

Mehr Freiheit wagen im Versicherungsrecht durch daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife

„Pay-as-you-drive“- , „Pay-as-you-live“- und „Smart-Home“-Tarife
als Herausforderung für das Versicherungsvertragsrecht

Jan Lüttringhaus

I.	Daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife.....	57
1.	Telematik-Tarife: „pay-as-you-drive“	58
2.	Fitness-Tarife: „pay-as-you-live“	59
3.	Smart-Home-Tarife	60
II.	Vertragsrechtliche Aspekte daten- und risikoadjustierter Versicherungs- tarife.....	61
1.	Datenbasierte Tarife – „Entsolidarisierung“ des Versichertenkollektivs?	61
2.	Versicherungsvertragliche Zulässigkeit	62
a)	Prämienanpassungen bei Gefahrerhöhung oder -minderung	62
b)	Beitragsreduktion durch Überschussbeteiligung gesundheits- bewusster Versicherter bei „Fitness“-Tarifen	64
3.	Klauselkontrolle.....	64
a)	Transparenzgebot	64
b)	Inhaltskontrolle der Tracking-Klauseln.....	66
aa)	Kontrollfähigkeit und -umfang als Preisnebenabreden.....	66
bb)	Unangemessene Benachteiligung bei Verletzung des Symmetriegebots.....	67
c)	Folgen der Unwirksamkeit von Tracking-Klauseln: Ausgangsbeitrag oder Durchschnittstarif?	67
III.	Datenbasierte Versicherungstarife – Freiheitsgewinn oder Wagnis?.....	68
1.	Grundrechtliche Vorgaben an das Privat- und Datenschutzrecht	68
a)	Freiwilligkeit der Einwilligung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten	68
b)	Grenzen der Datenkombination: Datenschutzrecht und privat- rechtliche Generalklauseln.....	69
2.	Fazit in drei Thesen.....	72

Kann man mehr Freiheit im Versicherungsrecht wagen? Versicherungen sind hierzulande schon seit ihrer Einführung Ziel gesetzgeberischer Interventionen. In Müller-Armacks Wirtschaftsgeschichte „Religion und Wirtschaft“ ist nachzulesen, dass manche norddeutschen Fürsten Versicherungsverträge

und Regenschirme strikt untersagen wollten: In norddeutschen Landen sei es schließlich gottgegeben, dass der Mensch vom Regen durchnässt und durch unvorhergesehene Ereignisse geschädigt werde.¹

Diese Auffassung hat sich glücklicherweise nicht lange halten können. Regenschirme sind mittlerweile legal, und auch der Regelungsbedarf im Versicherungsrecht wird heutzutage ein wenig anders begründet: Versicherungen sind komplexe, für durchschnittliche Versicherungsnehmer nur schwer verständliche Rechtsprodukte.² Der Versicherer verfügt insoweit über einen erheblichen Informationsvorsprung und ist stets versucht, sein Produkt möglichst so zu gestalten, dass es vor allen Dingen seinen eigenen Interessen dient.³ Dem steuert das Versicherungsrecht durch eine Vielzahl zumeist halb-zwingender Vorschriften entgegen.⁴ Die Gestaltungsoptionen der Versicherer werden darüber hinaus nicht zuletzt durch das Versicherungsaufsichtsrecht und durch die Klauselkontrolle begrenzt.⁵

Wie können in dieser stark regulierten Materie nun größere Freiräume zum Nutzen beider Vertragsparteien geschaffen werden? Die Versicherungsunternehmen antworten darauf mit dem Schlagwort der Digitalisierung der Versicherungsprodukte: Hierdurch sollen bislang unbekannte Möglichkeiten für das *insurance law and its clients* entstehen.⁶ Worum geht es dabei konkret?

Neue Technologien ermöglichen es den Versicherungsnehmern, höchstpersönliche Informationen in Echtzeit an die Versicherer zu übermitteln. Die ununterbrochenen Datenströme erlauben eine präzisere Einschätzung des individuellen Risikos. Zudem können Risikoänderungen umgehend erkannt werden.

Für die Versicherer und die Versicherungsnehmer entstehen somit neue Freiräume, *daten- und risikoadjustierte* Versicherungsverträge zu schließen. Nach dem Motto „pay-as-you-drive“ in der Kfz-Haftpflichtversicherung und „pay-as-you-live“ in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung stellen diese Vertragsmodelle den Versicherungsnehmern geringere Beiträge in Aus-

¹ Vgl. Alfred Müller-Armack, Religion und Wirtschaft³ (Bern u.a. 1981) 221. Siehe auch Johann Beckmann, Beiträge zur Geschichte der Erfindungen, Bd. I (Leipzig 1786) 219 ff. Grundlage dieser Ansicht ist wohl unter anderem Matthäus 5.45 (Lutherbibel 1912): „[Der Vater im Himmel] läßt seine Sonne aufgehen über die Bösen und über die Guten und läßt regnen über Gerechte und Ungerechte.“

² Eingehend Meinrad Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt (Tübingen 1991).

³ Vgl. zu diesem „Überlegenheitsgefälle“ nur Christian Armbrüster, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz³⁰ (München 2018) Einl. Rn. 246, der freilich zugleich auf punktuelle Informationsvorsprünge des Versicherungsnehmers verweist.

⁴ Statt vieler Manfred Wandt, Versicherungsrecht⁶ (München 2016) 3 f. und 76 ff.

⁵ Zur Interaktion der Rechtsquellen des Versicherungsrechts statt aller Prölss/Martin/Armbrüster (Fn. 3) Einl. Rn. 2 ff. und 35 ff.

⁶ Vgl. zu dieser adressatenbezogenen Sichtweise Jürgen Basedow, Comparative Law and its Clients, Am. J. Comp. L. 62 (2014) 821–857.

sicht. Dafür müssen die Versicherten allerdings fortlaufend Daten preisgeben und – z.B. im Fall der Lebensversicherung – gegebenenfalls ihre Lebensgewohnheiten anpassen.

Verheißen solche datenadjustierten Tarife nun mehr Freiheit im Versicherungsrecht? Oder sollte diese Entwicklung gar unterbunden werden, weil sie uns – wie manche meinen –⁷ geradewegs in eine lückenlos überwachte *brave new world* der Versicherung führt? Diese Fragen werden im Folgenden in drei Schritten beantwortet: Im *ersten Schritt* wird ein Überblick über die technischen Möglichkeiten und die hierauf aufbauenden Versicherungstarife gegeben (unten I.). Im *zweiten Schritt* gilt es, die versicherungsrechtliche Zulässigkeit solcher Vertragskonstruktionen zu überprüfen (unten II.). Hier ist zu fragen, ob das deutsche Versicherungsvertragsgesetz (VVG) und die von Jürgen Basedow mitgestalteten Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)⁸ angesichts der Digitalisierung eines „Updates“ bedürfen. Im *dritten und letzten Schritt* werden die von den neuen Tarifen ausgehenden Gefahren benannt und drei Thesen zu den rechtlichen Rahmenbedingungen formuliert, unter denen diese Digitalisierung der Versicherungsprodukte einen Zugewinn an Freiheit versprechen kann (unten III.).

I. Daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife

Im Zentrum der Betrachtungen stehen drei daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife, die im Folgenden unter dem Oberbegriff der „Tracking“-Tarife zusammengefasst werden: Den Telematik- (unten 1.), Fitness- (unten 2.) und Smart-Home-Tarifen (unten 3.) ist dabei gemein, dass hier das Verhalten der Versicherten und Umstände aus ihrem engstem Lebensumfeld fortlaufend dokumentiert werden.⁹

⁷ Vgl. etwa die Aussagen der ehemaligen Vorsitzenden des deutschen Ethikrates, *Christiane Woopen*, Bedrohen Fitness-Apps die Würde des Menschen?, Stern, Nr. 44 vom 22.10.2015. Gleichsinnig z.B. Kleine Anfrage der Fraktion „Die Linke“ und einzelner Abgeordneter, BT-Drucks. 18/3633 vom 18.12.2014.

⁸ Principles of European Insurance Contract Law (PEICL)², hrsg. von Jürgen Basedow/John Bird/Malcom A. Clarke/Herman Cousy/Helmut Heiss/Leander Loacker (Köln 2016).

⁹ Siehe zu dieser Entwicklung schon frühzeitig *Norbert Dick/Nicola Füllgraf*, Der Erneuerungsprozess hat bereits begonnen, VW 2007, 669. Vgl. auch *Lena Rudkowski*, Grundrechte als Grenze von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung, in: 100 Jahre Hamburger Seminar für Versicherungswissenschaft und versicherungswissenschaftlicher Verein in Hamburg e.V., hrsg. von Robert Koch/Manfred Werber/Gerrit Winter (Karlsruhe 2016) 679–692.

1. Telematik-Tarife: „pay-as-you-drive“

Zu den Tracking-Tarifen zählen zunächst sogenannte Telematik-Tarife in der Kfz-Haftpflichtversicherung.¹⁰ Sie machen sich den Umstand zunutze, dass die Bordcomputer moderner Automobile eine Vielzahl von Daten messen und speichern: Dazu zählen etwa die Geschwindigkeit, das Beschleunigungs- und Bremsverhalten, die Witterungsverhältnisse sowie der per Global Positioning System (GPS) ermittelte Standort des Fahrzeugs.¹¹ In der Zusammenschau zeichnen diese Daten ein detailliertes Bild des Fahrverhaltens. So lässt sich u.a. rekonstruieren, ob der Fahrer Tempolimits einhält oder aggressiv anfährt und abbremst.¹²

Im Rahmen von Telematik-Tarifen suchen Kfz-Haftpflichtversicherer nun all dieser Daten habhaft zu werden. Dabei werden diese Daten zumeist mithilfe einer in das Kfz eingebauten „Black Box“ an ein vom Versicherer mit der Datenverarbeitung beauftragtes Unternehmen übermittelt.¹³ Teilweise reicht auch schon das Smartphone des Fahrers aus, das die Kfz-Daten über eine Schnittstelle empfängt und mithilfe einer App an den Versicherer weitergibt.¹⁴

Die Daten fließen in ein Punktesystem ein, und auf Grundlage dieses „Scorings“ werden in regelmäßigen Abständen auf den individuellen Fahrstil zugeschnittene Prämien berechnet.¹⁵ Bei dieser Totalüberwachung aller Fahrmanöver kosten potentiell jede Vollbremsung und jede rasante Kurvenfahrt extra: Dies lässt sich prägnant auf die Formel „pay-as-you-drive“ bringen. Die Telematik-Tarife richten sich vor allem an junge, technikaffine Kunden, die bei verantwortungsvollem Fahrverhalten frühzeitig günstigere Beiträge mithilfe dieses Tarifmodells erreichen können.

¹⁰ Siehe hierzu bereits *Dick/Füllgraf*, VW 2007, 669.

¹¹ *Thilo Weichert*, Datenschutz im Auto, SVR 2014, 241–247, 245 f.; *Dominik Klimke*, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, r+s 2015, 217–225, 218.

¹² *Weichert*, SVR 2014, 241, 245; *Klimke*, r+s 2015, 217, 218.

¹³ Den Versicherungsunternehmen spielt nun auch die Verordnung (EU) 2015/758 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29.4.2015 über Anforderungen für die Typgenehmigung zur Einführung des auf dem 112-Notruf basierenden bordeigenen eCall-Systems in Fahrzeugen und zur Änderung der Richtlinie 2007/46/EG, ABl. 2015 L 123/77, in die Hände, die seit dem 31.3.2018 den verpflichtenden Einbau einer Black Box in jedes Neufahrzeug vorsieht, um Kfz- und Unfalldaten aufzuzeichnen. Diese Black Box kann nicht nur als „Unfalldatenschreiber“ fungieren und automatisch Notrufe absetzen, sondern sie mag auch in den Dienst der Versicherungsunternehmen gestellt werden, vgl. *Weichert*, SVR 2014, 241, 245 f.; *Klimke*, r+s 2015, 217, 218.

¹⁴ Siehe nur *Axel Spies*, M2M: Zu scharf gebremst?, Ihr Smartphone könnte Sie bald bei Ihrer Kfz-Versicherung anschwärzen, ZD-Aktuell 2013, 03539.

¹⁵ *Spies*, ZD-Aktuell 2013, 03539; *Weichert*, SVR 2014, 241, 246; *Klimke*, r+s 2015, 217, 218. Siehe zur datenschutzrechtlichen Dimension eingehend *Volker Lüdemann/Christin Sengstacken/Kerstin Vogelpohl*, Pay as you drive: Datenschutz in der Telematikversicherung, RDV 2014, 302–306; *Christian Armbrüster/Felix Greis*, Telematik in der Kfz-Versicherung aus rechtlicher Sicht, ZfV 2015, 457–460.

2. Fitness-Tarife: „pay-as-you-live“

Einen ähnlichen Ansatz verfolgen die Versicherer nun auch bei Fitness-Tarifen in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung.¹⁶ Nach dem Prinzip „pay-as-you-live“ werden den Unternehmen hier Daten über den individuellen Lebenswandel der Versicherten übermittelt.¹⁷

Jedes heute gängige Smartphone kann dank GPS die zu Fuß zurückgelegten Strecken erfassen. Hieraus lassen sich bereits erste Rückschlüsse auf die individuelle körperliche Verfassung ziehen. Das *iPhone* von *Apple* hat sogar einen eigenen Prozessor, der die Zahl der Schritte und der erklommenen Treppenstufen berechnet. Damit kann man den meisten Menschen schon jetzt buchstäblich auf Schritt und Tritt folgen. Zudem sammeln Sportbegeisterte mit Fitnessuhren und anderen „Wearables“ häufig noch weitere Gesundheitsdaten auf ihren Smartphones.

Diese Daten sind für die Assekuranz hochinteressant: So bietet die *Generali*-Versicherung in ihrem *Vitality*-Tarif Beitragseinsparungen an, wenn der Versicherte Daten bezüglich seines Bewegungsverhaltens fortlaufend per Smartphone übermittelt.¹⁸ Zudem erhalten die *Vitality*-Kunden Rabatte bei Partnerunternehmen, wie etwa Fitnessstudios, Online-Supermärkten und Kaufhäusern.¹⁹ Durch die Teilnahme an diesem Rabatt-Programm willigen die Versicherten ein, dass der Inhalt ihrer Einkäufe wiederum den zur Berechnung des *Vitality*-Status eingesetzten Dienstleistern des Versicherers mitgeteilt wird.²⁰

¹⁶ Demgegenüber hat das Bundesversicherungsamt die Verwendung von Fitness-Trackern in der gesetzlichen Krankenversicherung bereits 2015 untersagt, vgl. *Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2015*, S. 18 f. Nach Auffassung der Bundesregierung sollen in der substitutiven Krankenversicherung „Gesundheitsmonitoring mittels Apps und darauf aufbauende risikoadjustierte Prämien“ mit § 203 Abs. 2 und §§ 155, 160 VVG unvereinbar sein, vgl. Antwort der Bundesregierung „Verbraucherschutz bei Gesundheits-Apps“, BT-Drucks. 18/10259 vom 9.11.2016, S. 5. Diese Begründung erscheint indes fragwürdig, weil es bei Tracking-Tarifen gerade nicht um unvorhergesehene Änderungen des Leistungsbedarfs und um eine Anpassung der Tarifprämie und der Rechnungsgrundlagen nach § 203 Abs. 2 VVG geht, siehe dazu auch unten II. 2. a). Zu Recht sieht *Christoph Brömmelmeyer*, Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung?, *Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife*, r+s 2017, 225–232, 228 f., die Begründung vielmehr im versicherungsaufsichtsrechtlich fundierten Gleichbehandlungsgrundsatz des § 146 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 138 Abs. 2 VAG.

¹⁷ Siehe zum Begriff und der technologischen Entwicklung bereits *Dick/Füllgraf*, VW 2007, 669. Siehe aus datenschutzrechtlicher Perspektive eingehend *Christian Völkel*, Wearables und Gesundheitsdaten: Möglichkeiten und Grenzen zur cloudbasierten Nutzung durch Ärzte und Krankenversicherungen aus datenschutzrechtlicher Sicht, in: *Internet der Dinge*, hrsg. von Jürgen Taeger (Edeweicht 2015) 35–51.

¹⁸ Vgl. <<https://www.generali-vitalityerleben.de>>.

¹⁹ Vgl. wiederum <<https://www.generali-vitalityerleben.de>>.

²⁰ Dabei ist eine Ausweitung des Programms geplant, vgl. *Herbert Fromme*, Eine Frage des Lebensstils, SZ vom 19.8.2015: „Daneben soll es Vereinbarungen mit Supermarkt-

Durch die Zusammenführung all dieser Informationen lassen sich dann die Bewegungs-, Ernährungs- und sonstigen Lebensgewohnheiten der Versicherten zumindest ausschnittsweise erfassen. Die Daten fließen wiederum in ein Punktesystem ein, mit dessen Hilfe in regelmäßigen Abständen risikoadjustierte Versicherungsbeiträge berechnet werden.²¹

3. Smart-Home-Tarife

Dies führt zur Frage, ob man von derartigen Vermessungen zumindest in den eigenen vier Wänden verschont bleibt. Doch ebenso wie Versicherer in den USA und in Frankreich entwickeln auch deutsche Versicherer bereits Smart-Home-Tarife, bei denen internetfähige Geräte Daten aus dem unmittelbaren Haushaltsumfeld des Versicherten erfassen und an die Versicherung übermitteln können.²² Moderne Alarmanlagen, Backöfen, Kühlschränke, Waschmaschinen, elektronische Türschlösser, Heizungen und Rauchmelder verfügen längst über die hierfür notwendigen Datenschnittstellen.²³ Die erhobenen Daten sind für Versicherer zunächst im Rahmen der Sachversicherung relevant, etwa, wenn die Frage zu klären ist, ob – und gegebenenfalls auf welche Weise – ein Versicherungsfall eingetreten ist.²⁴

Darüber hinaus lässt sich mithilfe der Smart-Home-Daten der Versicherungsbeitrag *theoretisch* ebenfalls an das Verhalten des Versicherten anpassen: So kann etwa ein internetfähiger Kühlschrank alle ein- und ausgehenden Lebensmittel scannen und erforderlichenfalls Produkte selbstständig online nachbestellen. Spätestens hier wird deutlich, dass mithilfe der Smart-Home-Technologie Lebens- und Ernährungsgewohnheiten erkannt und *en détail*

ketten wie Rewe und Drogeriemärkten geben. Sie müssen dazu bereit sein, in ihren Kassensystemen die Produkte zu kennzeichnen, die für gesunde Ernährung stehen. Dazu gehören Biowaren und Obst“.

²¹ Diese „Fitness“-Tarife scheinen dabei ein Prämientreiber zu sein: Während die Lebensversicherung im Übrigen stagniert, verzeichnet Generali im *Vitality*-Tarif derzeit ein Prämienwachstum von rund 5 %, vgl. <<http://versicherungswirtschaft-heute.de/unternehmenmanagement/vitality-programm-tragt-fruchte-bei-dialog/>>.

²² Siehe zur Entwicklung solcher Tarife nur *Dirk Siegel*, Digitale Lebenshilfen: Versicherer wollen Risiken durch die Nutzung von Sensordaten reduzieren – erste Erfahrungswerte gibt es schon, *VW* 5/2016, 62; *Lena Rudkowski*, Versicherungsrechtliche Probleme des vernetzten Zuhauses („Smart Home“), *VersR* 2017, 1–9. Derzeit steht dabei für die Versicherer wohl vor allem das „Cross-Selling“ der „Smart-Home“-Produkte von Partnerunternehmen im Vordergrund; zugleich sind aber auch die dabei anfallenden Daten potentiell für Versicherer von Bedeutung, vgl. nur <<https://www.cosmosdirekt.de/smart-home/systeme/>>: „Für Ihre Sicherheit kombiniert CosmosDirekt die Hausratversicherung mit den Smart Home Devices von Devolo bzw. Nest.“

²³ Siehe zu den technischen und datenschutzrechtlichen Aspekten nur *Oliver Raabel/Eva Weis*, Datenschutz im „Smart Home“, *RDV* 2014, 231–240.

²⁴ Dies betrifft z.B. die Erfüllung von Sicherheits-, Anzeige- und Auskunftspflichten des Versicherungsnehmers, vgl. *Rudkowski*, *VersR* 2017, 1, 5 ff.

dokumentiert werden können. Solche Smart-Home-Daten sind daher potentiell auch für die Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung interessant.

Die zahlreichen technischen Möglichkeiten werfen die Frage auf, inwieweit eine datenadjustierte Tarifierung versicherungsrechtlich zulässig ist.

II. Vertragsrechtliche Aspekte daten- und risikoadjustierter Versicherungstarife

Aus der Fülle der Rechtsprobleme werden hier drei Fragenkomplexe herausgegriffen: Der erste betrifft die Vereinbarkeit datenadjustierter Versicherungstarife mit grundlegenden Wertungen des Versicherungsrechts (unten 1.). Die zweite Frage zielt auf die versicherungsvertragliche Zulässigkeit solcher Tarife nach dem deutschen VVG sowie den PEICL (unten 2.). Schließlich sind einige Probleme im Kontext der Klauselkontrolle zu benennen (unten 3.).

1. Datenbasierte Tarife – „Entsolidarisierung“ des Versichertenkollektivs?

Gegen datenbasierte Versicherungstarife wird zunächst eingewandt, dass sie gegen wesentliche Grundgedanken des Versicherungsrechts verstießen. Der Vorwurf lautet, dass Tracking-Tarife allzu strikt an den individuellen Risiken ausgerichtet seien: Hierdurch werde die Solidarität in der Versicherung aufgekündigt und das Ende des Risikoausgleichs im Kollektiv eingeläutet.²⁵

Dem ist entgegenzuhalten, dass eine möglichst genaue Risikodifferenzierung in der *Privatversicherung* durch das Äquivalenzprinzip geboten ist: Anders als in der öffentlich-rechtlichen *Sozialversicherung* soll hier grundsätzlich jeder Versicherte eine seinem individuellen Risikoprofil entsprechende Prämie zahlen und nicht auf Kosten des Versichertenkollektivs Vorteile erlangen.²⁶ Die zutreffende Erfassung der individuellen Risiken durch Tracking-Tarife läuft also keineswegs den Grundgedanken der Privatversicherung zuwider. Ganz im Gegenteil profitiert das Versichertenkollektiv davon, wenn Risiken möglichst präzise erkannt und entsprechend auch risikogerechte Prämien gezahlt werden.

²⁵ In diesem Sinne äußert sich etwa die ehemalige Vorsitzende des deutschen Ethikrates, *Christiane Woopen*: „Wenn wirklich das Risiko jedes Einzelnen bewertet wird, dann teilen wir Risiken nicht mehr [...]. Wir kündigen die Solidarität auf“, vgl. Stern, Nr. 44 v. 22.10.2015. Gleichsinnig zur „Entsolidarisierung“ z.B. BT-Drucks. 18/3633, S. 2 f.

²⁶ Statt vieler *Roland Michael Beckmann*, in: Bruck/Möller/Winter, *Versicherungsvertragsgesetz*⁹, Bd. I (Berlin 2008) Einf. A Rn. 23; *Dirk Looschelders*, in: Münchener Kommentar zum VVG² (München 2016) § 1 VVG Rn. 99. Siehe mit Blick auf Tracking-Tarife ausdrücklich auch *Dirk Looschelders*, *Fragmentierung der Kollektive in der Privatversicherung – juristische Implikationen*, ZVersWiss 104 (2015) 481–499, 498.

Überdies findet auch bei Tracking-Tarifen ein Risikoausgleich im Kollektiv statt, da der ständige Datenfluss keine Gewähr dafür bietet, dass sämtliche Schäden ausbleiben.²⁷ Idealerweise verringern sich die Schadenshäufigkeit und der Schadenerwartungswert, etwa, weil Autofahrer mit Telematik-Tarifen zu einer vorsichtigeren Fahrweise neigen. Die Tracking-Tarife stehen folglich mit den Grundprinzipien des Privatversicherungsrechts in Einklang.

2. Versicherungsvertragliche Zulässigkeit

Damit bleibt zu klären, ob das deutsche Versicherungsvertragsrecht sowie die PEICL solche Tracking-Tarife sachgerecht erfassen können. Eine zentrale Herausforderung besteht darin, dass die Versicherungsbeiträge je nach Inhalt der übermittelten Daten angepasst werden.

a) Prämienanpassungen bei Gefahrerhöhung oder -minderung

Auch den datenadjustierten Tarifen liegt eine bestimmte Ausgangsprämie zugrunde. Diese wird jedoch ermäßigt, solange die übertragenen Daten ein günstiges Risikoprofil des Versicherten belegen. Umgekehrt kann der Beitrag steigen, wenn die Daten auf ein höheres Risiko hindeuten. Je nach Vertragsgestaltung kann die Abrede zur Beitragsanpassung daher an den gesetzlichen Vorschriften zur Gefahrerhöhung oder Gefahrminderung zu messen sein. Einschlägig wären hier im deutschen Versicherungsvertragsrecht insbesondere die §§ 23 ff. VVG. In der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung müssen die gefahrändernden Umstände zudem ausdrücklich im Vertrag vereinbart werden.²⁸ Dagegen liegt auch bei Tracking-Tarifen in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung gerade kein Fall der „Prämien- und Leistungsanpassung“ nach §§ 163, 176 VVG oder Art. 17:303(2) PEICL vor, weil die Prämie nicht einseitig durch den Versicherer infolge eines unvorhergesehenen Leistungsbedarfs und auf Basis entsprechend berichteter Rechnungsgrundlagen angepasst wird. Vielmehr erfolgt die Beitragsänderung gemäß der vertraglichen Vereinbarung und auf Grundlage unveränderter Rechnungsgrundlagen für Tracking-Tarife.²⁹

²⁷ *Looschelders*, ZVersWiss 104 (2015) 481, 498.

²⁸ §§ 158, 176 VVG und vgl. auch Art. 4:201 PEICL. Im Fall des *Generali-Vitality*-Tarifs wird bislang allerdings nur das „Rauchen“ ausdrücklich nach § 158 VVG als Gefahrerhöhung im Vertrag vereinbart, vgl. § 2a Abs. 4 Allgemeine Bedingungen für die Risikolebensversicherung (ABRis-D-V). In der privaten Krankenversicherung finden die Regelungen über die Gefahrerhöhung gemäß § 194 Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung, statt vieler *Theo Langheid*, in: Langheid/Rixecker, Kommentar zum VVG⁵ (München 2016) § 23 VVG Rn. 5.

²⁹ *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 229. Dass solche vertraglichen Anpassungsklauseln im Ausgangspunkt versicherungsvertraglich zulässig sind, folgt schon aus § 40 VVG, siehe

Den Maßstab für die Zulässigkeit der datenadjustierten Tarifierung bilden damit zuvörderst die Regelungen zur Gefahränderung nach §§ 23 ff. VVG. Diese Normen sind gemäß § 32 VVG halb-zwingend; von ihnen darf im Versicherungsvertrag also nicht *zuungunsten* des Versicherten abgewichen werden. Abweichungen von den gesetzlichen Vorgaben sind in den Tracking-Tarifen jedoch die Regel: Beispielsweise wirken sich hier eigentlich mitversicherte Risiken – wie etwa eine schnelle, aggressivere Fahrweise in der Kfz-Haftpflichtversicherung – entgegen § 27 Satz 2 und § 25 VVG automatisch beitrags erhöhend aus.³⁰ Sollte diese vertragliche Abweichung dem Versicherungsnehmer nachteilig sein, wäre sie unzulässig.³¹ Bei datenbasierten Tarifen steht der Möglichkeit einer Beitrags Erhöhung jedoch immer die Chance auf eine Beitragsreduktion bei günstigen Daten gegenüber. Soweit sich die hiermit verbundenen Vor- und Nachteile insgesamt die Waage halten, sollten solche Vertragsbestimmungen zulässig sein.³² Erst recht können die Parteien des Versicherungsvertrages daher über § 41 VVG hinaus Fälle der Beitrags *herabsetzung* wegen einer Gefahränderung vereinbaren, weil solche Regelungen dem Versicherungsnehmer stets im Sinne des § 42 VVG vorteilhaft sind.³³

Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch im Rahmen des autonomiefreundlichen Ansatzes der PEICL: Dieses Regelwerk verzichtet auf mit §§ 23 ff. VVG vergleichbare Vorgaben und lässt eine Prämien Erhöhung im Fall einer vertraglich definierten Gefahr Erhöhung auch bei Tracking-Tarifen grundsätzlich zu.³⁴

auch Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 28) § 163 VVG Rn. 3; PEICL (Fn. 8) Art. 17:303 C14.

³⁰ Siehe zu Telematik-Tarifen eingehend *Klimke*, r+s 2015, 217, 220. Vgl. zur mitversicherten Verschlechterung des Gesundheitszustandes in der Berufsunfähigkeits- und Lebensversicherung *Looschelders*, ZVersWiss 104 (2015) 481, 492 unter Verweis auf *Gerrit Winter*, in: Bruck/Möller/Winter, Versicherungsvertragsgesetz⁹, Bd. VIII/1 (Berlin u.a. 2013) § 158 VVG Rn. 4.

³¹ Vgl. wiederum § 32 Satz 1 VVG und Art. 1:103(2) PEICL.

³² So auch *Klimke*, r+s 2015, 217, 220 zu Telematik-Tarifen. Siehe zu § 32 Satz 1 VVG statt vieler *Manfred Wandt*, in: Münchener Kommentar zum VVG² (München 2016) § 32 VVG Rn. 12 ff.; *Roland Rixecker*, in: Langheid/Rixecker, Kommentar zum VVG⁵ (München 2016) § 32 VVG Rn. 3. Vgl. zur Saldierung der Vor- und Nachteile abweichender Vereinbarungen ferner nur *Prölls/Martin/Armbrüster* (Fn. 3) § 18 VVG Rn. 4.

³³ Vgl. nur *Roland Michael Beckmann*, in: Bruck/Möller/Winter, Versicherungsvertragsgesetz⁹ (Berlin, New York 2010) Bd. 2, § 41 VVG Rn. 17 und § 42 VVG Rn. 5 ff.

³⁴ Vgl. Art. 4:201 PEICL. Im Bereich der Lebensversicherung betonen die PEICL (Fn. 8) Art. 17:303 C14 entsprechend ausdrücklich, dass Art. 17:303 PEICL einer (risikoadjustierten) Prämienanpassungsklausel solange nicht entgegensteht, wie die Klausel für den Versicherungsnehmer nicht i.S.d. Art. 1:103(2) PEICL nachteilig ist.

b) *Beitragsreduktion durch Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter bei „Fitness“-Tarifen*

Um die Klippen der Gefahr- und Prämienänderung zu umschiffen, wird bei Fitness-Tarifen in der Lebensversicherung ohnehin ein anderer Ansatz gewählt: Das durch die Daten dokumentierte Verhalten der Versicherten wirkt sich ausschließlich auf die Verteilung der Überschüsse aus.³⁵ Die Überschussbeteiligung kommt vorrangig gesundheitsbewussten Versicherten zugute und kann deren Versicherungsbeitrag reduzieren.³⁶ Dagegen wird die vertraglich vereinbarte Prämie selbst weder erhöht noch ermäßigt, wenn positive oder negative Gesundheitsdaten übermittelt werden.³⁷ Diese Zuweisung der Überschussbeteiligung ist auch mit dem in § 153 Abs. 2, § 176 VVG niedergelegten Grundsatz der verursachungsorientierten Verteilung vereinbar: Schließlich wird das Risiko des Todesfalls bei gesundheitsbewussten Versicherten grundsätzlich niedriger sein.³⁸

3. *Klauselkontrolle*

Während das Versicherungsvertragsrecht somit keine unüberwindbaren Hürden für Tracking-Tarife aufstellt, unterliegen die allgemeinen Versicherungsbedingungen auch der AGB-Klauselkontrolle.

a) *Transparenzgebot*

Bei den derzeit am Markt verfügbaren Tarifen lauern Fallstricke schon bei der Transparenzkontrolle: Nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB sind Klauseln möglichst klar und verständlich abzufassen, so dass der Versicherungsnehmer seine Rechte und Pflichten dem Vertragstext ohne weiteres entnehmen kann.³⁹ Damit sind insbesondere die Kriterien und Methoden zur Berechnung der daten- und risikoadjustierten Beitragsanpassungen transparent darzustellen. Schließlich fordert der EuGH in ständiger Rechtsprechung, dass Verbraucher in der Lage sein müssen, die aus den Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) erwachsenden „wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien“ einzuschätzen.⁴⁰

³⁵ So geht z.B. die Generali-Versicherung bei ihren *Vitality*-Tarifen vor, vgl. § 16 Abs. 4 ABRis-D-V.

³⁶ Vgl. wiederum nur § 16 Abs. 4 ABRis-D-V.

³⁷ *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 229. Zudem ist im Fall des Generali-*Vitality*-Tarifs bislang ohnehin nur das „Rauchen“ nach § 158 VVG ausdrücklich als Gefahrerhöhung im Vertrag vereinbart, vgl. § 2a Abs. 4 ABRis-D-V.

³⁸ *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 228.

³⁹ Statt vieler *Jürgen Basedow*, Transparenz als Prinzip des (Versicherungs-)Vertragsrechts, *VersR* 1999, 1045–1055.

⁴⁰ Vgl. nur EuGH 23.4.2015 – Rs. C-96/14 (*van Hove ./. CNP Assurance*), ECLI:EU:C:2015:262, Rn. 41 ff. und 50.

Diesem *Bestimmtheitsgebot* genügen die Versicherungsbedingungen nur, wenn aus den Klauseln hervorgeht, welche Verhaltensweisen des Versicherten beobachtet werden, welche Parameter in die Bewertung einfließen und wie diese Kriterien im Einzelnen – positiv oder negativ – gewertet und gewichtet werden.⁴¹ Der Versicherer steht dabei zugleich vor der Herausforderung, den komplexen Mechanismus des Tracking-Tarifs hinreichend bestimmt und zugleich auch *verständlich* darzustellen, so dass der Versicherte stets erkennen kann, welche Auswirkungen sein Verhalten auf die Höhe seines Versicherungsbeitrags hat.⁴² Damit muss der Versicherer also nicht zuletzt die Grundzüge des für das *Scoring* verwendeten Punktesystems offenlegen und dem Versicherten mitteilen, ab welcher Punktzahl er einen Rabatt erhält und – umgekehrt –, ab welcher Verschlechterung seiner Punktzahl er höhere Beiträge entrichten muss.

Aufgrund der Komplexität der *Scoring*-Systeme genügen derzeit aber bei weitem nicht alle Tracking-Tarife diesen Anforderungen. An dieser Stelle sei nur das Beispiel des Generali-*Vitality*-Tarifs erwähnt: Hier wird bereits nicht lückenlos aufgeschlüsselt, welches Gewicht der Versicherer den einzelnen Parametern beilegt.⁴³ Vor allem ist für den Versicherten weder ersichtlich, wie sich die Vornahme oder Nichtvornahme gesundheitsrelevanter Maßnahmen konkret auf die Beitragshöhe auswirkt, noch in welcher Bandbreite –

⁴¹ Ebenso zu Telematik-Tarifen *Klinke*, r+s 2015, 217, 218 f. und zu Fitness-Tarifen *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 230. Siehe allgemein auch *Leander D. Loacker*, Rechtsvergleichende Überlegungen de lege (non) ferenda am Beispiel der Versicherungsprämie, in: *Versicherungsvertragsgesetz: Rückblick und Zukunftsperspektiven*, hrsg. von Anton. K. Schnyder (Zürich 2015) 127–176, 132 ff.

⁴² Ganz in diesem Sinne fordert bereits EuGH 23.4.2015 – Rs. C-96/14 (*van Hove* ./ *CNP Assurance*), ECLI:EU:C:2015:262, Rn. 41 ff. und 50 eine transparente Darstellung der „konkrete[n] Funktionsweise des Mechanismus, auf den sich die betreffende Klausel bezieht“. Vgl. auch *Klinke*, r+s 2015, 217, 218 f.; *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 230. Siehe zum potentiellen Konflikt zwischen Bestimmtheits- und Verständlichkeitsgebot nur *Loacker*, Versicherungsprämie (Fn. 41) 133 ff. und 138 ff.

⁴³ Vgl. § 16 Abs. 4 ABRis-D-V: „Die Überschussanteile Ihrer Versicherung können steigen, wenn die versicherte Person – bei verbundenen Leben die versicherten Personen – durch sonstiges gesundheitsbewusstes Verhalten einen entsprechenden Generali Vitality Status erreichen, wodurch der Nettobeitrag sinken kann. Umgekehrt können die Überschussanteile Ihrer Versicherung aber auch sinken, wenn die versicherte Person – bei verbundenen Leben die versicherten Personen – sich weniger sonstig gesundheitsbewusst verhalten und einen diesem Verhalten entsprechenden Generali Vitality Status erhalten, wodurch der Nettobeitrag steigen kann. Der Nettobeitrag ergibt sich aus dem um die Überschussanteile reduzierten Beitrag. Einzelheiten hierzu, insbesondere zu den von dem Generali Vitality Status abhängigen jährlichen Zu- oder Abnahmen Ihres Nettobeitrages, sowie zu den in jedem Versicherungsjahr geltenden Grenzwerten und Bezugsgrößen finden Sie in unserem jährlichen Geschäftsbericht; diese Werte werden jährlich im Rahmen der Überschussdeklaration neu festgesetzt.“

und damit innerhalb welchen „Beitragsentlastungskorridors“ – der Beitrag schwanken kann.⁴⁴

b) *Inhaltskontrolle der Tracking-Klauseln*

Womöglich müssen Tracking-Klauseln darüber hinaus auch einer *Inhaltskontrolle* am Maßstab der §§ 307 ff. BGB standhalten.

aa) *Kontrollfähigkeit und -umfang als Preisnebenabreden*

Zwar mag man die Kontrollfähigkeit von Tracking-Klauseln mit dem Argument bezweifeln, dass die daten- und risikoadjustierte Tarifierung gerade die Höhe des Versicherungsbeitrags und damit das nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB kontrollfreie Preis-Leistungsverhältnis betrifft.⁴⁵ Diese Sichtweise hat der BGH etwa bei Schadensfreiheitsrabatten eingenommen.⁴⁶ Im Gegensatz zur vertraglichen Honorierung der Schadensfreiheit geht es bei den daten- und risikoadjustierten Tracking-Tarifen jedoch um komplexe, für die Versicherten nicht unmittelbar einsichtige Faktoren, welche die Berechnung des Versicherungsbeitrags bestimmen. Anders als bei einer Rabattierung im Fall des Ausbleibens von Schäden werden durchschnittliche Versicherte ihre Aufmerksamkeit kaum auf alle Faktoren der dynamischen Tracking-Tarif-Berechnung richten können. Die Tracking-Konditionen erscheinen daher von vornherein ungeeignet als Wettbewerbsparameter; dieses partielle Marktversagen rechtfertigt eine Inhaltskontrolle.⁴⁷ Entsprechend sind die Tracking-Klauseln als eine Sonderform der Prämienanpassungsklauseln und damit als kontrollfähige *Preisnebenabreden* zu behandeln.⁴⁸

⁴⁴ Vgl. erneut § 16 Abs. 4 ABRis-D-V. Soweit dies auf ein einseitiges Leistungsbestimmungsrecht des Versicherers nach § 315 Abs. 1 BGB hinausläuft, verweist *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 230 f., zutreffend darauf, dass der Versicherer bei der Beitragsreduktion durch eine Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter zumindest einen „Beitragsentlastungskorridor“ in den AVB vereinbaren muss, da hier sonst der Vorwurf mangelnder Billigkeit nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB droht und eine Leistungsbestimmung durch Urteil nach § 315 Abs. 3 Satz 1 BGB erforderlich werden könnte.

⁴⁵ Vgl. auch Art. 4 Abs. 2 und Erwägungsgrund Nr. 19 Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. 1993 L 95/29.

⁴⁶ Vgl. zu einem Schadenfreiheitsrabatt bei einer AVB Luft-Kasko-Versicherung BGH 13.7.2005 – IV ZR 83/04, r+s 2005, 476, 477.

⁴⁷ Vgl. *Jürgen Basedow*, in: Münchener Kommentar zum BGB⁷ (München 2016) Vor § 305 BGB Rn. 4 ff.

⁴⁸ Zur Kontrollfähigkeit von Prämienanpassungsklauseln allgemein nur BGH 1.7.1992 – IV ZR 191/91, NJW 1992, 2356, 2357. Siehe statt vieler MüKo VVG/*Ansgar Staudinger* (Fn. 26) § 40 VVG Rn. 5; *Armbrüster*, r+s 2012, 365, 367. Ebenso zu Tracking-Tarifen *Klimke*, r+s 2015, 217, 220; *Rudkowski*, Grundrechte (Fn. 9) 680; *Brömmelmeyer*, r+s 2017, 225, 231.

Ähnlich verhält es sich, wenn die Beitragsreduktion bei Fitness-Tarifen durch eine Überschussbeteiligung gesundheitsbewusster Versicherter erfolgt: Hier sind wiederum komplexe, für durchschnittliche Versicherungsnehmer nicht unmittelbar nachvollziehbare Rechenoperationen und Festlegungen durch den Versicherer erforderlich.⁴⁹ Entsprechend sind AVB-Klauseln zur Überschussbeteiligung der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB unterworfen.⁵⁰

bb) Unangemessene Benachteiligung bei Verletzung des Symmetriegebots

Bei Prämienanpassungsklauseln in Versicherungsverträgen ist dann insbesondere das Symmetriegebot im Rahmen des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB zu beachten, d.h. es müssen in den Klauseln die gleichen Grundsätze für die Prämienanpassung nach *oben* und nach *unten* angelegt werden.⁵¹ Unwirksam wären demnach AVB, die zwar eine Beitragserhöhung bei negativen Daten vorsehen, nicht aber eine korrespondierende Beitragsreduzierung im Fall positiver Daten.

*c) Folgen der Unwirksamkeit von Tracking-Klauseln:
Ausgangsbeitrag oder Durchschnittstarif?*

Die Transparenz- und Inhaltskontrolle führt zu der Folgefrage, welche Konsequenzen aus der etwaigen Unwirksamkeit von Tracking-Klauseln zu ziehen sind: Soll der Versicherungsnehmer nun wieder den – aufgrund seiner guten *Score* eigentlich überhöhten – Ausgangstarif entrichten? Angesichts des Sanktionszwecks der Klauselkontrolle und um eine Schlechterstellung des Versicherten zu verhindern, muss Versicherten, die aufgrund ihrer Daten bislang einen Rabatt erhalten, dieser Tarif weiterhin erhalten bleiben.⁵² Versicherte, die keine Tarifiermäßigung erhalten, zahlen dagegen maximal den Ausgangstarif.⁵³

⁴⁹ Brömmelmeyer, r+s 2017, 225, 231.

⁵⁰ Statt vieler Langheid/Rixecker/Langheid (Fn. 28) § 153 VVG Rn. 14. Vgl. auch BGH 24.3.2010 – IV ZR 71/08, BeckRS 2010, 11849.

⁵¹ Vgl. BGH 6.7.2016 – IV ZR 44/15, NJW 2017, 388, 390 f. und siehe eingehend Armbrüster, r+s 2012, 365, 372 ff.; ders., Das Symmetriegebot im Versicherungsrecht, in: FS Attila Fenyves (Wien 2013) 449–470.

⁵² Vgl. zu solchen unionsrechtlich fundierten Sanktionszwecken nur EuGH 27.3.2014 – Rs. C-565/12 (*Crédit Lyonnais ./ Fesih Kalhan*) ECLI:EU:C:2014:190, Rn. 51 ff. Siehe zu Telematik-Tarifen eingehend Klimke, r+s 2015, 217, 219 f.

⁵³ Klimke, r+s 2015, 217, 220, möchte darüber hinaus bei unwirksamen Telematik-Klauseln auch jenen Versicherten eine Beitragseinsparung gewähren, die eigentlich nicht die Rabattvoraussetzungen erfüllen: Hier sei ein Tarif anzusetzen, der dem Mittelwert aller „normal“ umsichtigen Versicherungsnehmer entspricht.

Als Zwischenbilanz bleibt an dieser Stelle festzuhalten, dass das Vertragsrecht die mit der dynamischen und datenbasierten Tarifierung verbundenen Probleme sachgerecht erfassen kann. Insofern sind die PEICL, das VVG und auch die AGB-Klauselkontrolle durchaus auf der Höhe der Zeit.

III. Datenbasierte Versicherungstarife – Freiheitsgewinn oder Wagnis?

Lenkt man den Blick über das Vertragsrecht hinaus, so könnten datenbasierte Tracking-Tarife dennoch Risiken bergen. Bedenken gegen die neue digitale Versicherungswelt ergeben sich nicht zuletzt mit Blick auf die deutschen und europäischen Grundrechte.

1. Grundrechtliche Vorgaben an das Privat- und Datenschutzrecht

a) Freiwilligkeit der Einwilligung in die Verarbeitung von Gesundheitsdaten

Die Nutzung von Daten aus einzelnen Lebensbereichen – wie etwa Gesundheitsdaten in den Fitness-Tarifen – ist von der grundrechtlichen Warte durchaus zulässig. Dies gilt insbesondere für die *freiwillige* Offenlegung der Datensätze durch die Versicherten: Diese autonome Entscheidung wird durch das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet.⁵⁴ Wann eine Einwilligung in die Datenverarbeitung als freiwillig gilt, konkretisieren auf Ebene des einfachen Rechts künftig die Art. 6 ff. der EU-Datenschutzgrundverordnung (DSGVO).⁵⁵ Deren Art. 9 fordert gerade bei Gesundheitsdaten und sonstigen sensiblen Informationen in der Regel eine *ausdrückliche* Einwilligung: Hier können sich Versicherer damit nicht auf vom Willen des Versicherten unabhängige gesetzliche Rechtfertigungstatbestände – wie etwa die „Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung“ nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO – stützen.⁵⁶

⁵⁴ Statt vieler *Udo Di Fabio*, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen (München 2016) 43 ff. und 86 ff. Siehe mit Blick auf Art. 8 GRCh auch *Jan Henrik Klement*, Öffentliches Interesse an Privatheit, JZ 2017, 161–170, 168 ff.

⁵⁵ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

⁵⁶ Hingegen betrifft die – speziellere – Regelung des § 213 VVG nur die Erhebung von Gesundheitsdaten bei *anderen* als von der Datenerhebung betroffenen Personen. Zu diesen Dritten zählen etwa Ärzte, Krankenhäuser und andere Versicherungsunternehmen, statt aller *Wolfgang Voit*, in: Prölss/Martin, Versicherungsvertragsgesetz²⁹ (München 2015) § 213 VVG Rn. 1.

Während eine detaillierte Auseinandersetzung mit den datenschutzrechtlichen Anforderungen den Rahmen dieser Darstellung sprengen würde,⁵⁷ so ist hier doch folgendes Grundproblem bei Tracking-Tarifen herauszustellen: Je mehr Marktanteile diese Tarife in Zukunft gewinnen, desto fragwürdiger wird die *Freiwilligkeit* der Entscheidung der Versicherungsnehmer. Noch können sie nämlich ohne weiteres „normale“ Versicherungstarife wählen, bei denen ihr Verhalten nicht ständig beobachtet wird. In Zukunft könnten solche Policen aber nur noch gegen bedeutende oder gar prohibitiv hohe Preisaufschläge zu erhalten sein. Dann wären die Freiwilligkeit und damit die informationelle Selbstbestimmung beim Abschluss von Tracking-Tarifen zu hinterfragen.⁵⁸ So mögen die Versicherungsnehmer beispielsweise bei existenzsichernden Berufsunfähigkeitsversicherungen künftig nicht mehr ohne weiteres „um des informationellen Selbstschutzes willen auf einen Vertra[g]“ mit Tracking-Elementen verzichten können.⁵⁹ Mit ebendieser Argumentation haben das Bundesverfassungsgericht und der BGH in anderen Fallgestaltungen bereits eine Beeinträchtigung der informationellen Selbstbestimmung der Versicherten angenommen.⁶⁰

b) Grenzen der Datenkombination:

Datenschutzrecht und privatrechtliche Generalklauseln

Darüber hinaus bereiten Szenarien Probleme, in denen sich Versicherer vertraglich Zugang zu allen aus Telematik-, Fitness- und Smart-Home-Geräten gewonnenen Daten verschaffen und diese Daten miteinander verknüpfen. Während jeder dieser Datensätze für sich genommen noch vergleichsweise unverfänglich sein mag, könnte gerade durch die Kombination der Daten ein allzu umfassendes Bild der höchstpersönlichen Sphäre entstehen. Denkt man sich noch die bei Lebensversicherungsverträgen nach § 18 Gendiagnostikgesetz (GenDG) unter bestimmten Voraussetzungen zulässige Erhebung *genetischer* Informationen hinzu,⁶¹ so scheint der „gläserne Mensch“ in der Tat greifbar nahe. Dass Versicherer nach möglichst umfassenden Datensätzen streben, belegt der jüngste Vorstoß des englischen Versicherers *Admiral*: Der Versicherer wollte Kunden in einem Tarif für Fahranfänger weitere Rabatte

⁵⁷ Siehe mit Blick auf Tracking-Tarife nur *Lüdemann/Sengstacken/Vogelpohl*, RDV 2014, 302 ff.; *Raabe/Weis*, RDV 2014, 231 ff.

⁵⁸ Wie hier eingehend *Simon Schwichtenberg*, „Pay as you drive“ – neue und altbekannte Probleme, DuD 2015, 378–382. Zurückhaltender *Klimke*, r+s 2015, 217, 221.

⁵⁹ BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29, 30; BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086, 3087 ff.

⁶⁰ Siehe wiederum BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29, 30; BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086, 3087 ff. Siehe zu § 213 VVG sodann auch BGH 5.7.2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462, 464 f.

⁶¹ Siehe hierzu auch PEICL (Fn. 8) Art. 1:208 C1 f.

in der Kfz-Haftpflichtversicherung anbieten, wenn die Versicherten ihm Zugriff auf ihre *Facebook*-Konten gewähren.⁶² Anhand der Äußerungen auf *Facebook* sollten dann detaillierte Persönlichkeits- und Risikoprofile der Versicherten erstellt werden.⁶³

Mit den Worten des BVerfG in der Volkszählungsentscheidung setzt indes die „[f]reie Entfaltung der Persönlichkeit [...] unter den modernen Bedingungen der Datenverarbeitung den Schutz des Einzelnen gegen *unbegrenzte* Erhebung [...] seiner persönlichen Daten voraus“.⁶⁴ Selbst wenn der Versicherungsnehmer in die Preisgabe der jeweiligen Einzeldaten und in deren Kombination zum Zwecke einer datenbasierten Tarifierung eingewilligt hat, können hier daher Probleme aus der Verknüpfung der Datensätze entstehen.⁶⁵ Schließlich definiert das Datenschutzrecht gerade bei konsentierter Datenverarbeitung keine klaren *inhaltlichen* Grenzen und kann daher selbst eine übermäßige Datenverwendung nicht verhindern.⁶⁶ Dabei mag die ununterbrochene und lückenlose Dokumentation aller höchstpersönlichen Daten und Lebensbereiche im Extremfall sogar die *Menschenwürde* des Versicherten berühren: Dies kann freilich nur Situationen betreffen, in denen eine „Totalüberwachung“ des Alltags⁶⁷ oder eine lückenlose Ausforschung von Persönlichkeitsmerkmalen erfolgt.⁶⁸ Hier mögen die existierenden Instrumente des Datenschutz- und des Versicherungsrechts das gebotene Maß an Grundrechtsschutz unterschreiten.⁶⁹ Aus Art. 1 Abs. 1 (i.V.m. Art. 2 Abs. 1) GG und – soweit ihr Anwendungsbereich nach Art. 51 GRCh eröffnet ist – aus den Unionsgrundrechten in Art. 1, Art. 8 GRCh können dann *Schutzpflichten* folgen, denen

⁶² Siehe nur <<https://heise.de/-3454410>>; <<https://netzpolitik.org/2017/social-media-analyse-und-profilierung-bei-versicherungen-beeinflussen-nicht-nur-mitgliedsbeitraege/>>.

⁶³ Siehe erneut die Nachweise in Fn. 62.

⁶⁴ BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209 u.a., BVerfGE 65, 1, 43 (Herv. d. Verf.).

⁶⁵ Gerade mit Blick auf die „der Informationstechnologie eigenen Verarbeitungs- und Verknüpfungsmöglichkeiten“ betont schon BVerfG 15.12.1983 – 1 BvR 209 u.a., BVerfGE 65, 1, 45, dass „es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein ‚belangloses‘ Datum mehr“ gebe.

⁶⁶ So normiert die DSGVO zwar den Grundsatz der sparsamen Datenverwendung („Datenminimierung“) und schränkt auch die Verarbeitungszwecke ein, vgl. nur Art. 5 Abs. 1 lit. b und lit. c; Art. 6 Abs. 1 lit. a; Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO. Diese Mechanismen sind aber gerade nicht darauf ausgerichtet, ein etwaiges „Übermaß“ von Datenverwendung und Datenkombination zu verhindern, in das der Versicherungsnehmer als Betroffener nach Art. 6 Abs. 1 lit. a oder Art. 9 Abs. 2 lit. a DSGVO explizit eingewilligt hat.

⁶⁷ Ähnlich *Rudkowski*, Grundrechte (Fn. 9) 684 f.

⁶⁸ Vgl. *Matthias Herdegen*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz-Kommentar, Loseblatt (München, 79. Lfg. Dezember 2016) Art. 1 GG Rn. 93 f.

⁶⁹ Hierfür sieht *Looschelders*, ZVersWiss 104 (2015) 481, 495, zumindest derzeit noch keine Anhaltspunkte. Siehe zum „Verbot eines Untermaßes an staatlichem Schutz“ bei der Nutzung von Daten durch Private auch *Hans-Jürgen Papier*, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft, NJW 2017, 3025, 3030 f.

durch eine (unions-)grundrechtskonforme Handhabung sowohl des Datenschutzes als auch des Privatrechts genügt werden muss.⁷⁰

Entsprechend sind in solchen Szenarien neben der DSGVO nicht zuletzt auch die privatrechtlichen Generalklauseln im Lichte der Grundrechte auszulegen und anzuwenden: Vertragsbestimmungen, die eine die Menschenwürde bedrohende exzessive Datenpreisgabe und Datenkombination vorsehen, muss erforderlichenfalls die Wirksamkeit versagt werden.⁷¹ Während drohenden Verstößen gegen die Menschenwürde zwar auch unabhängig vom Willen des in seiner Würde Verletzten zu begegnen ist,⁷² muss hierbei stets auch der autonome Entschluss des Betroffenen in die Abwägung einfließen.⁷³ Interventionsbedarf besteht daher insbesondere dann, wenn sich die Datenpreisgabe – etwa aufgrund ökonomischer oder sonstiger Zwänge – „nicht in völlig freier und eigenverantwortlicher Selbstbestimmung“ vollzieht.⁷⁴ Der Gesetzgeber und die Gerichte stehen hier nun vor der Aufgabe, konkrete Grenzen zu definieren, bei deren Überschreitung notfalls auch „Privatheit wider Willen“ erzwungen wird, um drohende Würdeverletzungen durch Tracking-Tarife zu verhindern.⁷⁵

⁷⁰ Vgl. zur „aus dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung folgende[n] Schutzpflicht“ im Privatversicherungsrecht nur BVerfG 17.7.2013 – 1 BvR 3167/08, NJW 2013, 3086. Siehe zu einer überbordenden Schweigepflichtentbindung in den AVB zuletzt BGH 5.7.2017 – IV ZR 121/15, r+s 2017, 462, 464 f. Wie hier auch *Klimke*, r+s 2015, 217, 221; *Rudkowski*, Grundrechte (Fn. 9) 680 ff. Siehe zu den Unionsgrundrechten nur *Hans D. Jarass*, in: Jarass, Charta der Grundrechte der EU³ (München 2016) Art. 1 GRCh Rn. 11 und Art. 8 GRCh Rn. 10; *Papier*, NJW 2017, 3025, 3030 f. Siehe allgemein auch *Di Fabio*, Grundrechtsgeltung (Fn. 54) 90 ff.

⁷¹ Vgl. zum Datenschutz bei Versicherungsverträgen allgemein nur BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29. Siehe mit Blick auf § 134 BGB nur Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 78 f. Siehe zur Bedeutung grundrechtlicher Wertungen bei der Klauselkontrolle auch MüKo BGB/*Wurmnest* (Fn. 47) § 307 BGB Rn. 53. Wie hier *Klimke*, r+s 2015, 217, 221.

⁷² Siehe mit Blick auf das Unionsgrundrecht des Art. 1 GRCh nur, in: Jarass/*Jarass* (Fn. 70) Art. 1 GRCh Rn. 10. Siehe im Kontext von Self-Tracking-Tarifen auch *Rudkowski*, Grundrechte (Fn. 9) 682 f.

⁷³ Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 79 sieht daher „nur eine schmale Basis für einen Würdeschutz des Einzelnen vor sich selbst im Sinne eines fürsorglichen Eingriffs in die individuelle Autonomie.“

⁷⁴ Maunz/Dürig/*Herdegen* (Fn. 68) Art. 1 GG Rn. 79. Dies entspricht auch den Vorgaben des BVerfG 23.10.2006 – 1 BvR 2027/02, r+s 2007, 29 zum Versicherungsvertragsrecht: „Auf Grund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts kann der Einzelne die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten selbst bestimmen. Geht der Einzelne eine vertragliche Verpflichtung ein, solche Informationen seinem Vertragspartner mitzuteilen [...], so handelt es sich grundsätzlich um eine freiwillige Preisgabe. Kann jedoch ein Vertragspartner kraft seines Gewichts den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen, so ist es Aufgabe des Rechts, zu verhindern, dass sich die Selbstbestimmung faktisch in eine Fremdbestimmung verkehrt“ (Herv. d. Verf.).

2. Fazit in drei Thesen

Zieht man an dieser Stelle Bilanz, so bedürfen Tracking-Tarife fraglos der rechtlichen Einhegung. Wenn manche jedoch das Rad der Zeit zurückdrehen wollen und nach Totalverboten rufen, so erinnert das ein wenig an den hilflosen Versuch der zu Beginn erwähnten norddeutschen Fürsten, die Versicherungsverträge ebenso wie Regenschirme verbieten wollten.⁷⁶ Denn die Tür zur Digitalisierung der Versicherungsprodukte ist längst weit aufgestoßen und lässt sich kaum mehr schließen. Die Produkte werden nachgefragt und verzeichnen teilweise ein beachtliches Prämienwachstum.⁷⁷ Nun gilt es, dieses Phänomen mit all seinen Chancen und Risiken rechtlich zu erfassen. In diesem Sinne sollen drei Thesen diesen Streifzug durch die Welt der datenadjustierten Versicherungstarife beschließen:

Erstens sind Tracking-Tarife mit den zentralen Grundsätzen des Privatversicherungsrechts vereinbar: Sie ermöglichen eine striktere Beachtung des Äquivalenzprinzips, wonach jeder Versicherte eine seinem individuellen Risikoprofil entsprechende Prämie entrichten soll.

Zweitens geben die versicherungsrechtlichen Normen zur Gefahränderung ebenso wie die Klauselkontrolle der Gestaltung von Tracking-Tarifen einen adäquaten vertragsrechtlichen Rahmen. Sie verhindern unausgewogene sowie intransparente Gestaltungen und zwingen zur Beachtung des Symmetriegebots bei der Erhöhung und bei der Herabsetzung der Versicherungsbeiträge.

Schließlich ist, *drittens*, dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung zu tragen: Insbesondere bei sensiblen (Gesundheits-)Daten muss stets die Freiwilligkeit der Datenpreisgabe gewährleistet sein, und es sind Grenzen für die Kombination von Tracking-Daten aus höchstpersönlichen Lebensbereichen zu definieren.

In summa wird der Datenschutz damit künftig zu einem ganz zentralen Element des Rechtsprodukts „Versicherung“. Sind diese Rahmenbedingungen erfüllt, kann man im Versicherungsrecht durchaus mehr Freiheit zur datenadjustierten Tarifierung wagen.

⁷⁵ Vgl. hierzu *Barbara Sandfuchs*, *Privatheit wider Willen?* (Tübingen 2015); *Klement*, *JZ* 2017, 161 ff.

⁷⁶ Siehe hierzu erneut oben bei Fn. 1.

⁷⁷ Vgl. erneut die Nachweise oben in Fn. 21.