

# Privatversicherungen: Datenschutzrecht als Grenze der Individualisierung?

Florent Thouvenin\*

## Inhaltsübersicht

- A. Einleitung
- B. Individualisierung
  - I. Nach Massgabe des Risikoprofils
  - II. Nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft
- C. Versicherungsrecht
  - I. Vertragsfreiheit
  - II. Schutz vor Missbrauch
- D. Diskriminierungsverbote
  - I. Bundesverfassung
  - II. Behindertengleichstellungsgesetz
  - III. Persönlichkeitsrecht
- E. Datenschutzrecht
  - I. Vorbemerkungen
  - II. Grundsätze der Datenbearbeitung
  - III. Rechtfertigung
- F. Fazit

## A. Einleitung

Die Individualisierung von Versicherungsverträgen ist kein neues Phänomen, ebenso wenig, dass zu diesem Zweck Daten bearbeitet werden. Das Sammeln und Analysieren von Daten über die Versicherten und die zu versichernden Risiken und Ereignisse gehören vielmehr seit jeher zum Kerngeschäft der Versicherungen. Je mehr Daten verfügbar sind, umso genauer können Versicherungen ihre Risiken einschätzen und die Prämien berechnen.<sup>1</sup> Das Sammeln und Analysieren von Daten lohnt sich für Versicherungen allerdings nur, wenn der Nutzen aus der Datenanalyse den dazu erforderlichen Aufwand übersteigt.<sup>2</sup> Zumindest im Massengeschäft

---

\* Meiner wissenschaftlichen Assistentin, *MLaw Fabienne Suter*, danke ich für die Mithilfe bei den Recherchen und beim Erstellen der Fussnoten sowie für Vorarbeiten zu verschiedenen Textteilen.

<sup>1</sup> *Peter Maas/Veselina Milanova*, Zwischen Verheissung und Bedrohung – Big Data in der Versicherungswirtschaft, *Die Volkswirtschaft* 2014, 23; *IBM Corporation*, Harnessing the power of data and analytics for insurance, IBM Analytics White Paper, 2013, abrufbar unter: <<https://www-01.ibm.com/common/ssi/cgi-bin/ssialias?infotype=SA&subtype=WH&htmlfid=IMW14672USEN>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 2.

<sup>2</sup> Siehe dazu: *Willy Koenig*, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1967, 172 und *Moritz W. Kuhn*, Privatversicherungsrecht, 2010, 23, welche beide davon ausgehen, dass eine Individualisierung praktisch nicht durchführbar sei.

operierten Versicherungen deshalb bisher meist mit Kategorien von Versicherten, für welche sie die Risiken und die entsprechenden Prämien berechnet haben.<sup>3</sup>

Mit der zunehmenden Masse und Granularität von Daten (*Big Data*) und den stetig besseren Analysemethoden (*Big Data Analytics*) hat sich das Verhältnis von Kosten und Nutzen bei Datenanalysen in jüngerer Zeit aber verschoben. Neu ist es nicht nur möglich, sondern auch wirtschaftlich interessant, für die einzelnen Kunden individuelle Risikoprofile zu erstellen und ihnen entsprechende Angebote zu machen.<sup>4</sup> Zumindest aus heutiger Sicht gilt dies allerdings vor allem für die Versicherungsprämien. Wirtschaftlich wenig attraktiv dürfte bis auf weiteres eine Individualisierung der Vertragsbedingungen sein. Es ist deshalb zu erwarten, dass die meisten Versicherungsverträge weiterhin standardisiert bleiben und allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) unterstehen werden,<sup>5</sup> die bisweilen durch besondere Versicherungsbedingungen (BVB) konkretisiert werden.<sup>6</sup>

Ein Blick auf die Situation im Schweizer Markt zeigt denn auch, dass eine vollständige Individualisierung der Konditionen und Prämien im Massengeschäft noch nicht erfolgt ist. Immerhin finden sich aber zunehmend Angebote, die eine gewisse Individualisierung vorsehen. Namentlich bieten verschiedene Autoversicherungen für den Einbau eines Crash Recorders oder einer Helpbox<sup>7</sup> Prämienvergünstigungen.<sup>8</sup> Individualisierte Angebote finden sich aber auch im Bereich der Krankenzusatzversicherungen; angeboten werden hier namentlich Entschädigungen, Prämien- oder Partnervergünstigungen für eine bestimmte Anzahl täglich zurückgelegter Schritte oder für einen gesunden Lebensstil.<sup>9</sup> Die Höhe der Vergünstigungen hängt

<sup>3</sup> Zur Risikoklassierung siehe: *Koenig* (Fn. 2), 173; *Kuhn* (Fn. 2), 23 f.

<sup>4</sup> Siehe dazu: *IBM Corporation* (Fn. 1), 2; *PricewaterhouseCoopers*, *Der Insurance Monitor: Operational Excellence — Analytics als Grundlage für ein digitales Geschäftsmodell*, Juni 2016, abrufbar unter: <<https://news.pwc.ch/de/28303/studie-der-insurance-monitor-operation-al-excellence-analytics-als-grundlage-fur-ein-digitales-geschäftsmodell/>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 18 ff.; *BearingPoint Institute*, *The smart insurer: more than just big data*, abrufbar unter: <<https://www.bearingpoint.com/files/BEI004-17-The-smart-insurer.pdf&download=0&itemId=389133>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 58; für die Zeit, als diese technischen Möglichkeiten noch nicht zur Verfügung standen, siehe: *Koenig* (Fn. 2), 172.

<sup>5</sup> Zu den AVB siehe: *Koenig* (Fn. 2), 26.

<sup>6</sup> *Koenig* (Fn. 2), 28; *Kuhn* (Fn. 2), 129.

<sup>7</sup> Eine Helpbox alarmiert im Notfall automatisch den Notruf und führt die Rettungskräfte via GPS zum betreffenden Auto, siehe z.B.: <<https://www.allianz.ch/de/privatkunden/fahrzeug-und-reisen/produkte-und-services/allianz-helpbox/>> (zuletzt besucht am 25.09.2018).

<sup>8</sup> Vaudoise bietet zwischen 10-30% Prämienrabatt beim Einbau eines Crash Recorders, <<https://www.vaudoise.ch/de/privatperson/unsere-produkte/auto/autoversicherungen/autoversicherung-fur-neulenker-bis-30>> (zuletzt besucht am 25.09.2018). Die Allianz bietet günstigere Prämien beim Einbau eines Crash Recorders, <<https://www.allianz.ch/de/privatkunden/fahrzeug-und-reisen/produkte-und-services/crash-recorder/>> (zuletzt besucht am 25.09.2018) oder 10% Prämienrabatt beim Einbau einer Helpbox, <<https://www.allianz.ch/de/privatkunden/fahrzeug-und-reisen/produkte-und-services/allianz-helpbox/>> (zuletzt besucht am 25.09.2018). Die AXA bietet 15% Prämienrabatt beim Einbau eines Crash-Recorders, <<https://www.axa.ch/content/axa/de/privatkunden/angebote/fahrzeug-reisen/autoversicherung/crash-recorder.html>> (zuletzt besucht am 25.09.2018).

<sup>9</sup> Die CSS bietet in ihrem Programm myStep Schrittschädigungen, <[https://www.css.ch/de/home/privatpersonen/kontakt\\_service/mycss/mystep.html](https://www.css.ch/de/home/privatpersonen/kontakt_service/mycss/mystep.html)> (zuletzt besucht am 25.09.2018). Kunden der Helsana können mit der Helsana+-App ihre Bewegungen aufzeichnen und von Entschädigungen oder Partnervergünstigungen profitieren, <<https://www.helsana.ch/microsit/eplus/#/>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), siehe dazu jedoch: *EDÖB*, Empfehlung vom 26.

allerdings nur teilweise vom eigenen Verhalten ab und sie wird in den meisten Fällen durch eine Betrags- oder Prozentgrenze beschränkt. Oftmals reicht zudem schon die Teilnahme an einem Bonusprogramm, um von einer Vergünstigung zu profitieren, etwa beim Einbau von Crash Recordern. Denkbar und wohl auch zu erwarten ist allerdings, dass Versicherungen ihre Angebote künftig wesentlich detaillierter individualisieren und von Kunden mit unterschiedlichem Risikoprofil auch unterschiedliche Prämien verlangen werden.<sup>10</sup>

Aus rechtlicher Sicht stellt sich damit die Frage, ob eine Individualisierung von Versicherungsverträgen – und insb. von Versicherungsprämien – zulässig ist. Grenzen können sich dabei aus dem Versicherungsrecht, aus Diskriminierungsverboten und aus dem Datenschutzrecht ergeben. Diesen Fragen geht der vorliegende Beitrag für den Bereich der Privatversicherungen nach, wobei der Fokus auf dem Datenschutzrecht liegt. Nicht untersucht werden hingegen die Sozialversicherungen, namentlich die obligatorische Krankenversicherung, weil die anwendbaren Regelungen hier eine Personalisierung weitgehend ausschliessen.<sup>11</sup>

## B. Individualisierung

Im Bereich der Privatversicherungen können Versicherungsverträge – und insb. Versicherungsprämien – im Wesentlichen nach zwei Gesichtspunkten individualisiert werden: nach dem Risikoprofil, etwa nach Alter, Gesundheit, Arbeitstätigkeit etc., und nach der Zahlungsbereitschaft der Versicherungsnehmer. Diese beiden Gesichtspunkte lassen sich bei der Individualisierung eines Angebots auch ohne weiteres kombinieren. Die Gründe für die Individualisierung sind allerdings verschieden, was bei der rechtlichen Beurteilung zu beachten ist.<sup>12</sup>

---

April 2018 betreffend Bonusprogramm Helsana+ der Helsana Zusatzversicherungen AG, abrufbar unter: <[https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell\\_news/helsana.html](https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/aktuell/aktuell_news/helsana.html)> (zuletzt besucht am 25.09.2018). Bei der Swica füllen die Versicherten einen (Gesundheits-)Fragebogen aus und bekommen dafür mehr oder weniger Bonuspunkte, welche die Höhe des Prämienrabatts (zwischen 0-15%) bestimmen, <<https://www.swica.ch/de-ch/fur-private/versicherungslosungen/benevita-bonusprogramm>> (zuletzt besucht am 25.09.2018).

<sup>10</sup> Zu weiteren Anwendungsfeldern von Big Data-Analysen durch Versicherungen siehe: *Rolf H. Weber*, Big Data – Rechtliche Grenzen von unbegrenzten Möglichkeiten, in: Fuhrer (Hrsg.), Jahrbuch SGHVR 2018, 2018, 87, 89 f.

<sup>11</sup> Die Prämien der obligatorischen Krankenversicherung sind in Art. 61 ff. KVG und Art. 90c ff. KVV geregelt. Sofern das KVG keine Ausnahmen vorsieht, erheben die Krankenversicherer von ihren Versicherten die gleichen Prämien (Art. 61 Abs. 2 KVG). Es handelt sich um eine Einheits- bzw. Kopfprämie. Die Höhe der Prämie bestimmt sich nach dem Wohnort des Versicherten (Art. 61 Abs. 2 und 2<sup>bis</sup> KVG), seinem Alter (Art. 61 Abs. 3 KVG) und nach der Versicherungsform (Art. 62 KVG), siehe dazu: *Ueli Kieser*, in: *Kieser/Gehring/Bollinger* (Hrsg.), *KVG/UVG Kommentar*, 2018, Art. 61 ff.; *Gebhard Eugster*, *Bundesgesetz über die Krankenversicherung (KVG)*, 2010, Art. 61 ff.; siehe auch: *Meret Baumann*, *Das Solidaritätsprinzip im Schweizerischen Sozialversicherungsrecht*, 2008, 127, wonach im Sozialversicherungsbereich das individuelle Risiko bezüglich der Prämienhöhe meistens keine Rolle spielt.

<sup>12</sup> Siehe dazu hinten, C., D. und E.

## I. Nach Massgabe des Risikoprofils

Beim Abschluss eines Versicherungsvertrags operieren die Beteiligten unter Unsicherheit. Gerade wegen dieser Unsicherheit sind die Versicherungsnehmer bereit, eine Versicherung abzuschliessen und für die gewährte Absicherung eine Prämie zu bezahlen.<sup>13</sup> Bei der Berechnung der Prämie stellt sich für die Versicherung stets die Frage, wie hoch der potentiell zu leistende Ersatz und wie gross das Risiko ist, dass ein Versicherungsfall eintritt. Auf Grundlage dieser Einschätzung muss die Versicherung entscheiden, zu welchen Konditionen sie eine Versicherung anbieten will. Im Vordergrund steht dabei meist die Berechnung der Prämie.<sup>14</sup> Der potentiell zu leistende Ersatz und das Risiko des Eintritts eines Schadensfalles sind nicht bei allen Versicherungsnehmern gleich gross, was dafür spricht, eine bestimmte Versicherung verschiedenen Versicherungsnehmern zu unterschiedlichen Prämien anzubieten. Versicherungen bilden deshalb meist Gruppen von (potentiellen) Versicherungsnehmern und legen die Konditionen – insb. die Prämien – so fest, dass sie der Risikoeinschätzung für eine bestimmte Gruppe entsprechen.<sup>15</sup> Dieses Vorgehen dient der Verhinderung von *adverse selection* und dem Gedanken der Fairness. Durch eine Individualisierung nach Massgabe des Risikoprofils lassen sich diese beiden Ziele besser erreichen. Zudem leistet die Individualisierung einen Beitrag zur Bekämpfung von *moral hazard*.<sup>16</sup>

Als *adverse selection* wird das Phänomen bezeichnet, dass an sich attraktivere Anbieter oder Abnehmer wegen Informationsasymmetrien vom Markt verdrängt werden. Diese Gefahr besteht auch im Versicherungsmarkt. Würden Versicherungen nämlich ein bestimmtes Risiko für alle potentiellen Versicherungsnehmer zu einem einheitlichen Preis versichern, wäre der Abschluss einer solchen Versicherung vor allem für Personen attraktiv, deren individuelles Risiko über dem durchschnittlichen Risiko liegt, auf dessen Grundlage die einheitliche Prämie berechnet wird. Das Angebot würde also vergleichsweise unattraktive Kunden anziehen. Würden effektiv nur diese Kunden die angebotene Versicherung abschliessen, müsste die Versicherung entweder Verluste in Kauf nehmen, weil die Risiken ihrer Kunden über dem Durchschnitt liegen, oder sie müssten die Prämien erhöhen, um diese den höheren Risiken ihrer Kunden anzupassen. Über mehrere Phasen müsste dieser Mechanismus theoretisch zu derart hohen Prämien führen, dass der Abschluss einer Versicherung für niemanden mehr lohnenswert wäre. In der Realität wird dieser Effekt zwar kaum zu beobachten sein, weil die Versicherungsnehmer ihr Risiko nicht hinreichend genau einschätzen und damit auch nicht bestimmen können, ob sich der Abschluss einer Versicherung zu einer bestimmten Prämie lohnt. Vielmehr sind die Versicherungsnehmer gerade bereit, für die Absicherung gegen ein nicht genau kalkulierbares Risiko eine Versicherung abzuschliessen. Auch wenn der beschriebene Mechanismus in der Praxis kaum zu beobachten sein

<sup>13</sup> Koenig (Fn. 2), 5; Kuhn (Fn. 2), 15.

<sup>14</sup> Zum Ganzen: Kuhn (Fn. 22), 16, 18 ff.

<sup>15</sup> Zur Relation zwischen Prämie und Risiko siehe: Alfred Maurer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 1995, 72 f.; zum Potential von Big Data im Zusammenhang mit der Risikoeinschätzung am Beispiel von Telematik im Fahrzeug siehe: Maas/Milanova (Fn. 1), 24.

<sup>16</sup> Zur Risikoselektion/*adverse selection* siehe: Peter Zweifel/Roland Eisen, Versicherungsökonomie, 2003, 320; Felix Walter Lanz, Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, 2014, 14 ff.; Maurer (Fn. 15), 74.

wird, würde eine einheitliche Prämie für alle Versicherungsnehmer dennoch gleichsweise unattraktive Kunden anziehen und damit einen *race to the bottom* begünstigen. Die Bildung von Risikogruppen kann diesen Effekt verhindern, indem eine Versicherung den Angehörigen verschiedener Risikogruppen zu unterschiedlichen Preisen angeboten wird. Dies gilt erst recht, wenn die Angebote nach dem Risikoprofil der einzelnen Versicherungsnehmer individualisiert werden.

Für eine Individualisierung nach Massgabe des Risikoprofils spricht auch der Gedanke der Fairness. Dies jedenfalls dann, wenn die massgeblichen Faktoren von den Versicherten beeinflusst werden können, wenn also auf ein bestimmtes Verhalten abgestellt wird und nicht auf vorgegebene Faktoren, wie etwa die genetische Disposition. Können die Versicherten die Risiken selbst beeinflussen, erscheint es als fair, Kunden mit einem hohen Risiko – bspw. solche mit einem „offensiven“ Fahrstil – mehr für ihre Versicherung zahlen zu lassen als solche mit einem geringeren Risiko. Dem Gedanken der Solidarität unter den Versicherungsnehmern wird allerdings der Vorzug zu geben sein, wenn die massgeblichen Faktoren von diesen nicht oder nur sehr beschränkt beeinflusst werden können.

*Moral hazard* liegt vor, wenn sich Personen aufgrund von Fehlanreizen verantwortungslos oder leichtsinnig verhalten.<sup>17</sup> Das Standardbeispiel für *moral hazard* sind Verhaltensänderungen nach dem Abschluss einer Versicherung für ein bestimmtes Risiko.<sup>18</sup> Die Gefahr solcher Verhaltensänderungen kann verringert werden, wenn die Prämien nach einem Schadensfall erhöht und damit Anreize für die Versicherten gesetzt werden, den Eintritt eines Schadens trotz Bestehens einer Versicherung zu verhindern. Die Individualisierung von Versicherungsverträgen – und insb. von Versicherungsprämien – eröffnet weitere Möglichkeiten zur Bekämpfung von *moral hazard*. Namentlich können die Versicherer durch das Erheben von Daten über das Verhalten ihrer Versicherungsnehmer Anreize für ein risikominderndes Verhalten setzen, bspw. indem Rabatte gewährt werden, wenn ein Versicherungsnehmer nachweislich verhältnismässig vorsichtig Auto fährt<sup>19</sup> oder sich regelmässig bewegt. Diese Effekte sind nicht nur für die Versicherten und die Versicherer, sondern auch für die Gesellschaft insgesamt positiv zu bewerten, weil sie geeignet sind, den Eintritt von Schäden zu vermeiden und die Gesundheit der Versicherten zu fördern.<sup>20</sup>

## II. Nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft

Die Individualisierung nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft beruht auf der Erkenntnis, dass Versicherungsnehmer mit einheitlichem Risikoprofil ein unterschiedliches Bedürfnis nach Absicherung haben und über unterschiedliche finanzielle Mittel für den Abschluss einer Versicherung verfügen. Beide Aspekte führen

<sup>17</sup> In diesem Sinn N. Gregory Mankiw/Mark P. Taylor, Grundzüge der Volkswirtschaftslehre, 2018, 363; enger hingegen: Zweifel/Eisen (Fn. 16), 295 f., nach denen *moral hazard* vorliegt, „wenn Personen ihr Verhalten aufgrund des Bestehens eines Vertrages (nicht beobachtbar) anpassen“.

<sup>18</sup> Zweifel/Eisen (Fn. 16), 295; siehe auch Lanz (Fn. 16), 39; Martin Nell, Versicherungsinduzierte Verhaltensänderungen von Versicherungsnehmern, 1993, 4.

<sup>19</sup> „Pay How You Drive“-Modell, siehe dazu: Maas/Milanova (Fn. 1), 24.

<sup>20</sup> Zum Ganzen: Maas/Milanova (Fn. 1), 24 f.

dazu, dass sich die Zahlungsbereitschaft von Personen mit einheitlichem Risikoprofil massgeblich unterscheiden kann. Diesem Umstand können Versicherungen bei der Festlegung von Prämien Rechnung tragen, indem sie Kunden mit höherer Zahlungsbereitschaft höhere Prämien anbieten, während Kunden mit tieferer Zahlungsbereitschaft günstigere Angebote erhalten.

Die Individualisierung der Preise zur Abschöpfung der maximalen Zahlungsbereitschaft wird in der Ökonomie als Preisdiskriminierung ersten Grades oder perfekte Preisdiskriminierung bezeichnet.<sup>21</sup> Bei den Privatversicherungen hat diese Art der Preisdiskriminierung im Wesentlichen zwei Effekte: Zum einen kann bei allen Versicherungsnehmern die volle Zahlungsbereitschaft abgeschöpft werden, was dem Versicherer erlaubt, seinen Umsatz zu steigern und den Gewinn zu maximieren. Zum andern kann die Versicherung auch an Kunden verkauft werden, deren Zahlungsbereitschaft unter dem einheitlichen Preis liegt, der vom Versicherer gewählt würde, wenn er keine Preisdiskriminierung betreiben könnte oder wollte.<sup>22</sup> Geht man davon aus, dass Personen mit einer höheren Zahlungsbereitschaft trotz höherer individueller Prämien nicht auf den Erwerb der Versicherung verzichten werden, trägt die Preisdiskriminierung auch zu einer Erweiterung des Versicherungsschutzes in der Bevölkerung bei. Der volkswirtschaftliche Effekt der Individualisierung von Versicherungsprämien ist damit durchaus positiv.

Allerdings empfinden viele Menschen die Individualisierung von Preisen nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft als unfair.<sup>23</sup> Empirische Untersuchungen haben namentlich gezeigt, dass Preisdiskriminierungen jedenfalls dann oft als unfair angesehen werden, wenn sie ein bestimmtes Mass übersteigen, gegenüber einem Referenzpreis klar nachteilig sind oder andere Nachfrager erkennbar deutlich weniger zahlen.<sup>24</sup>

<sup>21</sup> Siehe dazu statt vieler: *Lars A. Stole*, Price Discrimination and Competition, in: *Armstrong/Porter* (Hrsg.), *Handbook of Industrial Organization*, 2007, 2221, 2224 ff.

<sup>22</sup> Siehe dazu: *Florent Thouvenin*, Dynamische Preise, Jusletter IT, 22. September 2016, Rz. 5 ff.

<sup>23</sup> Siehe dazu: *Christian Thorun/Jana Diels*, Was Verbraucherinnen und Verbraucher in NRW über individualisierte Preise im Online-Handel denken, abrufbar unter: <<https://docplayer.org/54455832-Was-verbraucherinnen-und-verbraucher-in-nrw-ueber-individualisierte-preise-im-online-handel-denken.html>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 8, wonach 91% der Befragten individualisierte Preise nach Zahlungsbereitschaft für unfair halten. Zur Preisfairness allgemein siehe: *Martin Fasnacht/Jochen Mahadevan*, Grundlagen der Preisfairness – Bestandsaufnahme und Ansätze für zukünftige Forschung, *Journal für Betriebswirtschaft* 2010, 295.

<sup>24</sup> Siehe dazu: *Fasnacht/Mahadevan* (Fn. 23), 302 ff., m.w.N.; *Werner Reinartz/Justus Haucap/Nico Wiegand/Matthias Hunold*, Preisdifferenzierung und -dispersion im Handel, abrufbar unter: <[http://www.marketing.uni-koeln.de/sites/marketingarea/user\\_upload/171130\\_Whitepaper\\_Preisdifferenzierung\\_und\\_-dispersion\\_im\\_Handel.pdf](http://www.marketing.uni-koeln.de/sites/marketingarea/user_upload/171130_Whitepaper_Preisdifferenzierung_und_-dispersion_im_Handel.pdf)> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 11; siehe auch: *Florian Engelmaier/Linda Gratz/Markus Reisinger*, Price Discrimination and Fairness Concerns, Munich Discussion Paper No. 2012-7, abrufbar unter: <[https://pub.ub.uni-muenchen.de/12735/1/Englmaier\\_Gratz\\_Reisinger-Price\\_Discrimination\\_and\\_Fairness\\_Concerns.pdf](https://pub.ub.uni-muenchen.de/12735/1/Englmaier_Gratz_Reisinger-Price_Discrimination_and_Fairness_Concerns.pdf)> (zuletzt besucht am 25.09.2018); *Simon Lee/Abdou Illia*, Perceived price fairness of dynamic pricing, *Industrial Management & Data Systems* 2011, 531; *Kelly L. Haws/William O. Bearden*, Dynamic Pricing and Consumer Fairness Perceptions, *Journal of Consumer Research* 2006, 304; *Matthew A. Edwards*, Price and Prejudice: The Case against Consumer Equality in the Information Age, 10 *Lewis & Clark Law Review* 2006, 559.

## C. Versicherungsrecht

### I. Vertragsfreiheit

Die Frage der Zulässigkeit der Individualisierung von Versicherungsverträgen bestimmt sich für Privatversicherungen nach den Vorgaben des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG), des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG) und der dazugehörigen Aufsichtsverordnung (AVO). Im Privatversicherungsrecht ist das VVG *lex specialis* zum OR.<sup>25</sup> Finden sich im VVG keine Regelungen, kommen die Bestimmungen des OR deshalb subsidiär zur Anwendung, wie im VVG ausdrücklich festgehalten wird (Art. 100 Abs. 1 VVG).<sup>26</sup>

In diesen versicherungsrechtlichen Erlassen findet sich keine Regelung, welche die Individualisierung von Versicherungsverträgen normieren oder gar verbieten würde. Zudem gibt es für Versicherungen auch keine allgemeine Pflicht einen bestimmten Versicherungsvertrag abzuschliessen, weder für die obligatorischen noch für die freiwilligen Versicherungen.<sup>27</sup> Die Parteien können vielmehr frei entscheiden, mit wem sie über welche Risiken und zu welchen Bedingungen einen Versicherungsvertrag abschliessen wollen. Damit besteht grundsätzlich volle Vertragsfreiheit.<sup>28</sup>

Die Vertragsfreiheit wird allerdings auch im Bereich des Privatversicherungsrechts durch Art. 19 Abs. 2 und Art. 20 Abs. 1 OR eingeschränkt.<sup>29</sup> Schranken setzen also das zwingende Recht, die öffentliche Ordnung und das Recht der Persönlichkeit. Zudem sind Versicherungsverträge mit einem unmöglichen, widerrechtlichen oder gegen die guten Sitten verstossenden Inhalt nichtig. Gewisse absolut und relativ zwingende Vorgaben für Versicherungsverträge finden sich in Art. 97 f. VVG.<sup>30</sup> Auch diese Bestimmungen enthalten jedoch keine Vorschriften zur Individualisierung.<sup>31</sup> Die Individualisierung von Versicherungsverträgen ist damit weder widerrechtlich noch unmöglich und kann auch nicht als Verstoß gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten gewertet werden. Denkbar ist allerdings, dass die Individualisierung zu einer rechtlich relevanten Diskriminierung von Versicherungsnehmern führt. Auf diese Frage ist deshalb nachfolgend näher einzugehen.<sup>32</sup>

<sup>25</sup> Hardy Landolt/Stephan Weber, Privatversicherungsrecht in a nutshell, 2018, 17.

<sup>26</sup> Kuhn (Fn. 2), 98.

<sup>27</sup> Stephan Fuhrer, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, 66; Landolt/Weber (Fn. 25), 23 f.

<sup>28</sup> Siehe dazu: Fuhrer (Fn. 27), 98; BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 3.3.

<sup>29</sup> Lanz (Fn. 16), 155; Bernhard Waldmann, Nationalitätsbedingte Erhöhung der Autoversicherungsprämien, Kurzbegutachtung eines Einzelfalls von grundlegender Tragweite, HAVE 2007, 65, 68.

<sup>30</sup> Siehe dazu: Fuhrer (Fn. 27), 42.

<sup>31</sup> Zu weiteren Schranken der Vertragsfreiheit im Versicherungsrecht siehe: Fuhrer (Fn. 27), 99 ff.

<sup>32</sup> Siehe dazu hinten, D.

## II. Schutz vor Missbrauch

Auch wenn das Privatversicherungsrecht keine Regelung kennt, die eine Individualisierung von Versicherungsverträgen verbieten würde, sind die Versicherungen in gewissen Versicherungszweigen bei der Ausgestaltung der Tarife und AVB doch nicht vollständig frei. So sind die Prämien der Elementarschadenversicherung für alle Versicherungsunternehmen einheitlich und verbindlich (Art. 33 Abs. 2 VAG).<sup>33</sup> Auch in der beruflichen Vorsorge und bei den Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenversicherung müssen die Versicherungen ihre Tarife und AVB der FINMA zur Genehmigung vorlegen (Art. 4 Abs. 2 lit. r VAG). Die FINMA muss die Genehmigung dabei erteilen, wenn die vorgesehenen Prämien weder die Solvenz der Versicherung gefährden noch zu einem Missbrauch der Versicherten führen (Art. 38 VAG).<sup>34</sup> Andere Privatversicherungen, etwa die Fahrzeug- oder Hausratversicherung sowie die Lebensversicherungen, unterliegen keinen vergleichbaren Vorschriften. Der Gesetzgeber sieht damit heute keine systematische präventive Überprüfung von Tarifen und Bedingungen mehr vor.<sup>35</sup>

Das Versicherungsaufsichtsgesetz soll die Versicherten vor den Insolvenzrisiken der Versicherungen und vor Missbrauch schützen (Art. 1 Abs. 2 VAG). Der Schutz vor Missbrauch ist dabei Aufgabe der FINMA (Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG) und der Begriff des Missbrauchs bestimmt namentlich, wann die FINMA einschreiten muss.<sup>36</sup> Umstritten ist allerdings, ob die FINMA auf der Grundlage des Zweckartikels (Art. 1 Abs. 2 VAG) und der Zuständigkeitsnorm (Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG) allgemein gegen Missbräuche vorzugehen hat<sup>37</sup> oder ob diese Normen lediglich eine allgemeine Richtschnur für die Auslegung und Anwendung anderer Bestimmungen, aber keine Rechtsgrundlage für einen Eingriff der FINMA bilden.<sup>38</sup> Folgt man der zweiten Auffassung, besteht nur bei den genehmigungsbedürftigen

<sup>33</sup> Die Elementarschadenversicherung wird allerdings in 19 Kantonen durch die kantonalen Gebäudeversicherungen gewährleistet, die als öffentliche Einrichtungen nicht dem VAG unterstehen. Nur in den anderen sieben Kantonen werden Elementarschadenversicherung durch Privatversicherungen angeboten, die der Aufsicht nach dem VAG unterstehen, siehe dazu: *Rolf H. Weber/Rainer Baisch*, Versicherungsaufsichtsrecht, 2016, 173.

<sup>34</sup> *Bernhard Rüttsche*, Aufsicht im Bereich der Krankenzusatzversicherungen, 2017, Rz. 20.

<sup>35</sup> *Monica Mächler*, in: Hsu/Stupp (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, Art. 1 VAG N 51. Anlässlich der Revision des VAG im Jahre 2003 wurde von einer präventiven zu einer nachträglichen Kontrolle der Versicherungsprodukte gewechselt, siehe dazu: Botschaft vom 9. Mai 2003 zu einem Gesetz betreffend die Aufsicht über Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz, VAG) und zur Änderung des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag, BBl 2003 3789, 3790 ff., 3798 ff.

<sup>36</sup> Siehe dazu: *Rüttsche* (Fn. 34), Rz. 62; *Weber/Baisch* (Fn. 33), 143; *Shelby du Pasquier/Valérie Menoud*, in: Hsu/Stupp (Hrsg.), Basler Kommentar Versicherungsaufsichtsgesetz, 2013, Art. 46 VAG N 13.

<sup>37</sup> *Hubert Stöckli*, Totalrevision VVG: Probebohrungen im Entwurf des Bundesrates, SJZ 2012, 505, 513; *Fuhrer* (Fn. 27), 556; so wohl auch *du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 13, 33, 37; ohne Einschränkungen zu Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG *Weber/Baisch* (Fn. 33), 210; *Waldmann* (Fn. 29), 75, geht zudem davon aus, dass die FINMA gestützt auf Art. 46 Abs. 1 lit. f VAG und Art. 117 Abs. 2 AVO aufgrund von Art. 35 Abs. 3 BV Diskriminierungen verhindern muss.

<sup>38</sup> *Weber* (Fn. 10), 94; ebenso zu Art. 1 Abs. 2 VAG schon *Weber/Baisch* (Fn. 33), 44; *Mächler* (Fn. 35), Art. 1 VAG N 53.



Tarifen (Art. 33 Abs. 3 und Art. 38 VAG) eine materielle Grundlage für einen Eingriff bei einer Individualisierung von Versicherungsverträgen. Nach der ersten Auffassung, ist ein solcher Eingriff hingegen allgemein möglich.

Der Begriff des Missbrauchs wird im VAG nicht näher definiert. Der Bundesrat hat ihn allerdings in Art. 117 AVO in Anlehnung an die Botschaft konkretisiert. Als missbräuchlich gelten demnach Benachteiligungen von Versicherten, die sich wiederholen oder einen breiten Personenkreis betreffen könnten (Art. 117 Abs. 1 AVO). Ein Missbrauch soll dabei auch bei der Benachteiligung einer versicherten Person durch eine rechtlich oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlung vorliegen (Art. 117 Abs. 2 AVO). Die Bedeutung dieser Bestimmung ist allerdings umstritten.<sup>39</sup> In der Lehre wird zu Recht vorgebracht, dass der Bundesrat nur über die Kompetenz für den Erlass von Ausführungsbestimmungen zu den einzelnen Aufgaben der FINMA verfüge (Art. 46 Abs. 3 VAG), nicht aber für eine Definition und Ausweitung des Missbrauchsbegriffs.<sup>40</sup> Das in Art. 117 Abs. 2 AVO vorgesehene Verbot der Ungleichbehandlung sei zudem ein Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit, der einer Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn bedürfe.<sup>41</sup> Damit ist klar, dass die äusserst weite Definition des Bundesrates keinen verbindlichen Massstab für die Anwendung des Begriffs des Missbrauchs bildet. Der Begriff bleibt vielmehr auslegungs- und konkretisierungsbedürftig.<sup>42</sup> Als Orientierungspunkte können dabei das allgemeine Gebot des Handelns nach Treu und Glauben (Art. 2 Abs. 1 ZGB) und das Verbot des Rechtsmissbrauchs (Art. 2 Abs. 2 ZGB) dienen,<sup>43</sup> aus denen sich allerdings keine Pflicht zur Gleichbehandlung ableiten lässt.<sup>44</sup>

<sup>39</sup> Siehe dazu: *Weber/Baisch* (Fn. 33), 140, 143; *Andreas Burki/Peter Pfund/Jürg Waldmeier*, Rechtliches, in: Waldmeier (Hrsg.), *Versicherungsaufsicht*, 2007, 1, 65 ff.; *du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 54; *Vincent Brulhart*, *Droit des assurances privées*, 2017, Rz. 227 ff.; *Stephan Fuhrer*, Anmerkungen zu privatversicherungsrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichts, HAVE 2006, 357, 359; BVGer, B-1242/2016 vom 20. Juni 2017 (nicht rechtskräftig), Erw. 3.9 und Erw. 3.14; BVGer, B-7407/2009 vom 7. Juli 2011, Erw. 3.4; BVGer, B-8800/2010 vom 21. November 2012, Erw. 3.6.

<sup>40</sup> *Silvia Kalbermatten*, Gleichbehandlungsgebot in der Privatversicherung, 2010, 89 f.; *Weber/Baisch* (Fn. 33), 140 f.; *Weber* (Fn. 10), 95; *du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 54; offen gelassen bei: *Pascal Grolimund*, Aufsichtrechtliche und vertragsrechtliche Grundlagen für die Überprüfung Allgemeiner Versicherungsbedingungen, HAVE 2007, 145, 153 ff. und bei: *Brulhart* (Fn. 39), Rz. 227 ff., nach welchem allerdings Art. 117 Abs. 2 AVO keine über Art. 19/20 OR und Art. 27 ZGB hinausgehenden Einschränkungen nach sich zieht (Rz. 236); ohne Kritik hingegen: *Rütsche* (Fn. 34), Rz. 61 ff. Zumindest für den Bereich der Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenversicherung anders hingegen das BVGer in B-1242/2016 vom 20. Juni 2017 (nicht rechtskräftig), Erw. 3.9 und Erw. 3.14, wonach sich der Bundesrat bei der Definition des Missbrauchs in Art. 117 Abs. 2 AVO auf die in der Botschaft enthaltene Absicht des Gesetzgebers stützen könne und deshalb befugt gewesen sei, die Benachteiligung von Versicherten durch juristisch oder versicherungstechnisch nicht begründbare erhebliche Ungleichbehandlungen als Missbrauch zu qualifizieren.

<sup>41</sup> *Weber/Baisch* (Fn. 33), 142 f., m.w.N.; *du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 54; *Kalbermatten* (Fn. 40), 92 f.

<sup>42</sup> *Du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 36, m.w.N.; *Brulhart* (Fn. 39), Rz. 228; *Burki/Pfund/Waldmeier* (Fn. 39), 66.

<sup>43</sup> *Du Pasquier/Menoud* (Fn. 36), Art. 46 VAG N 36, m.w.N.; *Brulhart* (Fn. 39), Rz. 228; siehe auch: *Weber/Baisch* (Fn. 33), 143.

<sup>44</sup> Siehe dazu hinten, E.II.3.

Auch wenn man von einer allgemeinen Missbrauchsaufsicht der FINMA ausgeht, steht diese einer Individualisierung von Versicherungsverträgen im Bereich der Privatversicherungen nicht entgegen. Denn eine Differenzierung von Konditionen und Prämien kann jedenfalls dann nicht als Missbrauch qualifiziert werden, wenn sie versicherungstechnisch begründet ist. Dies ist bei einer Individualisierung nach dem Risikoprofil wohl stets der Fall. Eine Individualisierung nach der Zahlungsbereitschaft lässt sich zwar nicht versicherungstechnisch begründen. Geht man aber davon aus, dass dem Begriff des Missbrauchs keine Pflicht zur Gleichbehandlung zu entnehmen ist, muss auch diese Form der Individualisierung zulässig sein, zumal ihr volkswirtschaftlicher Effekt durchaus positiv ist.<sup>45</sup>

## D. Diskriminierungsverbote

### I. Bundesverfassung

Das Diskriminierungsverbot der Bundesverfassung stellt klar, dass niemand wegen der Herkunft, der Rasse, des Geschlechts, des Alters, der Sprache, der sozialen Stellung, der Lebensform, der religiösen, weltanschaulichen oder politischen Überzeugung oder wegen einer körperlichen, geistigen oder psychischen Behinderung diskriminiert werden darf (Art. 8 Abs. 2 BV). Adressat dieser Bestimmung ist in erster Linie der Staat,<sup>46</sup> gebunden sind aber auch Private, die staatliche Aufgaben wahrnehmen (Art. 35 Abs. 2 BV), etwa Versicherungsunternehmen, die eine obligatorische Krankenversicherung anbieten.<sup>47</sup> Nicht an das Diskriminierungsverbot gebunden sind hingegen die hier in Frage stehenden Anbieter von Privatversicherungen.<sup>48</sup>

Einschränkungen von diesem Grundsatz ergeben sich allerdings aus dem Umstand, dass die Behörden dafür zu sorgen haben, dass Grundrechte, soweit sie sich dazu eignen, auch unter Privaten wirksam werden (Art. 35 Abs. 3 BV). Dies gilt auch für die FINMA als Aufsichtsbehörde über die Versicherungen, die das Diskriminierungsverbot im Rahmen der Rechtsanwendung, namentlich bei der Auslegung von unbestimmten Rechtsbegriffen,<sup>49</sup> zu berücksichtigen hat. Für die Individualisierung von Versicherungsverträgen stellt sich diese Frage bei der Auslegung und Anwendung des Missbrauchsbegriffs im VAG. Folgt man der Auffassung, nach welcher weder die Zweckbestimmung (Art. 1 VAG) noch die Regelung der Aufgaben der FINMA (Art. 46 VAG) eine Grundlage für einen Eingriff der Aufsichtsbehörde bildet,<sup>50</sup> stellt sich die Frage allerdings nur bei der Prüfung der ge-

<sup>45</sup> Siehe dazu vorn, B.II.

<sup>46</sup> *Giovanni Biaggini*, BV Kommentar, 2017, Art. 8 BV N 18.

<sup>47</sup> Siehe dazu: BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 3.3.

<sup>48</sup> Siehe dazu: BGE 129 III 35, Erw. 5.2; BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 3.3; kritisch dazu: *Kurt Pärli*, Urteil des Bundesgerichts 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, HAVE 2007, 46, 48 f.; zum privatrechtlichen Diskriminierungsschutz im Rahmen von Art. 28 ZGB, siehe jedoch hinten, D.III..

<sup>49</sup> Zur grundrechtskonformen Auslegung siehe: *Jörg Paul Müller*, Verwirklichung der Grundrechte nach Art. 35 BV, 2018, 103 ff.

<sup>50</sup> Siehe dazu vorn, C.II.

nehmungspflichtigen Tarife, also bei der beruflichen Vorsorge und bei der Krankenzusatzversicherung (Art. 4 Abs. 2 lit. r i.V.m. Art. 38 VAG). Hier hat die FINMA dem Diskriminierungsverbot bei der Auslegung des Missbrauchsbegriffs in angemessener Weise Rechnung zu tragen.

Zumindest in diesem Bereich<sup>51</sup> könnte die FINMA damit eingreifen, wenn eine Versicherung die Konditionen nach einem der geschützten Merkmale von Art. 8 Abs. 2 BV individualisieren sollte, zumal eine solche Diskriminierung wohl als Missbrauch zu qualifizieren ist.<sup>52</sup> Dies gilt auch bei einer indirekten Diskriminierung, die vorliegen würde, wenn eine Versicherung nicht auf ein geschütztes Merkmal abstellt, die tatsächlichen Auswirkungen einer Individualisierung aber die Angehörigen einer gegen Diskriminierung geschützten Gruppe besonders stark benachteiligen würde.<sup>53</sup> Voraussetzung für das Vorliegen einer Diskriminierung ist allerdings stets, dass eine qualifizierte Ungleichbehandlung einer geschützten Personengruppe vorliegt, „die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an Unterscheidungsmerkmalen anknüpft, die einen wesentlichen und nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betroffenen Person ausmachen“.<sup>54</sup> Kommt hinzu, dass die Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal gerechtfertigt werden kann,<sup>55</sup> wenn sie sich sachlich begründen lässt, ein legitimes Ziel verfolgt wird und die Ungleichbehandlung im Hinblick auf dieses Ziel verhältnismässig ist.<sup>56</sup> Dies dürfte stets der Fall sein, wenn die Risikoklassifizierung den versicherungstechnischen Grundsätzen entspricht. Im Vordergrund stehen dabei Fälle, in denen sich ein geschütztes Merkmal – etwa Alter oder Geschlecht – direkt auf das Risiko eines Versicherungsnehmers auswirkt und sich der Zusammenhang auf hinreichende statistische Grundlagen stützen lässt.

## II. Behindertengleichstellungsgesetz

Das Behindertengleichstellungsgesetz soll Benachteiligungen verhindern, verringern oder beseitigen, denen Menschen mit Behinderungen ausgesetzt sind (Art. 1 Abs. 1 BehiG). Mit Blick auf dieses Ziel dürfen Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten, Behinderte nicht aufgrund ihrer Behinderung diskriminieren (Art. 6 BehiG). Das gilt auch für Privatversicherungen.<sup>57</sup> Eine Diskriminierung liegt dabei vor, wenn Behinderte mit dem Ziel oder der Folge, sie herabzuwürdigen

<sup>51</sup> Zu einer allenfalls weitergehend den Missbrauchskontrolle siehe vorn, C.II.

<sup>52</sup> Ebenso: *Waldmann* (Fn. 29), 69.

<sup>53</sup> BGE 139 I 169, Erw. 7.2.1 f.; BGE 129 I 217, Erw. 2.1; *Biaggini* (Fn. 46), Art. 8 BV N 20, m.w.N.; *Rainer J. Schweizer*, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014, Art. 8 BV N 51, m.w.N.

<sup>54</sup> BGE 139 I 292, Erw. 8.2.1; BGE 141 I 241, Erw. 4.3.2; BGE 135 I 49, Erw. 4.1; BGE 134 I 49, Erw. 3.1; BGE 126 II 377, Erw. 6, je m.w.N.

<sup>55</sup> *Biaggini* (Fn. 46), Art. 8 BV N 22; *Schweizer* (Fn. 53), Art. 8 BV N 48; BGE 141 I 241, Erw. 4.3.2; BGE 139 I 292, Erw. 8.2.2, je m.w.N.

<sup>56</sup> *Biaggini*, (Fn. 46), Art. 8 BV N 26; *Schweizer* (Fn. 53), Art. 8 BV N 54, m.w.N. Die Anforderungen an eine Rechtfertigung sind allerdings nicht für alle geschützten Merkmal identisch und bei gewissen Merkmalen besteht überhaupt kein Raum für eine Rechtfertigung, siehe dazu: *Biaggini* (Fn. 46), Art. 8 BV N 25, m.w.N.; *Schweizer* (Fn. 53), Art. 8 BV N 48, m.w.N.

<sup>57</sup> Ebenso: *Pärli* (Fn. 48), 50; BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 4.2, für den Fall einer Krankenzusatzversicherung.

oder auszugrenzen, besonders krass unterschiedlich und benachteiligend behandelt werden (Art. 2 lit. d BehiV). Das Behindertengleichstellungsgesetz verpflichtet Private allerdings nicht, bestimmte (positive) Massnahmen zur Beseitigung tatsächlicher Benachteiligungen zu ergreifen oder auf Differenzierungen zwischen Kunden zu verzichten.<sup>58</sup> Im Fall einer Diskriminierung kann zudem nur eine Entschädigung von höchstens Fr. 5'000.00 verlangt werden (Art. 8 Abs. 3 i.V.m. Art. 11 Abs. 2 BehiG), das Gesetz vermittelt aber keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrags.<sup>59</sup>

Aus diesen Vorgaben ergeben sich kaum Einschränkungen für die Individualisierung von Versicherungsverträgen. Zunächst ist kaum vorstellbar, dass eine Versicherung mit der Individualisierung eines Angebots das Ziel verfolgt, Menschen mit einer Behinderung herabzuwürdigen oder auszugrenzen. Fraglich kann damit allein sein, ob die Ausgrenzung oder Herabwürdigung eine (nicht beabsichtigte) Folge der Individualisierung sein könnte. Die Gefahr einer Ausgrenzung lässt sich zumindest für den Fall einer Verweigerung des Abschlusses einer Versicherung zwar nicht ausschliessen. Allerdings hat der Gesetzgeber klargestellt, dass das Gesetz lediglich ein „besonders stossendes Verhalten“<sup>60</sup> von Privaten verhindern will, das „jene Toleranz, die sich Mitglieder unserer Gesellschaft gegenseitig schuldig sind, vermissen lässt“.<sup>61</sup> Dieses hohe Mass an Beeinträchtigung wird durch die Verweigerung des Abschlusses einer Privatversicherung kaum zu erreichen sein. Eine Diskriminierung im Sinn des BehiG erscheint deshalb jedenfalls dann als ausgeschlossen, wenn der Vertragsabschluss nicht wegen der Behinderung als solcher, sondern auf der Grundlage einer sachlichen Risikoanalyse verweigert wird, etwa wegen einer schlechten gesundheitlichen Prognose.<sup>62</sup>

### III. Persönlichkeitsrecht

Das Privatrecht kennt kein allgemeines Diskriminierungsverbot.<sup>63</sup> In der Lehre wird ein solches aber teilweise aus dem zivilrechtlichen Schutz der Persönlichkeit nach Art. 28 ZGB abgeleitet.<sup>64</sup> So wird etwa vertreten, Art. 28 ZGB könne „wie ein

<sup>58</sup> Botschaft vom 11. Dezember 2000 zur Volksinitiative «Gleiche Rechte für Behinderte» und zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Beseitigung von Benachteiligungen behinderter Menschen, BBl 2001 1715, 1780; siehe auch: BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 4.1.

<sup>59</sup> BGer, 5P.97/2006 vom 1. Juni 2006, Erw. 4.1.

<sup>60</sup> Botschaft BehiG (Fn. 58), BBl 2001, 1780.

<sup>61</sup> Botschaft BehiG (Fn. 58), BBl 2001, 1780.

<sup>62</sup> Ebenso: Pärli (Fn. 48), 51.

<sup>63</sup> Ruth Arnet, Freiheit und Zwang beim Vertragsschluss, 2008, Rz. 356; Andreas Bucher, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 2009, Rz. 433; zum Meinungsstand siehe auch: Tarek Naguib, Diskriminierende Verweigerung des Vertragsabschlusses über Dienstleistungen Privater: Diskriminierungsschutz zwischen Normativität, Relativität und Idealität, AJP 2009, 993, 1005; Bettina Hürlimann-Kaup/Jörg Schmid, Einleitungsartikel des ZGB und Personenrecht, 2016, Rz. 1100; Samantha Besson, L'égalité horizontale: l'égalité de traitement entre particuliers, 1999, Rz. 1240 ff.; Herbert Trachsler, Das privatrechtliche Gleichbehandlungsgebot, 1991, 3 ff., 188 ff.

<sup>64</sup> Arnet (Fn. 63), Rz. 356; Peter Gauch/Walter R. Schluep/Jörg Schmid/Susan Emmenegger, OR AT, Band 1, 2014, Rz. 1111; Tarkan Göksu, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, 2003, Rz. 214 ff.; Naguib (Fn. 63), 1005 f.

mittelbares privatrechtliches Diskriminierungsverbot“ wirken, weil eine Ungleichbehandlung wegen Merkmalen einer Person, die durch das Persönlichkeitsrecht geschützt sind, eine Persönlichkeitsverletzung darstelle.<sup>65</sup> Nach einer anderen Auffassung lässt sich aus dem zivilrechtlichen Persönlichkeitschutz gar ein „Persönlichkeitsrecht auf diskriminierungsfreie Behandlung“<sup>66</sup> ableiten.

Nicht ohne weiteres klar ist allerdings, auf welche Merkmale bei der Bestimmung einer Diskriminierung abzustellen ist, zumal sich der zivilrechtliche Schutz der Persönlichkeit nicht an bestimmten Merkmalen einer Person, sondern an Teilbereichen der Persönlichkeit als umfassendes Rechtsgut orientiert, namentlich am Schutz der physischen und psychischen Integrität und am Schutz der sozialen Persönlichkeit, etwa am Recht auf Achtung der Geheim- und Intimsphäre und am Recht auf Ehre.<sup>67</sup> Naheliegender erscheint, die für eine Persönlichkeitsverletzung durch Diskriminierung relevanten Merkmale in Anlehnung an das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV zu bestimmen.<sup>68</sup> In der Literatur zu Art. 28 ZGB wird denn auch meist auf diese geschützten Merkmale abgestellt, etwa auf Geschlecht, Nationalität, Rasse, Alter, Gesundheitszustand, sexuelle Präferenzen, politische Ansichten oder Religionszugehörigkeit.<sup>69</sup> Für eine Persönlichkeitsverletzung ist dabei, wie stets, eine gewisse Schwere der Beeinträchtigung erforderlich.<sup>70</sup> Das Bundesgericht hat für die Frage der Diskriminierung eines Arbeitnehmers denn auch eine „verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit“ vorausgesetzt.<sup>71</sup>

Allgemein anerkannt ist, dass auch Diskriminierungen beim Abschluss eines Vertrags als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren sind.<sup>72</sup> Unzulässig ist eine Diskriminierung dabei nicht nur, wenn der Abschluss eines Vertrags verweigert wird, sondern auch, wenn ein Vertrag aus sachfremden, persönlichkeitsverletzen-

<sup>65</sup> *Arnet* (Fn. 63), Rz. 356.

<sup>66</sup> *Naguib* (Fn. 63), 1006.

<sup>67</sup> *Andreas Meili*, in: Honsell/Vogt/Geiser (Hrsg.), *Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I*, Art. 1-456 ZGB, 2014, Art. 28 ZGB N 17; *Regina E. Aebi-Müller*, in: Breitschmid/Jungo (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Personen- und Familienrecht, Partnerschaftsgesetz*: Art. 1-456 ZGB PartG, 2016, Art. 28 ZGB N 11 ff.; *Andrea Büchler*, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Frankhauser (Hrsg.), *ZGB Kommentar*, 2016, Art. 28 ZGB N 3 ff.

<sup>68</sup> Siehe dazu vorn, D.I.

<sup>69</sup> *Roger Zäch*, *Der Einfluss von Verfassungsrecht auf das Privatrecht bei der Rechtsanwendung*, SJZ 1989, 25, 26; *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 64), Rz. 1111. Als relevant werden damit spezifische, persönlichkeitsbildende und oft unveränderliche Merkmale qualifiziert, was teilweise als Voraussetzung für das Vorliegen einer Diskriminierung verstanden wird; so *Tarkan Göksu*, *Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes*, SJZ 2009, 89, 99.

<sup>70</sup> *Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller*, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 2016, Rz. 12.06; *Meili* (Fn. 67), Art. 28 ZGB N 38; *Aebi-Müller* (Fn. 67), Art. 28 ZGB N 3; *Sibylle Hofer/Stephanie Hrubesch-Millauer*, *Einleitungsartikel und Personenrecht*, 2012, Rz. 20.11.

<sup>71</sup> BGE 129 III 276, Erw. 3.1.

<sup>72</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Emmenegger* (Fn. 64), Rz. 1111; *Göksu* (Fn. 64), Rz. 274 ff., 312; *Naguib* (Fn. 63), 1005 f.; *Arnet* (Fn. 63), Rz. 357, 363; *Zäch* (Fn. 69), 25 f.; spezifisch zum Versicherungsrecht: *Stephan Hartmann*, *Der Schutz der Versicherten vor Missbräuchen im revidierten Aufsichtsrecht*, HAVE 2007, 30, 33, m.w.N.

den Gründen nur zu weniger günstigen Bedingungen abgeschlossen oder der Abschluss nur zu solchen Bedingungen angeboten wird.<sup>73</sup> Dies kann bei einer Individualisierung von Versicherungsverträgen der Fall sein, namentlich wenn für die Bestimmung der Konditionen auf das Geschlecht, das Alter oder die Nationalität abgestellt wird.

Liegt eine persönlichkeitsverletzende Diskriminierung vor, bleibt immer noch die Möglichkeit der Rechtfertigung, namentlich durch ein überwiegendes privates Interesse (Art. 28 Abs. 2 ZGB). Ein solches ist gegeben, wenn die Versicherung sachliche Gründe für die Individualisierung aufzeigen kann, welche das Abstellen auf ein geschütztes Merkmal der Persönlichkeit überwiegen.<sup>74</sup> Solche Gründe dürfen dabei stets vorliegen, wenn ein Angebot aufgrund des Risikoprofils individualisiert wird. Nichts anderes kann gelten, wenn die Versicherung auf die Zahlungsbereitschaft abstellt. Denn entscheidend ist in beiden Konstellationen, dass die Individualisierung nicht wegen des geschützten Merkmals, sondern nach Massgabe anderer Kriterien erfolgt. Eine blossе Korrelation von Risikoprofil oder Zahlungsbereitschaft mit einem geschützten Merkmal vermag deshalb keine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung zu begründen.

Fehlt es allerdings an einem Rechtfertigungsgrund, hat die in ihrer Persönlichkeit verletzte Person nicht nur Anspruch auf Unterlassung sowie Schadenersatz und Genugtuung (Art. 28a Abs. 1 Ziff. 1 f. und Abs. 3 ZGB), sondern auch auf Abschluss eines Vertrags zu nicht diskriminierenden Bedingungen.<sup>75</sup>

## E. Datenschutzrecht

### I. Vorbemerkungen

Für die Individualisierung von Versicherungsverträgen sind die Versicherungen auf Daten über ihre aktuellen oder potentiellen Versicherungsnehmer angewiesen. Die Quellen, aus denen diese Daten gewonnen werden können, sind dabei äusserst vielfältig.

Vor Abschluss des Versicherungsvertrags erhalten Versicherungen Daten über ihre künftigen Kunden im Rahmen der vorvertraglichen Anzeigepflicht, nach welcher der potentielle Versicherungsnehmer der Versicherung sämtliche für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen mitteilen muss, sofern sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen (Art. 4 Abs. 1 VVG). Daten über künftige Kunden können aber auch von Dritten erworben werden, bspw. von *Facebook*, *Instagram*, *Amazon* oder einer Kreditauskunftei. Nach Abschluss des Versicherungsvertrags können die Versicherungen zudem durch den Einsatz von technischen Hilfsmitteln

<sup>73</sup> Göksu (Fn. 64), Rz. 199 ff.; *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger* (Fn. 64), Rz. 1111a.

<sup>74</sup> *Arnet* (Fn. 63), Rz. 371, die allerdings (ohne Begründung) verlangt, dass die sachlichen Gründe deutlich überwiegen. Zur Interessenabwägung im Rahmen der Rechtfertigung siehe auch: *Hofer/Hrubesch-Millauer* (Fn. 70), Rz. 2069; *Hausheer/Aebi-Müller* (Fn. 70), Rz. 12.23; *Aebi-Müller* (Fn. 67), Art. 28 ZGB N 32.

<sup>75</sup> *Gauch/Schluép/Schmid/Emmenegger* (Fn. 64), Rz. 1111; *Arnet* (Fn. 63), Rz. 417 f.; *Göksu* (Fn. 64), Rz. 660, jeweils m.w.N.

wie Fitness-Trackern, Schrittzählern, Herzfrequenzmessern, Crash-Recordern oder GPS-Trackern weitere Daten über ihre Versicherungsnehmer sammeln.

Für die Berechnung der Risikoprämien greifen die Versicherungen zudem regelmässig auf Statistiken zurück. In den Schadenversicherungen wird bspw. auf Gemeinschaftsstatistiken abgestellt, die auf breit abgestützten Erfahrungswerten der Versicherungen basieren.<sup>76</sup> In gewissen Versicherungszweigen besteht zudem die Pflicht, den Berechnungen spezifische Statistiken zugrunde zu legen. So muss etwa bei den Lebensversicherungen auf von der FINMA anerkannte Sterbetafeln und andere anerkannte statistische Grundlagen abgestellt werden (Art. 122 Abs. 1 AVO). Versicherungen nutzen oft auch Sachdaten, etwa (Echtzeit-)Wetterdaten oder Klima-Informationen sowie anonymisierte Daten von Sensoren von Haushaltsgeräten oder anonymisierte Eingaben in Suchmaschinen.<sup>77</sup> Von Interesse können dabei auch Daten sein, die keinen direkten Zusammenhang mit den versicherten Risiken aufweisen, zumal es Datenanalysen heute erlauben, aus verschiedensten, strukturierten oder unstrukturierten Daten Erkenntnisse über das Verhalten von aktuellen und potentiellen Versicherungsnehmern zu gewinnen.<sup>78</sup>

Bei den Daten, die zur Individualisierung von Versicherungsverträgen analysiert werden, wird es sich immer auch um Personendaten handeln. Ihr Sammeln und Bearbeiten ist deshalb nur zulässig, wenn die Vorgaben des Datenschutzrechts eingehalten werden. Im Vordergrund stehen dabei die Bestimmungen des schweizerischen Datenschutzgesetzes (DSG). Schweizer Versicherungen müssen unter Umständen aber auch die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung der EU (DSGVO) einhalten, die über die Bestimmungen des internationalen Privatrechts (Art. 139 IPRG) oder aufgrund des in der DSGVO vorgesehenen Marktortprinzips auch auf Unternehmen in der Schweiz Anwendung finden kann. Letzteres ist namentlich der Fall, wenn Personen in der EU Waren oder Dienstleistungen angeboten werden oder ihr Verhalten in der EU beobachtet wird (Art. 3 Abs. 2 DSGVO).<sup>79</sup> Der vorliegende Beitrag untersucht allerdings allein die Zulässigkeit einer Individualisierung von Versicherungsverträgen nach Schweizer Recht und beschränkt sich deshalb auf das schweizerische Datenschutzrecht.

Bei dieser Analyse werden verschiedentlich Differenzierungen erforderlich sein, die teilweise bereits angesprochen worden sind: Zu unterscheiden ist zum einen zwischen Personendaten, welche der Versicherer vor Vertragsabschluss beschafft und analysiert hat, und solchen, die er während der Geltung des Vertrags bearbeitet. Zu unterscheiden ist zudem zwischen Daten, über die der Versicherer bereits verfügt (bspw. aufgrund eines anderen Versicherungsvertrags mit dem Kunden), solchen, die er von Dritten erhalten hat, und solchen, die er beim Versicherten für den in Frage stehenden Versicherungsvertrag beschafft. Zu unterscheiden ist schliesslich – und dies vor allem – nach dem Zweck, zu dem die Daten bearbeitet werden,

<sup>76</sup> Kuhn (Fn. 2), 19 f.; zu den Gemeinschaftsstatistiken siehe auch: Fuhrer (Fn. 27), 608.

<sup>77</sup> IBM Corporation (Fn. 1), 2; PricewaterhouseCoopers (Fn. 4), 8; siehe auch: Andreas Wespi, Big Data: Technische Perspektive, in: Weber/Thouvenin (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, 2014, 3, 4.

<sup>78</sup> Zu den Möglichkeiten von Big Data-Analysen im Versicherungsbereich siehe: Weber (Fn. 10), 89 f.

<sup>79</sup> Manuel Bergamelli, Die Auswirkungen der neuen DSGVO auf die Schweiz, Jusletter, 30. April 2018, Rz. 14 ff.; Barbara Widmer, Welches Recht soll es sein?, digma 2018, 78, 78 f.; David Vasella, Zum Anwendungsbereich der DSGVO, digma 2017, 220, 221.

also danach, ob eine Individualisierung nach dem Risikoprofil oder nach der Zahlungsbereitschaft des Versicherungsnehmers (oder nach beiden) erfolgt.

## II. Grundsätze der Datenbearbeitung

Die Bearbeitung von Personendaten ist zulässig, wenn die Grundsätze der Datenbearbeitung eingehalten werden. Andernfalls ist die Datenbearbeitung als Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren und bedarf deshalb einer Rechtfertigung.<sup>80</sup>

Für die Frage, welche Grundsätze der Datenbearbeitung bei einer Bearbeitung zum Zweck der Individualisierung von Versicherungsverträgen verletzt sein können, ist zu differenzieren: Die Grundsätze der Zweckbindung (Art. 4 Abs. 3 DSGVO) und der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) stehen zu Konzept und Methoden von *Big Data* in einem grundsätzlichen Spannungsverhältnis.<sup>81</sup> Eine Verletzung ergibt sich hier nicht aus dem Zweck der Individualisierung, sondern aus dem Umstand, dass diese auf *Big Data Analytics* beruht. Die Individualisierung führt allerdings zu besonderen Herausforderungen bei der Erkennbarkeit (Art. 4 Abs. 4 DSGVO) und wirft auch beim Grundsatz von Treu und Glauben relevante Fragen auf (Art. 4 Abs. 2 DSGVO). Die Rechtmässigkeit der Bearbeitung von Personendaten (Art. 4 Abs. 1 DSGVO) zum Zweck der Individualisierung von Versicherungsverträgen steht dagegen grundsätzlich ausser Frage; auf die wenigen Einschränkungen wurde bereits hingewiesen.<sup>82</sup> Keine besonderen Fragen stellen sich schliesslich bei den Grundsätzen der Datenrichtigkeit (Art. 5 DSGVO) und der Datensicherheit (Art. 7 DSGVO).<sup>83</sup> Auf diese wird deshalb nicht näher eingegangen.

### 1. Zweckbindung und Verhältnismässigkeit

Nach dem Grundsatz der Zweckbindung dürfen Personendaten nur zu dem Zweck bearbeitet werden, der bei der Datenbeschaffung angegeben wurde, aus den Umständen ersichtlich oder gesetzlich vorgesehen ist (Art. 4 Abs. 3 DSGVO). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) besagt, dass die bearbeiteten

<sup>80</sup> Urs Maurer-Lambrou/Andrea Steiner, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 2014, Vorbemerkungen zu Art. 4-11a DSGVO N 2.

<sup>81</sup> Siehe dazu: Florent Thouvenin, Erkennbarkeit und Zweckbindung: Grundprinzipien des Datenschutzrechts auf dem Prüfstand von Big Data, in: Weber/Thouvenin (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, 2014, 61, passim; Franziska Sprecher, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen, ZBJV 2018, 482, 505 ff.; Astrid Epiney, Big Data und Datenschutzrecht: Gibt es einen gesetzgeberischen Handlungsbedarf?, Jusletter IT, 21. Mai 2015, Rz. 25; Rolf H. Weber, Big Data: Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in: Epiney/Nüesch (Hrsg.), Big Data und Datenschutzrecht, 2016, 1, 5 f.; Michal Cichocki, Big Data und Datenschutz: Ausgewählte Aspekte, Jusletter IT, 21. Mai 2015, passim.

<sup>82</sup> Siehe dazu vorn, C. und D.

<sup>83</sup> Zu Big Data und Datensicherheit siehe: Nicole Beranek Zanon, Big Data und Datensicherheit, in: Weber/Thouvenin (Hrsg.), Big Data und Datenschutz – Gegenseitige Herausforderungen, 2014, 85.



Daten geeignet und erforderlich sein müssen, um den mit der Bearbeitung verfolgten Zweck zu erreichen.<sup>84</sup> Aus diesem Grundsatz werden auch die Grundsätze der Datenminimierung und der Speicherbegrenzung abgeleitet,<sup>85</sup> nach welchen die Bearbeitung von Personendaten auf das für die Zwecke der Bearbeitung erforderliche Mass zu begrenzen<sup>86</sup> und die Daten zu löschen sind, sobald sie für diese Zwecke nicht mehr erforderlich erscheinen.<sup>87</sup>

Die Grundsätze der Zweckbindung, Datenminimierung und Speicherbegrenzung kollidieren frontal mit dem Ansatz von *Big Data*: Dieser beruht auf dem Gedanken, dass die Analyse von mehr Daten zu besseren Erkenntnissen führt. Dies steht nicht nur im direkten Widerspruch zum Grundsatz der Datenminimierung, sondern auch zu jenem der Speicherbegrenzung, weil gelöschte Daten für künftige Analysen verloren sind. Ein grundlegender Widerspruch besteht zudem bei der Zweckbindung, weil *Big Data* auch darauf beruht, neue Erkenntnisse zu gewinnen, indem Daten zu ganz anderen Zwecken analysiert werden, als diejenigen, für die sie ursprünglich beschafft worden sind.<sup>88</sup>

Angesichts dieser grundlegenden Widersprüche führt der Einsatz von *Big Data* zur Individualisierung von Versicherungsverträgen fast notwendigerweise zu einem Verstoss gegen die Grundsätze der Zweckbindung und der Verhältnismässigkeit. Die Datenbearbeitung ist damit nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt.<sup>89</sup> Ein solcher wird zwar regelmässig zumindest in Form einer Einwilligung gegeben sein.<sup>90</sup> Es stellt sich aber dennoch die Frage, was mit den datenschutzrechtlichen Restriktionen für die Versicherungsnehmer gewonnen ist. Denn entscheidend ist für diese letztlich allein, ob sie von der Versicherung ein attraktives Angebot erhalten und nicht, ob dieses Angebot auf der Bearbeitung von mehr oder weniger Daten zu identischen oder anderen Zwecken beruht. Die Attraktivität des Angebots hängt dabei nicht von der Einhaltung der Grundsätze der Datenbearbeitung, sondern vom Ergebnis der Analyse ab, namentlich vom errechneten Risikoprofil und von der Einschätzung der Zahlungsbereitschaft. Zumindest beim Risikoprofil erscheint dabei naheliegend, dass die Versicherung dem Versicherungsnehmer bei der Bearbeitung von mehr Daten ein besseres Angebot machen kann, weil die Analyse grösserer Datenmengen die Unsicherheit der Versicherung reduziert. Die Grundsätze der Zweckbindung, Datenminimierung und Speicherbegrenzung könnten sich hier deshalb durchaus zum Nachteil des Versicherungsnehmers auswirken, was kaum Sinn und Zweck des Datenschutzrechts sein kann.

<sup>84</sup> Bruno Baeriswyl, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar Datenschutzgesetz, 2015, Art. 4 DSGVO N 21.

<sup>85</sup> Philippe Meier, Protection des données, 2011, Rz. 633, 673; Baeriswyl (Fn. 84), Art. 4 DSGVO N 23; Yvonne Prieur, Datenschutz durch «Big-Data-Geschäfte» auf dem Prüfstand, AJP 2015, 1643, 1649; Florent Thouvenin, Forschung im Spannungsfeld von Big Data und Datenschutzrecht: eine Problemskizze, in: Boehme-Nessler/Rehbinder (Hrsg.), Big Data: Ende des Datenschutzes?, Gedächtnisschrift für Martin Usteri, 2017, 27, 34.

<sup>86</sup> Art. 5 Abs. 1 Bst. c DSGVO; siehe dazu für die Schweiz: Maurer-Lambrou/Steiner (Fn. 80), Art. 4 DSGVO N 11; Thouvenin (Fn. 85), 34.

<sup>87</sup> Art. 5 Abs. 1 Bst. e DSGVO; siehe dazu für die Schweiz: Astrid Epiney, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, 2011, 531 f.; Maurer-Lambrou/Steiner (Fn. 80), Art. 4 DSGVO N 11a; Thouvenin (Fn. 85), 34 f.

<sup>88</sup> Thouvenin (Fn. 81), 68.

<sup>89</sup> Siehe dazu hinten, E.III.

<sup>90</sup> Siehe dazu hinten, E.III.2.

## 2. Erkennbarkeit

Nach dem Grundsatz der Erkennbarkeit müssen die Beschaffung von Personendaten, deren Bearbeitung sowie der Zweck der Bearbeitung für die betroffene Person erkennbar sein (Art. 4 Abs. 4 DSGVO). Die Erkennbarkeit der Datenbearbeitung ist für das Datenschutzrecht von zentraler Bedeutung,<sup>91</sup> weil die betroffene Person ihre datenschutzrechtlichen Ansprüche nur geltend machen kann, wenn sie zu erkennen vermag, dass Daten über sie bearbeitet werden.<sup>92</sup>

Die Erkennbarkeit der Datenbearbeitung vor Vertragsabschluss wird für die Privatversicherungen nicht nur durch das Datenschutzrecht, sondern auch durch die gesetzlich geregelte Informationspflicht des Versicherers sichergestellt (Art. 3 VVG). Dieser muss den Versicherungsnehmer vor Abschluss des Versicherungsvertrags verständlich über seine Identität, den wesentlichen Inhalt des Vertrags und über eine Reihe weiterer Aspekte informieren, namentlich auch über die Bearbeitung der Personendaten einschliesslich Zweck und Art der Datensammlung sowie Empfänger und Aufbewahrung der Daten (Art. 3 Abs. 1 lit. g VVG).<sup>93</sup> Diese spezifische Regelung wiederholt und verstärkt den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Erkennbarkeit.<sup>94</sup> Sie entspricht im Wesentlichen der im Datenschutzgesetz vorgesehenen Informationspflicht (Art. 14 DSGVO), die besteht, wenn ein Versicherer für die Individualisierung von Versicherungsverträgen Persönlichkeitsprofile (Art. 3 lit. d DSGVO) oder besonders schützenswerte Personendaten (Art. 3 lit. c DSGVO) beschafft, etwa Daten über die Gesundheit der potentiellen Versicherungsnehmer.<sup>95</sup>

Die Erkennbarkeit der Datenbearbeitung nach Vertragsabschluss richtet sich allein nach den Vorgaben des DSGVO. Sie muss unabhängig davon gegeben sein, ob der Versicherer Daten bearbeitet, die er vom Versicherungsnehmer im Zusammenhang mit dem in Frage stehenden Versicherungsvertrag erhalten oder in einem anderen Kontext beschafft oder von Dritten erworben hat.<sup>96</sup> Ohne weiteres gewährleistet ist die Erkennbarkeit im ersten Fall; dies gilt auch für Daten, welche der Versicherer mit technischen Hilfsmitteln während der Vertragsdauer sammelt, etwa mithilfe von Crash-Recordern oder Schrittzählern. Anderes gilt für Daten, die aus einem anderen Kontext stammen oder von einem Dritten erworben werden.

<sup>91</sup> Die Botschaft zur Revision des DSGVO bezeichnet den Grundsatz der Erkennbarkeit zu Recht als „Eckpfeiler des ganzen Datenschutzsystems“; Botschaft vom 19. Februar 2003 zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung, BBl 2003 2101, 2126.

<sup>92</sup> *Thouvenin* (Fn. 81), 63.

<sup>93</sup> Siehe dazu auch: *Moritz W. Kuhn/Alexandra Geiger-Steiner*, in: Honsell/Vogt/Schnyder/Grolimund (Hrsg.), *Basler Kommentar Versicherungsvertragsgesetz (VVG)*, Nachführungsband, 2012, Art. 3 VVG N 4.

<sup>94</sup> *Kuhn/Geiger-Steiner* (Fn. 93), Art. 3 VVG N 23, 26.

<sup>95</sup> Siehe dazu auch: *Amédéo Wermelinger*, in: Baeriswyl/Pärli (Hrsg.), *Stämpfli Handkommentar Datenschutzgesetz*, 2015, Art. 14 DSGVO N 3.

<sup>96</sup> Siehe dazu: *David Rosenthal*, in: Rosenthal/Jöhri (Hrsg.), *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, 2008, Art. 4 DSGVO N 52 f., 57.

Hier muss der Versicherer in geeigneter Form aktiv über die Bearbeitung informieren, weil diese für den Versicherungsnehmer nicht aus den Umständen erkennbar ist.

Neben dem Vorliegen einer Datenbearbeitung muss auch deren Zweck für den Versicherungsnehmer erkennbar sein. Dass die Versicherung die Daten zur Risikoprüfung und für die Abwicklung des Vertrags bearbeitet, dürfte für den Versicherungsnehmer ohne weiteres erkennbar sein. Für die hier zu untersuchende Frage ist aber entscheidend, ob der Versicherungsnehmer erkennen kann, dass der Versicherer die Daten zum Zweck der Individualisierung seines Versicherungsvertrags bearbeitet. Hierzu muss er zunächst erkennen, dass sein Vertrag individualisiert wird, was nicht ohne weiteres erwartet werden kann, zumal die Konditionen von Versicherungsverträgen (zumindest im Massengeschäft) bisher nach Gruppen, nicht aber nach Individuen spezifiziert worden sind. Die blosser Angabe, dass die Daten für den Vertragsabschluss bearbeitet werden, kann deshalb nicht genügen. Vielmehr muss für den Versicherungsnehmer erkennbar sein, dass die Daten bearbeitet werden, um ihm ein individuelles Angebot zu machen. Hierfür kann man wohl genügen lassen, dass die Versicherung in der Werbung für ein bestimmtes Produkt oder in den Offerten hinreichend deutlich auf die Individualisierung des Angebots hinweist.

Fraglich ist sodann, ob der Versicherungsnehmer auch erkennen muss, nach welchen Kriterien das Angebot individualisiert wird, also namentlich, ob die Versicherung nur auf das Risikoprofil oder auch auf die Zahlungsbereitschaft abstellt. Derart weitgehende Anforderungen erscheinen allerdings aus zwei Gründen nicht erforderlich: Zum einen begnügt sich die Praxis ganz allgemein mit recht pauschalen Informationen über den Zweck der Datenbearbeitung, etwa mit dem Hinweis, dass die Daten bearbeitet werden, um die Prämie festzusetzen oder um die Risikoabklärung vorzunehmen.<sup>97</sup> Diese Praxis mag man kritisieren. Solange sie aber im Allgemeinen geduldet wird, ist nicht ersichtlich, weshalb die Anforderungen bei der Individualisierung von Versicherungsverträgen höher sein sollten. Zum andern steht es dem Versicherungsnehmer frei, sich mithilfe des Auskunftsrechts Informationen über die zur Individualisierung verwendeten Kriterien zu beschaffen. Zumindest gewisse Indizien zur Beantwortung der Frage, ob ein Angebot nur nach dem Risikoprofil oder auch nach der Zahlungsbereitschaft individualisiert wird, werden sich dabei den Angaben über die Kategorien der bearbeiteten Personendaten (Art. 8 Abs. 2 lit. b DSGVO) und der Mitteilung der bearbeiteten Daten (Art. 8 Abs. 2 lit. a DSGVO) entnehmen lassen.

Fraglich erscheint hingegen, ob der Bearbeiter im Rahmen des Auskunftsrechts konkretere Angaben zum Zweck machen muss als im Rahmen der Erkennbarkeit und bei der Einwilligung. In Literatur und Rechtsprechung scheint diese Frage bisher nicht untersucht worden zu sein. Naheliegend erscheint, von der blossen Erkennbarkeit über die angemessene Information bei der Einwilligung bis hin zur

<sup>97</sup> Siehe beispielweise: Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG, Allgemeine Bedingungen Motorfahrzeugversicherung, Ausgabe vom 1. Mai 2018, abrufbar unter: <<https://www.vaudoise.ch/de/privatperson/unsere-produkte/auto/autoversicherungen/Autoversicherung>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 7; CSS Versicherung AG, Krankenzusatzversicherungen nach VVG, Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 01.2009, abrufbar unter: <[https://www.css.ch/de/home/privatpersonen/krankenkasse/zusatzversicherung/ambulanzversicherung\\_myflex.html](https://www.css.ch/de/home/privatpersonen/krankenkasse/zusatzversicherung/ambulanzversicherung_myflex.html)> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 6.

Ausübung des Auskunftsrechts im Sinn einer Kaskade einen stetig höheren Konkretisierungsgrad der Information zu fordern. Dafür sprechen der Wortlaut beim Grundsatz der Erkennbarkeit („erkennbar sein“, Art. 4 Abs. 4 DSGVO) und bei der Einwilligung („angemessene Information“, Art. 4 Abs. 5 DSGVO) und die detaillierte Umschreibung der im Rahmen des Auskunftsrechts zu erteilenden Informationen (Art. 8 Abs. 2 DSGVO). Eine solche Kaskade lässt sich zudem mit der Funktion der Instrumente begründen: Während der Grundsatz der Erkennbarkeit sicherstellen soll, dass die betroffene Person die Bearbeitung der Daten erkennen und sich dazu eine Meinung bilden kann, ist das Erteilen der Einwilligung mit der Rechtsfolge der Rechtfertigung verbunden, und das Auskunftsrecht soll es den betroffenen Personen ermöglichen, weitere Informationen über die Bearbeitung zu erhalten. Gegen die Annahme einer Kaskade liesse sich allerdings anführen, dass die Einwilligung erst bei einem Verstoß gegen die Grundsätze der Datenbearbeitung erforderlich ist und bei einem Verstoß gegen den Grundsatz der Erkennbarkeit für eine gültige Einwilligung lediglich diejenigen Informationen nachträglich zu erteilen sind, die vorgängig für die Erkennbarkeit erforderlich gewesen wären. So betrachtet mag es widersprüchlich erscheinen, an die Konkretisierung der Information für die nachträgliche Aufhebung der Verletzung durch Einwilligung höhere Anforderungen zu stellen als beim vorgängigen Ausschluss der Verletzung durch Sicherstellen der Erkennbarkeit. Allerdings liesse sich hier auch das Gegenteil vertreten, dass also an die Aufhebung der Verletzung höhere Anforderungen zu stellen sind als an deren Vermeidung. Insgesamt erscheint damit mehr für als gegen die Annahme einer Kaskade des Konkretisierungsgrades der Information zu sprechen. Ob sich diese Hypothese allerdings halten lässt, müsste im Rahmen einer vertieften Untersuchung geprüft werden, die hier nicht geleistet werden kann.

### 3. *Treu und Glauben*

Der Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 4 Abs. 2 DSGVO) wird in der Lehre als eine Art „datenschutzrechtliche Generalklausel“<sup>98</sup> verstanden. Er soll nur zum Zug kommen, wenn die anderen Bearbeitungsgrundsätze nicht greifen oder zu unbefriedigenden Ergebnissen zum Nachteil der betroffenen Person führen.<sup>99</sup> Seine Bedeutung in der Praxis ist entsprechend gering, jedenfalls seit der Grundsatz der Erkennbarkeit ausdrücklich geregelt worden ist.<sup>100</sup> Ob Treu und Glauben der Individualisierung von Versicherungsverträgen entgegenstehen kann, ist deshalb fraglich.

Der Grundsatz von Treu und Glauben ist allerdings inhaltlich äusserst offen und könnte auch als Mittel verstanden werden, um grundlegenden Wertungen der Rechtsordnung den Weg ins Datenschutzrecht zu öffnen. Für die vorliegende Fragestellung ist vor allem an den Grundsatz der Gleichbehandlung und an das Verbot der Diskriminierung zu denken. Dem steht allerdings entgegen, dass der Gehalt von Treu und Glauben in Lehre und Rechtsprechung längst weitgehend konkretisiert

<sup>98</sup> Rosenthal (Fn. 96), Art. 4 DSGVO N 14; Epiney (Fn. 87), 526; Astrid Epiney/Daniela Nüesch, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.72.

<sup>99</sup> Epiney/Nüesch (Fn. 98), 90.

<sup>100</sup> Siehe dazu: Rolf H. Weber, E-Commerce und Recht, 2010, 448 f.

worden ist. In der Bundesverfassung (Art. 5 Abs. 3 und Art. 9 BV) und im Privatrecht (Art. 2 Abs. 1 ZGB) verlangt Treu und Glauben im Wesentlichen ein „loyales und vertrauenswürdiges Verhalten im Rechtsverkehr“<sup>101</sup> und eine „Haltung gegenseitiger Rücksichtnahme“.<sup>102</sup> Ableiten lässt sich aus Treu und Glauben auch ein allgemeines Gebot der schonenden Rechtsausübung,<sup>103</sup> nicht aber ein allgemeiner Grundsatz der Gleichbehandlung oder ein allgemeines Diskriminierungsverbot.

Mit Blick auf dieses gefestigte Verständnis erschiene es verfehlt, dem Begriff von Treu und Glauben im Datenschutzrecht eine allgemeine Pflicht zur Gleichbehandlung oder ein allgemeines Verbot der Diskriminierung entnehmen zu wollen. Für die Diskriminierungsverbote kann vielmehr auf die vorstehenden Ausführungen verwiesen werden.<sup>104</sup> Für den Grundsatz der Gleichbehandlung ist zudem zu beachten, dass sich daraus ohnehin nicht ableiten liesse, dass alle Versicherungsnehmer zu denselben Konditionen versichert werden müssen. Denn der Grundsatz verlangt ja nur, „Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu behandeln“.<sup>105</sup> Eine Verletzung der Gleichbehandlungspflicht würde deshalb nur vorliegen, wenn rechtliche Unterscheidungen getroffen werden, für die es keinen vernünftigen Grund gibt, oder wenn keine Unterscheidungen gemacht würden, obwohl sich diese aufdrängen.<sup>106</sup>

Einer Individualisierung nach Massgabe des Risikoprofils der Versicherungsnehmer steht der Grundsatz der Gleichbehandlung damit nicht entgegen; vielmehr könnte gar argumentiert werden, dass dieser Grundsatz eine Individualisierung verlangt, weil sonst Ungleiches gleich behandelt würde. Soweit würde man bei einer Individualisierung der Prämien nach der Zahlungsbereitschaft wohl kaum gehen. Auch diese lässt sich aber durch sachliche Gründe rechtfertigen, zumal sie volkswirtschaftlich sinnvoll ist und auch weniger zahlungskräftigen Versicherungsnehmern den Zugang zu einer Versicherung eröffnen kann.<sup>107</sup> Die Bearbeitung von Personendaten zum Zweck der Individualisierung von Versicherungsverträgen stellt damit keinen Verstoss gegen Treu und Glauben dar.

### III. Rechtfertigung

Die Analyse der Grundsätze der Datenbearbeitung hat gezeigt, dass die Individualisierung von Versicherungsverträgen auf der Grundlage von *Big Data* regelmässig mit einem Verstoss gegen einen oder mehrere Grundsätze verbunden sein wird. Die

<sup>101</sup> BGer, 2C\_1038/2017 vom 18. Juli 2018, Erw. 5.3.1; BVGer, A-4128/2016 vom 27. Februar 2017, Erw. 5.3.5; Ulrich Häfelin/Georg Müller/Felix Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2016, Rz. 620; siehe auch: Epiney/Nüesch (Fn. 98), 90.

<sup>102</sup> Epiney/Nüesch (Fn. 98), 90; Heinz Hausheer/Regina E. Aebi-Müller, in: Aebi-Müller et al., Berner Kommentar, Band I, Einleitung und Personenrecht, Art. 1-9 ZGB, 2012, Art. 2 ZGB N 6; siehe auch: Benjamin Schindler, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die Schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014, Art. 5 BV N 55.

<sup>103</sup> Hausheer/Aebi-Müller (Fn. 102), Art. 2 ZGB N 219 f., m.w.N.

<sup>104</sup> Siehe dazu vorn, D.

<sup>105</sup> Statt vieler: BGE 139 I 242, Erw. 5.1.

<sup>106</sup> BGE 139 I 242, Erw. 5.1; zum Anspruch auf Gleichbehandlung siehe auch: Häfelin/Müller/Uhlmann (Fn. 101), Rz. 572 ff.

<sup>107</sup> Siehe dazu vorn, B.II.

Bearbeitung von Personendaten ist damit nur zulässig, wenn ein Rechtfertigungsgrund vorliegt. In Frage kommen dabei die Rechtfertigung durch Gesetz, die Rechtfertigung wegen überwiegender Interessen und die Rechtfertigung durch Einwilligung.

### 1. Gesetz

Die Bearbeitung von Personendaten ist nicht widerrechtlich, wenn das Gesetz diese ausdrücklich vorschreibt, erlaubt oder implizit voraussetzt (Art. 13 Abs. 1 DSGVO).<sup>108</sup> Wie vorstehend ausgeführt, muss der potentielle Versicherungsnehmer der Versicherung vor Abschluss des Vertrags sämtliche für die Beurteilung der Gefahr erheblichen Tatsachen mitteilen, sofern sie ihm bekannt sind oder bekannt sein müssen (Art. 4 Abs. 1 VVG).<sup>109</sup> Die nachfolgende Bearbeitung der mitgeteilten Daten durch den Versicherer zur Bestimmung des Risikoprofils wird vom VVG zumindest implizit vorausgesetzt und ist damit gerechtfertigt. Nicht vom Gesetz gedeckt sind dagegen die Bearbeitung von Personendaten zur Individualisierung nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft und die Bearbeitung von Daten, die nach Abschluss des Vertrags gesammelt und analysiert werden.

### 2. Überwiegende Interessen

Die Bearbeitung von Personendaten entgegen den Grundsätzen der Datenbearbeitung ist gerechtfertigt, wenn sich der Bearbeiter auf überwiegende private oder öffentliche Interessen berufen kann (Art. 13 Abs. 1 DSGVO). Bei den privaten Interessen stehen die Eigeninteressen des Bearbeiters im Vordergrund; er kann sich aber auch auf die Interessen Dritter und auf die Interessen der betroffenen Person berufen.<sup>110</sup> Bei der Anwendung dieses Rechtfertigungsgrundes ist stets eine Interessenabwägung vorzunehmen.<sup>111</sup> Zulässig ist eine Datenbearbeitung dabei nur, wenn die Interessen an der Bearbeitung die Interessen der betroffenen Person an deren Unterbleiben überwiegen.<sup>112</sup>

Im Sinn einer Konkretisierung nennt das Gesetz eine Reihe von Konstellationen, in welchen in der Regel ein überwiegendes privates Interesse vorliegt (Art. 13 Abs. 2 DSGVO). Dies ist etwa der Fall, wenn Daten über den Vertragspartner im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Abwicklung eines Vertrags bearbeitet werden (Art. 13 Abs. 2 lit. a DSGVO). Der Grund für die Rechtfertigung liegt hier darin, dass es den Vertragsparteien möglich sein soll, durch die Bearbeitung von Daten über die andere Partei Informationen zu gewinnen und da-

<sup>108</sup> *Corrado Rampini*, in: Maurer-Lambrou/Blechta (Hrsg.), *Basler Kommentar Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz*, 2014, Art. 13 DSGVO N 15; *Wermelinger* (Fn. 95), Art. 13 DSGVO N 15; *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 24.

<sup>109</sup> Siehe dazu vorn, E.I.

<sup>110</sup> *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 7; *Wermelinger* (Fn. 95), Art. 13 DSGVO N 11; *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 21; BGE 138 II 346, Erw. 10.3.

<sup>111</sup> *Wermelinger* (Fn. 95), Art. 13 DSGVO N 8 ff.; *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 24; *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 6.

<sup>112</sup> *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 12; *Wermelinger* (Fn. 95), Art. 13 DSGVO N 8; Botschaft vom 23. März 1988 zum Bundesgesetz über den Datenschutz, BBl 1988 413, 459 f.

mit ihre Risiken zu reduzieren, namentlich durch Einschätzung der Zahlungsfähigkeit.<sup>113</sup> Zu beachten ist allerdings, dass dieser Rechtfertigungsgrund nach der Lehre nicht greifen soll, wenn Daten über den Vertragspartner bearbeitet werden, um das eigene Leistungsangebot auf dessen Bedürfnisse und Erwartungen abzustimmen.<sup>114</sup> Diese Einschränkung erscheint für die Individualisierung nach Massgabe des Risikoprofils zwar nicht zwingend, weil es auch hier um eine Abschätzung des mit dem Vertrag verbundenen Risikos geht. Mit Blick auf die Lehre werden sich Versicherungen aber nicht mit hinreichender Sicherheit allein auf den Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss berufen können, um die Bearbeitung von Personendaten zur Individualisierung ihrer Konditionen zu rechtfertigen. Ohnehin muss ja auch beim Vorliegen einer der gesetzlich vorgesehenen Konstellationen eine Interessenabwägung erfolgen.<sup>115</sup> An einer näheren Beurteilung der involvierten Interessen führt deshalb nichts vorbei.

Bei der Bearbeitung von Personendaten zur Individualisierung von Versicherungsverträgen lässt sich die folgende allgemeine Interessenlage skizzieren: Die Versicherer haben ein Interesse an der Bearbeitung möglichst umfassender und granularer Daten, um damit die Risikoprofile ihrer Versicherungsnehmer und gegebenenfalls auch deren Zahlungsbereitschaft möglichst genau zu bestimmen. Bei den betroffenen Personen ist zu unterscheiden: Derjenige Teil der Versicherungsnehmer, deren individuelles Risiko kleiner ist als das durchschnittliche Risiko ihrer Risikogruppe, wird durch die Individualisierung besser gestellt als bei der Einteilung in eine Risikogruppe, der andere Teil wird dagegen schlechter gestellt. Dasselbe gilt bei der Individualisierung nach der Zahlungsbereitschaft. Die Interessen der Versicherungsnehmer als betroffene Personen sind damit geteilt. Dasselbe gilt für die Interessen Dritter, also die Interessen der anderen Versicherungsnehmer an der Bearbeitung oder Nicht-Bearbeitung der Daten der betroffenen Personen. Versicherungsnehmer mit einem tieferen Risiko haben ein Interesse an der Bearbeitung der Daten von Versicherungsnehmern mit einem höheren Risiko, weil erst diese Bearbeitung eine Individualisierung und damit eine günstigere Prämie ermöglicht. Umgekehrt haben Versicherungsnehmer mit einem höheren Risiko ein Interesse am Unterbleiben der Datenbearbeitung zum Zweck der Individualisierung. Auch hier gilt dasselbe für die Frage der Zahlungsbereitschaft.

Betrachtet man die Interessenlage gesamthaft und geht man davon aus, dass sich die Interessen der Versicherungsnehmer in der Summe die Waage halten, führt das Interesse der Versicherungen am Bearbeiten der Personendaten zum Zweck der Individualisierung zu einem überwiegenden privaten Interesse und damit zur Recht-

<sup>113</sup> *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 29; *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 39; *Lucien Müller*, Videoüberwachung in öffentlich zugänglichen Räumen — insbesondere zur Verhütung und Ahndung von Straftaten, 2011, 321, 339 f.; *James Thomas Peter*, Das Datenschutzgesetz im Privatbereich, 1994, 182; *Paul-Henri Steinauer*, Le droit privé matériel, in: *Pedrazzini/Page/Walter/Steinauer/Widmer/Cottier* (Hrsg.), La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, 1994, 85, 103.

<sup>114</sup> *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 29; ebenso für die DSGVO: *Benedikt Buchner/Thomas Petri*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), Datenschutzgrundverordnung/BDSG, Kommentar, 2018, Art. 6 DSGVO N 43.

<sup>115</sup> *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 13 DSGVO N 33; *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 26; *Wermelinger* (Fn. 95), Art. 13 DSGVO N 17.

fertigung der Datenbearbeitung. Dies dürfte jedenfalls dann zutreffen, wenn Versicherungen ihre Konditionen nach Massgabe des Risikoprofils ihrer potentiellen oder aktuellen Versicherungsnehmer individualisieren. Denn für die Zulässigkeit spricht in diesen Fällen auch, dass die Individualisierung für die Gemeinschaft der Versicherten und die Gesellschaft insgesamt positive Wirkungen hat, weil sie ein Mittel ist, um dem Problem von *adverse selection* und *moral hazard* zu begegnen und um Anreize für ein risikominderndes Verhalten zu setzen.<sup>116</sup> Letzteres gilt ganz besonders für die Bearbeitung von Personendaten nach Abschluss des Versicherungsvertrags. Anders mag man bei einer Individualisierung nach der Zahlungsbereitschaft werten.<sup>117</sup> Führt man sich allerdings vor Augen, dass die Individualisierung von Preisen nicht nur für den Anbieter, hier also für die Versicherung, sondern auch volkswirtschaftlich positive Wirkungen hat,<sup>118</sup> sollte auch hier ein überwiegendes Interesse der Versicherung anerkannt werden.

Man mag dieser Betrachtungsweise entgegen halten, dass die Beurteilung der Interessenlage nicht derart global erfolgen kann, sondern nach „Gewinnern“ und „Verlierern“ der Datenbearbeitung differenziert werden muss. Eine solche Differenzierung hätte zur Folge, dass diejenigen Personen, die aufgrund der Individualisierung schlechter gestellt werden, ein Interesse am Unterbleiben der Datenbearbeitung haben, welches das Interesse der Versicherung an der Bearbeitung überwiegt. Die Bearbeitung der Daten dieser Versicherungsnehmer liesse sich damit nicht rechtfertigen; zulässig wäre allein die Bearbeitung von Daten der Versicherungsnehmer, welche durch die Individualisierung besser gestellt werden. Diesem Einwand steht allerdings ein Doppeltes entgegen: Zum einen würden bei einer Einschränkung der Betrachtung auf das Verhältnis der Interessen von Versicherung und durch die Individualisierung schlechter gestellten Versicherten die Interessen der durch die Individualisierung besser gestellten Versicherten ausgeblendet, die vom Unterbleiben oder Durchführen der Datenbearbeitung ebenfalls betroffen sind. Zum andern – und dies vor allem – entscheidet sich erst aufgrund der Bearbeitung der Personendaten, wer ein attraktiveres Angebot erhält und von der Individualisierung profitiert. Eine vorgängige Differenzierung der Interessenabwägung nach „Gewinnern“ und „Verlierern“ ist deshalb gar nicht möglich. Würde man diesem Ansatz folgen, könnte erst nach Durchführung der Datenbearbeitung entschieden werden, welche Personendaten rechtmässig und welche widerrechtlich bearbeitet worden sind. Das erscheint nicht praktikabel und ist deshalb abzulehnen.

Anlass für Kritik mag auch der Umstand bilden, dass die vorstehende Betrachtungsweise nur auf die konkreten Vor- und Nachteile eines attraktiveren oder weniger attraktiven Angebots einer Versicherung abstellt. Nicht in die Interessenabwägung einbezogen wird dabei ein mögliches allgemeines Interesse der betroffenen Personen am Unterbleiben einer (weitgehenden) Datenbearbeitung durch eine Versicherung oder an der Partizipation am Entscheid über deren Zulässigkeit. Diese Partizipation würde gerade dem Grundgedanken der informationellen Selbst-

---

<sup>116</sup> Siehe dazu vorn, B.I.

<sup>117</sup> Weber (Fn. 10), 103.

<sup>118</sup> Siehe dazu vorn, B.II.



bestimmung entsprechen, auf welchem das Datenschutzgesetz konzeptionell beruht.<sup>119</sup> Bezieht man dieses allgemeine Interesse in die Abwägung mit ein, wird man zum Schluss kommen, dass die Bearbeitung von Personendaten durch Versicherungen jedenfalls für Personen mit einem Interesse am Unterbleiben (weitgehender) Datenbearbeitungen oder an der Partizipation an solchen Entscheiden nicht durch ein überwiegendes Interesse der Versicherung gerechtfertigt werden kann. Zumindest für diese Personen bleibt damit nur die Rechtfertigung durch Einwilligung.

### 3. Einwilligung

Die Bearbeitung von Personendaten ist zulässig, wenn die betroffene Person in diese eingewilligt hat. Die Einwilligung ist nur gültig, wenn sie nach angemessener Information freiwillig erfolgt (Art. 4 Abs. 5 Satz 1 DSGVO). Angemessen ist die Information, wenn die betroffene Person in den Grundzügen Kenntnis von Gegenstand, Zweck und Umfang der Datenbearbeitung erlangt und damit die Tragweite der Einwilligung abschätzen kann.<sup>120</sup> Die Einwilligung kann dabei grundsätzlich formfrei erteilt werden, namentlich auch durch konkludentes Verhalten.<sup>121</sup> Da Versicherungen in den hier interessierenden Konstellationen allerdings regelmässig Persönlichkeitsprofile erstellen oder besonders schützenswerte Personendaten bearbeiten, muss die Einwilligung ausdrücklich erfolgen (Art. 4 Abs. 5 Satz 2 DSGVO).<sup>122</sup> Sie stützt sich dabei regelmässig auf entsprechende Klauseln in den AVB.<sup>123</sup>

<sup>119</sup> Siehe dazu statt vieler: *Stephan Breitenmoser/Rainer J. Schweizer*, in: Ehrenzeller/Schindler/Schweizer/Vallender (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 2014, Art. 13 BV N 72, m.w.N.; *Eva Maria Belser*, in: Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, 2011, 362 f.; *Meier* (Fn. 85), Rz. 26 f.

<sup>120</sup> *Hussein Noureddine*, in: Passadelis/Rosenthal/Thür (Hrsg.), Datenschutzrecht, 2015, Rz. 3.128; *Epiney* (Fn. 87), 521 f.; *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 4 DSGVO N 72; *Baeriswyl* (Fn. 84), Art. 4 DSGVO N 59.

<sup>121</sup> *Maurer-Lambrou/Steiner* (Fn. 80), Art. 4 DSGVO N 16h; *Noureddine* (Fn. 120), Rz. 3.128; *Epiney* (Fn. 87), 525 f.

<sup>122</sup> Siehe dazu: *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 4 DSGVO N 69, 83 f.; *Baeriswyl* (Fn. 84), Art. 4 DSGVO N 69 ff. Zur ausdrücklichen Einwilligung siehe: *David Vasella*, Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter, 16. November 2015, Rz. 21 ff.

<sup>123</sup> So z.B. bei der AXA, welche in ihren Autoversicherungs-AVB unter dem Titel „Datenschutz und Vollmacht“ festhält: „Die AXA ist befugt, die für die Vertrags- und Schadenabwicklung notwendigen Daten zu beschaffen und zu bearbeiten.“, siehe: AXA Versicherungen AG, Allgemeine Vertragsbedingungen (AVB), Strada. Die Motorfahrzeugversicherung der AXA, Ausgabe 10.2013, abrufbar unter: <<https://www.axa.ch/de/privatkunden/angebote/fahrzeug-reisen/autoversicherung.html>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 8. Die Zurich hält in ihren AVB fest, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken Daten bearbeitet oder an Dritte weitergegeben werden und weist darauf hin, dass Kundenprofile (u.a.) zur Unterbreitung von individuellen Angeboten erstellt werden, siehe bspw.: Zürich Versicherungs-Gesellschaft AG, Haushaltversicherung, Kundeninformationen und Allgemeine Versicherungsbedingungen (AVB), Ausgabe 03/2017, abrufbar unter: <<https://www.zurich.ch/de/privat/wohnen-und-bauen/hausrat>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 4 f. Auch Vaudoise gibt in seinen AVB – wenn auch sehr kurz – an, welche Daten zu welchen Zwecken bearbeitet oder an Dritte weitergegeben werden, siehe bspw.: Vaudoise Allgemeine Versicherungs-Gesellschaft AG, Allgemeine

Besondere Fragen stellen sich bei der Freiwilligkeit der Einwilligung und bei der Information über den Zweck. Anders als bei der Erkennbarkeit, bei der es ausreichend erscheint, dass die betroffene Person erkennen kann, dass die Daten bearbeitet werden, um ihr ein individuelles Angebot zu unterbreiten,<sup>124</sup> kann für eine gültige Einwilligung wohl verlangt werden, dass der Versicherer auch darüber informiert, ob das Angebot nur nach dem Risikoprofil oder auch nach der Zahlungsbereitschaft individualisiert wird. Diese höheren Anforderungen erscheinen angemessen, weil mit der Erkennbarkeit lediglich sichergestellt werden soll, dass die betroffene Person die Datenbearbeitung erkennen und über ihr weiteres Vorgehen – etwa das Erheben von Widerspruch (Art. 12 Abs. 2 lit. b DSGVO) oder die Ausübung des Auskunftsrechts (Art. 8 DSGVO) – entscheiden kann, während die Einwilligung für die betroffene Person unmittelbare Rechtsfolgen hat.<sup>125</sup> Die Anforderungen an den Konkretisierungsgrad der Information sollten aber auch bei der Einwilligung nicht allzu hoch angesetzt werden. So erscheint es ausreichend, wenn die Versicherungsnehmer darüber informiert werden, dass sie betreffende Daten bearbeitet werden, um ihnen ein „individuelles Angebot zu einem individuellen Preis“ zu machen.

Die Freiwilligkeit der Einwilligung in die Bearbeitung von Personendaten zur Individualisierung von Versicherungsverträgen wird kontrovers beurteilt. Unbestritten scheint, dass die Einwilligung freiwillig erteilt wird, wenn die betroffenen Personen auf andere Anbieter mit hinreichend attraktiven Prämien ausweichen können.<sup>126</sup> Teilweise wird allerdings die Auffassung vertreten, die Einwilligung könne nicht als freiwillig qualifiziert werden, wenn ein wirtschaftlicher Zwang bestehe, namentlich wenn sich die Versicherungsnehmer wegen erheblicher Preisunterschiede gezwungen fühlen, sich für ein günstigeres Modell mit (weitgehender) Datenbearbeitung zu entscheiden.<sup>127</sup>

Diese Auffassung geht allerdings zu weit. Nachteile, die mit einer nicht erteilten Einwilligung verbunden sind, schliessen deren Freiwilligkeit nicht grundsätzlich aus; dies ist nur der Fall, wenn die Nachteile keinen Zusammenhang zur Datenbearbeitung und ihrem Zweck haben oder diesem gegenüber als unverhältnismässig

---

Bedingungen Home in One, Ausgabe 01.12.2012, abrufbar unter: <<https://www.vaudoise.ch/de/privatperson/unsere-produkte/meine-versicherungen-zuhause/hausratversicherung>> (zuletzt besucht am 25.09.2018), 7.

<sup>124</sup> Siehe dazu vorn, E.II.2.

<sup>125</sup> Siehe dazu vorn, E.II.2.

<sup>126</sup> Siehe dazu: *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSGVO N 6; *Vasella* (Fn. 122), Rz. 18; BSGE 2009/44, Erw. 4.2; so auch der EDÖB für „Pay As You Drive“-Versicherungsmodelle, EDÖB, Pay as you drive (PAYD): Erläuterungen zum Einsatz von Black Boxes in Motorfahrzeugen, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/versicherungen/fahrzeugversicherungen/pay-as-you-drive--payd---erlaeuterungen-zum-einsatz-von-black-bo.html>> (zuletzt besucht am 25.09.2018) und zum Einsatz von Fitnesstrackern, EDÖB, Erläuterungen zum Einsatz von Fitnesstrackern im Versicherungsbereich, abrufbar unter: <<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/de/home/datenschutz/gesundheits-und-unfallversicherungen/erlaeuterungen-zum-einsatz-von-fitnessstrackern-im-versicherungsb.html>> (zuletzt besucht am 25.09.2018); a.M. *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 4 DSGVO N 95.

<sup>127</sup> So der EDÖB für „Pay As You Drive“-Versicherungsmodelle (Fn. 126) und zum Einsatz von Fitnesstrackern (Fn. 126).

erscheinen.<sup>128</sup> Als unfreiwillig erteilt gilt die Einwilligung auch, wenn der betroffenen Person keine zumutbare Alternative ohne die in Frage stehende Datenbearbeitung zur Verfügung steht.<sup>129</sup>

Beides ist im Bereich der Privatversicherungen derzeit nicht der Fall. Vielmehr kann der Versicherungsnehmer sein allfälliges Interesse am Unterbleiben einer Datenbearbeitung gegen die mit seiner Einwilligung verbundenen Vorteile abwägen und sich auf Grundlage dieser Abwägung frei entscheiden, ob er ein individualisiertes Angebot annehmen, auf ein anderes Angebot ausweichen oder ganz auf den Abschluss einer Versicherung verzichten will. Die Bearbeitung von Personendaten zur Individualisierung der Konditionen steht zudem jedenfalls dann in einem engen Zusammenhang mit der Leistung der Versicherung, wenn die Individualisierung nach dem Risikoprofil erfolgt.<sup>130</sup> Ein relevanter Zwang, welcher die Freiwilligkeit ausschliessen würde, erscheint hier deshalb nur gegeben, wenn der Abschluss einer Versicherung zwingend ist – wie etwa bei der Motorfahrzeughaftpflichtversicherung – und auf dem Markt nur Versicherungen mit (weitgehender) Datenbearbeitung angeboten werden. Fehlt es an einem solchen Zwang, ist die Einwilligung grundsätzlich als freiwillig zu qualifizieren.

Anderes muss bei einer Individualisierung nach Massgabe der Zahlungsbereitschaft gelten. Da ein direkter Zusammenhang zur vertraglichen Leistung fehlt, sind die Anforderungen an die Freiwilligkeit hier höher anzusetzen. Diese würde namentlich fehlen, wenn die betroffene Person nicht auf andere Anbieter mit hinreichend attraktiven Prämien und ohne (weitgehende) Datenbearbeitung ausweichen kann.

## F. Fazit

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Privatversicherungen in der Schweiz Versicherungsverträge grundsätzlich zu individuellen Konditionen anbieten können. Das Versicherungsvertrags- und Versicherungsaufsichtsrecht setzen der Individualisierung an sich keine Grenzen. Dies gilt auch für den Bereich, in welchem die Tarife von der FINMA genehmigt werden müssen, namentlich also für die Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenversicherung und für die berufliche Vorsorge, sofern man dem aufsichtsrechtlichen Begriff des Missbrauchs keine Pflicht zur Gleichbehandlung entnehmen will.<sup>131</sup>

Gewisse Grenzen werden der Individualisierung von Versicherungsverträgen allerdings durch die Diskriminierungsverbote in der Bundesverfassung, im Behindertengleichstellungsgesetz und im allgemeinen Persönlichkeitsrecht gesetzt.<sup>132</sup>

<sup>128</sup> Botschaft DSG 2003 (Fn. 91), BBl 2003, 2127; *Rosenthal* (Fn. 96), Art. 4 DSG N 94; *Baeriswyl* (Fn. 84), Art. 4 DSG N 66; *Maurer-Lambrou/Steiner* (Fn. 80), Art. 4 DSG N 16f.; *Epiney* (Fn. 87), 522.

<sup>129</sup> *Rampini* (Fn. 108), Art. 13 DSG N 6; *Vasella* (Fn. 122), Rz. 19.

<sup>130</sup> So allgemein *Vasella* (Fn. 122), Rz. 19, nach welchem die Einwilligung im Zusammenhang mit einem Vertragsabschluss nicht unfreiwillig erteilt wird, solange die Datenbearbeitung in einem vernünftigen Zusammenhang zur betreffenden Leistung steht.

<sup>131</sup> Siehe dazu vorn, C.II.

<sup>132</sup> Siehe dazu vorn, D.I. und D.II.

Eine Diskriminierung liegt dabei allerdings nur vor, wenn bei der Individualisierung auf geschützte Merkmale – etwa Alter, Geschlecht oder Herkunft – abgestellt wird und sich die Ungleichbehandlung nicht durch sachliche Gründe rechtfertigen lässt. Da Versicherungen ihre Konditionen in erster Linie nach Massgabe des Risikoprofils und allenfalls nach der Zahlungsbereitschaft individualisieren, ergeben sich auch aus den Diskriminierungsverboten kaum relevante Einschränkungen.

Anderes gilt für das Datenschutzrecht. Beruht die Individualisierung auf *Big Data Analytics*, wird die Bearbeitung von Personendaten regelmässig gegen die Grundsätze der Datenbearbeitung verstossen.<sup>133</sup> Die Individualisierung von Versicherungsverträgen ist dann zwar nicht als solche, wohl aber als Folge der Bearbeitung von Personendaten widerrechtlich, sofern kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Für die Bearbeitung von Personendaten vor Abschluss des Versicherungsvertrages ergibt sich eine Rechtfertigung unmittelbar aus dem Gesetz, jedenfalls soweit sie zur Individualisierung nach dem Risikoprofil erfolgt.<sup>134</sup> Eine Rechtfertigung aufgrund überwiegender Interessen der Versicherung erscheint zwar an sich möglich, muss aber scheitern, wenn man vom Bestehen eines allgemeinen Interesses der betroffenen Personen am Unterbleiben oder am Entscheid über die Vornahme umfassender Datenanalysen von Versicherungen ausgeht.<sup>135</sup> In diesem Fall bleibt einzig die Möglichkeit der Rechtfertigung durch Einwilligung. Diese sollte zwar ohne weiteres einzuholen sein. Es mag aber betroffene Personen geben, die ihre Einwilligung verweigern, weil sie mit der Bearbeitung ihrer Personendaten nicht einverstanden sind oder eine Individualisierung ihres Versicherungsvertrags verhindern möchten.<sup>136</sup> Die datenschutzrechtlichen Grenzen haben damit zur Folge, dass Versicherungen ihre Konditionen nicht für alle, sondern nur für die willigen Kunden individualisieren können.

---

<sup>133</sup> Siehe dazu vorn, E.II.

<sup>134</sup> Siehe dazu vorn, E.III.1.

<sup>135</sup> Siehe dazu vorn, E.III.2.

<sup>136</sup> Siehe dazu vorn, E.III.3.