

Digitale Anreizmodelle in der privaten Krankenversicherung und ihre Grenzen

Moritz Zoppel,* Wien

Abstract: Versicherer benötigen seit jeher Informationen über die Lebensumstände des Versicherungsnehmers, um ihr Geschäftsmodell zu betreiben. Diesem Bedarf nach Information spielt der gesellschaftliche Trend zur Selbstoptimierung in die Hände. Gesundheitsdaten, die etwa mit einer Smartwatch gesammelt und an den Versicherer übermittelt werden können, bestimmen in sogenannten „pay-as-you-live“ Krankenversicherungstarifen die Prämienhöhe. Die Vorteile derartiger individueller Prämienmodelle sind vielfältig und beschränken sich keinesfalls auf die risikoadäquatere Vertragsgestaltung.

Keywords: Krankenversicherung, Telematiktarif, self-tracking, Gefahrengemeinschaft, Gefahrerhöhung, Prämienanpassung, vorbeugende Obliegenheit, Informationssymmetrie

I. Einleitung

A. Problemaufriss: Versicherung und Information

Der Versicherungsvertrag ist von wechselseitigen Informationsasymmetrien und Schutzbedürfnissen geprägt:¹ Der Versicherer kennt in der Regel die Art und Größe der Gefahr, die er versichern möchte, nicht. So ist es für den Krankenversicherer nicht ohne weiteres erkennbar, ob ein Versicherungsnehmer² an Vorerkrankungen gelitten hat, die den Versicherungsfall deutlich wahrscheinlicher machen, als dies ohne Prädispositionen der Fall ist.³ Der Versi-

* Dr. Moritz Zoppel, LL.M. (Cambridge) ist Senior Lecturer und Habilitand am Institut für Zivil- und Zivilverfahrensrecht der Wirtschaftsuniversität Wien.

¹ Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: Eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlußbezogener Aufklärungspflichten (2001) 497 ff; Loacker, Informed Insurance Choice? The Insurer's Pre-Contractual Information Duties in General Consumer Insurance (2015) 8 ff, vgl. Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt. Die Privatversicherung und ihre rechtliche Gestaltung (1991) 93 ff.

² In der Folge geht der Beitrag zur Vereinfachung und Verbesserung der Lesbarkeit davon aus, dass Versicherungsnehmer und versicherte Person oder Versicherter identisch sind.

³ Vgl. Heiss/Lorenz/Feijves/Schauer (Hrsg), Versicherungsvertragsgesetz (2014) Vor §§ 16 bis 22 Rz 9.

cherungsnehmer versteht hingegen das komplexe Versicherungsprodukt, das er weder testen noch physisch begutachten kann, oft nicht ausreichend.⁴ Nicht selten wird er zudem auf die Leistung des Versicherers im Versicherungsfall in hohem Maße finanziell angewiesen sein.⁵ Stand zu Beginn des modernen Versicherungswesens vor allem das Informationsgefälle zu Lasten des Versicherers im Fokus der rechtspolitischen und wissenschaftlichen Diskussion⁶, so ist seither der Kundenschutz immer weiter in den Vordergrund gerückt.⁷ Dass der Versicherer auf Informationen, die ihm die Versicherungsnehmer (formal) freiwillig überlassen, angewiesen ist, bleibt indes unbestritten.⁸ Vor dem Abschluss eines Krankenversicherungsvertrages sieht man sich als Kunde daher beispielsweise mit sogenannten Gesundheitsfragebögen und Gesprächen (zB mit einem Arzt) konfrontiert.

Ein wesentlicher Grund für das Informationsbedürfnis des Versicherers liegt in der Notwendigkeit, Versicherungsprodukte zu personalisieren, um eine risikoäquivalente Prämie zu errechnen. Ein neuer Trend der Produktgestaltung macht das damit verbundene Spannungsverhältnis zwischen dem Versicherer und dem Kunden im Umgang mit Information aufs Neue deutlich: Sogenannte „self-tracking“ oder Telematiktarife ermöglichen es,⁹ mit Hilfe einer Smartwatch, eines Sportarmbandes oder eines Gesundheitsringes (allgemein: *self-tracking-devices* oder *wearables*), den Versicherungsvertrag nach dem individuellen Verhalten des Versicherungsnehmers, entsprechend dem Motto „pay-as-you-live“, zu gestalten. Der Versicherungsnehmer legt dabei ein abgestecktes Paket an Gesundheitsdaten („score“), die durch das *self-tracking-device* erhoben werden, offen. Der Versicherer kann anhand der übermittelten Informationen, wie etwa Herzfrequenz, zurückgelegte Laufstrecken, Stehzeiten, Pulsfrequenz, Körpertemperatur oder Schlafrhythmus Rückschlüsse auf das versicherte Risiko ziehen.¹⁰ Das Neue an derartigen Prämienmodellen ist, dass der Versicherer das versicherte Risiko fortlaufend – also 24 Stunden am Tag – und tagesaktuell beobachten und neu bewerten kann. Bei klassischen Versicherungsprodukten war eine solche Vorgehensweise kaum möglich.¹¹ In einem *pay-as-you-live* Tarif wirken sich also die aktuellen und über einen langen Zeitraum erhobenen Gesundheitsdaten beinahe in Echtzeit auf die Prämienhöhe aus.

⁴ Siehe dazu jüngst *Perner*, Privatversicherungsrecht (2021) Rz 1.10; *Krejci*, Kundenschutz im Versicherungsrecht. Zur Reform des allgemeinen Versicherungsvertragsrechts (1989) 11 ff.

⁵ Vgl *Eidenmüller*, Der *homo oeconomicus* und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216 (221), der den Abschluss eines Versicherungsvertrags mit dem „täglichen Brötchenkauf“ vergleicht.

⁶ Siehe dazu im Detail: Motive zum Gesetz über den Versicherungsvertrag (1908) §§ 16 bis 22, 91.

⁷ *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht (2019)² Rn 570 ff zum dVG; siehe aber schon: *Schmidt-Rimpler*, Versicherungswirtschaft und Versicherungsrecht (1939) 85; *Krejci*, Kundenschutz im Versicherungsrecht 11 ff.

⁸ *Brand*, Zulässigkeit und Ausgestaltung von Telematiktarifen, VersR 2019, 725 (725); *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht 497 ff; *Loacker*, Informed Insurance Choice? 8 ff.

⁹ Auf eine Begriffsklärung des Wortes „Telematiktarif“ der Verbraucherschutzminister der Länder in Deutschland weist *Brand*, VersR 2019, 725 (725) hin. Danach sind Telematiktarife „Versicherungsverträge und gegebenenfalls damit verknüpfte Verträge, bei denen ein bestimmtes risikorelevantes Verhalten zumindest teilweise (digital) erfasst und bei entsprechendem Wohlverhalten belohnt wird.“

¹⁰ Zoppel in *Fenyves/Perner/Riedler* (Hrsg), Versicherungsvertragsgesetz (2020) § 178a Rz 35; *Rudkowski*, Vertragsrechtliche Anforderungen an die Gestaltung von „Self-Tracking“-Tarifen in der Privatversicherung, ZVersWiss 2017, 453 (454).

¹¹ So *Brand*, VersR 2019, 725 (725).

Ihren Ursprung nehmen Telematiktarife in der KFZ-Versicherung („*pay-as-you-drive*“)¹² und der Haushaltsversicherung („*smart-home*“) in Italien¹³ und dem Vereinigten Königreich.¹⁴ Die immer kleinteiliger Individualisierung des Versicherungsvertrages mit Hilfe von digitaler Datenerfassung lässt sich demnach in vielen Versicherungssparten ausmachen und ist keineswegs auf die Krankenversicherung beschränkt.¹⁵

Self-tracking Tarife entsprechen dem anhaltenden gesellschaftlichen Trend zur Selbstoptimierung. Traditionelle Methoden der Risikoevaluierung, wie Fragebögen oder Selbsteinschätzungen, gelten zudem als weniger verlässlich sowie verstaubt und altmodisch.¹⁶ Der umfangreichere Zugang des Versicherers zu individuellen Daten führt mitunter sogar dazu, dass Versicherungsprodukte, die gar nicht mehr angeboten werden konnten, am Markt erhalten bleiben oder zurückkehren. So werden in manchen Regionen Italiens KFZ-Kaskopolizzen für junge Erwachsene nur mehr in der *pay-as-you-drive* Variante gezeichnet.¹⁷ Telematiktarifen wird in diesem Zusammenhang das Potential zugeschrieben, die Grenze der Versicherbarkeit zu verschieben. Lebensversicherungsschutz könne beispielsweise trotz höchst gefahrrelevanter Umstände (etwa Herzerkrankungen) angeboten werden, sofern der Kunde bereit ist, seine Vitaldaten dauerhaft offen zu legen und sich an einen gewissen Fitness- oder Ernährungsplan zu halten.¹⁸ Was manche als mehr Freiheit bei der Tarifwahl¹⁹, oder gar einen Ansporn zu einem bewussteren Lebenswandel wahrnehmen, steht indes häufig im Konflikt mit grundsätzlichen versicherungsvertragsrechtlichen Wertungen und dem gesetzlichen Leitbild der privaten Krankenversicherung. Dieser Konflikt soll in der Folge näher untersucht werden.

B. Vertragsgestaltung und Tarifmodelle

Auf Ebene der Vertragsgestaltung lassen sich für die Krankenversicherung zwei Grundmodelle von Telematiktarifen unterscheiden: Entweder die übermittelten Daten sind Teil der Prämienberechnung. Vitaldaten wirken sich dann unmittelbar über eine Prämienanpassungsklausel auf die Höhe der Versicherungsprämie aus. Liefert der Versicherungsnehmer Daten, die auf ein erhöhtes Krankheitsrisiko hinweisen, steigt in der Folge die Prämie. So könnte sich der Versicherungsbeitrag, je nachdem wie sich die übermittelten Daten entwickeln, für den Kunden positiv oder negativ verändern. Betreibt der Versicherungsnehmer im Sommer aus-

¹² Ein Überblick zum deutschen Markt bei KFZ-Telematikversicherungen findet sich bei *Pohlmann*, Telematikversicherungen – Vertragliche Gestaltung, Gefahrerhöhung und Obliegenheiten, in *Schmidt-Kessel/Grimm* (Hrsg), Telematiktarife & Co. – Versicherungsdaten als Prämienersatz (2018) 73 (75 ff); *Lüttringhaus*, Mehr Freiheit wagen im Versicherungsrecht durch daten- und risikoadjustierte Versicherungstarife, in *Dutta/Heinze* (Hrsg), „Mehr Freiheit wagen“ – Beiträge zur Emeritierung von Jürgen Basedow (2018) 55 (57 ff).

¹³ Dazu *Padovini*, Versicherungsdaten im italienischen Recht – die „Black Box“, in *Schmidt-Kessel/Grimm*, Telematiktarife & Co 61 (61 ff).

¹⁴ *Brand*, VersR 2019, 725 (727).

¹⁵ *Looschelders*, Fragmentierung der Kollektive in der Privatversicherung – juristische Implikationen, ZVersWiss 2015, 481 (492 ff); *Rudkowski*, ZVersWiss 2017, 453 (454); *Brand*, VersR 2019, 725 (725).

¹⁶ *Lüttringhaus* in *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“ 55.

¹⁷ *Padovini* in *Schmidt-Kessel/Grimm*, Telematiktarife & Co. (61) 61 ff.

¹⁸ *Brand*, VersR 2019, 725 (727).

¹⁹ *Lüttringhaus* in *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (57 ff).

giebig Sport, ernährt sich gesund und schläft ausreichend, so bezahlt er eine geringere Prämie, die aber ab dem Herbst wieder steigen könnte, wenn er seine Aktivitäten zurückschraubt und eine Schlafstörung entwickelt. Die Ausgangsprämie im Vertragsabschlusszeitpunkt bildet bei der geschilderten Tarifausgestaltung in der Theorie nur einen Referenzwert, der unter- und überschritten werden dürfte. Praktisch wird es sinnvoll sein, eine Unter- und Obergrenze einzuziehen. Am Markt deutlich gängiger sind allerdings Prämienmodelle, die lediglich einen Rabatt auf die Grundprämie vorsehen (Rabattklauseln), solange der übermittelte *score* gut ist. Der Rabatt geht zwar wieder verloren, wenn sich die Datenlage verschlechtert, die Grundprämie, die beim Vertragsabschluss vereinbart wurde, darf aber nicht überschritten werden und bildet somit das Prämienmaximum. In der zweiten Variante steigt die Prämie also nie über die ursprünglich vereinbarte Geldsumme.²⁰

II. Fragmentierung der Gefahrengemeinschaft

Der Kardinalzweck von Telematiktarifen liegt in einer risikoadäquateren Kalkulation der Versicherungsprämie. Fortlaufende Datenverwertung soll sicherstellen, dass der Versicherer den Versicherungsfall besser vorhersehen und die Bedingungen der Versicherungsprodukte an die Veränderungen des individuellen Risikoprofils anpassen kann. Ein Kritikpunkt an derartigen Anreiz- und Prämienberechnungsmodellen setzt wenig verwunderlich bereits an einem vermeintlichen Wesensmerkmal der Versicherung selbst an: Vor allem im politischen Diskurs in Deutschland²¹ aber auch in der internationalen Literatur²² wurde überlegt, ob Telematiktarife mit dem versicherungsrechtlichen Prinzip der Gefahrengemeinschaft²³ im Konflikt stünden.

Die Vorstellung einer Gefahrengemeinschaft als Wesensmerkmal der modernen Privatversicherung hat eine lange Tradition.²⁴ Vor allem zur Abgrenzung des Versicherungsvertrages von anderen Rechtsgeschäften – etwa den aleatorischen Verträgen wie Wette, Spiel und Los²⁵ – hat es sich etabliert, anzunehmen, dass die Versicherung auf einem Risikokollektiv aufbaut und sich die Prämie nach mathematischen Gesetzen – vor allem dem Gesetz der großen Zahl

²⁰ Rudkowski, ZVersWiss 2017, 453 (454); M. Gruber, Zulässigkeit von Anreizmechanismen in der privaten Krankenversicherung, in M. Gruber (Hrsg), Krankenversicherung IDD-Umsetzung (2020) 65 (66 ff).

²¹ Viel zitiert wird in diesem Zusammenhang eine „kleine Anfrage“ der Fraktion „Die Linke“ und einzelner Abgeordneter, BT-Drucks 18/3633.

²² McFall, Personalizing solidarity? The role of self-tracking in health insurance pricing, Vol. 48 Economy and Society 2019, 52 (52 et seqq.); offenlassend Brömmelmeyer, Belohnungen für gesundheitsbewusstes Verhalten in der Lebens- und Berufsunfähigkeitsversicherung? Rechtliche Rahmenbedingungen für Vitalitäts-Tarife, r+rs 2017, 225 (226); keinen überzeugenden Einwand gegen datenbasierte Versicherungstarife sehen darin Looschelders, ZVersWiss 2015, 481; Lüttringhaus in Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (61 f); Brand, VersR 2019, 725 (728); St. Korinek, Der digitale Kunde, versicherungsrundschau 2018, 50 (52 f) weist darauf hin, dass sich die Grenzen der Tarifierung aus dem Gesetz der großen Zahl ergeben; Schauer, Grenzen der Segmentierung, versicherungsrundschau 2018, 56 (60) nimmt an, dass für das VersVG ein Prinzip der Gefahrengemeinschaft als äußere Grenze für die Produktgestaltung nicht erkennbar sei.

²³ Siehe dazu Bruck, Die Gefahrengemeinschaft, in Klausing/Nipperdey/Nussbaum (Hrsg), Beiträge zum Wirtschaftsrecht II (1931) 1260 ff; Jabornegg, Wesen und Begriff der Versicherung im Privatversicherungsrecht, in Enzinger/Hügel/Dillenz (Hrsg), FS Frotz (1993) 551 (564); Dreher, Die Versicherung als Rechtsprodukt 35; zu Vorgaben, die sich daraus für die Vertragsgestaltung ergeben könnten Scherpe, Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft im Privatversicherungsrecht (2011) 212 ff; Rapp, Das Äquivalenzprinzip im Privatversicherungsrecht (2019) 112 ff; Fenyes in Fenyes/Perner/Riedler, VersVG § 1 Rz 13 ff; Schauer, Das österreichische Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 34 f.

²⁴ Vgl schon Ehrenberg, Versicherungsrecht I (1893) 15 ff.

²⁵ Vgl zur Abgrenzung statt vieler Schmidt-Rimpler, Zum Begriff der Versicherung, VersR 1963, 601.

– berechnen ließe.²⁶ Welche konkreten Rechtsfolgen sich aus der Konstruktion einer Gefahrengemeinschaft in der Folge ableiten lassen, bleibt bis heute indes unklar.²⁷

Schon auf begrifflicher Ebene ist nicht vollends abgesteckt, was mit einer Gefahrengemeinschaft oder einer Prämienberechnung nach dem Gesetz der großen Zahl gemeint sein soll.²⁸ Beschränkt man sich auf die konzeptuellen Gemeinsamkeiten der verschiedenen Deutungen des Gefahrengemeinschaftsgedankens, so wird klar, dass der Versicherer Risiken zu einem Kollektiv bündeln muss, um das Versicherungsgeschäft zu betreiben.²⁹ Die Gefahrengemeinschaft in der modernen Privatversicherung ist damit keine solidarische Gruppe von realen Personen. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen der Massenversicherung und ihren historischen Vorbildern, etwa den Knappenschaftskassen, die von Paternalismus und Solidarität geprägt waren. Durch den Risikoausgleich innerhalb eines Kollektivs wird der Versicherungsfall für den Versicherer „weniger gefährlich“ als er das für jeden einzelnen Versicherungsnehmer wäre. Dieser Grundgedanke wird leichter verständlich, wenn man sich vor Augen führt, dass sich die versicherte Gefahr meist nicht zeitgleich für alle Versicherungsnehmer im Kollektiv realisieren wird. Die Gefahrengemeinschaft ist keine vorgegebene Größe, sondern wird vom Versicherer als eine Art Sicherheitsnetz gebildet.³⁰

So wie die Gefahrengemeinschaft kann auch die Anforderung einer risikoadäquaten Prämienberechnung auf eine lange Geschichte zurückblicken. Schon in der Begründung zu den Entwürfen des deutschen VWG 1908 wird darauf hingewiesen, dass der Versicherer das Versicherungsgeschäft nur dann betreiben könne, wenn er „*über die Art und die Größe der Gefahr, die er übernehmen soll, möglichst genaue Kenntnis*“ erlange.³¹

Zieht man den Blickwinkel der Informationsökonomie³² in Betracht, wird deutlicher, weswegen der Versicherer die Prämien risikoadäquat berechnen muss und in der Folge auf Informationen über das versicherte Risiko angewiesen ist.³³ Kann ein Versicherer potentielle Kunden mit guten Risiken nicht von jenen mit schlechten Risiken unterscheiden, muss er von einem Durchschnittsrisiko ausgehen. Die Prämie würde sich folglich am Querschnittsrisiko im Kollektiv orientieren. Ein Krankenversicherungstarif müsste weitgehend unabhängig von

²⁶ *F. Bydlinski* System und Prinzipien des Privatrechts (1996, Nachdruck 2013) 637 ff.

²⁷ Dazu aus jüngerer Zeit *Figl*, Kulanzleistungen des Versicherers, ZFR 2021, 69; *Scherpe*, Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft 212 ff; *Schauer*, versicherungsrundschau 2018, 56 (60).

²⁸ *Albrecht*, Gesetz der großen Zahlen und Ausgleich im Kollektiv – Bemerkungen zu Grundlagen der Versicherungsproduktion, ZVersWiss 1992, 501 (501 ff); *Albrecht*, Bedroht Big Data Grundprinzipien der Versicherung? (I.), ZfV 2017, 157 ff (159 ff); *McFall*, Vol. 48 Economy and Society 2019, 52 (54 et seqq.).

²⁹ *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 1.5; *Ehrenberg*, Versicherungsrecht I 16.

³⁰ *Farny*, Versicherungsbetriebslehre⁵ (2011) 34, 47: „Individuelle Über- oder Unterschäden der Einzelrisiken gleichen sich teilweise oder ganz aus“; vgl. *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 1.5 ff.

³¹ Begründung zu Entwürfen eines Gesetzes über den Versicherungsvertrag (1906), Zweiter Teil §§ 16 bis 22, 30 ff.

³² Vgl zu den Erkenntnissen der Informationsökonomik *Fleischer*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht 93 ff; für das Versicherungsrecht im Besonderen 507 f.

³³ Statt vieler: *Arrow*, Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care, Vol. 53 The American Economic Review 1963, 941 (963); *Akerlof*, The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism, Vol. 84 The Quarterly Journal of Economics 1970, 488 (489 et seqq.); *Rothschild/Stiglitz*, Equilibrium in Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information, Vol. 90 The Quarterly Journal of Economics 1976, 629; *Krugman/Wells*, Microeconomics⁴ (2015) 596 et seqq.; aus jüngerer Zeit zum Versicherungsvertrag: *Rapp*, Das Äquivalenzprinzip 104; *Armbrüster*, Privatversicherungsrecht² Rn 383.

der Krankheitserwartung und anderen Risikofaktoren kalkuliert werden. Personen mit einem hohen Risiko erhalten unter diesen Bedingungen günstigen Versicherungsschutz, der von jenen Versicherungsnehmern mit einem unterdurchschnittlichen Risiko quersubventioniert werden würde. Nach den traditionellen Modellüberlegungen führt dieser Zustand zu einem kontinuierlichen Marktausstieg der Versicherungsnehmer mit einem guten, also bezogen auf den Eintritt des Versicherungsfalls geringen, Risiko. Versicherungsschutz wird für rationale Versicherungsnehmer, die um ihr geringes Risiko wissen, damit ökonomisch unattraktiv. Der Marktausstieg der guten Risiken bewirkt, dass die durchschnittliche Prämie stetig steigt (adverse Selektion). Am Ende dieser Abwärtsspirale steht der Zusammenbruch des Versicherungsmärkte.³⁴ Ein rationaler und risikoaverser Mensch würde zwar Versicherungsschutz suchen, findet aber am Markt kein Produkt, das sein Risiko auch nur annähernd widerspiegelt. Zwar gäbe es auch Versicherer, die gerne die Risiken dieser Personen versichern wollten, nur fehlt es an Informationen, die es ermöglichen, die Prämie am Risiko zu orientieren.³⁵ Ein Versicherungsprodukt setzt demnach einen gewissen Grad an Segmentierung der Gefahrengemeinschaft voraus, um am Markt bestehen zu können. Um diesem Informationsbedarf des Versicherers nachzukommen, hat das VersVG eine vorvertragliche Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers über bekannte gefahrerhebliche Umstände in den §§ 16-22 VersVG verankert. Dementsprechend hat der Versicherungsnehmer den Versicherer über bekannte und gefahrerhebliche Umstände, wie Krankheitssymptome, Vorerkrankungen oder frühere Krankenhausaufenthalte zu informieren.³⁶ Die Weiterentwicklung der risikoäquivalenten Prämienberechnung müsste zu einer immer feineren Ausdifferenzierung und Individualisierung der Prämie führen.³⁷ Telematiktarife spielen dabei eine tragende Rolle.

Die angesprochene Ausdifferenzierung des Risikokollektivs steht mit der Theorie der Gefahrengemeinschaft in Konflikt. Das leuchtet ein.³⁸ Von einer Gemeinschaft bleibt schließlich wenig übrig, wenn jeder Versicherungsnehmer nach seiner individuellen Gefahrenlage versichert wird. Griffige versicherungsvertragsrechtliche Vorgaben, die sich aus dem Gefahrengemeinschaftsgedanken ableiten lassen, sind jedoch kaum auffindbar.³⁹

Die Gefahrengemeinschaftstheorie versucht ein allgemeines Ordnungsprinzip des Versicherungswesens zu beschreiben: Die moderne Versicherung beruht auf der Zusammenfassung einer größeren Anzahl an Risiken.⁴⁰ Der einzelne Versicherungsvertrag ist somit nicht Bezugspunkt dieser Theorie.⁴¹ Wer gesetzliche Anhaltspunkte für den Tatbestand einer Gefahrengemeinschaft sucht, wird konsequenterweise auch nicht im VersVG oder dem deutschen VWG fündig.⁴² So spricht aus versicherungsvertragsrechtlicher Perspektive etwa nichts gegen die Versicherung von Einzelrisiken, wie etwa dem Ausfall einer Sportveranstaltung oder einer konkreten Theateraufführung. Bei einer Einzelversicherung oder Projektpolizze wird schon

³⁴ Verhaltensökonomische Studien legen überzeugend nahe, dass es zur adversen Selektion und zum Marktzusammenbruch nicht kommen muss; vgl dazu etwa *Siegelman*, Adverse Selection in Insurance Markets: An Exaggerated Threat, Vol. 113 The Yale Law Journal 2004, 1223 (1223 et seqq.).

³⁵ Vgl *Rothschild/Stiglitz*, Vol. 90 The Quarterly Journal of Economics 1976, 629 (635 et seqq.); *Arrow*, Vol. 53 The American Economic Review 1963, 941.

³⁶ *Heiss/Lorenz in Fenyves/Schauer*, VersVG § 16 Rz 6 mwN.

³⁷ Vgl *Scherpe*, Das Prinzip der Gefahrengemeinschaft 185 ff.

³⁸ So auch der Ausgangspunkt bei *Rapp*, Das Äquivalenzprinzip 112; vgl *Schauer*, versicherungsbericht 2018, 50 (60).

³⁹ *Rapp*, Das Äquivalenzprinzip 116.

⁴⁰ *Arnbrüster*, Privatversicherungsrecht² Rn 264 ff; *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 1.7 f.

⁴¹ *Jabornegg* in FS Frotz 551 (564); *Dreher*, Die Versicherung als Rechtsprodukt 126.

⁴² Siehe nur *Fenyves* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG § 1 Rz 14 ff.

definitionsgemäß kein Kollektiv gebildet.⁴³ Die Anforderung an den Versicherer, dass Risiko auf eine Vielzahl von Personen aufzuteilen, die durch eine *gleichartige Gefahr* bedroht sind, findet ihren Ursprung in der ungeschriebenen Praxis⁴⁴ des Versicherungsaufsichtsrechts.⁴⁵ Danach setzt der *planmäßige Geschäftsbetrieb* eines Versicherungsunternehmens voraus, dass ein Risikoausgleich im Kollektiv nach dem Gesetz der großen Zahl herbeigeführt wird.⁴⁶ Die Gefahrengemeinschaft wird von *Meinrad Dreher* daher treffend als „*nichts anderes als die Befolgung eines betriebswirtschaftlichen Prinzips*“ bezeichnet.⁴⁷

Reduziert man den Gefahrengemeinschaftsgedanken auf den Risikoausgleich im Kollektiv und die Prämienkalkulation nach dem Gesetz der großen Zahl,⁴⁸ dann spricht allerdings wenig gegen eine individuelle Prämienkalkulation, solange die Summe der individuellen Prämien den gesamten Schadensbedarf deckt.⁴⁹ Sowohl das Gesetz der großen Zahl als auch der kollektive Risikoausgleich versuchen das Zufallsrisiko beherrschbarer zu machen. Doch selbst noch so starke Individualisierung beseitigt freilich die Ungewissheit im Kollektiv nicht. Die überwiegende Lehre geht demnach zu Recht davon aus, dass die Gefahrengemeinschaft der Versicherungsnehmer in keinem engeren Zusammenhang mit einer individuellen Prämienkalkulation steht.⁵⁰ Eine Grenze der Fragmentierung der Gefahrengemeinschaft wird theoretisch durch mathematische Grenzwerte gezogen. Kommt es zu einer „Atomisierung“ des Risikokollektivs, so könnte die Wirkung des Gesetzes der großen Zahl nachlassen oder gar kontektiert werden.⁵¹ Diese Grenze dürfte allerdings praktisch durch feinere Tarifdifferenzierung nicht erreicht werden können.⁵²

Als *Zwischenergebnis* kann man festhalten, dass sich aus den allgemeinen Wertungen des Versicherungsrechts keinerlei Grenzen für *self-tracking* Tarife ergeben. Damit besteht freier Blick auf die Besonderheiten des privaten Krankenversicherungsrechts.

III. Prämienvariabilität

Anreizsysteme in der privaten Krankenversicherung haben sich am Markt, vor allem in der Form von sogenannten Beitragsrückerstattungssystemen, etabliert. Der Versicherungsnehmer erhält darin einen Geldbetrag zurück, wenn er während einer Abrechnungsperiode keine Leistung aus dem Versicherungsvertrag in Anspruch genommen hat.⁵³ Einem ähnlichen Muster folgen *self-tracking* Tarife. Anders als bei der Rückerstattung von Beiträgen, die erst im

⁴³ *Armbrüster* in *Prölss/Martin* (Hrsg), *Versicherungsvertragsgesetz*³¹ (2021) § 1 Rn 20 f; *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³ 35.

⁴⁴ Statt vieler *St. Korinek* in *St. Korinek/G. Saria/S. Saria* (Hrsg), *Versicherungsaufsichtsgesetz* (2016) § 275 VAG Rz 36; *Präve* in *Prölss/Dreher*; *Versicherungsaufsichtsgesetz*¹³ (2018) § 1 VAG Rn 38; *Schauer*, *Versicherungsvertragsrecht*³ 35.

⁴⁵ *Looschelders* in *Langheid/Wandt* (Hrsg), *Münchener Kommentar zum VVG*² (2016) § 1 Rn 56; *Fenyves* in *Fenyves/Perrier/Riedler*; *VersVG* § 1 Rz 14.

⁴⁶ *St. Korinek* in *St. Korinek/G. Saria/S. Saria*, *VAG* § 275 Rz 36.

⁴⁷ *Dreher*, *Die Versicherung als Rechtsprodukt* 124.

⁴⁸ Vgl *Rapp*, *Das Äquivalenzprinzip* 114 ff.

⁴⁹ *Albrecht*, *Bedroht Big Data Grundprinzipien der Versicherung?* (II.), *ZfV* 2017, 189 (190 f).

⁵⁰ Statt aller *Looschelders*, *ZVersWiss* 2015, 481 (498).

⁵¹ *St. Korinek*, *versicherungsrundschau* 2018, 50 (52 f); *Brand*, *VersR* 2019, 225 (728).

⁵² So *Albrecht*, *ZfV* 2017, 189 (190 f); *Rapp*, *Das Äquivalenzprinzip* 114 ff.

⁵³ *Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1016 f).

Nachhinein erfolgt, wird die Prämie bei *pay-as-you-live* Versicherungen an die übermittelten Daten des Versicherungsnehmers angepasst. So steigt oder sinkt die Prämie je nachdem, ob die Vitaldaten positive oder negative Auswirkungen auf den Gesundheitszustand implizieren.⁵⁴

Die Zulässigkeit von vertraglichen Prämien- und Leistungsanpassungsklauseln in der Krankenversicherung regelt § 178f VersVG. Ziel der Bestimmung ist es, die widerstreitenden Interessen des Versicherers und des Versicherungsnehmers im Hinblick auf die Besonderheiten einer Krankenversicherung auszutarieren. Zum einen werden private Krankenversicherungen über eine lange Laufzeit geschlossen und dienen der sozialen Absicherung des Versicherungsnehmers. Das Versicherungsprodukt wird meist in jungem Alter erworben, während die Wahrscheinlichkeit eines Versicherungsfalls mit zunehmendem Alter drastisch zunimmt. Zum anderen muss der Versicherer nach dem erörterten Konzept des kollektiven Schadensausgleichs die Versicherungsleistungen langfristig aus dem Prämienaufkommen abdecken können. Der Versicherer ist damit an einer gewissen Prämienflexibilität, vor allem was veränderliche Rahmenbedingungen über einen längeren Zeitraum angeht, der Versicherungsnehmer hingegen an Prämienstabilität trotz höherer Leistungsintensität, interessiert.⁵⁵

Prämienanpassungen sind gemäß § 178f VersVG zwar zulässig, die Faktoren, die dazu ermächtigen, werden allerdings taxativ aufgezählt. Die in § 178f VersVG genannten Faktoren weisen eine inhaltliche Gemeinsamkeit auf: Sie knüpfen nicht an individuelle Umstände des einzelnen Versicherungsnehmers an. Taugliche Gründe, die zu einer Prämienanpassung berechtigten, müssen sich – dem gesetzlichen Konzept folgend – auf den kollektiven Schadensaufwand beziehen.⁵⁶ So rechtfertigt etwa eine Veränderung der allgemeinen Lebenserwartung in der Bevölkerung oder die Anpassung von Kostensätzen in der Sozialversicherung eine Prämienanpassung.⁵⁷ Rein verhaltensbezogene Parameter können hingegen nicht in einer höheren Krankenversicherungsprämie münden. Ein Telematiktarif, bei dem das individuelle Verhalten des Versicherungsnehmers über eine Prämienanpassungsklausel zu einer Prämienerhöhung führt, wäre mit den Vorgaben des § 178f VersVG somit nicht kompatibel.⁵⁸

Zulässig könnten jedoch Tarifmodelle sein, deren vereinbarte Ausgangsprämie nicht überschritten wird. Werden Daten übermittelt, die auf ein geringeres Krankheitsrisiko hindeuten, wird ein Rabatt auf die ursprüngliche Prämie gewährt (Rabattklausel). Der Rabatt geht selbstverständlich wieder verloren, sobald sich die übermittelten Daten verschlechtern. Der Wortlaut des § 178f VersVG, der „*eine Vereinbarung, nach der der Versicherer berechtigt ist, die Prämie nach Vertragsabschluss einseitig zu erhöhen oder den Versicherungsschutz einseitig zu ändern*“ im Blick hat, wäre durch eine Rabattklausel nicht unmittelbar berührt. Die Prämie wird schließlich nicht erhöht. In diesem Sinne betont *Martin Schauer*, dass § 178f VersVG den Versicherungsnehmer „*aber wohl nur vor einem Anstieg der Prämie gegenüber dem ur-*

⁵⁴ Bereits an dieser Stelle könnte man berechtigt fragen, ob die von einem *self-tracking-device* übermittelten Daten einen belastbaren Einfluss auf den Versicherungsfall in der Krankenversicherung haben müssen. Siehe dazu weiter unter IV.B.

⁵⁵ *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 178f Rz 1.

⁵⁶ *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 178f Rz 4.

⁵⁷ Vgl *Schauer*, versicherungsrundschau 2018, 56 (58).

⁵⁸ So zum österreichischen Recht: *Schauer*, versicherungsrundschau 2018, 56 (58); *M. Gruber* in *M. Gruber*, Krankenversicherung IDD-Umsetzung 65 (66 ff); *Zoppel* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG § 178a Rz 35.

sprünghlich vereinbarten Betrag aufgrund einer Veränderung von Umständen aus seiner individuellen Risikosphäre schützen will.⁵⁹ Keine Einwände hat *Schauer* demgemäß gegen Vereinbarungen fester Prämienmäßigungen, die an einen günstigen Schadensverlauf in der Krankenversicherung geknüpft werden, oder Begünstigungen, die vom Geschäftsergebnis des Versicherers abhängig sind, wie vor allem Gewinnbeteiligungen.⁶⁰

IV. Gefahrerhöhung in der Krankenversicherung

A. Zweck des § 178a Abs 3 VersVG

Die Gesetzwidrigkeit von Rabattklauseln, als Reaktion auf eine Verhaltensänderung des Versicherungsnehmers, könnte sich jedoch aus einer anderen Sondernorm des Krankenversicherungsrechts ableiten lassen. § 178a Abs 3 VersVG sieht vor, dass die allgemeinen Regeln über die Gefahrerhöhung des VersVG (§§ 23-30) auf die Krankenversicherung keine Anwendung finden dürfen.

Bei einer Gefahrerhöhung im Sinne des § 23 VersVG handelt es sich um eine substantielle nachträgliche Änderung der gefahrerheblichen Umstände, die beim Vertragsabschluss bestanden haben. Die veränderten Umstände müssen dazu beitragen, dass der Eintritt des Versicherungsfalls wahrscheinlicher ist oder dessen Auswirkungen erheblicher werden.⁶¹ Ferner wird gefordert, dass der Versicherer unter den veränderten Gegebenheiten den Versicherungsvertrag nicht oder zumindest nicht unter denselben Bedingungen geschlossen hätte.⁶² Als Rechtsfolgen einer Gefahrerhöhung sind gem §§ 24 f VersVG grundsätzlich die Leistungsfreiheit oder zumindest ein befristetes Kündigungsrecht des Versicherers vorgesehen.

Der Ausschluss der Regelungen über die Gefahrenerhöhung in der Krankenversicherung soll sicherstellen, dass der Versicherungsnehmer, über das mitversicherte Risiko hinaus in seiner Lebensführung durch die Versicherung nicht ungebührlich eingeschränkt wird.⁶³ Selbst, wenn sich die Gefahrenumstände wesentlich ändern, weil der Versicherungsnehmer älter oder krank wird, kann der Versicherer den Vertrag nicht einseitig kündigen. Dasselbe gilt selbst dann, wenn der Versicherungsnehmer beginnt sich willentlich risikoaffin zu verhalten. Dieser Umstand wird in den Materialien zum VersRÄG 1994 weiter unterstrichen: Der Versicherungsschutz soll danach für „*die jeweiligen Lebensumstände des Versicherungsnehmers geboten werden*“.⁶⁴ *Pay-as-you-live* Rabatte in der Krankenversicherung könnten damit gegen § 178a Abs 3 VersVG verstößen, wenn sie das Regime über die Gefahrerhöhung vertraglich nachzeichnen würden.⁶⁵

⁵⁹ *Schauer*, versicherungsgrundschau 2018, 56 (58).

⁶⁰ *Schauer* in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 178f Rz 22.

⁶¹ *Perner*, Privatversicherungsrecht Rz 4.46.

⁶² BGH II ZR 21/50 NJW 1951, 231; vgl *Armbrüster* in *Prölss/Martin*, VVG³¹ § 23 Rn 7 f; *Zoppel* in *Fenyves/Perner/Riedler*, § 178a Rz 35.

⁶³ *Reinhard* in *Looschelders/Pohlmann* (Hrsg), VVG – Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz³ (2016) § 194 Rn 11; *Brand*, Systembrüche in der privaten Krankenversicherung, VersR 2011, 1337 (1338).

⁶⁴ ErläutRV 1553 BlgNR 18, GP 30.

⁶⁵ Vgl zum Meinungsstand in Deutschland *Brand* in *Brück-Möller* (Hrsg), VVG - Großkommentar zum Versicherungsvertragsgesetz⁹ (2020) § 192 Rn 26 ff.

B. Self-tracking Klausel und Gefahrerhöhung

Zur Erinnerung: Eine Gefahrerhöhung im Sinne des VersVG setzt eine nachträgliche Veränderung der für die Übernahme zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erheblichen Umstände voraus. In der Krankenversicherung bleibt eine solche Änderung der Umstände sanktionslos.

Rabatte in *pay-as-you-live* Tarifmodellen sollen das gesundheitsbewusste Verhalten des Versicherungsnehmers fördern. Sie stehen damit gewiss in einem Naheverhältnis zum versicherten Risiko. Während der Zusammenhang zwischen den Fahrdaten und dem gewährten Rabatt in einer *pay-as-you-drive* Versicherung ohne Zweifel besteht, bleibt der notwendige Konnex zwischen Daten und Risiko in der Krankenversicherung zum heutigen Stand der Technik noch diffus. Ob eine Veränderung der Vitaldaten zu einer substantiellen Erhöhung der Heilungskosten oder längeren Krankenhausaufenthalten führt, und ob das vom Versicherer definierte gesundheitsfördernde Verhalten das Risiko verringert, ist wohl nicht hinlänglich gesichert.⁶⁶ Das liegt nicht zuletzt an den derzeit mit *wearables* messbaren Daten. Die Gesundheit eines Menschen hängt schließlich von einer Vielzahl von schwer eindeutig berechenbaren Faktoren ab. Die Krankheitskostenversicherung knüpft daher auch nicht alleine an das versicherte Risiko „*Krankheit*“ oder einen „*ungesunden Lebensstil*“ an,⁶⁷ sondern sieht einen dreigliedrigen Versicherungsfall vor. Ersetzt werden Kosten einer Heilbehandlung, wenn diese auf einer Krankheit oder einem Unfall beruhen und medizinisch notwendig sind.⁶⁸

Deutlich wird erneut ein wesentlicher Unterschied zur zulässigen Prämienrückerstattung, wenn keine Leistung vom Versicherungsnehmer in Anspruch genommen wurde. Die Rückzahlung eines Teils der Prämie orientiert sich dabei an einem sicheren mathematischen Bezugspunkt: Es wurde vom Versicherungsnehmer in einer Versicherungsperiode keine Leistung in Anspruch genommen. Eine Verschlechterung von Gesundheitsdaten legt hingegen nicht mit ausreichender Sicherheit dar, dass etwa höhere Krankheitskosten jedenfalls zukünftig entstehen werden.⁶⁹

Das Risiko des Versicherungsfalls hat sich zwar bei Verschlechterung der gemessenen Gesundheitsdaten mitunter vielleicht erhöht, diese Erhöhung führt aber, wie gezeigt wurde, noch nicht reflexartig zu einer groben Äquivalenzstörung iSd der §§ 23 ff VersVG.⁷⁰ Stellen die veränderten Umstände nur eine unerhebliche Risikosteigerung dar, so greifen die gesetzlichen Regeln zur Gefahrerhöhung nicht.⁷¹ Eine Verhaltensänderung des Versicherungsnehmers, die zu schlechteren Daten führt, wäre gemäß § 29 VersVG von der versicherten Gefahr miterfasst.⁷²

Nochmals gilt es festzuhalten, dass auch § 29 VersVG in der Krankenversicherung nicht angewendet wird. Für die hier behandelte Frage ist es somit von untergeordneter Bedeutung, ob durch eine Verschlechterung der Gesundheitsdaten eine erhebliche oder unerhebliche

⁶⁶ Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1019 f) mwN.

⁶⁷ Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1019 f).

⁶⁸ Vgl Brand in Bruck-Möller, VVG⁹ § 192 Rn 24; Voit in Prölss/Martin, VVG³¹ § 192 Rn 19.

⁶⁹ Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1019 f); wohl aA Brand, VersR 2019, 725 (732).

⁷⁰ Siehe zum Problem einer Prämienpassung wegen Inflation I. Vonklich, Inflation und Prämienanpassung, ZVers 2020, 12 (13).

⁷¹ Kath in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG § 29 Rz 5 ff.

⁷² Vgl Kath in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG § 23 Rz 7 ff.

Gefahrerhöhung verwirklicht ist. Jede Form der Gefahrerhöhung bleibt zwingend ohne Konsequenzen. Relevanz hat die Intensität der Gefahrerhöhung hingegen in anderen Versicherungssparten. In der Krankenversicherung spricht die Unerheblichkeit der Gefahrerhöhung aber zumindest mittelbar gegen die Gesetzmäßigkeit von *pay-as-you-live* Prämienmodellen. Wenn schon eine erhebliche Erhöhung der Gefahr nicht zur Leistungsfreiheit oder Kündigung des Versicherers führen darf, dann muss das umso mehr für eine unerhebliche Gefahrerhöhung gelten. Ähnliches könnte man für eine Prämienveränderung bei unerheblicher Risikoerhöhung in Betracht ziehen.⁷³

Als Konsequenz wären *self-tracking* Tarife in Versicherungssparten, in denen das Gefahrerhöhungsregime ohne Einschränkungen anzuwenden ist, wie etwa der KFZ-Versicherung jedenfalls problematisch.⁷⁴ Eine umfassende Unzulässigkeit von *self-tracking* Prämienmodellen, auch außerhalb der Krankenversicherung, wird in der deutschen Literatur dadurch abgewandt, als man betont, dass bei der datenbasierten Tarifierung nicht nur eine Beitragsverschlechterung drohe, sondern stets auch eine Beitragsverbesserung möglich sei. Solange eine Chance bestehet, sich tarifmäßig wieder zu verbessern und es nicht zu einer Tariferhöhung über dem Grundtarif komme⁷⁵, sollten *pay-as-you-live* Prämienberechnungsmodelle doch zulässig sein.⁷⁶ Zu Recht wird dieses Ergebnis von *Oliver Brand* zwar als interessengerecht, der geschilderte Weg dorthin aber als kompliziert bezeichnet.⁷⁷ Die dafür notwendigen faktischen Prämissen treffen für die Krankenversicherung indes nicht zu. Der Versicherungsnehmer hat es gerade nicht mehr selbst in der Hand den Rabatt zurückzugewinnen, wenn er aufgrund seines schlechteren Gesundheitszustandes keine besseren Daten mehr vorweisen kann. Das mag in der KFZ-Versicherung anders sein, da eine Veränderung des Fahrstils stets möglich ist.

Viel eher kann man davon ausgegangen werden, dass eine risikonahe Verhaltensänderung des Versicherungsnehmers, der ein *pay-as-you-live* Prämienmodell gewählt hat, gar keine Gefahrerhöhung im Sinne der §§ 23 ff VersVG darstellt.⁷⁸ Entscheidend für die Einordnung als Gefahrerhöhung ist, dass die Risikosteigerung nicht vom Leistungsversprechen des Versicherers erfasst ist.⁷⁹ Ob dies der Fall ist, muss durch Vertragsauslegung ermittelt werden. Hat der

⁷³ § 25 dVVG legt fest, dass der Versicherer an Stelle einer Kündigung ab dem Zeitpunkt der Gefahrerhöhung eine seinen Geschäftsgrundsätzen für diese höhere Gefahr entsprechende Prämie verlangen oder die Absicherung der höheren Gefahr ausschließen kann. Auch die Prämienerhöhung setzt nach deutschem Recht eine erhebliche Gefahrerhöhung voraus. In Österreich fehlt allerdings eine § 25 dVVG entsprechende Regelung. Der Versicherer könnte eine Prämienanpassung bei Gefahrerhöhung auch nicht gültig in AVB vereinbaren, weil die Regeln zur Gefahrerhöhung halbzwangend sind. Vgl OGH 18.2.2015, 7 Ob 53/14s.

⁷⁴ Vgl zu Prämienanpassung bei unerheblicher Gefahrerhöhung *J. Vonkilch*, ZVers 2020, 12 ff.

⁷⁵ *Rudkowski*, ZVersWiss 2017, 453 (455).

⁷⁶ *Klimke*, Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung, r+s 2015, 217 (220); *Lüttringhaus* in *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (63).

⁷⁷ *Brand*, VersR 2019, 725 (734).

⁷⁸ So schon *Pohlmann* in *Schmidt-Kessel/Grimm*, Telematiktarife & Co. 74 (89 ff, 96 ff); vgl aber zur Inflation *J. Vonkilch*, ZVers 2020, 12 ff.

⁷⁹ Vgl *Kath* in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG § 23 Rz 9.

Versicherer die potenziell erhöhte Gefahr aber bereits beim Vertragsabschluss miteinkalkuliert, so ist der Tatbestand einer Gefahrerhöhung nicht verwirklicht.⁸⁰ An der für die Gefahrerhöhung geforderten Unvorhersehbarkeit der neuen Umstände zeigt sich die Verwandtschaft zur allgemeinen Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage.⁸¹

Bei einem *pay-as-you-live* Tarifmodell bietet der Versicherer eine flexible Prämie an, die an eine von ihm definierte Verhaltensweise des Versicherungsnehmers einen Rabatt anknüpft. Setzt der Versicherungsnehmer das für den Rabatt ausschlaggebende Verhalten nicht, oder ändert er seine Verhaltensmuster nach einer gewissen Zeit, so bleiben die Umstände trotzdem innerhalb des vorab kalkulierten Spektrums. Es liegt fern anzunehmen, dass der Versicherer den Vertrag bei Veränderung der Datenlage nicht geschlossen hätte, wenn er die Risikoerhöhung gekannt hätte. Auch bei „herkömmlichen“ Tarifen geht man nicht von einer Gefahrerhöhung aus, wenn gewisse „Bonusmerkmale“, wie die Nichtrauchereigenschaft in der Lebensversicherung oder der Garagenstellplatz in der KFZ-Versicherung, wegfallen.⁸² Der Zweck der Gefahrerhöhungsregelungen ist durch eine Verhaltensänderung des Versicherungsnehmers innerhalb des vereinbarten Spektrums nicht eröffnet⁸³ – der Versicherer sieht sich gerade nicht einer neuen oder veränderten Risikolage ausgesetzt, die er beim Vertragsabschluss nicht miteinkalkulieren konnte. Zu einer Störung des Äquivalenzverhältnisses kommt es also nicht. Stellt man sich auf einen formalen Standpunkt, dann hat § 178a Abs 3 VersVG alleine auf die Zulässigkeit von *pay-as-you-live* Tarifen nach dem Rabattmodell keinen unmittelbaren Einfluss.⁸⁴

V. Das Leitbild der freien Lebensgestaltung des Versicherungsnehmers

A. Unzulässigkeit von *pay-as-you-live* Tarifen in der privaten Krankenversicherung

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, dass *self-tracking* Tarifen in der Krankenversicherung, sofern nur ein Rabatt auf die vereinbarte Prämie gewährt wird, nichts entgegensteht.⁸⁵ Dieser Befund ändert sich schlagartig, führt man sich das ganzheitliche gesetzliche Leitbild dieser Versicherungssparte vor Augen.

Einfallstor bleibt § 178a Abs 3 VersVG, der nicht nur die Gefahrerhöhung im engeren Sinne für irrelevant erklärt, sondern auch Ausdruck einer allumfassenderen Vorstellung von privater Krankenversicherung ist: Die individuelle Gefahrenlage des Einzelnen darf nach dem Vertragsabschluss nicht zu einer Prämienanpassung führen.⁸⁶ Das geschilderte Interesse des Versicherers nach individueller Prämienkalkulation tritt sohin hinter dem Interesse des Versicherungsnehmers an seiner freien Lebensgestaltung zurück.⁸⁷ Bettet man den Zweck des § 178a Abs 3 VersVG in einen breiteren Kontext, soll verhindert werden, dass die individuelle

⁸⁰ Perner, Privatversicherungsrecht Rz 4.46.

⁸¹ Kath in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG Vor §§ 23-30 Rz 1 ff.

⁸² So schon Brand, VersR 2019, 725 (734).

⁸³ Vgl Kath in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG § 23 Rz 9; dens in Fenyves/Perner/Riedler, VersVG § 29 Rz 10 ff.

⁸⁴ Für das deutsche Recht explizit Pohlmann in Schmidt-Kessel/Grimm, Telematiktarife & Co. 74 (97); ihr folgend Brand, VersR 2019, 725 (734).

⁸⁵ So statt vieler Schauer, versicherungsrndschau 2018, 56 (58); für Deutschland Brand, VersR 2019, 725 (732); dahingehend auch Lüttringhaus in Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (57 ff).

⁸⁶ Statt vieler Reinhard in Looschelders/Pohlmann, VWG³ § 194 Rn 11.

⁸⁷ Rudkowski, ZVersWiss 2017, 453 (459).

Lebensführung des Versicherungsnehmers durch die Versicherung maßgeblich beeinflusst wird.⁸⁸ Sogar eine bewusste Änderung der Lebensumstände darf nicht zu den in den §§ 23-30 VersVG vorgesehenen Sanktionen führen.⁸⁹ Wenn eine erhebliche Gefahrerhöhung den Versicherungsnehmer nicht negativ belasten soll, dann muss dies, wie bereits erwähnt wurde, umso mehr für weniger intensive Verhaltensänderungen, wie einen veränderten Schlafrhythmus oder erhöhten Blutdruck gelten, auch wenn es sich dabei – wie weiter oben gezeigt wurde – nicht um eine Gefahrerhöhung im engeren Sinne handelt.

Das gesetzliche Leitbild der freien Lebensgestaltung des Versicherungsnehmers zeigt sich zudem in § 178I VersVG. Anders als nach der Grundregel des § 61 VersVG führt nur die vor-sätzliche Herbeiführung des Versicherungsfalles durch den Versicherungsnehmer zur Leis-tungsfreiheit des Versicherers.⁹⁰ Solange der Versicherungsnehmer auf einen guten Ausgang einer Situation vertraut, kommt es nach der Rechtsprechung in Deutschland, selbst wenn das Verhalten grob unvernünftig ist, nicht zur Leistungsfreiheit des Versicherers.⁹¹

Zwar wirken sich *self-tracking* Tarifmodelle, die nur einen Rabatt auf eine Grundprämie vor-sehen, vordergründig positiv für den Versicherungsnehmer aus, dennoch können sie von ei-ner Abrechnungsperiode zur nächsten durch den Verlust des Rabatts auch einen negativen Effekt haben. Der Versicherungsnehmer wird dazu animiert, sein Verhalten wieder zu verän-dern, um den Rabatt zurückzugewinnen. Damit nimmt der Versicherer bereits Einfluss auf die Lebensführung des Versicherungsnehmers. Dazu kommt, dass ein Kunde, der vom Ver-sicherer definierte Gesundheitsziele nicht mehr erreichen kann, darauf oftmals keinen Ein-fluss haben wird, weil sich sein gesundheitlicher Zustand verschlechtert hat. *Pay-as-you-live* Tarife stehen somit in einem Widerspruch zum gesetzlichen Leitbild der pri-vaten Krankenversicherung.⁹²

B. Rechtsfolgen einer unzulässigen pay-as-you-live Klausel

Selbst Prämienklauseln, die dem Rabattmodell folgen, sind wie gezeigt wurde, gesetzwidrig.⁹³ Eine analoge Anwendung der halbzwangenden Regelungen des § 178a Abs 3 VersVG auf die Rabattvereinbarung, wie sie von manchen Stimmen in der Literatur vertreten wird, führt zum selben Ergebnis.⁹⁴ Offen bleibt, wie damit prämienseitig umgegangen werden kann. Dies

⁸⁸ Reinhard in *Looschelders/Pohlmann*, VWG³ § 194 Rn 11; Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1019); Pohlmann in *Schmidt-Kessel/Grimm*, *Telematiktarife & Co.* 74 (97); ihnen folgend M. Gruber in *M. Gruber, Krankenversicherung* IDD-Um-setzung 65 (69).

⁸⁹ Wriede in *Bruck-Möller*, VWG VII/2⁸ (1989) Anm FN 40; Kath in *Fenyves/Perner/Riedler*, VersVG Vor §§ 23-30 Rz 19.

⁹⁰ M. Gruber in *M. Gruber, Krankenversicherung* IDD-Umsetzung 65 (69 f); Rudkowski, ZVersWiss 2017, 453 (459 f).

⁹¹ Voit in *Prößl/Martin*, VWG³¹ § 202 Rn 3 ff mit zahlreichen Nachweisen; Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*² Rn 2237; vgl aber OLG Oldenburg 2 U 108/88 VersR 1989, 242.

⁹² Rudkowski, VersR 2020, 1016 (1019); Rudkowski, ZVersWiss 2017, 453 (459 f); Pohlmann in *Schmidt-Kessel/Grimm*, *Telematiktarife & Co.* 74 (97); M. Gruber in *M. Gruber, Krankenversicherung* IDD-Umsetzung 65 (65 ff); aA Brand, VersR 2019, 725 (734); Lüttringhaus in *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (57 ff); Schauer, *versicherungsgrundschatz* 2018, 56 (58).

⁹³ Vgl *Grafen Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON^{1,05} (2019) § 879 Rz 279; Brömmelmeyer, r+s 2017, 225 (231 f); Perner, *Privat-versicherungsrecht* Rz 2.86; vgl zum Verhältnis zwischen § 178f und § 6 Abs 1 Z 5 KSchG: Schauer in *Fenyves/Schauer*, VersVG § 178f Rz 6.

⁹⁴ Pohlmann in *Schmidt-Kessel/Grimm*, *Telematiktarife & Co.* 74 (97 f); ihr folgend M. Gruber in *M. Gruber, Krankenversicherung* IDD-Umsetzung 65 (75).

hängt zunächst wesentlich mit der Ausgestaltung der konkreten Klausel zusammen. Der Versicherungsvertrag könnte meist, dem Willen vernünftiger Vertragsparteien entsprechend, als „gewöhnlicher“ Versicherungsvertrag mit verhaltensunabhängiger Prämie aufrecht bleiben. Was hätten redliche Parteien bei angemessener Berücksichtigung der Interessen beider Teile vereinbart, sofern sie sich bei Vertragsabschluss der Ungültigkeit der von ihnen gewollten Klausel bewusst gewesen wären?⁹⁵ Die Frage lässt sich vor allem für jene Versicherungsnehmer, die den Rabatt aufgrund der guten Datenlage erhalten haben und damit auch rechnen durften nur schwer beantworten. Doch auch für jene, denen bisher keine Rabattprämie zugutekam, könnte die Möglichkeit einer Vergünstigung und der damit verbundene Ansporn bereits ein entscheidendes Kriterium bei der Tarifwahl gewesen sein.

Eine zweckmäßige Lösung würde darin bestehen, allen Kunden den vergünstigten Tarif zu gewähren.⁹⁶ Die Begründung für dieses kundenfreundliche Auslegungsergebnis liefert der Sanktionszweck der Klauselkontrolle.⁹⁷ Ließe man den Versicherungsvertrag ohne die gesetzwidrige Rabattklausel zur Ausgangsprämie aufrecht, so würde man nicht nur jene Versicherungsnehmer schlechter stellen, denen ein Rabatt zukäme, es bliebe auch außer Acht, dass die Verwendung einer unzulässigen Klausel für den AVB-Verwender weitgehend sanktionslos bliebe. Ferner würde – aus Produktgestaltungsperspektive – wohl übersehen werden, dass es sich bei der Ausgangsprämie oftmals nicht um eine „normale“ Fixprämie handeln wird, sondern diese dem Konzept eines *pay-as-you-live* Tarifs entsprechend, etwas höher angesetzt ist, um den Kunden zur Übermittlung seiner Vitaldaten, in der Hoffnung einen Rabatt zu bekommen, zu animieren. Fällt die gesetzwidrige Rabattklausel weg, müsste daher allen Kunden zumindest der Durchschnittsrabatt gewährt werden.⁹⁸

Gegen dieses Ergebnis kann wohl auch nicht die Rechtsprechung des EuGH⁹⁹ eingewendet werden – nach der eine Vertragsergänzung bei missbräuchlichen Klauseln¹⁰⁰ unzulässig wäre.¹⁰¹ Der Versicherungsvertrag wird streng genommen nicht ergänzt oder die Klausel ersetzt. Im Sinne des zwingenden gesetzlichen Leitbildes der Krankenversicherung kommt es zu einer Maximalbegünstigung der Versicherungskunden: Jeder Kunde erhält einen Rabatt, auch wenn er sein Verhalten nicht nach den unzulässigen Vorgaben des Versicherers ausrichtet.

VI. Zusammenfassung und Ausblick

Wearables ermöglichen es, Versicherungsprämien individueller denn je zu kalkulieren. Dieser Umstand kann sich auf den Versicherungsmarkt positiv auswirken: Der Kunde erhält – nach dem Motto *pay-as-you-live* – einen fast maßgeschneiderten Versicherungstarif, der seinem

⁹⁵ Heiss in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1,02} § 914 Rz 97.

⁹⁶ So *Klimke*, r+s 2015, 217 (220); *Lüttringhaus* in *Dutta/Heinze*, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (63) nimmt an, dass ein Versicherungsnehmer, der aufgrund der übermittelten Daten einmal eine Vergünstigung erhalten habe, diese auch behalten müsse, wenn sich die Klausel später als nichtig entpuppe. Versicherungsnehmer, deren Tarif nicht ermäßigt wurde, müssten hingegen maximal den Ausgangstarif begleichen.

⁹⁷ Vgl EuGH 27.3.2014, C-565/12, *Crédit Lyonnais*, ECLI:EU:C:2014:190 Rn 51 ff.

⁹⁸ Ähnlich für die KFZ-Versicherung *Klimke*, r+s 2015, 217 (220).

⁹⁹ EuGH 3.10.2019, C-260/18, *Dziubak*, ECLI:EU:C:2019:819.

¹⁰⁰ Ein Unterschied besteht freilich darin, dass die *pay-as-you-live* Klausel gesetzwidrig und nicht missbräuchlich ist.

¹⁰¹ Siehe dazu nur *Spitzer*, Vertragslücken im österreichischen und europäischen Recht, ÖJZ 2020, 761 (770 ff).

individuellen Risiko entspricht.¹⁰² Dadurch werden adverse Effekte reduziert. Die angesprochene Individualisierung führt mitunter sogar zur Verschiebung der Grenzen der „*Versicherbarkeit*“ und ermöglicht es, Deckung für Risiken, die ansonsten nicht versichert würden, anzubieten.¹⁰³ Es verwundert daher nicht weiter, dass *pay-as-you-live* Tarife am Markt stark nachgefragt werden.

Die Untersuchung hat in der Folge gezeigt, dass Telematiktarife zu einer Fragmentierung der Gefahrengemeinschaft der Versicherten führen. Eine weitreichende Individualisierung der Prämie befindet sich jedoch nicht im Konflikt zu Grundwertungen des Versicherungsrechts und der Versicherungsmathematik.

Der zunächst optimistische Befund, was die Zulässigkeit von *pay-as-you-live* Prämienmodellen angeht, wird getrübt, sobald man sich den speziellen Regelungen des Krankenversicherungsrechts zuwendet. Vor allem Prämienerhöhungen nach Vertragsabschluss sind in der privaten Krankenversicherung durch die Vorgaben der §§ 178a, f und I VersVG sehr enge Grenzen gesetzt. Zudem spricht das aus diesen Bestimmungen abgeleitete zwingende Idealbild der Krankenversicherung, nach dem das Verhalten des Versicherungsnehmers nach Vertragsabschluss keinen maßgeblichen Einfluss auf die Prämie haben darf, gegen die Zulässigkeit von *pay-as-you-live* Beitragsmodellen.

Das Untersuchungsergebnis ist mit Blick auf die gesellschaftliche Veränderung, die mit der Digitalisierung einhergeht, *de lege ferenda* diskussionswürdig.¹⁰⁴ Dabei steht der Gesetzgeber vor der schwierigen – und für das Versicherungsrecht typischen – Aufgabe, die Vorteile digitaler Neuerungen mit einem Leitbild der Krankenversicherung, das die Bedürfnisse der Kunden widerspiegelt, in Einklang zu bringen.

Wearables werden in naher Zukunft deutlich aussagekräftigere Gesundheitsdaten aufzeichnen können, als dies heute noch der Fall ist. In absehbarer Zeit soll es etwa möglich sein, die Körpertemperatur, Blutwerte wie Glukose und den Blutdruck des Kunden durchgängig zu beobachten. So wird es realistisch, mit einer Vielzahl an Gesundheitsdaten ein holistisches Bild des Gesundheitszustandes des Versicherungsnehmers zu zeichnen.¹⁰⁵ Damit lassen sich die berechtigten Bedenken, dass die von *wearables* gemessenen Vitaldaten, wie etwa die Schrittzahl pro Tag, nur einen unklaren Bezug zum versicherten Risiko haben,¹⁰⁶ aus dem Weg räumen. In diesem Zusammenhang empfiehlt es sich zu regeln, welche *wearables* eingesetzt werden dürfen.

Auf der nicht-technischen Ebene ist es notwendig, das strenge Leitbild der privaten Krankenversicherung in einem dynamischeren Kontext zu verstehen. Die Lebensumstände und die

¹⁰² Grundrechtliche oder datenschutzrechtliche Bedenken wurden im Beitrag nicht angesprochen. Siehe dazu aber *Rudkowski*; Grundrechte als Grenze von Self Tracking-Tarifen in der Privatversicherung in *M. Gruber* (Hrsg), *Krankenversicherung IDD-Umsetzung 55 ff*; *Rudkowski*; Grundrechte als Grenze von "Self Tracking"-Tarifen in der Privatversicherung in *Koch* (Hrsg), *100 Jahre Seminar für Versicherungswissenschaft Hamburg* (2016) 679 ff.

¹⁰³ *Brand*, *VersR* 2019, 725 (727).

¹⁰⁴ Klare Worte findet *Lüttringhaus* in *Dutta/Heinze*, „*Mehr Freiheit wagen*“ 55 (57 ff).

¹⁰⁵ Vgl *The Economist*; *Will wearable devices make us healthier?*

<https://www.economist.com/the-economist-explains/2019/01/02/will-wearable-devices-make-us-healthier> (January 2, 2019).

¹⁰⁶ *Rudkowski*, *VersR* 2020, 1016 (1019 f).

Lebensführung der Versicherungsnehmer haben sich seit Einführung der Regelungen über die Krankenversicherung drastisch verändert. Was vor 30 Jahren und mehr als Einschnitt in die freie Lebensführung verstanden wurde, ist heute, auch mit Blick auf die COVID-19 Pandemie, mitunter Teil der Lebensrealität vieler.¹⁰⁷

Bei der Integration von Gesundheitsdaten in die Prämienberechnung sollte weiterhin gewährleistet bleiben, dass die Lebensführung des Versicherungsnehmers nicht ungebührlich beeinträchtigt wird. In eine ähnliche Richtung gehen die erwähnten und weit verbreiteten Prämienrückerstattungsmodelle. Die Zusammensetzung der Prämie und die gesundheitlichen Zielvorgaben hat der Versicherer selbstverständlich transparent und nachvollziehbar darzustellen. Verhaltensvorgaben, die sich auf die Tarifierung auswirken können, müssten sich auch dem Alter des „*pay-as-you-live*“-Versicherungsnehmers anpassen.

Unter den genannten Prämissen könnten sanfte Prämienmodelle, die gesundheitsbewusstes Verhalten belohnen (Rabattmodelle), etabliert werden, ohne dass der Kundenschutz aus den Augen verloren wird. Auch freiwillige Fitnesstests, die mit einem Prämienbonus oder Geschenkgutscheinen belohnt werden, wären im Hinblick auf die Intensität des Eingriffs in die Lebensführung des Versicherungsnehmers dann auch ohne Weiteres zulässig.¹⁰⁸

Dennoch ist es sinnvoll sicherzustellen, dass klassische Krankenversicherungsmodelle weiterhin angeboten werden, in denen Gesundheitsdaten, die laufend aufgezeichnet werden, keine Rolle spielen und auch kein Rabatt für gesundheitsförderndes Verhalten gewährt wird. Damit ist gewährleistet, dass kein faktischer Zwang zur Weitergabe höchst sensibler Gesundheitsdaten erzeugt wird.

Letztlich könnte angedacht werden, dass *self-tracking* Tarife, bei denen es auch zu einer vereinbarten Prämien erhöhung kommen darf, gesetzlich zugelassen werden. Das ist dann zweckmäßig, wenn für ein Risiko, etwa aufgrund von Vorerkrankungen, kaum mehr adäquate Deckung am Markt angeboten wird. Hochflexiblen Prämienmodellen, bei denen es auch zu einer Tariferhöhung aufgrund einer Verschlechterung der Daten kommen könnte, steht *de lege lata* § 178f entgegen. *De lege ferenda* bedürften sie einer klaren aufsichtsrechtlichen Umrahmung.

¹⁰⁷ Vgl Lüttringhaus in Dutta/Heinze, „Mehr Freiheit wagen“ 55 (57 ff).

¹⁰⁸ So schon zur Situation *de lege lata* M. Gruber in M. Gruber, Krankenversicherung IDD-Umsetzung 65 (72).