

Tariffdifferenzierung in der privaten Krankenversicherung

Lena Rudkowski

Zusammenfassung

Tariffdifferenzierung in der privaten Krankenversicherung anhand von gesundheitsbezogenen Verhaltensdaten des Versicherungsnehmers, wie sie sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses darstellen – wie etwa der Impfstatus gegen Covid-19 –, ist grundsätzlich zulässig. Anderes gilt für eine Differenzierung anhand des Gesundheitsverhaltens des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss. Veränderungen in der versicherten Gefahr, die nach Vertragsschluss auftreten, haben keine Auswirkungen auf Prämien und Leistungen. Etwaige Anreizsysteme für „gesundheitsbewusstes“ Verhalten müssen das gesetzliche Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers achten.

Abstract

Under German law, health care insurers may use health factors – including Covid-19 vaccination status – in issuing and pricing policies. However, alterations in health risks after conclusion of the contract must not affect premiums and coverage. Insurers may offer wellness incentive programmes, yet must respect the insured person's lifestyle.

1. Einleitung

Im Zuge der SARS-CoV-2-Pandemie („Covid-19“) sind, im Bemühen um eine Verbesserung der Impfquote, zuweilen Forderungen erhoben worden, die Prämien für ungeimpfte Versicherungsnehmer zu erhöhen oder die Leistungen in der privaten Krankenversicherung einzuschränken.¹ Erwägungen, andere

Prof. Dr. Lena Rudkowski
Professur für Bürgerliches Recht und Arbeitsrecht, Justus-Liebig-Universität Giessen,
Licher Straße 72, 35394 Gießen
E-Mail: Lena.Rudkowski@recht.uni-giessen.de.

¹ Z.B. Unterschiedliche Prämien für Geimpfte und Ungeimpfte?, Handelsblatt vom 21.09.2021, <https://www.handelsblatt.com/finanzen/banken-versicherungen/versicherer/versicherungen-unterschiedliche-praemien-fuer-geimpfte-und-ungeimpfte-rv-chef-bringt-tarife-nach-impfstatus-ins-spiel/27632430.html?ticket=ST-524896-vgG2XV-2d7etQjseqiWwr-ap2> (zuletzt abgerufen am 20.06.2022).

weiche Merkmale als den Impfstatus zur Tarifierung in der privaten Krankenversicherung heranzuziehen – insbesondere „gesundheitsbewusstes“ Verhalten des Versicherungsnehmers zu honorieren –, wurden in der Literatur schon deutlich vor der Pandemie angestellt.²

Diese Ansätze entsprechen zunächst einmal dem der Privatversicherung zugrundeliegenden Äquivalenzprinzip, vorausgesetzt, dass das jeweils in den Blick genommene Verhalten nachweislichen Einfluss auf die Krankheitskosten hat: Versicherung setzt die Übernahme eines fremden Risikos³ durch den Versicherer voraus, das nach dem Gesetz der großen Zahl und damit durch Risikokollektivierung ausgeglichen wird.⁴ Die Prämie entspricht grundsätzlich dem kollektivierten Risiko des Versicherungsnehmers,⁵ das Risiko bestimmt mithin die Hauptleistungspflichten des Vertrags. Da das Gesundheitsverhalten des Versicherungsnehmers⁶ Einfluss auf das versicherte Risiko hat, ist es nur konsequent, es auch der Tariffdifferenzierung in der Krankenversicherung zugrunde zu legen.

Eine entsprechende, auch sehr weitreichende „Individualisierung“⁷ ist aufgrund moderner Hilfsmittel bei der Informationsbeschaffung, wie etwa Smartphones oder Smartwatches, die ohnehin Daten über den Gesundheitszustand des Versicherungsnehmers erheben oder erheben können, technisch möglich. Sie erscheint überdies auch rechtlich insoweit folgerichtig, als das für das Risiko sehr aussagekräftige Kriterium Geschlecht, über längere Zeit hinweg maßgeblich für die Tariffdifferenzierung (nicht nur) in der Krankenversicherung, nach der EuGH-Entscheidung „Test Achats“ aus dem Jahr 2011 nicht mehr zur Tariffdifferenzierung herangezogen werden darf.⁸

Wie in kaum einer anderen Sparte indes steht das versicherte Risiko in der Krankenversicherung in Bezug zur Lebensführung des Versicherungsnehmers. Neben der individuellen gesundheitlichen Disposition beeinflusst der Lebensstil das Risiko maßgeblich. Die Erhebung von Verhaltensdaten des Versicherungsnehmers berührt jedoch in besonderer Weise sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung als Teilgewährleistung des durch Art. 2 I, 1 I GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁹

² S. etwa *Brand*, *VersR* 2019, 725.

³ *Präve*, in: Prölss/Dreher *VAG*, 13. Aufl. 2018, § 1 Rn. 33.

⁴ *Präve*, in: Prölss/Dreher *VAG* (Fn. 3), § 1 Rn. 38 f.; näher für die Krankenversicherung *Franz*, *VersR* 2020, 449 (449 f.).

⁵ *Armbrüster*, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl. 2019, Rn. 274.

⁶ Hier wie im Folgenden wird von Personenidentität von Versicherungsnehmer und versicherter Person ausgegangen.

⁷ Diese prognostizierend bereits *Looschelders*, *VersR* 2011, 421 (428).

⁸ EuGH, Urt. v. 01.03.2011, Rs. C-236/09 – *Test Achats*, Slg. ECLI:EU:C:2011:100 = *VersR* 2011, 377; dazu z. B. *Looschelders*, *VersR* 2011, 421 (424).

⁹ Grundlegend BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1 ff. (Volkszählungsurteil).

Die Zulässigkeit von Tarifdifferenzierung in der privaten Krankenversicherung anhand des Gesundheitsverhaltens des Versicherungsnehmers untersucht der folgende Beitrag.

2. Tarifdifferenzierung anhand des Gesundheitsverhaltens im Zeitpunkt des Vertragsschlusses

Die gesetzlichen Vorgaben gestatten es dem Versicherer, grundsätzlich auch weiche Tarifmerkmale und sensible Gefahrumstände wie Impfstatus oder Lebensgewohnheiten des Versicherungsnehmers zur Tarifierung heranzuziehen.

2.1 Grundsätze

Maßgeblich für die Tarifierung in der Privatversicherung ist das Äquivalenzprinzip. Die Tarifierung entspricht dem kollektivierten Risiko des Versicherungsnehmers, orientiert sich mithin an seinem individuellen Risiko, ohne dieses komplett abbilden zu müssen. Die Tarifierung kann folglich an beliebige Merkmale anknüpfen, solange sie nachweislich das Risiko mit bestimmen:

2.1.1 Aufsichtsrechtliche Vorgaben und ihre Entsprechung im VVG

Das Versicherungsaufsichtsrecht macht Vorgaben zur Prämienkalkulation in der – nach Art der Lebensversicherung betriebenen – privaten substitutiven Krankenversicherung (§§ 146, 160 VAG i. V.m. KVAV) und für die nach Art der Lebensversicherung betriebene nicht-substitutive Krankenversicherung (§ 147 VAG). Oberste aufsichtsrechtliche Maßgabe ist die risikogerechte, nach den anerkannten Regeln der Versicherungsmathematik unter Verwendung der maßgeblichen Rechnungsgrundlagen erfolgende Kalkulation (§§ 146 I Nr. 1 VAG, 10 I KVAV). Zentral sind die statistischen Daten zur Krankheitsgefahr (§ 146 I Nr. 1 VAG), heranzuziehen sind etwa die Kopfschäden (§ 2 I Nr. 3 i. V.m. § 6 KVAV). Was die Rechnungsgrundlagen sind, gibt das geltende Recht indes nicht abschließend vor – andere „geeignete“ Rechnungsgrundlagen als die in der KVAV genannten, die zur Festlegung der Kopfschäden oder Ausscheidewahrscheinlichkeiten erforderlich sind, sind ebenfalls zulässig (§ 2 II KVAV).

Innerhalb dieser Vorgabe der (vereinfacht gesprochen) versicherungsmathematisch nachweisbaren Risikorelevanz ist der Versicherer grundsätzlich frei bei der Auswahl der Tarifierungsmerkmale und kann an beliebige biometrische Erkenntnisse anknüpfen.

Auch der aufsichtsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, nach dem bei gleichen Voraussetzungen Prämien und Leistungen nur nach gleichen Grundsätzen

bemessen werden dürfen (§ 138 II i.V.m. § 146 II 1 VAG), steht einer freien Wahl der Tarifierungsmerkmale nicht entgegen: Eine stark anhand des individuellen Risikos ausdifferenzierte Tarifgestaltung verwirklicht gerade den Grundsatz der Gleichbehandlung dadurch, dass die Risiken des jeweiligen Versicherungsnehmers detailliert erkundet und der Tarifierung zugrunde gelegt werden. Das so gewonnene genaue Abbild des Risikos führt zu einer Zusammenfassung nur genau gleicher Risiken in einem Kollektiv mit denselben Bedingungen.

§ 203 I 1 VVG übernimmt sodann die aufsichtsrechtlichen Vorgaben ins private Vertragsverhältnis, der Versicherer kann nur die entsprechend den technischen Berechnungsgrundlagen nach den §§ 146, 149, 150 i. V.m. § 160 VAG zu berechnende Prämie verlangen. Diese versicherungsmathematische Determinierung wirkt sich auch abseits der Prämienbemessung aus, etwa bei der Anzeigebiegenheit des Versicherungsnehmers vor Vertragsschluss nach § 19 I VVG:¹⁰ Gefährlicher i. S. d. Norm sind solche Umstände, die geeignet sind, den Entschluss des Versicherers zu beeinflussen, einen Vertrag überhaupt oder zu den vereinbarten Bedingungen abzuschließen¹¹ und damit die Umstände, von denen sich der Versicherer bei der Risikoprüfung und Tarifierung leiten lässt.¹²

2.1.2 Datenschutzrechtliche Grundsätze

Diese grundsätzliche Hoheit des Versicherers über die Tarifierung wird durch das Datenschutzrecht nicht eingeschränkt. Das Datenschutzrecht vermittelt dem Versicherungsnehmer zwar Schutz seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung als Teilgewährleistung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I, Art. 1 I GG)¹³ und scheint mit Gesundheitsdaten restriktiv umzugehen. Art. 9 I DSGVO enthält ein Verbot der Verarbeitung von personenbezogenen Gesundheitsdaten, und zwar selbst für den Fall, dass diese Daten unmittelbar bei der betroffenen Person selbst erhoben werden.¹⁴ Gesundheitsdaten sind dabei alle personenbezogenen Daten, die sich auf die körperliche oder geistige Gesundheit einer natürlichen Person beziehen und aus denen Informationen über deren Gesundheitszustand hervorgehen (Art. 4 Nr. 15 DSGVO), mithin Daten wie

¹⁰ BGH, Urt. v. 20.09.2000 – IV ZR 203/99, VersR 2000, 1486 Rn. 10.

¹¹ BGH, Urt. v. 28.03.1984 – IVa ZR 75/82, VersR 1984, 629; *Armbrüster*, in: Prölss/Martin, 31. Aufl. 2021, § 19 VVG Rn. 2.

¹² BGH, Urt. v. 20.09.2000 – IV ZR 203/99, VersR 2000, 1486 Rn. 10.

¹³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83 u. a., BVerfGE 65, 1 ff.

¹⁴ § 213 VVG sei hier ausgeklammert, da die Datenerhebung vor Vertragsschluss typischerweise zunächst beim Versicherungsnehmer selbst erfolgt. Zu § 213 VVG etwa *Waldkirch*, VersR 2020, 1141 (1144f.).

Impf- oder Serostatus, aber auch physiologische Daten, die Rückschlüsse auf das Gesundheitsverhalten erlauben.¹⁵

Das Datenschutzrecht greift aber ohnehin nur, wenn Daten einer identifizierten oder identifizierbaren natürlichen Person (Art. 4 Nr. 1 DSGVO) verarbeitet werden, ist mithin nicht einschlägig, wenn lediglich anonyme, statistische Daten (für die Kalkulation) verwendet werden. Es kann damit von vornherein nicht die Kalkulation, sondern nur die Verwendung personenbezogener Daten in der Risikoprüfung einschränken.

Art. 9 II lit. h DSGVO eröffnet jedoch dem nationalen Gesetzgeber die Möglichkeit, für die Verwaltung von Systemen im Gesundheitsbereich vom Verarbeitungsverbot abzuweichen.

Der deutsche Gesetzgeber hat von dieser Möglichkeit mit § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG Gebrauch gemacht. Entgegen einer in der Literatur geäußerten Auffassung¹⁶ ist § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG, und nicht § 213 VVG, Rechtsgrundlage für Datenverarbeitungen des Versicherers beim Versicherungsnehmer zur Risikoprüfung vor Vertragsschluss. § 213 VVG legt lediglich, wie sich schon aus der Überschrift der Norm ergibt, den Kreis derjenigen dritten Personen fest, bei welchen der Versicherer Gesundheitsdaten erfragen darf.

§ 22 I Nr. 1 lit. b BDSG gestattet Datenverarbeitungen u. a. unter der Voraussetzung, dass sie „für die Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheitsbereich erforderlich“ sind. Die Vorschrift ist rechtstechnisch wie unionsrechtlich problematisch, da sie ohne nähere Konkretisierung den Wortlaut ihrer unionsrechtlichen Rechtsgrundlage (Art. 9 II lit. h DSGVO) übernimmt.¹⁷

Jedenfalls aber ist unter „Verwaltung von Systemen und Diensten im Gesundheitsbereich“ die Risikoprüfung in der privaten Krankenversicherung zu subsumieren. Die private Krankenversicherung ermöglicht die Kostenerstattung, Leistungsabwicklung und Finanzierung im Gesundheitsbereich, soweit nicht die gesetzliche Krankenversicherung diese übernimmt.¹⁸ Soweit bestimmte Gesundheitsdaten dazu dienen, zur Erfüllung dieser Funktionen beizutragen, etwa indem sie dem Versicherer die Risikoprüfung ermöglichen, ist § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG einschlägig.

Eine Einschränkung der Tarifierung – zugunsten des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und etwaiger Geheimhaltungsinteressen des Versicherungsneh-

¹⁵ Weichert, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 3. Aufl. 2020, Art. 4 Rn. 3, 6.

¹⁶ Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner (o. Fn. 15), Art. 6 DS-GVO Rn. 69.

¹⁷ Krit. Frenzel, in: Paal/Pauly, DS-GVO BDSG, 3. Aufl. 2021, § 22 Rn. 4 (zum Einleitungssatz); zu Abs. 1 Nr. 1 lit. b („kein normativer Eigenwert“) Rn. 7; Heckmann/Scheurer, in: Gola/Schomerus, 13. Aufl. 2019, § 22 BDSG Rn. 5.

¹⁸ Weichert, in: Kühling/Buchner (o. Fn. 15), § 22 BDSG Rn. 13.

mers – findet sich im Datenschutzrecht nicht, und auch der Grundsatz der Datenminimierung (Art. 5 I lit. c DSGVO) bewirkt keine Einschränkungen in der Auswahl der Tarifierungskriterien oder auch nur bei der Ermittlung des versicherten Risikos. Nach dem Grundsatz der Datenminimierung muss die Verarbeitung von personenbezogenen Daten auf das für die Zwecke der Verarbeitung notwendige Maß beschränkt sein. Damit ist die Datenminimierung am Verarbeitungszweck orientiert.¹⁹ Der Zweck aber kann durch den für die Datenverarbeitung Verantwortlichen frei festgelegt werden, sodass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche im Ergebnis durch die Festlegung des Verarbeitungszwecks auch den zulässigen Umfang der Datenverarbeitung bestimmt.²⁰ Bezogen auf die Krankenversicherung ist damit festzuhalten, dass ein Datum, das vom Versicherer zur (versicherungsmathematisch korrekten) Tarifierung verwendet wird, von ihm auch auf § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG gestützt verarbeitet werden darf.

Nach dem Willen des Gesetzgebers genügt für die Zulässigkeit der Datenverarbeitung bei Gesundheitsdaten nicht, dass die Voraussetzungen des § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG vorliegen, sondern es müssen darüber hinaus die allgemeinen datenschutzrechtlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sein, insbesondere muss es für die Datenverarbeitung eine Rechtsgrundlage i.S.d. Art. 6 DSGVO geben.²¹

Dieses Verständnis hat im Wortlaut des § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG zwar keinen Niederschlag gefunden. Auch lässt es Art. 9 II lit. h DSGVO als unionsrechtliche Grundlage des § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG genügen, wenn der nationale Gesetzgeber eine die Verarbeitung zulassende Norm schafft, die dann von den weiteren Voraussetzungen der DSGVO unabhängig ist: Art. 9 II lit. h DSGVO lässt abweichend von Art. 9 I DSGVO die Verarbeitung von Gesundheitsdaten zu, soweit dies zum genannten Zweck „auf Grundlage des Rechts eines Mitgliedsstaats“ erforderlich ist. Damit ist offensichtlich gemeint, dass die Festlegung der Voraussetzungen umfassend dem Mitgliedstaat überantwortet wird und ein zusätzlicher Rückgriff auf die DSGVO aus Sicht des Ordnungsgebers nicht erforderlich ist. Der deutsche Gesetzgeber macht hier die Rechtsanwendung mit- hin ohne unionsrechtliche Veranlassung unnötig kompliziert.

Für die Verarbeitung von Daten des Versicherungsnehmers zur Risikoprüfung und Tarifierung wirkt sich dies jedoch praktisch nicht aus. Um das Risiko zu prüfen und einem Tarif zuzuordnen, findet sich stets eine Rechtsgrundlage in

¹⁹ *Herbst*, in: Kühling/Buchner (o. Fn. 15), Art. 5 DSGVO Rn. 55.

²⁰ Krit. bereits *Rudkowski*, in: *Sild* (Hrsg.), *Potentiale und Grenzen europäischer Integration*, 2022, S. 261 (268).

²¹ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BT-Drs. 18/11325 S. 94.

Art. 6 I DSGVO. Soweit der Betroffene nicht ohnehin eingewilligt hat (Art. 6 I lit. a DSGVO), ist die Datenverarbeitung als vorvertragliche Maßnahme zulässig, die auf seine Anfrage hin erfolgt (Art. 6 I lit. b DSGVO). Die Risikoprüfung und die Zuordnung zu einem Tarif sind notwendiger Teil der – von Art. 6 I lit. b DSGVO unproblematisch erfassten²² – Datenverarbeitung im Rahmen von Vertragsanbahnungen oder Vertragsverhandlungen.

Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten des Versicherungsnehmers vor Vertragsschluss ist mithin auf Grundlage des § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG i. V. m. Art. 6 I lit. b DSGVO stets gestattet, soweit dies zur Risikoprüfung und Zuordnung zu einem Tarif erforderlich ist. Zur Erstellung von Tarifen aber enthält das Datenschutzrecht ohnehin keine Vorgaben, schließt insbesondere nicht die Verwendung bestimmter Daten für die Tarifierung aus.

2.1.3 Datenverarbeitungsverbote aus ethischen Gründen

Von dem Grundsatz, dass der Versicherer die Gefahrumstände bestimmt, die er seiner Tarifierung zugrunde legt, gibt es Ausnahmen i. S. v. Datenverarbeitungsverböten, die sich auf ethische Erwägungen stützen.

So entzieht § 18 I GenDG die Ergebnisse genetischer Untersuchungen und Analysen (i. S. d. § 3 Nr. 1, 2 GenDG) der Verwendung zu Zwecken der Krankenversicherung, und dies selbst dann, wenn die Daten eigentlich als gefahrerheblich einzuordnen wären und damit auf Grundlage der §§ 19 I 1 VVG, 22 I lit. b BDSG und Art. 6 I lit. a und/oder b DSGVO verarbeitet werden könnten.²³ Das GenDG überlagert insoweit das allgemeine Datenschutzrecht. Es trägt dem Umstand Rechnung, dass genetische Daten den „Bauplan“ des Menschen betreffen und damit besonders sensibel sind. Verboten ist die Verwendung und Entgegennahme²⁴ der Ergebnisse prädiktiver Untersuchungen, d. h. solcher Analysen, die auf eine mögliche zukünftige Erkrankung Hinweise geben. Derartige prädiktive Analysen sind aus ethischer Sicht besonders problematisch,²⁵ und gerade ihre Verwendung zu unterbinden ist Zweck der Norm.²⁶ Aber auch genetische Analysen, die zur Abklärung bereits bestehender Krankheiten oder Symp-

²² *Buchner/Petri*, in: Kühling/Buchner (o. Fn. 15), Art. 6 DS-GVO Rn. 35, 37.

²³ Zur unionsrechtlichen Rechtfertigung der Norm *Waldkirch*, *VersR* 2020, 1141 (1144) m. w. N.; ausf. zu § 18 GenDG *Präve*, *VersR* 2009, 857 ff.

²⁴ Für eine Erlaubnis, bestehende Gentests anzunehmen, de lege ferenda *Brand*, *VersR* 2009, 715 (719).

²⁵ Zu möglicher Diskriminierung, Stigmatisierung und Verletzung des Rechts auf Nichtwissen, Nationaler Ethikrat, *Prädiktive Gesundheitsinformationen beim Abschluss von Versicherungen*, Stellungnahme, 2007, S. 27 ff.

²⁶ *Präve*, *VersR* 2009, 857 (861).

tome durchgeführt wurden, sind von den Verboten des § 18 I GenDG erfasst. Der Versicherer darf diese Analysen seiner Tarifierung nicht zugrunde legen.

Dagegen untersagt § 18 I GenDG nicht, nach beim Versicherungsnehmer bereits aufgetretenen Krankheiten oder Symptomen zu fragen, selbst wenn diese Krankheiten oder Symptome auf einem genetischen Defekt beruhen und die Krankheit ggf. auch bereits mit genetischen Untersuchungen nachgewiesen worden ist.²⁷ § 18 GenDG soll gentechnische Untersuchungen als Mittel der Diagnostik nicht ausschließen,²⁸ sondern nur verhindern, dass der Versicherer Zugriff auf genetische Daten erhält.

Neben das Verbot des § 18 I GenDG, das von einem speziellen Diskriminierungsverbot (§ 4 I GenDG) flankiert wird, treten die Diskriminierungsverbote des AGG. Sie dienen dem Persönlichkeitsschutz des Versicherungsnehmers insoweit, als bestimmte Differenzierungen vom Gesetzgeber als moralisch verwerflich eingeordnet werden. Zu ihnen gehört die Differenzierung wegen des Geschlechts, die nach § 19 I Nr. 2 AGG (und ergänzend und klarstellend für Schwangerschaft und Mutterschaft auch nach § 20 II 1 AGG) absolut, d. h. ohne Möglichkeit der Rechtfertigung, untersagt ist.²⁹ Ebenfalls absolut unzulässig ist die Diskriminierung wegen der ethnischen Herkunft (§ 19 I Nr. 2 AGG).

Selbst dann, wenn die in § 1 AGG genannten, nach § 19 I Nr. 2 AGG verpönten Differenzierungsmerkmale nachweislich gefahrerheblich sind, dürfen sie der Tarifierung nicht zugrunde gelegt werden und sind damit auch nicht „gefahrerehlicher Umstand“ i. S. d. § 19 I 1 VVG.³⁰

Weitere Ausnahmen aus ethischen Gründen, insbesondere zum Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Versicherungsnehmers, kennt das geltende Recht nicht. So wird zwar vertreten, die Familienanamnese des Versicherungsnehmers dürfe als gefahrerehlicher Umstand nicht herangezogen werden,³¹ u. a. weil die Frage nach familiärer Vorbelastung eine schwere psychische Belastung des Versicherungsnehmers auslösen und sein Recht auf Nichtwissen verletzen könne.³² Eine rechtliche Grundlage – etwa im GenDG oder

²⁷ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98, VersR 2012, 557 (Chorea Huntington); *Looschelders*, VersR 2011, 697 (700).

²⁸ OLG Saarbrücken, Beschl. v. 20.10.2011 – 5 W 220/11-98, VersR 2012, 557.

²⁹ Zur Neuregelung nach Test Achats und der Übergangsregelung *Rudkowski*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 21 Rn. 101, 163.

³⁰ *Armbrüster*, in: Prölss/Martin (o. Fn. 11), § 19 Rn. 10 (kein gefahrerehlicher Umstand); a. A. *Brand*, VersR 2009, 715 (718) (gesetzliches Frageverbot).

³¹ Nationaler Ethikrat, Prädiktive Gesundheitsinformationen beim Abschluss von Versicherungen, Stellungnahme 2007, S. 57 ff.; jedenfalls zweifelnd *Präve*, VersR 2009, 857 (861).

³² Nationaler Ethikrat, Prädiktive Gesundheitsinformationen beim Abschluss von Versicherungen, Stellungnahme, 2007, S. 59.

AGG – gibt es für ein entsprechendes Verbot jedoch nicht. Die Annahme eines solchen Verbots liegt aber auch schon deshalb nicht nahe, weil der Versicherungsnehmer bei der Familienanamnese lediglich nach ihm bekannten Umständen gefragt wird und damit die Erhebung der Anamnese in ihrem Gefährdungspotential für das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Versicherungsnehmers einer genetischen Untersuchung nicht vergleichbar ist. Bei Fragen zur Familienanamnese können dem Versicherungsnehmer keine ihm bislang unbekanntes und ihn psychisch potentiell belastenden Veranlagungen bekannt werden, er wird nur nach seinem eigenen, bereits vorhandenen Wissen befragt. Außerdem ist er durch die Kriterien der Gefahrerheblichkeit (§ 19 I VVG) und der Erforderlichkeit i. S. d. § 22 I Nr. 1 lit. b BDSG vor zu weitreichenden Fragen des Versicherers geschützt: Gefahrerheblich sind nur solche familiären Vorbelastungen, die erstens versicherungstechnisch relevante Kosten für den Versicherer auslösen können und die zweitens nachweislich familiär gehäuft vorkommen, d. h. bei welchen eine Erkrankung innerhalb der Familie auch zu einem erhöhten Krankheitsrisiko des Versicherungsnehmers führt.

2.2 Folgerungen für gesundheitsverhaltensbezogene Tarifmerkmale

Auf dieser rechtlichen Grundlage können auch individuelle gesundheitsbezogene Verhaltensdaten zur Tarifdifferenzierung in der Krankenversicherung herangezogen werden, selbst wenn sie als „weiche“ Merkmale der Veränderung unterliegen, solange sich nur versicherungsmathematisch ihre Bedeutung für das Risiko nachweisen lässt. Zulässig sein kann mithin auch die zuletzt im Fokus der öffentlichen Diskussion stehende Differenzierung nach dem Impfstatus im Hinblick auf Covid-19:³³ Lässt sich statistisch belegen, dass Personen ohne Impfung gegen Covid-19 in rechnerisch relevantem Maß höhere Krankheitskosten verursachen als Geimpfte, kann an die betreffenden Merkmale auch eine unterschiedliche Tarifierung geknüpft werden. Auch andere „weiche“, gesundheitsbezogene Merkmale sind als Differenzierungskriterium denkbar, etwa das Bewegungsverhalten, wenn sich z. B. nachweisen lässt, dass Viel-Sitzer besonders anfällig für kostenauslösende Erkrankungen sind.

Während es indes rein statistisch oft gelingen mag, einen Zusammenhang von Merkmal und Risiko aufzuzeigen, liegen Probleme bei zwei praktischen Fragen, der Ermittlung und der Veränderlichkeit der Merkmale.

Bestimmte Merkmale sind schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses kaum sicher festzustellen. So kann der Versicherer die Behauptung des Versicherungsnehmers, „gesund“ zu leben, sich etwa viel zu bewegen und gesund zu ernähren, schon im Zeitpunkt des Vertragsschlusses praktisch nicht verifizieren.

³³ S. die Nachweise in Fn. 1.

Andere Merkmale lassen sich zwar für den Zeitpunkt des Vertragsschlusses sicher nachweisen, sind in ihrem Vorliegen aber veränderlich. Dies betrifft insbesondere das in der öffentlichen Diskussion besonders prominent vertretene Merkmal „geimpft gegen Covid-19“. Ob der Versicherungsnehmer Impfschutz gegen eine bestimmte Infektionskrankheit vorweisen kann, lässt sich im Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar aus der Impfdokumentation ersehen. Bietet die Impfung aber – wie die Impfung gegen Covid-19 – keine lebenslange, sondern nur eine zeitlich begrenzte Immunisierung, ist der Impfstatus veränderlich. Die Möglichkeiten des Versicherers, nach Vertragsschluss noch Einfluss auf das Gesundheitsverhalten des Versicherungsnehmers zu nehmen – und ihn etwa zu einer erneuten Herstellung des Differenzierungsmerkmals (z. B.: zu einer erneuten Immunisierung) zu verpflichten – sind indes stark eingeschränkt.³⁴

Bei veränderlichen Merkmalen ist mithin bereits in der Tarifierung zu berücksichtigen, dass ggf. ein höheres subjektives Risiko beim Versicherungsnehmer besteht (Falschangaben über das Merkmal) und dass es im Laufe der Vertragsdurchführung zu einer Veränderung des Risikos und insbesondere zu einer Risikoerhöhung kommen kann.³⁵

Aus aktuarieller Sicht mag die Kalkulation trotzdem möglich sein. Bedenkt man aber, dass überdies eine zu starke Fragmentierung der Kollektive betriebswirtschaftlich nicht sinnvoll sein wird, und dass Kunden von zu hohen Anforderungen an das Gesundheitsverhalten auch abgeschreckt werden können,³⁶ wird man von den rechtlichen Möglichkeiten zur Tarifiedifferenzierung praktisch nur eingeschränkt Gebrauch machen wollen.

3. Tarifiedifferenzierung anhand des Gesundheitsverhaltens nach Vertragsschluss

In den Medien fanden sich zuletzt auch Vorschläge für eine Tarifiedifferenzierung anhand des Gesundheitsverhaltens des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss: Ging es vor der SARS-CoV-2-Pandemie vor allem um das Honorieren eines gesundheitsbewussten Lebensstils durch Bonusprogramme oder sog. „Self Tracking-Tarife“, die „pay as you live“, also lebensstilgerechte Prämien (und ggf. auch Leistungen) versprechen, konzentriert sich die öffentliche Diskussion unter dem Eindruck der Pandemie vor allem auf die Differenzierung nach dem Covid-19-Impfstatus.

³⁴ S. noch sogleich sub 3.

³⁵ *Pecheim/Zwiesler/Zietsch*, VW 2000, 1292 zu „preferred lives“-Tarifen in der Lebensversicherung.

³⁶ *Pecheim/Zwiesler/Zietsch*, VW 2000, 1292.

3.1 Differenzierung in bereits abgeschlossenen Verträgen

Eine Anpassung von Prämien und Leistungen an ein sich während der Vertragslaufzeit änderndes Gesundheitsverhalten ist bislang in der Praxis nicht üblich. Ein erster Tarif, der finanzielle Vorteile des Versicherungsnehmers an vorbildliches Gesundheitsverhalten knüpft – *in concreto* an positive Vorsorge- und Self Tracking-Daten –, findet sich lediglich in der hier nicht relevanten, da anderen Grundsätzen folgenden, Berufsunfähigkeitsversicherung.³⁷

Ist der Versicherungsvertrag aber einmal ohne Klauseln geschlossen, die eine Differenzierung anhand des Verhaltens des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss erlauben, kann Differenzierung ohne Zustimmung des Versicherungsnehmers nicht mehr herbeigeführt werden.

3.1.1 Gesundheitsverhalten als Gefahrerhöhung

Das geltende Gesetzesrecht bietet für eine einseitige Vertragsanpassung durch den Versicherer keine Grundlage. Insbesondere ist die Anwendung des Rechts der Gefahrerhöhung – als eigentlich für die nachträgliche Risikoerhöhung vorgesehenes Ausgleichsinstrument – in der Krankenversicherung ausgeschlossen (§ 194 I 2 VVG). Selbst wenn mithin statistisch nachweisbar wäre, dass das Krankheitskostenrisiko bei Personen ohne Covid-19-Impfschutz erhöht ist (und man überdies auch annähme, dass überhaupt ein Unterlassen des Versicherungsnehmers zur Gefahrerhöhung nach § 23 I VVG führen könnte),³⁸ wäre mithin die unterlassene Impfung keine rechtlich beachtliche Gefahrerhöhung.

3.1.2 Gesundheitsverhalten und Herbeiführung des Versicherungsfalls

Ungünstiges Gesundheitsverhalten kann zwar auch als Herbeiführung des Versicherungsfalls zu berücksichtigen sein. Indes wirkt sich, anders als in der Schadenversicherung, wo § 81 VVG bereits bei grob fahrlässiger Herbeiführung des Versicherungsfalls eine Leistungskürzung gestattet, gem. § 201 VVG lediglich die vorsätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalls negativ auf den Versicherungsschutz aus.³⁹

³⁷ Näher zu Self Tracking-Tarifen in der Berufsunfähigkeitsversicherung *Rudkowski*, ZVersWiss 106 (2017), 453.

³⁸ Zum Streitstand einer Gefahrerhöhung durch Unterlassen *Armbrüster*, in: Prölss/Martin (o. Fn. 11), § 23 VVG Rn. 101 ff. (103).

³⁹ Ausf. *Rudkowski*, VersR 2020, 1016 (1017).

Für die vorsätzliche Herbeiführung wiederum genügt zwar bereits bedingter Vorsatz (*dolus eventualis*),⁴⁰ das billigende Inkaufnehmen des Erfolgs,⁴¹ selbst dieser wird im Regelfall aber in der Krankenversicherung nicht vorliegen. So erhofft sich selbst der Suizident nicht etwa die Selbstverletzung, sondern die Selbsttötung,⁴² und auch ein starker Raucher wird in bewusster Fahrlässigkeit darauf hoffen, dass es gesundheitlich bei ihm „schon gutgehen“ wird.⁴³ Nicht anders wird ein Versicherungsnehmer, der gegen Covid-19 nicht geimpft ist, darauf vertrauen, dass die Nichtimpfung bei ihm keine nennenswerten Auswirkungen haben wird.

3.1.3 Gesundheitsverhalten und Prämienanpassung nach § 203 VVG

§ 203 II VVG, der ein Recht des Versicherers zur Prämienanpassung in der substitutiven Krankenversicherung enthält, kann ebenfalls keine Differenzierung anhand des individuellen Impfstatus des Versicherungsnehmers begründen.

Die Vorschrift gestattet die Prämienanpassung nur bei einer Veränderung der maßgeblichen Rechnungsgrundlagen, bei einer Veränderung der Versicherungsleistungen und/oder Sterbewahrscheinlichkeiten.⁴⁴ Belastet die Covid-19-Pandemie ein Kollektiv derart, dass sich dies auf die Rechnungsgrundlagen auswirkt, ist zwar eine Prämienanpassung für das gesamte betroffene Kollektiv geboten.

Damit ist aber nicht etwa die Impfung oder Nichtimpfung eines bestimmten Versicherungsnehmers Kriterium für die Prämienanpassung. Vielmehr erfasst eine Prämienanpassung wegen pandemiebedingt gestiegener Kosten das gesamte betroffene Kollektiv, unabhängig vom Impfstatus oder sonstigen Verursachungsbeitrag des Einzelnen.

Das gesetzliche Anpassungsrecht zielt darauf ab, die dauernde Erfüllbarkeit der Verträge zu gewährleisten,⁴⁵ nicht aber darauf, das Risiko des einzelnen Vertrags *en detail* abzubilden oder die Anpassung an individuell geänderte Risiken zu ermöglichen. Auch eine Anreizsetzung durch Prämienanpassung (etwa: An-

⁴⁰ Voit, in: Prölss/Martin (o. Fn. 11), § 201 VVG Rn. 4.

⁴¹ BGH, Urt. v. 17.12.2016 – IV ZR 353/14, VersR 2016, 720 Rn. 26.

⁴² Für die gesetzliche Krankenversicherung *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 52 SGB V Rn. 6.

⁴³ Zur Parallele bei Schönheitsoperationen BGH, Urt. v. 17.02.2016 – IV ZR 353/14, VersR 2016, 720 Rn. 27.

⁴⁴ Zu den Voraussetzungen der Anpassung näher *Franz*, VersR 2020, 449 (450).

⁴⁵ Entwurf eines Dritten Gesetzes zur Durchführung versicherungsrechtlicher Richtlinien des Rates der Europäischen Gemeinschaften (Drittes Durchführungsgesetz/EWG zum VAG BT-Drs. 12/6959, S. 105 zu § 178g VVG a. F.

reiz zur Impfung) ist von der Norm nicht intendiert. Das individuelle Risiko nach Vertragsschluss bleibt für die Prämie außer Betracht. Der Gesetzgeber nimmt es mit § 203 VVG in Kauf, dass die Interessen des einzelnen Versicherungsnehmers und die des Kollektivs „nicht durchweg“ übereinstimmen.⁴⁶ Prämienanpassungen nach § 203 II VVG beruhen gerade nicht auf individuellem Verhalten des Versicherungsnehmers oder auf freier Entscheidung des Versicherers, sondern sind durch eine Veränderung (äußerer) Umstände veranlasst.⁴⁷

3.2 Differenzierung in Neuverträgen

Bei Verträgen, die neu abgeschlossen werden, mag man dagegen die Aufnahme von Klauseln in Erwägung ziehen, die es dem Versicherer ermöglichen, nachträgliche Änderungen im Gesundheitsverhalten des Versicherungsnehmers zu berücksichtigen. Die potentiellen Gestaltungsmöglichkeiten sind vielfältig – denkbar ist ein Anreizsystem im Sinne eines von den Vertragspflichten losgelösten Bonusprogramms ebenso wie Klauseln, die eine Prämienreduktion bei besonders vorbildlichen Verhaltensdaten versprechen, oder auch die Vereinbarung einer Obliegenheit, die dazu führt, dass sich der Versicherungsnehmer in einer bestimmten risikobezogenen Weise verhalten muss (etwa: stets die von der STIKO empfohlenen Impfungen vorweisen).

Entsprechende Klauseln müssen indes der Klauselkontrolle nach § 307 I 1, II Nr. 1 VVG standhalten, für die das gesetzliche Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers maßgeblich ist.

3.2.1 Gegenstand der Inhaltskontrolle

Während Klauseln, die dem Versicherungsnehmer Obliegenheiten auferlegen, unproblematisch Gegenstand der Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB sind, mag man dies anzweifeln wollen für Klauseln, die eine Variabilität der Hauptleistungspflichten vorsehen. Nach § 307 III 1 BGB sind nur von gesetzlichen Vorschriften abweichende Bestimmungen auch kontrollfähig (mit einer Rückausnahme für die Transparenzkontrolle gem. § 307 III 2 BGB).

Die Einschränkung der Kontrollfähigkeit nach § 307 III 1 BGB bezieht sich aber nur auf die ursprüngliche Festlegung der Hauptleistungspflichten, nicht auf etwaige Anpassungsklauseln. Kontrollfrei ist nach der Rechtsprechung lediglich ein sehr enger Bereich, derjenige der bloßen Leistungsbeschreibungen, während eine Klausel, die das Hauptleistungsversprechen einschränkt, verändert oder

⁴⁶ BGH, Urt. v. 19.12.2018 – IV ZR 255/17, VersR 2019, 283 Rn. 45.

⁴⁷ BGH, Urt. v. 16.12.2020 – IV ZR 294/19, VersR 2021, 240 Rn. 35.

auch nur ausgestaltet, inhaltlich zu kontrollieren ist.⁴⁸ Damit sind im Ergebnis nur die *essentialia negotii* von der Kontrolle ausgenommen, ein Grundsatz, der auch den unionsrechtlichen Grundlagen der Klauselkontrolle (Art. 4 II Klauselrichtlinie⁴⁹) entspricht.⁵⁰

Damit steht in Einklang, dass auch die Beitragsrückerstattung in der privaten Krankenversicherung, als wohl praktisch bedeutsamstes Instrument der Verhaltenslenkung in dieser Sparte, zwar laut BGH Teil der Prämienbemessung,⁵¹ aber wegen Gestaltungsspielräumen des Versicherers der Inhaltskontrolle unterworfen ist.⁵² Entsprechende Gestaltungsspielräume des Versicherers gäbe es auch bei einer Klausel, die Verhaltens- oder Vitaldaten des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss bei den Hauptleistungspflichten berücksichtigen wollte. Zugleich muss, wenn schon die retrospektiv ansetzende Beitragsrückerstattung kontrollfähig ist, dies erst recht auch für die auf einer Prognose beruhende vertragliche Anknüpfung an (präventives) Gesundheitsverhalten gelten. Denn dass sich ein bestimmtes Gesundheitsverhalten in geringeren Kosten für den Versicherer niederschlagen wird, ist in Anbetracht des komplexen menschlichen Organismus keinesfalls sicher. Instrumente zur präventiven Lenkung von Gesundheitsverhalten sind denknötwendig zukunftsbezogen, ihre Wirksamkeit ist ungewiss. Sie bergen damit mehr Potential für eine unangemessene Gestaltung als die retrospektiv lediglich die bereits angefallenen Kosten betrachtende Beitragsrückerstattung.

3.2.2 Das gesetzliche Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers

Die anhand des § 307 BGB durchzuführende Inhaltskontrolle hat sodann als Maßstab das gesetzliche Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers. Es ist wesentlicher Grundgedanke der gesetzlichen Regelung i. S. d. § 307 II Nr. 1 BGB.⁵³

Die §§ 192 ff. VVG machen an unterschiedlichen Stellen deutlich, dass die Lebensführung des Versicherungsnehmers von seinem Status als Privatversicherter unbeeinflusst sein soll.

⁴⁸ BGH, Urt. v. 26.01.2022 – IV ZR 144/21, VersR 2022, 312 Rn. 25.

⁴⁹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, Amtsblatt Nr. L 095 vom 21.04.1993, S. 29 ff.

⁵⁰ S. EuGH, Urt. v. 23.04.2015 – C-96/14 (van Hove), VersR 2015, 605, Rn. 33.

⁵¹ BGH, Urt. v. 01.07.1992 – VI ZR 191/91, BGHZ 119, 55, 58.

⁵² BGH, Urt. v. 01.07.1992 – VI ZR 191/91, BGHZ 119, 55, 59.

⁵³ Ausf. Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1017 ff.).

So schließt, wie dargelegt,⁵⁴ § 194 Abs. 1 S. 2 VVG die Anwendung des Rechts der Gefahrerhöhung (§§ 23 ff. VVG) auf den Krankenversicherungsvertrag aus.⁵⁵ Hierdurch wird vermieden, dass sich risikobezogene Umstände, die sich nach Vertragsschluss verändern, zulasten des Versicherungsnehmers auswirken können.⁵⁶ Ohne entsprechenden Ausschluss wäre schon der natürliche Alterungsprozess eine kontinuierliche Gefahrerhöhung, die den Versicherungsschutz infrage stellen könnte. Ausgeschlossen wird jedoch dem Wortlaut des § 194 I 2 VVG nach nicht nur der natürliche Alterungsprozess als Gefahrerhöhung, sondern schlicht jede Gefahrerhöhung, ein Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber nicht zulassen wollte, dass der Versicherer die Lebensführung des Versicherungsnehmers antastet.

Für die Annahme eines gesetzlichen Leitbilds eines in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers streitet auch der soeben⁵⁷ angesprochene § 201 VVG:⁵⁸ Bis zur Grenze der vorsätzlichen Herbeiführung des Versicherungsfalls ist das gesundheitsbezogene Verhalten des Versicherungsnehmers ohne Folgen für den Bestand des Versicherungsschutzes.

Und auch der Umstand, dass eine Prämienanpassung gem. § 203 II VVG, wie unter 3.1.3 dargelegt, nur bei einer Veränderung der maßgeblichen Rechnungsgrundlagen, nicht aber bereits bei einer individuellen Verschlechterung des Risikos zulässig ist, spricht für das gesetzliche Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers.⁵⁹

Diese Rechtslage lässt sich auch mit verfassungsrechtlichen Erwägungen begründen. Wie in kaum einer anderen Sparte steht in der Krankenversicherung das Risiko im Zusammenhang mit dem Alltagsverhalten des Versicherungsnehmers, und damit mit seiner allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) und seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I, 1 I GG). Nahezu jedes Verhalten des Versicherungsnehmers kann Einfluss auf seinen gesundheitlichen Status nehmen. Müsste er bei jeder Mahlzeit, jeder beruflichen, Haushalts- oder Freizeittätigkeit eine Prämienerrhöhung oder gar Einschränkungen seines Versicherungsschutzes fürchten, wäre er in seiner Persönlichkeitsentfaltung stark gehemmt.

Das Leitbild des in seiner Lebensführung selbstbestimmten Versicherungsnehmers entspricht zudem auch der Ersatz- und Ergänzungsfunktion, welche

⁵⁴ Soeben 3.1.1.

⁵⁵ Dazu bereits *Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1017).

⁵⁶ BGH, *Urt. v. 19.12.2018 – IV ZR 255/17*, Rn. 36 (Prämienanpassung), *VersR* 2019, 283.

⁵⁷ Unter 3.1.2.

⁵⁸ *Ausf. Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1017).

⁵⁹ *Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1017 f.).

der privaten im Verhältnis zur gesetzlichen Krankenversicherung zukommt:⁶⁰ Die private Krankenversicherung ersetzt bzw. ergänzt den Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung nach SGB V.

Die gesetzliche Krankenversicherung folgt zwar eigenen Funktionsgrundsätzen. Sie betont das soziale Element, den risikounabhängigen Ausgleich zugunsten des sozial Schwächeren. Die Privatversicherung setzt (abseits des Basistarifs nach § 152 VAG) dagegen auf Risikogerechtigkeit unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit des Versicherungsnehmers. Der Zweck, den beide Sicherungssysteme verfolgen, ist aber identisch: Sie bieten Schutz gegen die finanziellen Belastungen, die durch Krankheit entstehen können.

Der gesetzlich Versicherte aber muss bei seiner Lebensführung grundsätzlich keine Rücksicht auf den Versicherungsschutz nehmen, er ist frei zu gesundheitlich riskantem und sogar unvernünftigem Verhalten. § 52 I SGB V sieht lediglich dann eine Beteiligung des Versicherten an den Krankheitskosten in „angemessener Höhe“ vor, wenn der Versicherte sich die Krankheit vorsätzlich oder bei einem von ihm begangenen Verbrechen oder vorsätzlichen Vergehen zugezogen hat. Selbst dann aber ist kein vollständiger Verlust des Versicherungsschutzes, sondern lediglich eine Kostenbeteiligung vorgesehen, und auch dies nicht einmal zwingend: Die Krankenkassen können eine Beteiligung vorsehen, müssen dies aber nicht.

Soll der private Krankenversicherungsschutz seiner Ersatz- und Ergänzungsfunktion gerecht werden, muss sein Schutz dem gesetzlichen zwar nicht identisch, aber doch gleichwertig sein.⁶¹ Ein Verständnis der §§ 192 ff. VVG, das den Versicherungsschutz vom Verhalten des Versicherungsnehmers abhängig macht, wäre damit unvereinbar.

Dies führt zwar zu einer für Versicherungsverträge atypischen Entkoppelung von Risiko und Vertragspflichten. Doch der Gesetzgeber selbst weicht zuweilen von grundlegenden Funktionsprinzipien zugunsten des Versicherungsnehmers ab. Hervorzuheben ist die Abweichung vom Prinzip der risikogerechten Tarifierung im Basistarif nach § 152 VAG, bei welchem der Gesetzgeber – verfassungskonform⁶² – die privaten Versicherer aus sozialen Erwägungen heraus in Dienst nimmt.⁶³

⁶⁰ Dazu *Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1017).

⁶¹ *Wandt*, *Versicherungsrecht*, 6. Aufl. 2016, Rz. 1311.

⁶² *Ausf. BVerfG*, *Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 ua.*, *BVerfGE* 123, 186 Rn. 155

⁶³ *BVerfG*, *Urt. v. 10.06.2009 – 1 BvR 706/08 ua.*, *BVerfGE* 123, 186 Rn. 171, 187.

3.2.3 Gesundheitsverhaltensbezogene Klauseln in der Inhaltskontrolle

Mithin sind alle denkbaren Gestaltungsvarianten, mit denen Gesundheitsverhalten für den Versicherungsvertrag berücksichtigungsfähig gemacht werden soll, in der Inhaltskontrolle am Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers zu messen. Ob eine bestimmte Vertragsgestaltung eine i. S. d. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unangemessene Benachteiligung des Versicherungsnehmers darstellt, ist in einer Abwägung der Interessen des Versicherers mit denen des Versicherungsnehmers zu ermitteln.

Für die vertragliche Berücksichtigung von Gesundheitsverhalten nach Vertragsschluss streitet das Interesse des Versicherers, auch präventiv Risikomanagement zu betreiben und seine Kollektive bei der Schadenvermeidung zu unterstützen, um so eigene Kosten zu sparen. Zugleich entspricht es dem zunehmend unter Marketingaspekten genutzten Bild des Versicherers als Lebensbegleiter des Versicherungsnehmers, der Beistand bereits vor dem Eintritt des Versicherungsfalls gewährt.

Dem steht das gesetzliche Leitbild gegenüber, dessen Betroffenheit von der Art und dem Inhalt der rechtlichen Gestaltung abhängig ist: Je stärker die vom Versicherer honorierten Ziele auf das Alltagsverhalten des Versicherungsnehmers einwirken, etwa durch Vorgaben zu Ernährungs- oder Bewegungsverhalten, desto stärker ist das Leitbild berührt. Ferner ist das Leitbild umso stärker betroffen, je größer der ökonomische Anreiz ist, den die Vereinbarung dem Versicherungsnehmer zum vom Versicherer vorgegebenen Wohlverhalten setzt. Je stärker der Anreiz, desto eher ist er zwar geeignet, den Versicherungsnehmer zum gewünschten Verhalten zu lenken – desto stärker ist aber auch die Leitbildbetroffenheit, weil ein verständiger Versicherungsnehmer u. U. gar keine andere Wahl mehr sieht, als das vom Versicherer als „gut“ angesehene Verhalten an den Tag zu legen. Der Versicherungsnehmer muss nicht nur formal, sondern tatsächlich und insbesondere auch wirtschaftlich die Wahl haben, wie er sich verhält.⁶⁴ Ist der wirtschaftliche Vorteil, den der Versicherungsnehmer bei konformem Verhalten erlangen kann, derart groß, dass es bei wirtschaftlicher Betrachtung grob unvernünftig wäre, sich abweichend zu verhalten, wird aus dem Anpassungsanreiz ein Anpassungsdruck. Dieser ist mit dem Leitbild des in seiner Lebensgestaltung freien Versicherungsnehmers nicht vereinbar.

In Anwendung dieser Grundsätze ist es ausgeschlossen, die Hauptleistungspflichten (Prämie/Leistungen), gleich mit welcher Gestaltung im Einzelnen, vom Verhalten des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss abhängig zu machen. So sind Klauseln über eine Prämienvariabilität ebenso unwirksam wie gesundheitsbezogene Obliegenheiten. Eine Klausel, die den Bestand oder Um-

⁶⁴ Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1020).

fang des Versicherungsschutzes oder die Höhe der Prämie vom durch den Versicherer bestimmten Wohlverhalten des Versicherungsnehmers abhängig macht, ist geeignet, aufgrund ihres rechtlichen Bezugs zum Synallagma und damit aufgrund ihrer wirtschaftlichen Tragweite den Versicherungsnehmer unter Anpassungsdruck zu setzen. Prämien und Leistungen sollen nach dem gesetzlichen Leitbild vom Verhalten des Versicherungsnehmers nach Vertragsschluss unangetastet bleiben.

Im Grundsatz unbedenklich sind dagegen Präventionsprogramme, die durch ökonomische Anreize außerhalb der versicherungsvertraglichen Pflichten (ugs. auch „Boni“) den Versicherungsnehmer zu gesundheitsbewusstem Verhalten anhalten wollen, damit zukünftig kein Behandlungsbedarf entsteht und keine Kosten anfallen.

Um mit dem Leitbild vereinbar zu sein, darf dem Versicherungsnehmer jedoch kein gesundheitsbewusstes Alltagsverhalten (gleich in welchem Teilaspekt) vorgegeben werden, sondern sind ihm klar von seinem Alltagsverhalten abgegrenzte Präventionsangebote zu unterbreiten, die lediglich punktuell auf sein Gesundheitsverhalten einwirken oder die allgemein sein Gesundheitsbewusstsein schärfen können (z. B. Sport-, Kochkurse, Impfungen, Vorsorgeuntersuchungen). Ob und ggf. wie er aus präventiven Gründen sein Alltagsverhalten ändert, bleibt dann der freien Entscheidung des Versicherungsnehmers überlassen.

Muss der Versicherungsnehmer auch tatsächlich (ökonomisch) die Wahl haben, ob er die Präventionsangebote wahrnehmen will, setzt dies voraus, dass der ihm hierfür gesetzte finanzielle Anreiz gering ist. Unbedenklich sind geringwertige Vorteile, wie sie auch in vergleichbaren Programmen der gesetzlichen Krankenkassen versprochen werden, etwa niedrigere Geldbeträge oder geringwertige Sachen (Zeitschriftenabonnements, kleinere Gebrauchsgegenstände).⁶⁵ Als Orientierungspunkt für eine obere Grenze des maximal zulässigen ökonomischen Anreizes dienen die am Markt üblichen, von der Rechtsprechung als Instrument der Anreizsetzung zurecht gebilligten⁶⁶ Beitragsrückerstattungsprogramme. Sie halten den Versicherungsnehmer zu kostenbewusstem Verhalten an, ohne auf sein Alltagsverhalten Einfluss zu nehmen, greifen mithin in seine freie Lebensführung weniger stark ein als ein Präventionsprogramm, und knüpfen zugleich – anders als Präventionsprogramme – an einen bereits sicher eingetretenen, messbaren wirtschaftlichen Vorteil des Versicherers an. Der maximal erzielbare wirtschaftliche Vorteil im Präventionsprogramm muss daher klar unterhalb dessen liegen, was der Versicherungsnehmer durch ein Beitragsrückerstattungsprogramm erlangen könnte: Wer bereits durch bloßes Nichtstun

⁶⁵ Rudkowski, *VersR* 2020, 1016 (1020).

⁶⁶ BGH, *Urt.* 01.07.1992 – VI ZR 191/91, BGHZ 119, 55.

(Nichtinanspruchnahme von Leistungen) einen finanziellen Vorteil erlangen kann, der größer ist als derjenige, der bei einem bestimmten, mit eigenen Anstrengungen verbundenen „Wohlverhalten“ erzielbar ist, gerät nicht in Gefahr, sich seine freie Lebensgestaltung gleichsam „abkaufen“ zu lassen.

4. Fazit

Das Gesundheitsverhalten des Versicherungsnehmers ist, solange aus versicherungsmathematischer Sicht ein hinreichender Zusammenhang zwischen Merkmal und Risiko nachweisbar und das Merkmal nicht ausnahmsweise Gegenstand eines gesetzlichen Verwertungsverbots (§§ 18 GenDG, 19 I Nr. 2 AGG) ist, zulässiger Anknüpfungspunkt für Tarifdifferenzierung in der Krankenversicherung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses.

Die Tarifdifferenzierung anhand des Gesundheitsverhaltens nach Vertragsschluss wird eingeschränkt durch das Recht des Versicherungsnehmers auf freie Lebensgestaltung. Dieses ist gesetzliches Leitbild i. S. d. § 307 II Nr. 1 BGB.

Klauseln, die Gesundheitsverhalten nach Vertragsschluss und Hauptleistungspflichten des Vertrags verknüpfen (Impf-Obliegenheit, Prämienreduktion bei „gesundheitsbewusstem“ Verhalten o. ä.), sind gem. § 307 I 1, II Nr. 1 BGB unwirksam.

Ökonomische Anreize für vom Alltag des Versicherungsnehmers abgrenzbares Präventivverhalten (z. B. Vorsorgeuntersuchungen, Impfungen, Kurse), können mit dem gesetzlichen Leitbild vereinbar sein, soweit die dem Versicherungsnehmer gesetzten Anreize lediglich geringwertig sind.

Literaturverzeichnis

- Armbrüster, C.*: Privatversicherungsrecht, 2. Aufl. Mohr Siebeck, Tübingen (2019)
- Brand, O.*: Grenzen der vorvertraglichen Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers. *VersR* 60, 715–721 (2009)
- Brand, O.*: Zulässigkeit und Ausgestaltung von Telematiktarifen. *VersR* 70, 725–736 (2019)
- Franz, E.*: Offene Fragen bei Prämienanpassungen in der privaten Krankenversicherung gem. § 203 Abs. 2 VVG nach dem BGH-Urteil vom 19.12.2018 – IV ZR 255/17. *VersR* 71, 449–463 (2020)
- Gola, P./Heckmann, D.* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679, Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 3. Aufl. C.H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Gola/Heckmann
- Kühling, J./Buchner, B.* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz – Kommentar, 3. Aufl. C.H. Beck, München (2020). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Kühling/Buchner

- Looschelders, D.*: Aktuelle Auswirkungen des EU-Rechts auf das deutsche Versicherungsvertragsrecht unter besonderer Berücksichtigung der geschlechtsspezifischen Tarifierung. *VersR* 62, 421–429 (2011)
- Nationaler Ethikrat: Prädiktive Gesundheitsinformationen beim Abschluss von Versicherungen, Stellungnahme. Berlin (2007)
- Paal, B. P./Pauly, D. A.* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl. C.H. Beck, München (2021). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Paal/Pauly
- Pechheim, M./Zwiesler, H.-J./Ziatsch, D.*: Preferred Lives – eine Option in der Risikolebensversicherung. *VW* 55, 1292–1297 (2000)
- Präve, P.*: Das Gendiagnostikgesetz aus versicherungsrechtlicher Sicht. *VersR* 60, 857–862 (2009)
- Prölss, E. R./Dreher, M.* (Hrsg.): Versicherungsaufsichtsgesetz, mit Nebengesetzen, 13. Aufl. C.H. Beck, München (2018). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Prölss/Dreher
- Prölss, E. R./Martin, A.* (Begr.): Versicherungsvertragsgesetz, mit Nebengesetzen, Vertriebsrecht und Allgemeinen Versicherungsbedingungen, 31. Aufl. C.H. Beck, München (2021). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Prölss/Martin
- Rudkowski, L.*: Anreizsysteme in der privaten Krankenversicherung und das Leitbild der freien Lebensgestaltung des Versicherungsnehmers. *VersR* 71, 1016–1020 (2020)
- Rudkowski, L.*: Das Grundrecht auf Privatsphäre im Wandel – track your life und andere features. In: *Sild, J.* (Hrsg.) *Potentiale und Grenzen europäischer Integration – 20. Österreichischer Europarechtstag*, S. 261–274, Jan Sramek Verlag, Wien (2022)
- Rudkowski, L.*: Vertragsrechtliche Anforderungen an die Gestaltung von Self-Tracking-Tarifen in der Privatversicherung. *ZVersWiss* 106, 453–502 (2017)
- Rudkowski, L.*: Zivilrechtliches Antidiskriminierungsrecht (§§ 1–5, 19–33 AGG). In: *Gebauer, M./Wiedmann, T.* (Hrsg.) *Europäisches Zivilrecht*, S. 891–925 (Kapitel 21), 3. Aufl. C.H. Beck, München (2021)
- Spickhoff, A.* (Hrsg.): *Medizinrecht*, 4. Aufl. C.H. Beck, München (2022). Zitiert als *Bearbeiter*, in: Spickhoff
- Waldkirch, C.*: Die Verarbeitung von Gesundheitsdaten durch Versicherer. *VersR* 71, 1141–1155 (2020)
- Wandt, M.*: *Versicherungsrecht*, 6. Aufl. Vahlen, München (2016)