

Entscheidungsanmerkung

Keine Störung der Geschäftsgrundlage einer Krankenversicherung durch Geschlechtsumwandlung des Versicherungsnehmers

Die Geschlechtsumwandlung eines ursprünglich männlichen Versicherungsnehmers berechtigt den privaten Krankenversicherer nicht, die versicherte Person abweichend vom vertraglich vereinbarten Männertarif in den Frauentarif einzustufen. (Amtlicher Leitsatz)

BGB § 313
TSG §§ 8, 10
VVG §§ 23 ff., 194 Abs. 1 S. 2

BGH, Urt. v. 9.5.2012 – IV ZR 1/11 (LG Coburg)¹

I. Sachverhalt

Im Jahr 2005 hatte die transsexuelle Klägerin, die als Mann geboren wurde und sich als dem weiblichen Geschlecht zugehörig empfand, durch operative Eingriffe ihr Erscheinungsbild dem einer Frau angleichen lassen; ferner hatte sie gemäß § 1 TSG (Gesetz über die Änderung der Vornamen und die Feststellung der Geschlechtszugehörigkeit in besonderen Fällen – Transsexuellengesetz) einen weiblichen Vornamen angenommen. Einen Antrag nach § 8 TSG auf gerichtliche Feststellung der anderen Geschlechtszugehörigkeit hatte sie allerdings nicht gestellt, obgleich alle hierfür erforderlichen Voraussetzungen unstreitig erfüllt gewesen wären. Die Kosten der operativen Eingriffe wurden durch die beklagte Krankenversicherung getragen.

Vor dem Hintergrund der erfolgten Operationen stufte die Beklagte die Klägerin ab 1.1.2009 in den im Verhältnis zum Männertarif teureren Frauentarif der bei ihr unterhaltenen Kranken- und Pflegeversicherung ein. Mit ihrer Klage begehrt die Klägerin Feststellung, dass die Beklagte für sie auch weiterhin lediglich den für Männer geltenden Tarif in Ansatz bringen dürfe; ferner begehrt sie im Wege der Stufenklage Auskunft über die diesbezüglichen Tarife für 2009 und 2010 und die Erstattung bereits gezahlter und zukünftig zu zahlender Differenzbeträge. Sie meint, in Ermangelung einer rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung nach § 10 TSG sei sie rechtlich weiterhin als dem männlichen Geschlecht zugehörig zu behandeln;² ob sie den für eine Entscheidung nach § 10 TSG erforderlichen Antrag nach § 8 TSG stellen wolle, sei ihre persönliche Entscheidung. Sie wolle von dieser Möglichkeit deshalb nicht Gebrauch machen, da ihrer Ehefrau nicht

zugemutet werden könne, rechtlich mit einer Frau verheiratet zu sein.

Nachdem das AG durch Teilurteil dem Feststellungs- und dem Auskunftsanspruch stattgegeben hatte, wurde die Klage auf die Berufung der Beklagten hin durch das LG Coburg³ insgesamt abgewiesen. Die dagegen gerichtete Revision der Klägerin war erfolgreich und führte zur Aufhebung des landgerichtlichen Urteils.

II. Entscheidung

Kern der zu behandelnden Problematik ist die Frage, ob in Folge einer operativen Geschlechtsumwandlung des Versicherten dem Versicherer ein Anspruch auf Anpassung des Versicherungsvertrages zukommt.

Die Relevanz des Geschlechts des Versicherten ergibt sich für den Versicherer daraus, dass Frauen statistisch gesehen eine höhere Lebenserwartung haben; den damit einhergehenden durchschnittlich höheren Leistungsaufwand kompensieren die privaten Versicherungen bislang damit, dass sie für Frauen höhere Tarife ansetzen. Ob diese Praxis, für die der Gesetzgeber in § 20 Abs. 2 S. 1 AGG eine Ausnahmeregelung geschaffen hat, mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen des Art. 3 Abs. 2 GG in Einklang zu bringen ist, ist umstritten;⁴ dass sie den unionsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht werden soll, hat der EuGH mittlerweile entschieden.⁵ Im vorliegenden Verfahren freilich bedurften diese Fragen keiner Klärung,⁶ da unabhängig von der Verfassungskonformität des § 20 Abs. 2 S. 1 AGG die Beklagte mangels eines Anspruchs auf Vertragsänderung nicht berechtigt war, die Klägerin in einen höheren Tarif einzuordnen.

1. Vorweg stellt der BGH klar, dass auch bei Vorliegen einer *Entscheidung nach § 10 TSG* die Klägerin versicherungstechnisch nicht als Frau behandelt und damit in einen höheren Tarif hätte eingestuft werden können, da „[...] weder dieses Gesetz [i.e. das TSG] noch der Versicherungsvertrag in der bestehenden Fassung die Kl. zur Zahlung einer höheren Prämie als im Vertrag vereinbart [verpflichten]. Das Gesetz regelt die Höhe der Versicherungsprämie nicht. Es ist auch nicht vorgetragen, dass der konkret abgeschlossene Vertrag eine Vereinbarung zu unterschiedlichen Prämienhöhen je nach Geschlecht des Versicherten enthält“.⁷

Das alles ist im Ergebnis zutreffend, vermittelt allerdings den zumindest überraschenden Eindruck, eine Entscheidung nach § 10 TSG hätte auf eine *vertragliche* Verpflichtung zur Zahlung eines höheren Frauentarifs zwingend Einfluss gehabt: In der Tat richten sich im Fall des § 10 TSG die „vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen

¹ Die Entscheidung ist abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=ec1d9c3e2a35515ee04e6c044d7e434e&nr=60720&pos=0&anz=1> (18.1.2013).

² § 10 TSG lautet: „(1) Von der Rechtskraft der Entscheidung an, daß der Antragsteller als dem anderen Geschlecht zugehörig anzusehen ist, richten sich seine vom Geschlecht abhängigen Rechte und Pflichten nach dem neuen Geschlecht, soweit durch Gesetz nichts anderes bestimmt ist. (2) [...]“.

³ LG Coburg, Urt. v. 10.12. 2010 – 33 S 45/10.

⁴ Für Verfassungswidrigkeit *Wrase/Baer*, NJW 2004, 1623; dagegen, mit ausf. Begründung, *Wandt*, VersR 2004, 1341. Zum Ganzen auch *Danzl*, Die geschlechtsabhängige Tarifierung, 2010, S. 74 ff.; *Wallrabenstein/Bourcarde*, MedR 2008, 415.

⁵ EuGH NJW 2011, 907.

⁶ BGH NJW 2012, 2733 Rn. 10.

⁷ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 13, 14).

Geschlecht“;⁸ die Norm bezieht sich sinnvollerweise allerdings wohl lediglich auf gesetzliche Bindungen.⁹ Ob der BGH nunmehr auch vertragliche Vereinbarungen als i.S.d. § 10 TSG verpflichtend und berechtigend ansehen will, oder ob die Formulierung einer der Passage ohnehin nicht abzusprechenden Schludrigkeit geschuldet ist, bleibt unklar. Unabhängig davon aber ist damit zutreffend erkannt, dass die Klägerin weder gesetzlich noch vertraglich verpflichtet war, einen höheren Tarif zu tragen. Die höhere tarifliche Einstufung von Frauen mag sich aus internen Regelungen der Beklagten ergeben, die allerdings keine unmittelbaren Verpflichtungen für die Klägerin begründen können.

2. Da selbst eine Entscheidung nach § 10 TSG keine höhere tarifliche Einstufung hätte begründen können, kann der Klägerin auch nicht vorgeworfen werden, dass sie den *Antrag nach § 8 TSG* (der zur Entscheidung nach § 10 TSG geführt hätte) zu stellen nicht gewillt war.¹⁰ Das LG Coburg hatte hier unter Heranziehung des Rechtsgedankens des § 162 BGB ein treuwidriges *venire contra factum proprium* angenommen: Die Klägerin könne der Beklagten nicht erhebliche Leistungen für eine Geschlechtsumwandlung abverlangen und sich nachträglich darauf berufen, mangels Feststellungsverfahrens nach §§ 8 ff. TSG rechtlich keine Frau zu sein. Lakonisch bemerkt der BGH, ohne die Coburger Argumentation auch nur eines Wortes zu würdigen, der Rechtsgedanke des § 162 BGB sei „nicht einschlägig“.¹¹ Wohl wahr. Eine Verpflichtung, die rechtliche Geschlechtszuordnung dem operativ hergestellten Erscheinungsbild anzupassen, besteht nicht; und ob nachvollziehbar ist, weshalb die Klägerin sich als Frau fühlen und als solche auch erscheinen will, rechtlich aber Mann bleiben möchte, entzieht sich gerichtlicher Prüfung. Relevant könnte widersprüchliches Verhalten nur werden, wenn es im Verhältnis zu einer weiteren Person erfolgt und deren schutzwürdige Interessen beeinträchtigt.¹² Die Finanzierung der Geschlechtsumwandlung oblag der Beklagten allerdings bereits kraft des Versicherungsvertrages. Wenn die Beklagte nicht (nur) leistete, um einen vertraglichen Anspruch zu erfüllen, sondern (auch) in der Erwartung, in Zukunft von der Klägerin höhere Tarife einzuziehen, so hat die Klägerin jedenfalls diese Erwartung nicht zurechenbar hervorgerufen: Mit der Abrufung der Versicherungsleistung verlangte sie Vertragserfüllung – nicht mehr, nicht weniger. Ihr späteres Verlangen nach unveränderter Vertragsfortführung steht hierzu nicht im Widerspruch.

3. Eine *Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB* kommt in Betracht, wenn sich (a) vertragswesentliche Umstände nachträglich verändert haben, (b) diese Umstände außerhalb des Vertragsinhalts selbst lagen, (c) der Vertrag bei Voraussetzung der Änderung nicht geschlossen worden wäre und (d) das

Festhalten am unveränderten Vertrag unzumutbar erscheint.¹³ Vor allem aber dürfte (e) keine eindeutige vertragliche oder gesetzliche Risikozuweisung bestehen.

Nun könnte man durchaus meinen, die Eigenschaft „Mann“ sei von den Parteien zwar nicht ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen, doch aber von beiden Seiten bei Vertragsschluss als selbstverständlich vorausgesetzt worden. Etwaige Änderungen der Geschlechtszuordnung dürften bei Vertragsschluss außerhalb der Vorstellung zumindest der Versicherung gelegen haben; explizite Regelungen zu entsprechenden nachträglichen Änderungen wurden folglich nicht Vertragsinhalt.¹⁴ Man mag auch noch annehmen, dass der Vertrag wohl in dieser Form nicht geschlossen worden wäre, hätte die Versicherung die Möglichkeit eines nachträglichen Geschlechtswechsels des Vertragspartners vor Augen gehabt.¹⁵ Bezweifeln wird man allerdings müssen, dass der Versicherung angesichts dieser Sachlage ein Festhalten an den bisherigen vertraglichen Bestimmungen – insbesondere an der tariflichen Einstufung der Klägerin als Mann – nicht zuzumuten ist: Hintergrund der unterschiedlichen Tarifhöhe ist das Äquivalenzprinzip, das die statistisch höhere Lebenserwartung von Frauen und die dadurch bedingten höheren Leistungsrisiken der Versicherung mit höheren Beitragszahlungen der Frauen aufzufangen sucht. Dass die Lebenserwartung einstiger Männer nach ihrer Geschlechtsumwandlung in ähnlicher Weise steigt, ist nicht dargetan. Angesichts dessen, dass die höhere Lebenserwartung von Frauen insbesondere genetische Ursachen hat, scheint dies auch eher unwahrscheinlich; eine „Komplettumwandlung“ hin zum anderen Geschlecht ist medizinisch gesehen – und darum geht es hier – schlicht nicht möglich.¹⁶

Der BGH tut freilich gut daran, diese angesichts fehlenden empirischen Materials im Einzelnen nicht lösbare Frage offen zu lassen: Eine Vertragsanpassung kommt nämlich nur dann in Betracht, wenn das Risiko einer nachträglichen Leistungserhöhung in Folge einer Geschlechtsumwandlung dem Versicherer nicht bereits *gesetzlich zugewiesen* ist.

Dem Regelungskomplex der §§ 23 ff. VVG, insbesondere § 25 VVG, ist der Grundsatz zu entnehmen, dass nachträgliche Risikoerhöhungen von Versicherungsgebern nur dann zu

⁸ Vgl. Fn. 2.

⁹ Wohl auch *Spickhoff*, *Medizinrecht*, 2011, TSG § 10 Rn. 1.

¹⁰ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 15).

¹¹ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 15).

¹² *Wolf/Neuner*, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 10. Aufl. 2012, S. 235; *Rüthers/Stadler*, *Allgemeiner Teil des BGB*, 17. Aufl. 2011, S. 61.

¹³ Zu den Voraussetzungen im Einzelnen *Brox/Walker*, *Allgemeines Schuldrecht*, 36. Aufl. 2012, S. 302 ff.

¹⁴ Man kann dies auch mit guten Gründen anders sehen; immerhin war die Transsexualität ein durch den Vertrag Versicherter Krankheitsfall.

¹⁵ Obgleich hier wohl weniger die – im Einzelnen unklare – Möglichkeit einer höheren Lebenserwartung ausschlaggebend gewesen wäre, sondern die mit einer Geschlechtsumwandlung (einschließlich etwaiger Komplikationen) verbundenen finanziellen Folgen.

¹⁶ Vor diesem Hintergrund wird man auch bezweifeln müssen, dass das OLG Köln richtig lag, als es für den umgekehrt gelagerten Fall annahm, eine einstige Frau müsse nach einer Geschlechtsumwandlung privatversicherungsrechtlich nach dem niedrigeren Männertarif behandelt werden; vgl. OLG Köln VersR 1995, 447. So aber auch *Augstein*, *Transsexuellengesetz*, 2012, § 10 Rn. 2.

tragen sind, wenn sie durch Zahlung einer höheren Prämie gleichsam gegenfinanziert werden.¹⁷ Für die Krankenversicherungen hingegen hat der Gesetzgeber diese Grundentscheidung explizit ausgeschlossen; nach § 194 Abs. 1 S. 2 VVG finden die §§ 23 bis 27 VVG sowie § 29 VVG hier keine Anwendung. Durch diesen ausdrücklichen Ausschluss¹⁸ des § 25 VVG wird deutlich, dass für Krankenversicherer keine Möglichkeit besteht, nachträgliche Risikoerhöhungen durch Prämien erhöhungen aufzufangen. Dabei spielt insbesondere keine Rolle, ob sich das Risiko im Einzelfall erhöht hat, oder ob lediglich eine statistische Erhöhung in Rede steht:¹⁹ Das Risiko nachträglicher Gefahrerhöhungen ist dem Krankenversicherer ohne entsprechende Differenzierung gesetzlich umfassend auferlegt.

Abgesehen davon hätte der Versicherer auch ohne Geltung des § 194 Abs. 1 S. 2 VVG das entsprechende Risiko zu tragen gehabt.²⁰ Die Geschlechtsumwandlung war Folge der Transsexualität der Klägerin, die als Krankheitsfall im Rahmen des Versicherungsvertrages mitversichert war. Ist die Krankheit versichert, muss auch die sich aus ihrer Heilung notwendig ergebende Gefahrerhöhung als nach § 27 VVG mitversichert gelten.²¹

Die hier einschlägige gesetzliche Risikozuweisung der §§ 194 Abs. 1 S. 2, 25 VVG ist aus Sicht des BGH im Rahmen der Zumutbarkeitsprüfung des § 313 Abs. 1 BGB zu berücksichtigen²² und schließt einen Anspruch auf Vertragsanpassung aus. Im Ergebnis ist dies korrekt; dogmatisch sauberer wird man freilich nicht von „Berücksichtigung“ sprechen, sondern von der Subsidiarität des § 313 BGB. Die Regelungen zur Störung der Geschäftsgrundlage sind richtigerweise als (nunmehr) normierte Fälle ergänzender Vertragsauslegung zu lesen. Für derartige Ergänzungen ist nur dort Raum, wo das Risiko der Veränderung der Geschäftsgrundlage weder gesetzlich noch vertraglich eindeutig geregelt ist.²³ Zuzugeben ist freilich, dass der Wortlaut des § 313 Abs. 1 BGB hier höchst unglücklich ist, wenn er die *Unzumutbarkeit* des Festhaltens am Vertrag von der Berücksichtigung „aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilung“ abhängig macht. Richtigerweise

können hier nur solche vertraglichen und gesetzlichen Risikoverteilungen erfasst sein, die Wertungsspielräume belassen und damit in eine Gesamtabwägung (wenn auch i.S.e. intendierten Ermessens) einfließen können; ist das Risiko – wie etwa im Fall der §§ 194 Abs. 1 S. 2, 25 VVG – eindeutig und vollständig einer Seite zugewiesen, ist für eine Gesamtabwägung kein Raum. Die Anwendung des § 313 BGB ist dann von vornherein gesperrt.²⁴

III. Entscheidungsrelevanz

Auf den ersten Blick scheint die Entscheidung des BGH – sowohl in Hinblick auf ihre praktischen Folgen wie auch ihre Ausbildungsrelevanz – von eher nachrangiger Bedeutung zu sein. Zum einen betrifft sie eine recht randständige Thematik, die zumindest in absoluten Zahlen gesehen kaum höhere Wellen zu schlagen geeignet ist; zum anderen wird man mit der Entscheidung des EuGH vom 1.3.2011 zu Unisex-Tarifen²⁵ ohnehin versuchen müssen, Versicherungsverträge mit nach Geschlecht differenzierenden Tarifen sukzessive ad acta zu legen: Ab dem Stichtag 21.12.2012 gilt das Erfordernis der Geschlechterneutralität nun auch im Bereich der Versicherungstarife.²⁶

Die Entscheidung ist freilich nicht ein bloß bemerkenswerter Ausläufer einer Zeit, in der die Äquivalenz von Beitrag und Versicherungsleistung noch durch Anknüpfung an das Geschlecht des Versicherten zu erreichen gesucht werden konnte;²⁷ auch zeugt sie nicht lediglich von der Kollision der einst klaren Definition dieses Anknüpfungskriteriums mit den neu entdeckten Permeabilitäten geschlechtlicher Grenzziehungen. Vielmehr unterstreicht und präzisiert der BGH unab-

¹⁷ § 25 VVG lautet: „(1) Der Versicherer kann an Stelle einer Kündigung ab dem Zeitpunkt der Gefahrerhöhung eine seinen Geschäftsgrundsätzen für diese höhere Gefahr entsprechende Prämie verlangen oder die Absicherung der höheren Gefahr ausschließen. [...] (2) [...]“.

¹⁸ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 22).

¹⁹ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 22).

²⁰ BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 23).

²¹ § 27 VVG lautet: „Die §§ 23 bis 26 sind nicht anzuwenden, wenn nur eine unerhebliche Erhöhung der Gefahr vorliegt oder wenn nach den Umständen als vereinbart anzusehen ist, dass die Gefahrerhöhung mitversichert sein soll“.

²² BGH NJW 2012, 2733 (2734 Rn. 22).

²³ Ergänzungen haben auch dort zu erfolgen, wo durch die Vertragsstörung die immanenten Grenzen der erfolgten Risikozuweisung überschritten werden; vgl. mit Fallgruppen *Unberath*, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 3. Aufl. 2012, § 313 Rn. 27-32.

²⁴ Im Grundsatz wohl auch *Unberath* (Fn. 23), § 313 Rn. 27; jüngst auch *Finkenauer*, in: Münchner Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 313 Rn. 52, beide ohne auf die Unterscheidung eindeutiger und wertungsoffener Risikozuweisungen einzugehen. Auch wenn man dem hier vertretenen Lösungsweg folgt, ist zu empfehlen, in einer Klausur i.S.d. geringsten Widerstandes die Voraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB „im Übrigen“ kurz anzusprechen.

²⁵ S. EuGH NJW 2011, 907; Besprechung bei *Kahler*, NJW 2011, 894. Die Entscheidung ist – insb. in Hinblick auf das fehlende Sensorium des EuGH für die Bedeutung der Privatautonomie – zu Recht auf umfassende Kritik gestoßen; vgl. *Günther*, FD-VersR, 315404; *Lüttringhaus*, EuZW, 2011, 296; *Binz/Rolfs*, VersR 2011, 714; *Mönnich*, VersR 2011, 1092. Zum Ganzen auch *Hoffmann*, ZIP 2011, 1445.

²⁶ Ob die Unzulässigkeit geschlechtsbezogener Differenzierungen nach dem 21.12.2012 auch für Altverträge gilt, bleibt in der Entscheidung des EuGH unklar; s. *Armbrüster*, LMK 2011, 315339; *Lüttringhaus*, EuZW 2011, 296 (299).

²⁷ Welche tragfähigen Kriterien in Zukunft gelten sollen, ist bislang unbeantwortet; praktische Erwägungen lagen dem EuGH bei seiner Entscheidung fern. Generalanwältin *Kokott* deutet an, man könne die wirtschaftliche und soziale Lage der Versicherten als Kriterium heranzuziehen; von praktischen Bedenken abgesehen wird man hier wohl auch an politische Grenzen stoßen. Vgl. *Kokott*, Schlussanträge, BeckRS 2010, 91147 Rn. 62 ff. Warnend bereits *Wandt*, VersR 2004, 1341.

hängig von alledem sorgfältig die gesetzlichen Risikozuweisungen im Rahmen des Krankenversicherungsrechts, und bringt sie (von einzelnen dogmatischen Strittigkeiten abgesehen) in schulbuchmäßiger Weise mit den Grundsätzen der Störung der Geschäftsgrundlage in Zusammenhang. Dass die Entscheidung dabei in Argumentation wie Ergebnis nicht überrascht, macht sie – trotz ihres versicherungsrechtlichen Einschlags – umso geeigneter für die juristische Ausbildung. Wunderlich scheint allein die Unbeholfenheit, mit der das LG Coburg unter Aufwendung juristischen Schwergeschützes Probleme zu finden suchte, wo keine waren.

Wiss. Mitarbeiter Benedikt Forschner, LL.M., Erlangen