziehen. Denn auf diese Weise lässt sich nicht sicherstellen, dass unterschiedliche Versicherungsprämien und -leistungen für männliche und weibliche Versicherte ausschließlich auf objektiven Kriterien beruhen, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben.

68. Rein finanzielle Erwägungen, wie die von manchen Verfahrensbeteiligten ins Feld geführte Gefahr einer Erhöhung der Prämien für einen Teil der Versicherten oder gar für alle Versicherten, stellen jedenfalls keinen sachlichen Grund dar, der Ungleichbehandlung nach dem Geschlecht erlauben würde [47]. Außerdem liegt es nahe, anzunehmen, dass ohne eine Ausnahmeklausel wie Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zwar für manche Versicherten die Prämien höher liegen würden als derzeit; dem müssten aber im Normalfall geringere Prämien für Versicherte des jeweils anderen Geschlechts gegenüberstehen. Jedenfalls hat keiner der Verfahrensbeteiligten vorgebracht, dass bei Einführung so genannter Unisex-Tarife eine ernsthafte Gefahr für das finanzielle Gleichgewicht privater Versicherungssysteme entstünde.

69. Vor diesem Hintergrund bin ich, wie schon vor mir Generalanwalt Van Gerven [48], der Auffassung, dass die Anwendung von auf dem Geschlecht beruhenden versicherungsmathematischen Faktoren mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen nicht vereinbar ist.

70. Alles in allem schlage ich deshalb dem Gerichtshof vor, Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 wegen Verstoßes gegen das grundrechtlich verankerte Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts für ungültig zu erklären. Mit einem solchen Urteil befände sich der Gerichtshof übrigens in guter Gesellschaft: Schon vor mehr als dreißig Jahren hat der Oberste Gerichtshof der Vereinigten Staaten von Amerika im Zusammenhang mit Rentenversicherungen geurteilt, dass der Civil Rights Act von 1964 eine unterschiedliche Behandlung von Versicherten je nach ihrem Geschlecht verbietet [49].

47 — In diesem Sinne Urteile Roks u. a. (zitiert in Fn. 25, Randnr. 36), Schönheit und Becker (zitiert in Fn. 25, Randnr. 85), Steinicke (zitiert in Fn. 33, Randnr. 66), sowie Urteil vom 10. März 2005, Nikoloudi (C-196/02, Slg. 2005, I-1789, Randnr. 53).

48 — Verbundene Schlussanträge des Generalanwalts Van Gerven vom 28. April 1993 in den Rechtssachen Ten Oever u. a. (C-109/91, C-110/91, C-152/91 und C-200/91, Slg. 1993, I-4879, Nrn. 34 bis 39). In der von einigen Verfahrensbeteiligten diskutierten Rechtssache Lindorfer/Rat (zitiert in Fn. 26) haben die Generalanwälte Jacobs (Schlussanträge vom 27. Oktober 2005, Nr. 70) und Sharpston (Schlussanträge vom 30. November 2006, Nr. 46) die hier interessierende Frage nicht näher analysiert und sie letztlich offen gelassen.

49 — Urteile des United States Supreme Court vom 25. April 1978, City of Los Angeles v. Manhart (435 U.S. 702 [1978]), und vom 6. Juli 1983, Arizona Governing Comm. v. Norris (463 U.S. 1073 [1983]).

71. Eine Ungültigerklärung der Richtlinie 2004/113 in ihrer Gesamtheit ist hingegen nicht erforderlich. Zwar ist die isolierte Aufhebung einer einzelnen Richtlinienbestimmung unzulässig, wenn diese Bestimmung untrennbar mit dem Rest der Richtlinie zusammenhängt; dann würde nämlich die teilweise Aufhebung dieser Richtlinie die Substanz der in ihr getroffenen Regelungen verändern, was allein dem Unionsgesetzgeber vorbehalten ist [50]. Im vorliegenden Fall hat jedoch auf meine ausdrückliche Nachfrage hin keiner der Verfahrensbeteiligten, insbesondere nicht der Rat als Autor der Richtlinie 2004/113, in Abrede gestellt, dass Art. 5 Abs. 2 einen abtrennbaren Teil dieser Richtlinie darstellt und somit isoliert für ungültig erklärt werden kann. Dafür spricht nicht zuletzt auch der Umstand, dass Art. 5 Abs. 2 ursprünglich gar nicht vorgesehen war und erst später, im Lauf des Gesetzgebungsverfahrens, in die Richtlinie 2004/113 Eingang fand.

72. Für den Fall, dass der Gerichtshof Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 dennoch für gültig erachten sollte, wäre die Vorschrift als Ausnahmebestimmung eng auszulegen. Die Einhaltung der dort vorgesehenen Bedingungen für den Rückgriff auf geschlechtsspezifische versicherungsmathematische und statistische Daten wäre seitens der zuständigen nationalen Stellen mit Rücksicht auf den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen regelmäßig und streng zu kontrollieren [51].

4. Zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen

73. Die Verträge bestimmen nicht ausdrücklich die Folgen, die sich aus einer Ungültigerklärung im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens ergeben. Da aber das Vorabentscheidungsverfahren zur Prüfung der Gültigkeit eines Unionsrechtsakts und die Nichtigkeitsklage zwei in den Verträgen vorgesehene und sich gegenseitig ergänzende Wege der Rechtmäßigkeitskontrolle in Bezug auf Handlungen der Unionsorgane sind [52], entspricht es gefestigter Rechtsprechung, die Folgen einer Ungültigerklärung in Analogie zu den auf Nichtigkeitsurteile anwendbaren Vorschriften der Art. 264 AEUV und 266 AEUV zu bestimmen [53].

50 — Vgl. etwa Urteile vom 5. Oktober 2000, Deutschland/Parlament und Rat (C-376/98, Slg. 2000, I-8419, Randnr. 117), vom 24. Mai 2005, Frankreich/Parlament und Rat (C-244/03, Slg. 2005, I-4021, Randnr. 15, 19 und 20), und Familienzusammenführung (zitiert in Fn. 22, Randnrn. 27 und 28).

51 — In diesem Zusammenhang ist von Relevanz, dass die Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht unionsrechtskonform auszulegen haben, sondern auch darauf zu achten haben, dass sie sich nicht auf eine Auslegung einer Vorschrift des abgeleiteten Unionsrechts stützen, die mit den durch die Unionsrechtsordnung geschützten Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts kollidiert (Urteil Ordre des barreaux francophones et germanophone u. a., zitiert in Fn. 9, Randnr. 28).

52 — Urteile vom 8. Februar 1996, FMC u. a. (C-212/94, Slg. 1996, I-389, Randnr. 56), und vom 25. Juli 2002, Unión de Pequeños Agricultores/Rat (C-50/00 P, Slg. 2002, I-6677, Randnr. 40).

53 — Urteile vom 15. Oktober 1980, Providence agricole de la Champagne (4/79, Slg. 1980, 2823, Randnrn. 44 und 45), Maïseries de Beauce (109/79, Slg. 1980, 2883, Randnrn. 44 und 45) und Roquette Frères (145/79, Slg. 1980, 2917, Randnrn. 51 und 52), sowie vom 29. Juni 1988, van Landschoot (300/86, Slg. 1988, 3443, Randnr. 24), vom 8. November 2001, Silos (C-228/99, Slg. 2001, I-8401, Randnr. 35), und vom 22. Dezember 2008, Regie Networks (C-333/07, Slg. 2008, I-10807, Randnr. 121).

74. Grundsätzlich besitzt somit ein Urteil des Gerichtshofs, mit dem im Vorabentscheidungsverfahren eine Handlung für ungültig erklärt wird, ebenso wie ein Nichtigkeitsurteil Rückwirkung [54]. Die Feststellung der Ungültigkeit ist zudem für jedes nationale Gericht ein ausreichender Grund, den betreffenden Rechtsakt bei den von ihm zu erlassenden Maßnahmen ebenfalls als ungültig anzusehen [55].

75. Gestützt auf den in Art. 264 Abs. 2 AEUV zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken steht es dem Gerichtshof allerdings frei, die Fortgeltung bestimmter Wirkungen des streitigen Rechtsakts anzuordnen, falls er dies für notwendig hält, wobei ihm diesbezüglich ein Beurteilungsspielraum zukommt [56].

76. Von dieser Möglichkeit hat der Gerichtshof in der Vergangenheit insbesondere dann Gebrauch gemacht, wenn infolge einer Gesamtbetrachtung der widerstreitenden Interessen zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit es erforderten [57], wobei er nicht zuletzt die Auswirkungen einer etwaigen Nichtig- oder Ungültigerklärung auf die Rechte der Wirtschaftsteilnehmer in Rechnung stellte [58]. Diese Überlegungen können auch für den vorliegenden Fall fruchtbar gemacht werden.

77. Wie insbesondere die Regierung des Vereinigten Königreichs angemerkt hat, wurden seit Inkrafttreten der Richtlinie 2004/113 zahlreiche, vermutlich sogar Millionen von Versicherungsverträgen geschlossen, denen geschlechtsspezifische Risikobewertungen zugrunde liegen, wobei die Beteiligten auf die Gültigkeit der jeweiligen nationalen Rechtsvorschriften im Sinne von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 vertrauten.

78. Aus Gründen der Rechtssicherheit sollten deshalb die Wirkungen von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 in zweierlei Hinsicht aufrecht erhalten werden.

79. Zum einen sollten geschlechtsspezifische Unterschiede bei Versicherungsprämien und -leistungen für die Vergangenheit nicht in Frage gestellt werden. Die Ungültigerklärung von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 sollte sich also nur für die Zukunft auswirken.

54 — Urteile vom 26. April 1994, Roquette Frères (C-228/92, Slg. 1994, I-1445, Randnr. 17), und FMC u. a. (zitiert in Fn. 52, Randnr. 55); zur Rückwirkung von Nichtigkeitsurteilen vgl. Urteil vom 12. Februar 2008, Centre d'exportation du livre français („CELF", C-199/06, Slg. 2008, I-469, Randnrn. 61 und 63).

55 — Urteil vom 13. Mai 1981, International Chemical Corporation (66/80, Slg. 1981, 1191, Randnr. 13), und Beschluss vom 8. November 2007, Fratelli Martini und Cargill (C-421/06, Randnr. 54).

56 — Urteile vom 27. Februar 1985, Société des produits de maïs (112/83, Slg. 1985, 719, Randnr. 18), und vom 15. Januar 1986, Pinna (41/84, Slg. 1986, 1, Randnr. 26).

57 — Urteile Pinna (zitiert in Fn. 56, Randnrn. 26 bis 28), Silos (zitiert in Fn. 53, Randnr. 36), vom 10. März 1992, Lomas u. a. (C-38/90 und C-151/90, Slg. 1992, I-1781, Randnr. 24), und Régie Networks (zitiert in Fn. 53, Randnr. 122).

58 — Urteil vom 30. September 2003, Deutschland/Kommission (C-239/01, Slg. 2003, I-10333, Randnr. 78); derartige Erwägungen liegen letztlich auch den Urteilen Defrenne II (zitiert in Fn. 23, Randnrn. 69 bis 75), vom 17. Mai 1990, Barber (C-262/88, Slg. 1990, I-1889, insbesondere Randnrn. 40 bis 45), und Régie Networks (zitiert in Fn. 53, Randnr. 123, erster Satz) zugrunde.

80. Zum anderen sollte den Mitgliedstaaten ein angemessener Zeitraum eingeräumt werden, um in ihrem innerstaatlichen Recht die Konsequenzen aus der Ungültigkeit von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 zu ziehen. Damit würden zugleich die Versicherungsunternehmen einen Übergangszeitraum erhalten, in dem sie sich auf die neuen rechtlichen Rahmenbedingungen einstellen und ihre Produkte entsprechend anpassen können. In Anlehnung an das, was der Unionsgesetzgeber selbst in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 festgelegt hat, hielte ich einen dreijährigen Übergangszeitraum für angemessen [59]. Dieser Zeitraum würde mit Verkündung des Urteils des Gerichtshofs in der vorliegenden Rechtssache zu laufen beginnen.

81. Mit Ablauf dieses Übergangszeitraums müssen allerdings alle künftigen Versicherungsprämien, bei deren Berechnung derzeit noch geschlechtsspezifische Unterschiede gemacht werden, ebenso wie die aus den neuen Prämien finanzierten Leistungen geschlechtsneutral ausgestaltet sein. Dies muss auch für bestehende Versicherungsverträge gelten. Es wäre nicht gerechtfertigt, diskriminierten Versicherungsnehmern, die in der Vergangenheit beispielsweise einen Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen haben, dauerhaft den ihnen zustehenden Ausgleich zu versagen, zumal die Laufzeit solcher Verträge in vielen Fällen noch lange Jahre andauern kann [60]. Keineswegs verbietet es das allgemeine unionsrechtliche Rückwirkungsverbot, eine neue Rechtslage auf die künftigen Auswirkungen bestehender Sachverhalte anzuwenden [61].

82. Nur für Personen, die vor dem Tag der Verkündung des Urteils des Gerichtshofs in der vorliegenden Rechtssache nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben, sollte die zeitliche Beschränkung der Urteilswirkungen entsprechend gefestigter Rechtsprechung nicht gelten [62].

59 — Das Datum des 21. Dezember 2007, auf das in Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2004/113 Bezug genommen wird, liegt genau drei Jahre nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie 2004/113 am 21. Dezember 2004 (Tag ihrer Veröffentlichung im *Amtsblatt der Europäischen Union*, vgl. Art. 18 der Richtlinie).

60 — Dementsprechend nimmt auch der Gerichtshof in der Rechtssache Barber (zitiert in Fn. 58, Randnr. 44) nur „Rechtsverhältnisse, deren Wirkungen sich in der Vergangenheit erschöpft haben", gänzlich von den Urteilswirkungen aus. Im selben Sinne ist das sog. „Barber-Protokoll" (heute Protokoll Nr. 33 zu Art. 157 AEUV, ABl. 2010, C 83, S. 319) ausgestaltet, das nur Leistungen ausnimmt, „sofern und soweit sie auf Beschäftigungszeiten vor dem 17. Mai 1990 zurückgeführt werden können", also vor dem Tag der Verkündung des Urteils Barber.

61 — Urteile vom 5. Dezember 1973, SOPAD (143/73, Slg. 1973, 1433, Randnr. 8), vom 29. Januar 2002, Pokrzeptowicz-Meyer (C-162/00, Slg. 2002, I-1049, Randnr. 50), und vom 6. Juli 2010, Monsanto Technology (C-428/08, Slg. 2010, I-6765, Randnr. 66).

62 — Urteile Pinna (zitiert in Fn. 56, Randnr. 30) und Régie Networks (zitiert in Fn. 53, Randnr. 127); im selben Sinne Urteile Defrenne II (zitiert in Fn. 23, Randnr. 75) und Barber (zitiert in Fn. 58, Randnr. 44).

B — *Zweite Frage*

83. Mit seiner zweiten Frage, die enger gefasst ist als die erste, möchte der belgische Verfassungsgerichtshof wissen, ob etwaige Bedenken an der Grundrechtskonformität von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 auch dann bestehen, wenn dessen Anwendung auf *Lebensversicherungsverträge* beschränkt wird. Hintergrund der zweiten Frage ist, dass der belgische Gesetzgeber nur für diese Art von Versicherungsverträgen überhaupt von der Ausnahmebestimmung gemäß Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 Gebrauch gemacht hat.

84. Die zweite Frage ist für den Fall gestellt, dass die erste wie von mir vorgeschlagen verneint wird, weil ein Verstoß von Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113 gegen das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts anzunehmen ist. Dementsprechend ist die zweite Frage zu prüfen.

85. Ich sehe jedoch nichts, was speziell bei Lebensversicherungsverträgen zwingend dafür spräche, eine vom Geschlecht abhängige Ausgestaltung der Versicherungsprämien und -leistungen zuzulassen. Bei Lebensversicherungen ist die prognostizierte Lebenserwartung des Versicherten ein zentraler Risikofaktor. Dass hier zum Zweck der Risikobewertung nicht pauschal auf lediglich statistisch belegbare Unterschiede zwischen männlichen und weiblichen Versicherten abgestellt werden darf, habe ich bereits im Zusammenhang mit der ersten Frage ausgeführt [63].

86. Keines der im vorliegenden Verfahren vorgebrachten Argumente lässt auf eine Besonderheit von Lebensversicherungen gegenüber den anderen Versicherungsarten schließen, in denen traditionell eine Risikobewertung nach dem Geschlecht vorgenommen wird. Es besteht deshalb nach den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen kein Anlass, die zweite Frage inhaltlich anders zu beurteilen als die erste. Die zweite Frage des belgischen Verfassungsgerichtshofs ist also zu bejahen.

63 — Vgl. dazu insbesondere Nrn. 61 bis 68 dieser Schlussanträge.

VI — Ergebnis

87. Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen schlage ich dem Gerichtshof vor, auf das Vorabentscheidungsersuchen des belgischen Verfassungsgerichtshofs wie folgt zu antworten:

1) Art. 5 Abs. 2 der Richtlinie 2004/113/EG ist ungültig.

2) Die Wirkungen der für ungültig erklärten Bestimmung werden bis zum Ablauf von drei Jahren nach Verkündung des Urteils des Gerichtshofs in der vorliegenden Rechtssache aufrecht erhalten. Dies gilt nicht gegenüber Personen, die vor dem Tag der Verkündung des Urteils des Gerichtshofs in der vorliegenden Rechtssache nach dem anwendbaren innerstaatlichen Recht Klage erhoben oder einen entsprechenden Rechtsbehelf eingelegt haben.