

Risikoprüfung in der Versicherungswirtschaft – Datenschutz und wettbewerbsrechtliche Fragen beim Aufbau zentraler Hinweissysteme*

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster**

I. Einführung

Eines der unverzichtbaren Elemente des Versicherungsgeschäfts ist die Risikoprüfung. Im Interesse der Versicherungsgemeinschaft ist jedes Versicherungsunternehmen gehalten, die mit einem Versicherungsvertrag verbundenen Risiken vorab ordnungsgemäß zu prüfen. Ohne eine eingehende Risikoprüfung gibt es keine Absicherung von Risiken im Interesse der Allgemeinheit. Der Gesetzgeber hat diesen Leitgedanken ausdrücklich im VVG anerkannt und durch breit angelegte Anzeigepflichten bestärkt. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 VVG hat der VN beim Abschluss des Vertrags alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme des Vertrags erheblich sind, dem Versicherer anzuzeigen. Ähnlich sieht § 34 VVG eine Pflicht zur Abgabe aller erforderlichen Informationen nach Eintritt des Versicherungsfalles vor. Es gehört damit auch zur Natur des Versicherungsgeschäfts, risikorelevante Informationen zu sammeln und auszuwerten.

Die im Tätigkeitsbereich von Versicherungsunternehmen anfallende Datenverarbeitung lässt sich in mehrere Bereiche untergliedern. Bereits vor Vertragsschluss werden Daten des VN zur Risikoeinschätzung erhoben, gespeichert und übermittelt. Während der Laufzeit eines Versicherungsvertrags erfolgt eine Verarbeitung personenbezogener Daten zur Erstellung von Prämienrechnungen, und bei einer etwaigen Schadensbearbeitung erfolgt ebenfalls eine Erhebung der das Schadensereignis bestimmenden Daten, die bei Vorliegen bestimmter Merkmale an andere Stellen übermittelt werden.

Die Versicherungsunternehmen in Deutschland verwenden dabei seit In-Kraft-Treten des BDSG eine Einwilligungsklausel, die seitdem mehrfach in Abstimmung mit den Datenschutzaufsichtsbehörden¹ im Düsseldorfer Kreis überarbeitet wurde und vom BAV jeweils genehmigt wurde. Die derzeit aktuelle Fassung stammt aus dem Jahr 1994 und hat folgenden Wortlaut:

Ich willige ein, dass der Versicherer im erforderlichen Umfang Daten, die sich aus den Antragsunterlagen oder der Vertragsdurchführung (Beiträge, Versicherungsfälle, Risiko/Vertragsänderungen) ergeben, an Rückversicherer zur Beurteilung des Risikos und zur Abwicklung der Rückversicherung sowie zur Beurteilung des Risikos und der Ansprüche an andere Versicherer (und/oder an den ... Verband zur Weitergabe dieser Daten an andere Versicherer) übermittelt. Diese Einwilligung gilt auch (unabhängig vom Zustandekommen des Vertrags sowie) für entsprechende Prüfungen bei anderweitig beantragten (Versicherungs-) Verträgen und bei künftigen Anträgen.

Ich willige ferner ein, dass die Versicherer (Unternehmen) der ... Gruppe meine allgemeinen Antrags-, Vertrags- und Leistungsdaten in gemeinsamen Datensammlungen führen und an den/die für mich zuständigen Vermittler weitergeben, soweit dies der ordnungsgemäßen Durchführung meiner Versicherungsangelegenheiten dient.

Gesundheitsdaten dürfen nur an Personen- und Rückversicherer übermittelt werden; an Vermittler dürfen sie nur weitergegeben werden, soweit es zur Vertragsgestaltung erforderlich ist.

Ohne Einfluss auf den Vertrag und jederzeit widerrufbar willige ich weiter ein, dass der/die Vermittler meine allgemeinen Antrags-, Vertrags- und Leistungsdaten darüber hinaus für die Beratung und Betreuung auch in sonstigen Finanzdienstleistungen nutzen darf/dürfen.

Diese Einwilligung gilt nur, wenn ich bei Antragstellung vom Inhalt des Merkblatts zur Datenverarbeitung Kenntnis neh-

men konnte, das mir vor Vertragsabschluss (mit weiteren Verbraucherinformationen), auf Wunsch auch sofort, überlassen wird.

Weitere Einzelheiten ergeben sich aus dem in der Klausel erwähnten Merkblatt zur Datenverarbeitung. Dabei ist zu beachten, dass es schon seit 1996 keine separaten Hinweisdateien mehr gibt. Es gibt nur ein Hinweissystem, das aber keine personenbezogenen Daten enthält. Das Verfahren läuft im Einzelnen ab wie folgt: Zur Feststellung auffälliger Schadensfälle im Schadens-/Leistungsfall vergeben die Versicherer den bei ihnen Versicherten bei bestimmten Ereignissen Punkte². Bei Erreichen eines bestimmten Punktwerts werden ausschließlich die Personalien an den GDV übermittelt. Der GDV kodiert diese Daten so, dass sie nicht mehr rückübersetzbar sind und sammelt diese. Die übermittelten Daten werden sofort danach gelöscht und – soweit nötig – auch physisch vernichtet. Der GDV hat keine Möglichkeit, zu den bei ihm gespeicherten Daten einen Personenbezug herzustellen.

Bei der vorgenommenen Kodierung wird ein phonetisches Strukturcodeverfahren angewandt, d. h., die Kodierung verschiedener Personen kann zur gleichen Kennung führen. Diese Code-Sammlung wird den angeschlossenen Versicherungsunternehmen in regelmäßigen Abständen zur Verfügung gestellt. Diese Unternehmen selbst haben über das System „Uniwagnis II“ nur eine Abfragemöglichkeit. Diese Abfrage ergibt nach Eingabe einer zu überprüfenden Person einen Treffer, wenn sich bei dem Abgleich eine Code-Identität ergibt. Ist das der Fall, erfährt der abgleichende Versicherer den Namen des meldenden Versicherers. Danach erfolgt ein persönlicher (meist telefonischer) Kontakt zwischen den Mitarbeitern des abgleichenden und des meldenden Unternehmens³. Erst im Zuge dieses Gesprächs stellt sich heraus, ob tatsächlich Personenidentität besteht.

Ergibt der Kontakt mit dem meldenden Unternehmen, dass es sich um dieselbe Person handelt, wird dem anfragenden Unternehmen mitgeteilt, warum eine Meldung erfolgte, d. h., es erfolgt ein Austausch allein über risikorelevante Informationen.

Der GDV unterhält demnach keine zentrale Warndatei, aus der die einzelnen Versicherungen Daten über VN

* Der Aufsatz beruht auf einem Rechtsgutachten, das der Verfasser im Auftrag des Gesamtverbandes der deutschen Versicherungswirtschaft unter Berücksichtigung des im Auftrag des VZBV erstellten Gutachtens von Prof. Dr. Hans-Peter Schwintowski vom 16. 2. 2004 erstellt hat. Das Gutachten ist in Kurzform veröffentlicht in VuR 2004, 242. Im Weiteren wird die Langfassung zitiert.

** Der Autor ist Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht der Universität Münster.

1 S. die Hinweise in den Tätigkeitsberichten des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten, z. B. 2. TB Rn. 4.3.1; 6. TB Rn. 5.4.2; 7. TB Rn. 5.4.12 oder 13. TB Rn. 23.4.

2 Zum Punktwertverfahren s. auch Naujok in Roßnagel, Handbuch Datenschutzrecht 2003 7.3 Rn. 50; 10. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten 25.3.

3 S. auch 19. Tätigkeitsbericht 2002/2003 des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten 19.2. Zum Verfahren vgl. auch Tätigkeitsberichte Nr. 9 des HmbDSB 5.3.1; sowie Pressemitteilung des GDV vom 28. 1. 2002 <http://www.gdv.de/presseservice/16826.htm>; Wesselhöft, Datenschutz im Versicherungswesen 1996; Datenschutz im Versicherungsunternehmen 1996 S. 201; zum genauen Kodierungsverfahren Wesselhöft, Datenschutz im Versicherungswesen aaO (Fn. 3) Fn. 189.

abrufen können. Die Hinweissysteme in den einzelnen Sparten ermöglichen lediglich die Kontaktaufnahme mit anderen angeschlossenen Versicherungsunternehmen, die denselben Kunden versichert hatten bzw. bei denen ein Antrag gestellt worden ist. Im Übrigen wird der VN im Antrag regelmäßig nach Vorversicherungen, anderweitig bestehenden Verträgen und abgelehnten Anträgen gefragt. Gem. § 16 VVG handelt es sich dabei um risikorelevante Angaben.

II. Zulässigkeit der Datenverarbeitung ohne Einwilligung

Da eine Speicherung lediglich unter einem nicht eindeutigen Pseudonym geführt wird, ist der frühere Streit, ob das in der Versicherungswirtschaft anzutreffende Hinweissystem in Form einer weisungsgebundenen Stelle oder als eigenständige Auskunft organisiert ist, weitestgehend erledigt. Der Verband hat seinerseits keine Möglichkeit, die gespeicherten Daten bestimmten Personen zuzuordnen. Es handelt sich demnach nicht um eine geschäftsmäßige Datenspeicherung zum Zweck der Übermittlung nach § 29 BDSG⁴. Dennoch werden gleichwohl personenbezogene Daten verarbeitet. Zum einen übermitteln die meldenden Unternehmen die Daten bereits vor ihrer Anonymisierung. Zum anderen ist – wenngleich eine unmittelbare Identifizierbarkeit nicht möglich ist – die Reidentifizierbarkeit der gemeldeten Person beabsichtigt⁵. Ergibt die telefonische Nachfrage, dass der zuvor festgestellte Code-zu-Code-Treffer zur selben Person gehört, ist die dann erteilte Auskunft eine Übermittlung i. S. v. § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG, wobei hierfür keine Rolle spielt, in welcher Form die Daten übermittelt werden⁶. Auch die telefonisch erteilte Auskunft ist daher an den Vorschriften des BDSG zu messen⁷. Der GDV selbst speichert hingegen nur anonymisierte Daten, die für ihn nicht rückübersetzbar sind. Er ist daher, soweit er anderen Unternehmen seine Hinweisdatei zur Verfügung stellt, keine verantwortliche Stelle im Sinne des BDSG, da die Datei keine personenbezogenen Daten enthält.

Bei dem Empfang von noch nicht anonymisierten Daten von einmeldenden Versicherungsunternehmen werden zwar personenbezogene Daten erhoben. Der Umgang mit diesen Daten richtet sich bis zu ihrer Anonymisierung nach dem BDSG. Allerdings handelt der GDV insoweit als Auftragnehmer i. S. v. § 11 BDSG. Er erfüllt lediglich eine Hilfsfunktion für die Erfüllung der Aufgaben und Geschäftszwecke der angeschlossenen Unternehmen. Das reicht für die Annahme einer Auftragsdatenverarbeitung aus⁸. Der eigentliche Datenaustausch erfolgt letztlich direkt zwischen den angeschlossenen Versicherungsunternehmen. Nur auf diese ist daher auch bei der Beurteilung der Zulässigkeit als verantwortliche Stellen i. S. v. § 3 Abs. 7 BDSG abzustellen⁹. Die Zwischenschaltung des GDV als Kontaktvermittler führt lediglich zu einer erhöhten Datensparsamkeit, da der anfragende Versicherer personenbezogene Daten des von ihm überprüften VN nur dann preisgeben braucht, wenn ein Code-zu-Code-Treffer vorliegt.

Da keine geschäftsmäßige Datenerhebung und -speicherung zum Zweck der Übermittlung vorliegt, ist als Erlaubnisnorm für die Übermittlung auf § 28 BDSG abzustellen. Dabei scheidet § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG aus, da die präventive Absicherung gegen Missbrauch nicht der konkreten Zweckbestimmung des Vertragszwecks dient. Anders als beim Abschluss einer Rückversicherung hat der VN kein eigenes Interesse, sich einer derartigen Überprüfung zu unterziehen. Die Zulässigkeit der Datenübermittlung aufgrund eines Treffers in der Hinweisdatei richtet sich daher nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG¹⁰.

1. § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG

Die Datenverarbeitung muss zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich sein, und es darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt. Verantwortliche Stelle i. S. v. § 3 Abs. 7 BDSG ist dabei das angerufene Unternehmen. Nur dieses verfügt über die Daten in personenbezogener Form.

Fraglich ist, ob die Mitteilung zur Wahrung berechtigter Interessen des übermittelnden Unternehmens erfolgt. Die Übermittlung erfolgt im Einzelfall nicht wegen eines unmittelbaren Interesses der übermittelnden Stelle. Diese beteiligt sich zum Zeitpunkt der Übermittlung an der Pflege eines Informationssystems, an dessen Bestand sie ein Interesse hat, während die konkrete Übermittlung nur der Kontakt aufnehmenden Versicherung dient.

Allerdings stellt § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG – anders als § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BDSG – gerade nicht auf die Zweckbestimmung des Vertragsverhältnisses ab. Vielmehr ist ausreichend, dass berechnete Interessen der verantwortlichen Stelle vorliegen und die Übermittlung zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke erfolgt. Die übermittelnde Versicherung hat aber ein eigenes Interesse am Funktionieren des Hinweissystems, das ohne Mitwirkung der einzelnen Versicherer nicht existierte. Das grundsätzliche geschäftliche Interesse wirkt sich so auf die individuelle Übermittlung aus und liegt daher in der Vorbeugung typischer Geschäftsrisiken¹¹.

a) Interessenabwägung

Weiterhin darf kein Grund zu der Annahme bestehen, dass das Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegt. In diesem Zusammenhang ist eine Interessenabwägung zwischen den Belangen der Versicherer und denen des VN vorzunehmen.

Die Datenübermittlung soll den Versicherungen ermöglichen, das Risiko, das ein etwaiger Vertrag mit einem Antragsteller birgt, kalkulieren zu können. Sie wollen Missbrauchsgefahren frühzeitig erkennen und ihnen entgegenzutreten. Personen, die sich in der Vergangenheit als schlechte Vertragspartner erwiesen haben, sollen ausgeschlossen werden. Dem steht aufseiten der VN deren grundsätzliches Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das allgemeine Persönlichkeitsrecht gegenüber.

In seiner Entscheidung zur früheren Schufa-Klausel hat der BGH bei der Interessenabwägung für das Betreiben von Kreditinformationssystemen gefordert, dass die Daten insgesamt ein möglichst vollständiges, aktuelles Bild der Kreditwürdigkeit bieten¹². Er hat dabei nicht ausdrücklich die teilweise in der Literatur¹³ zu findende Un-

4 Wesselhöft, Datenschutz im Versicherungswesen aaO (Fn. 3) S. 201 f.; Naujok aaO (Fn. 2) 7.3 Rn. 49; a. A. wohl Mallmann in Simitis, BDSG 5. Aufl. 2003 § 29 Rn. 15, der aber offensichtlich von einer personenbezogenen Datenspeicherung in den Hinweisdateien ausgeht.

5 Vgl. Naujok aaO (Fn. 2) 7.3 Rn. 48.

6 Dammann in Simitis, BDSG 5. Aufl. 2003 § 3 Rn. 151.

7 Dammann aaO (Fn. 6) § 3 Rn. 152.

8 Simitis, BDSG 5. Aufl. 2003 § 11 Rn. 18.

9 So im Ergebnis auch Naujok aaO (Fn. 2) 7.3 Rn. 49.

10 So auch Wesselhöft, Datenschutz im Versicherungswesen aaO (Fn. 3) S. 202; Simitis aaO (Fn. 8) § 28 Rn. 100.

11 Simitis aaO (Fn. 8) § 28 Rn. 152 und 154; Kamiah MMR 1999, 395 [398] m. w. N.

12 BGH NJW 1986, 46 (47).

13 So z. B. Kloepfer/Kutzschbach MMR 1998, 650 (651).

terscheidung zwischen harten und weichen Negativmerkmalen getroffen. In dieser Entscheidung forderte der BGH, dass die im Rahmen der Datenverarbeitung übermittelten Merkmale objektiv geeignet sind, eine Aussage über die Kreditwürdigkeit zu treffen.

Anders als bei der Schufa gibt es aber in der Versicherungswirtschaft keine zentrale Warndatei, die personenbezogene Daten enthält. Es werden gerade keine allgemeinen Negativmerkmale in einer Warndatei vorgehalten, sondern lediglich Codes, die sich aus den Personalien der Betroffenen ergeben. Die Merkmale, die irgendwann einmal zur Meldung an den GDV geführt haben, müssen nicht zwangsläufig Negativmerkmale sein, da das Punktwertsystem auch zu einem Treffer führen kann, wenn mehrere – für sich genommen harmlose – Ereignisse zusammentreffen. Dadurch, dass ein Treffer bei einer Datenbankabfrage überhaupt keinen Aussagegehalt über das Risiko des überprüften Kunden hat und die Merkmale, die zu einer Meldung an den GDV geführt haben, immer im persönlichen Kontakt ermittelt werden müssen, ist von vornherein ein gewisses Maß an Objektivität gewährleistet. Bei etwaigen Unklarheiten sind direkte Rückfragen möglich, und die Beschreibung der Vorkommnisse kann detailreicher erfolgen, als dies im Rahmen einer abstrakten Beschreibung für den Eintrag in einer Warndatei möglich wäre.

Die von *Schwintowski* vorgenommene Interessenabwägung steht insoweit auf einer fehlerhaften Grundlage. *Schwintowski* geht von einer Weitergabe risikobegründender Merkmale an eine Warndatei¹⁴ aus, die in Wirklichkeit überhaupt nicht existiert. Er bemängelt, bloßen Verdachtsmomenten fehle es an Objektivität. Durch die Abweichung des von der Versicherungswirtschaft betriebenen Systems von herkömmlichen Warndateien wie beispielsweise der Schufa wird aber gerade eine erhöhte Objektivität erreicht. Daher hat auch die Forderung, das Hinweissystem um objektive Merkmale wie beispielsweise Gründe für eine Kündigung zu ergänzen¹⁵, keinen Sinn. Das Hinweissystem enthält von vornherein überhaupt keine entscheidungserheblichen Tatsachen, die konkretisiert oder objektiviert werden müssten.

Auch der Einwand, der Kunde könne in keiner Weise dafür sorgen, dass „fehlerhafte Eintragungen“ getilgt werden, weil eine Datenübermittlung regelmäßig hinter seinem Rücken stattfindet¹⁶, greift nicht. Zu tilgende Eintragungen gibt es nicht, da die Datenübermittlungen zwischen den Versicherern direkt stattfinden und sich jeweils auf konkrete Einzelfälle beziehen. Es kann daher allenfalls Fehler im Datenbestand eines Vorversicherers geben, der dann auch fehlerhaft an das anfragende Unternehmen übermittelt wird. Die Konsequenz ist für den VN weniger schwerwiegend, da es keinen Eintrag in einer Warndatei gibt, der ihm ein bestimmtes Stigma anheftet. Fehler lassen sich wesentlich schneller aufdecken, da der Übermittlungsweg direkter ist. Der VN ist hinreichend durch seine Auskunftsansprüche nach § 34 BDSG und die Korrekturverpflichtung der verantwortlichen Stelle nach § 35 BDSG geschützt.

Lehnt ein Versicherer ohne für den VN ersichtlichen Grund einen Versicherungsantrag ab, kann der Betroffene einen Anspruch auf Auskunftserteilung über die zu seiner Person gespeicherten Daten und die ihnen zugrunde liegenden Quellen geltend machen. Auf diese Ansprüche wird er unter Nr. 7 des Merkblatts zur Datenverarbeitung hingewiesen. Selbst wenn er von diesem Anspruch keinen Gebrauch macht, ist er nicht schlechter gestellt als vorher. Stellt er danach bei einer anderen Versicherung einen erneuten Antrag, so wird dieses die Ablehnung für sich genommen nicht zum Nachteil des Betroffenen bewerten, da sich in dem zwangsläufig er-

forderlichen Telefongespräch herausstellen wird, dass die Ablehnung allein auf Ereignissen aus dem Bereich eines dritten Unternehmens fußt. Es kommt daher nicht zu einer Kette unberechtigter Ablehnungen, bei der sich mit jedem Antrag die Position des Betroffenen verschlechtert. Dieser kann vielmehr jeder Zeit seine Auskunftsansprüche geltend machen. Durch die dann erfolgende Datenberichtigung bei dem Versicherer, der fehlerhafte Daten gespeichert hat, ist der einwandfreie Leumund des Betroffenen sofort wiederhergestellt.

Weiterhin scheidet ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse an einem Ausschluss der Übermittlung von Daten, die der VN ohnehin offenbaren muss, aus¹⁷. Hier ist zu beachten, dass der VN dem Versicherer gem. § 16 Abs. 1 S. 1 VVG bereits bei Antragstellung alle ihm bekannten Umstände anzeigen muss, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind. Erheblich sind nach § 16 Abs. 1 S. 2 VVG die Gefahrumstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, einen Einfluss auszuüben. Ein Umstand, nach welchem der Versicherer ausdrücklich und schriftlich gefragt hat, gilt dabei im Zweifel als erheblich. Eine Interessenabwägung muss daher nur noch dann stattfinden, wenn Umstände übermittelt werden sollen, nach denen nicht berechtigter Weise bereits im Versicherungsvertrag gefragt wurde.

b) Rechtsschutzversicherer

Nach dem Merkblatt zur Datenverarbeitung werden im Bereich der Rechtsschutzversicherung vorzeitige Kündigungen zum normalen Vertragsablauf durch den Versicherer nach mindestens zwei Versicherungsfällen innerhalb von zwölf Monaten, Kündigungen zum normalen Vertragsablauf durch den Versicherer nach mindestens drei Versicherungsfällen innerhalb von 36 Monaten und vorzeitige Kündigungen und Kündigungen zum normalen Vertragsablauf bei konkret begründetem Verdacht einer betrügerischen Inanspruchnahme der Versicherung an anfragende Unternehmen übermittelt.

Die Kündigung durch den Versicherer nach mindestens zwei Versicherungsfällen innerhalb von zwölf Monaten beruht auf § 13 Abs. 2 ARB (ARB 2000). Der Grund für dieses außerordentliche Kündigungsrecht liegt darin, dass sich aus einer Häufung von Versicherungsfällen in einem bestimmten Zeitraum auf ein erhöhtes Risiko schließen lässt. So ist auch z. B. in §§ 96, 113, 158 VVG ein außerordentliches Kündigungsrecht im Versicherungsfall vorgesehen. Da auch die Versicherer grundsätzlich ein Interesse an der Aufrechterhaltung eines Vertrags haben, werden sie von dieser Möglichkeit regelmäßig nur Gebrauch machen, wenn neben der indiziellen Wirkung der Häufigkeit eine Einzelfallprüfung tatsächlich ein erhöhtes Risiko ergibt. An der Kenntnis derartiger Tatsachen haben auch etwaige Folgeversicherer ein berechtigtes Interesse.

Demgegenüber bestehen keine Anhaltspunkte für ein überwiegendes Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung derartiger Vorfälle. Der Versicherungsfall bei der Rechtsschutzversicherung tritt nur ein, wenn der VN den Prozess nicht in vollem Umfang gewinnt. Ein etwaiger *Prozesshansel* als Nachbar, der den Betroffenen regelmäßig in Rechtsstreitigkeiten mit

14 *Schwintowski*, Gutachten vom 16. 2. 2004 – im Auftrag des VZBV erstellt S. 25.

15 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 51 f.

16 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 25.

17 S. hierzu OLG Nürnberg VersR 2002, 179; LG Berlin VersR 2003, 458.

ungewissem Ausgang treibt¹⁸, ist dabei ebenfalls ein Umstand, der als Risiko aufseiten des VN zu berücksichtigen ist. Bei der Frage des vom VN verkörperten Risikos kommt es auf dessen Verschulden nicht an. Da der neue Versicherer ohnehin im direkten Kontakt zum alten Versicherer steht, stellt sich auch sofort heraus, ob das Risiko, das im konkreten Fall zur Kündigung geführt hat, weiter besteht.

Zu klären ist außerdem, ob auch bei der Kündigung wegen konkret begründeten Verdachts einer betrügerischen Inanspruchnahme der Versicherung keine Anhaltspunkte für ein überwiegendes Interesse am Ausschluss der Datenübermittlung des Betroffenen besteht. Hierbei handelt es sich um eine Beurteilung des Betroffenen, die seine Persönlichkeitsrechte weit stärker beeinträchtigt, als die bloße Mitteilung, dass der Vertrag aufgrund einer bestimmten Schadenshäufigkeit aufgelöst wurde. Während die Schadenshäufung ein objektives Kriterium darstellt, resultiert der bloße Verdacht aus der subjektiven Bewertung des Betroffenen durch die Mitarbeiter des Versicherers.

Auf der anderen Seite haben die Versicherer auch ein berechtigtes Interesse daran, Umstände zu erfassen, die auf einen Versicherungsmissbrauch hindeuten, ohne diesen zuvor rechtskräftig feststellen zu lassen. Wenn Versicherungsunternehmen einen bestehenden Vertrag kündigen und so den Verlust künftiger Prämienzahlungen in Kauf nehmen, werden sich die Anhaltspunkte so weit verdichtet haben, dass zumindest aus Sicht des übermittelnden Unternehmens tatsächlich ein gesteigertes Risiko besteht. Eine Übermittlung nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG ist daher möglich, wenn nach einer Abwägung im konkreten Einzelfall das überwiegende Interesse des VN ausgeschlossen werden kann. Dabei können z. B. der Ausgang eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens¹⁹ oder die Art und Form der Tatausführung ausschlaggebend sein. Dem vom BGH aufgestellten Erfordernis der Objektivität²⁰ wird weiter dadurch entsprochen, dass die Tatsache, dass ein Verdacht betrügerischer Inanspruchnahme vorliegt, nicht separat übermittelt wird, sondern die zugrunde liegenden Umstände ebenfalls mitgeteilt werden. Eine Bewertung der Tatsachen durch den Datenempfänger bleibt so möglich.

c) Unfall- und Sachversicherer

Die Zulässigkeit der Übermittlung von Daten zwischen den übrigen Versicherern ist an den gleichen Maßstäben zu messen. Soweit ein bloßer Verdacht an das anfragende Unternehmen übermittelt wird, ist regelmäßig eine Einzelfallprüfung erforderlich, um ein überwiegendes Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Übermittlung auszuschließen. Hingegen sind die von den Unfallversicherern erfasste Leistungsablehnung wegen vorsätzlicher Obliegenheitsverletzung im Schadensfall, Vortäuschungen von Unfällen oder von Unfallfolgen bereits soweit objektiviert, dass eine generelle Abwägung getroffen werden kann. Es erfolgt entweder ein Hinweis auf unlauteres Verhalten in der Vergangenheit oder der Hinweis auf eine außerordentliche Kündigung im Schadensfall. In beiden Fällen besteht kein überwiegendes Interesse des VN am Ausschluss der Übermittlung. Gleiches gilt für die Übermittlung einer Brandstiftung durch die Sachversicherer²¹. Der VN hat sich in diesem Fall als in besonderem Maß vertrauenswürdig erwiesen.

d) Lebensversicherer

Lebensversicherer haben bei der Datenübermittlung möglicherweise die besonderen Vorschriften des § 28 Abs. 6 BDSG zu beachten. Dafür muss es sich bei den von ihnen verarbeiteten Daten um besondere Arten von

personenbezogenen Daten i. S. v. § 3 Abs. 9 BDSG handeln. Hierzu zählen auch Angaben über die Gesundheit. Fraglich ist dabei, ob allein die Tatsache, dass ein erhöhter Beitrag aus versicherungsmedizinischen Gründen erhoben wird, bereits eine Angabe über die Gesundheit darstellt. Nicht jede mittelbare Angabe zu den in § 3 Abs. 9 BDSG angegebenen Kategorien reicht, um die Anwendung von § 28 Abs. 6 BDSG auszulösen²². Auf der anderen Seite kann man aus der Information, dass ein Sonderrisiko besteht, auf den nicht einwandfreien Gesundheitszustand des Betroffenen schließen. Insofern ist für § 3 Abs. 9 BDSG ausreichend, dass sich die Information über die besonders sensiblen Gegebenheiten aus dem Gesamtzusammenhang ergibt²³.

Die Übermittlung von Daten ist daher am Maßstab von § 28 Abs. 6 BDSG zu prüfen. Als Erlaubnisnorm kommt dabei nur § 28 Abs. 6 Nr. 3 BDSG in Betracht. Danach ist die Übermittlung von besonderen Arten personenbezogener Daten für eigene Geschäftszwecke ohne Einwilligung zulässig, wenn dies zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung rechtlicher Ansprüche erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Übermittlung überwiegt.

Rechtliche Ansprüche sind dabei auch solche, die sich aus vertraglichen Beziehungen oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnissen ergeben²⁴. Da die Übermittlung für eigene Geschäftszwecke erfolgen muss, muss der Anspruch dem Vorversicherer gegen den Betroffenen zustehen. Zur Geltendmachung dieses Anspruchs müsste dann die Übermittlung der Daten an den neuen Versicherer erforderlich sein. Dieser hat aber mit etwaigen Ansprüchen des Vorversicherers nichts zu tun. Auch wenn man die Führung von Hinweissystemen mit unter die eigenen Geschäftszwecke von § 28 Abs. 6 BDSG fasst und insoweit auch Ansprüche des neuen Versicherers genügen ließe, führte dies nicht zu einem anderen Ergebnis, da die Datenübermittlung bereits zu einem Zeitpunkt vor Vertragsschluss stattfindet, zu dem noch keine Ansprüche des neuen Versicherers gegen den Betroffenen bestehen. Die Übermittlung von Gesundheitsdaten durch Lebensversicherer ist daher nicht von § 28 BDSG gedeckt.

2. § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BDSG

Weiterhin kommt eine Übermittlung nach § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG in Betracht. Die Voraussetzungen der Vorschrift unterscheiden sich von § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 insofern, dass bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG eine Übermittlung nur ausgeschlossen ist, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen am Ausschluss der Datenübermittlung *überwiegt*, während bei § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG eine Übermittlung schon dann nicht mehr möglich ist, wenn Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse am Ausschluss der Übermittlung *hat*. *Simitis*²⁵ schließt daraus, dass kein Raum für eine Interessenabwägung bleibe.

18 Vgl. *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 26, 51 f.

19 *Wesselhöft*, Datenschutz im Versicherungswesen aaO (Fn. 3) S. 206.

20 S. oben (Fn. 12).

21 So auch *Wesselhöft*, Datenschutz im Versicherungswesen aaO (Fn. 3) S. 209.

22 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 3 Rn. 272.

23 *Gola/Schomerus*, BDSG 7. Aufl. 2002 § 3 Rn. 56; *Simitis* aaO (Fn. 8) § 3 Rn. 270.

24 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 28 Rn. 333 m. w. N.

25 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 28 Rn. 216.

Allerdings muss die Frage, ob das Interesse des Betroffenen schutzwürdig ist, immer vor dem Hintergrund des Übermittlungszwecks beurteilt werden. Insofern hat auch hier eine Interessenabwägung zu erfolgen²⁶. Allerdings ergibt sich aus dem abweichenden Wortlaut, dass hier den Interessen des Betroffenen ein höheres Gewicht beizumessen ist, als bei § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG. Im Ergebnis wird aber auch hier in den meisten Fällen eine Übermittlung zwischen den Versicherungsunternehmen zulässig sein, da sich der anfragende Versicherer nach konkreten Vorfällen erkundigt, die zu einer Meldung an den GDV geführt haben. Der übermittelnde Mitarbeiter der befragten Versicherung wird den konkreten Vorfall herausuchen und prüfen, ob der Anfragende zum Empfang der Daten berechtigt ist. So findet vor jedem Übermittlungsvorgang zwangsweise noch einmal eine Einzelprüfung statt, bei der eine gesonderte Interessenabwägung möglich ist.

3. Ergebnis

Aufgrund der nicht rückübersetzbaren Codes in dem vom Gesamtverband der deutschen Versicherungswirtschaft geführten Hinweissystem ist dieser bei der Führung dieser Datei keine verantwortliche Stelle, sondern Auftragnehmer i. S. d. § 11 BDSG. Für die Weitergabe der Daten sind bis zur Anonymisierung nach § 11 BDSG die einmeldenden Unternehmen als Auftraggeber verantwortlich. Der aufgrund eines Code-zu-Code-Treffers erfolgende Datenaustausch zwischen den Unternehmen ist nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und § 28 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BDSG zulässig, soweit keine Gesundheitsdaten betroffen sind.

III. Die Einwilligungsklausel

Die Wirksamkeit der von der Versicherungswirtschaft in den Anträgen verwandten Einwilligungsklausel richtet sich nach § 4 a BDSG und – da die Einwilligung im Rahmen von AGB erfolgt – nach den §§ 305 bis 310 BGB.

1. Verzicht auf gesetzliche Erlaubnistatbestände

Teilweise wird vertreten, eine Einwilligung zur Verarbeitung personenbezogener Daten sollte nur eingeholt werden, wenn ansonsten kein Erlaubnistatbestand vorliegt, damit nicht bei den Betroffenen der Eindruck entsteht, die Verarbeitung liege tatsächlich voll und ganz im Rahmen seines informationellen Selbstbestimmungsrechts²⁷.

Vor dem Hintergrund, dass die datenschutzrechtlichen Ermächtigungsnormen in weiten Bereichen Abwägungsmomente enthalten, von denen die Zulässigkeit oder die Unzulässigkeit einer Datenverarbeitung abhängt, hat aber die Einwilligung aus Gründen der Rechtssicherheit durchaus Sinn²⁸. Darauf wird auch im Merkblatt zur Datenverarbeitung hingewiesen. Die Einwilligung wird hier ausdrücklich als zusätzliche Grundlage neben den gesetzlichen Erlaubnistatbeständen für die Datenverarbeitung genannt. Der VN wird auch darüber informiert, dass bei Widerruf oder Nichterteilung der Einwilligungserklärung eine Datenverarbeitung in dem gesetzlich ohne Einwilligung zulässigen Rahmen erfolgen kann. Insofern treten die Versicherer dem möglichen Fehleindruck, eine Datenverarbeitung unterliege der vollen Disposition des Antragstellers, von vornherein entgegen.

Im Übrigen ergeben sich aus dem BDSG keine Anhaltspunkte, die für einen Ausschluss des Nebeneinanders von gesetzlichen Erlaubnisnormen und Einwilligungserklärungen sprechen. Vielmehr ergibt sich aus dem Wortlaut von § 4 Abs. 1 BDSG („oder“), dass Einwilligung und Erlaubnistatbestände auf einer Stufe stehen.

Jedenfalls dann, wenn der Verwender einer Einwilligungsklausel – wie im hier zu beurteilenden Fall – ausdrücklich darauf hinweist, dass eine Datenverarbeitung auch unabhängig von der eingeholten Einwilligung aufgrund gesetzlicher Erlaubnistatbestände erfolgt, bleibt kein Raum für die Annahme, der Betroffene werde getäuscht.

Die Einholung einer Einwilligung in der von der Versicherungswirtschaft praktizierten Form führt daher nicht dazu, dass eine Datenverarbeitung ausschließlich aufgrund der Einwilligung erfolgen dürfte. Diese ist darüber hinaus aufgrund von gesetzlichen Erlaubnisnormen möglich²⁹.

2. Wirksamkeit

a) Freiwilligkeit

Die Einwilligung zur Datenverarbeitung ist gem. § 4 a BDSG nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung des Betroffenen beruht. Mit diesem Erfordernis wurde Art. 2 h der EU-Datenschutzrichtlinie (EU-DSRL)³⁰ umgesetzt, wonach „Einwilligung der betroffenen Person“ jede Willensbekundung ist, die ohne Zwang, für den konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt. Weiter gehend als die EU-Richtlinie ist mit einer freien Entscheidung des Betroffenen im Sinne des deutschen Datenschutzrechts auch gemeint, dass niemand unter Druck zu einer Einwilligung verleitet werden darf³¹. Der Betroffene soll sich nicht in einer Situation befinden, in der er faktisch dazu genötigt wird, sich mit der Verarbeitung der jeweils verlangten Daten einverstanden zu erklären³². Freiwillig ist die abgegebene Erklärung jedenfalls dann nicht mehr, wenn sie erzwungen oder durch arglistige Täuschung erschlichen wurde³³. Auch die Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtposition kann zum Ausschluss der Freiwilligkeit führen³⁴.

Allein die Tatsache, dass das Erbringen der Vertragsleistung von der Einwilligung abhängig gemacht wird, führt allerdings nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der Einwilligungserklärung. Insofern fehlt eine Vorschrift, wie sie z. B. in § 3 Abs. 4 TDDSG oder § 95 Abs. 5 TKG n. F. (bis Juni 2004 mit noch weiter gehenden Einschränkungen § 3 Abs. 2 S. 1 TDSV) zu finden sind. Hier wird dem Telediensteanbieter und dem Erbringer von Telekommunikationsdienstleistungen ausdrücklich untersagt, die Erbringung der Dienste von einer Einwilligung des Nutzers in eine Verarbeitung oder Nutzung seiner Daten für andere Zwecke abhängig zu machen, wenn dem Nutzer ein anderer Zugang zu diesen Diensten nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist.

26 So nehmen auch *Kamiah* (MMR 1999, 395 [398] bei § 28 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 a BDSG a. F.) und *Schwintowski* (S. 25) eine Interessenabwägung vor.

27 *Gola/Schomerus* aaO (Fn. 23) § 4 Rn. 16; *Sokol* in *Simitis*, BDSG 5. Aufl. 2003 § 4 Rn. 6; *Simitis* aaO (Fn. 8) § 28 Rn. 34; *Gola* RDV 2002, 109 (110).

28 So auch die datenschutzrechtliche Literatur; s. etwa *Schapper/Dauer* RDV 1987, 219.

29 So im Ergebnis auch *Naujok* aaO (Fn. 2) S. 1125: „Die Einwilligung steht gleichrangig als Zulässigkeitsvoraussetzung neben der Erlaubnis aufgrund des BDSG oder einer anderen Rechtsvorschrift“.

30 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. 10. 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr ABIEG L 281 vom 23. 11. 1995 S. 0031–0050.

31 *Tinnefeld* NJW 2001, 3078 (3082).

32 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 64.

33 *Gola/Schomerus* aaO (Fn. 23) § 4 a Rn. 6 f.

34 *Gola/Schomerus* aaO (Fn. 23).

Das Merkmal der Freiwilligkeit ist daher entsprechend weit auszulegen. Dabei ist auch die Interessenlage des Versicherers zu berücksichtigen. Wenn dieser einen Versicherungsantrag nur annehmen kann, wenn er bestimmte Dinge über den Antragsteller erfährt, die nicht von gesetzlichen Erlaubnistatbeständen gedeckt sind – so z. B. die Gesundheitsdaten zur Risikobeurteilung in der Lebensversicherung – wird man ihm die unbedingte Erhebung derartiger Daten nicht mit Blick auf das Freiwilligkeitserfordernis verwehren können. Im Übrigen ergibt sich aus dem Merkblatt zur Datenverarbeitung, dass die Einwilligung nicht grundsätzlich Voraussetzung für einen Versicherungsvertrag ist, sondern ein Vertrag bei verweigerter Einwilligung nur „unter Umständen“ nicht zustande kommt.

b) Inhaltliche Anforderungen

aa) Hinweis auf Zweck

Gem. § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG ist der Betroffene auf den vorgesehenen Zweck der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung hinzuweisen. Soweit nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich und auf sein Verlangen ist er auch über die Folgen der Verweigerung zu informieren.

Der Betroffene soll durch das Informationserfordernis über den Zweck der Verarbeitung noch vor der Einwilligung alle Informationen bekommen, die notwendig sind, um Anlass, Ziel und Folgen der Verarbeitung korrekt abzuschätzen³⁵. Auch werden in der Einwilligungserklärung selbst bestimmte Verarbeitungszwecke benannt, nämlich die Verwendung zur Beurteilung des Risikos und der Abwicklung der Rückversicherung sowie die Weitergabe an andere Versicherer zur Beurteilung des Risikos und der Ansprüche. Diese allgemeinen Angaben werden dann im Merkblatt erläutert. Das Merkblatt zur Datenverarbeitung enthält ausdrücklich Informationen über den Zweck der jeweiligen Verarbeitung und informiert damit in ausreichendem Maß über Zweck und Umfang³⁶.

Als Problem könnte es sich erweisen, dass dem Kunden unter Umständen das Merkblatt zur Datenverarbeitung nicht bei Antragstellung, sondern erst danach, aber noch vor Vertragsabschluss zusammen mit weiteren Verbraucherinformationen überlassen wird. Es reicht sicherlich für die Einhaltung von § 4 a BDSG nicht aus, vom Kunden eine Blanketteinwilligung zu verlangen, die erst nachträglich anhand des dann zugesandten Merkblatts ausgefüllt wird. Der Kunde muss im Zeitpunkt der Einwilligung wissen, wozu er einwilligt und wie weit sich seine Einwilligung inhaltlich erstreckt. Ausreichend ist es, wenn der Kunde in einer solchen Situation bei Abgabe der Einwilligung Einsichtnahme in das Merkblatt verlangen kann. Der Versicherungsvermittler müsste dann aber das Merkblatt griffbereit haben; der Kunde seinerseits müsste in aller gebotenen Deutlichkeit auf die Möglichkeit der Einsichtnahme vor Ort hingewiesen worden sein.

Ob diese Bedingungen eingehalten werden, hängt vom Einzelfall ab. Es verbietet sich hier jede pauschale Betrachtung. Unklar ist im Übrigen, welche Auswirkungen der nicht richtig erteilte Hinweis auf den Verwendungszweck hat. Die herrschende Meinung geht heutzutage davon aus, ein Verstoß gegen die Informationspflichten auch die Unwirksamkeit der Einwilligung zur Folge habe³⁷. Vom Wortlaut des § 4 a BDSG ist diese Auffassung jedoch nicht vorgezeichnet. Das Gesetz unterscheidet zwischen der Wirksamkeitsbedingung der freien Entscheidung in § 4 a Abs. 1 S. 1 BDSG und der Informationspflicht des § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG. Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung beruht; die Einhaltung der Informations-

pflichten ist davon separat geregelt. Es fehlt der gesetzgeberische Hinweis darauf, dass der Hinweis auf den Verwendungszweck auch Bedingung für die Wirksamkeit der Einwilligung ist.

Man wird auch nicht sagen können, dass nur derjenige, der über den Verwendungszweck informiert ist, i. S. v. § 4 a Abs. 1 S. 1 BDSG eine freie Entscheidung treffen kann. Es kann gerade Ausdruck einer freien Entscheidung sein, dass jemand die aus seiner Sicht vielleicht belanglosen und uninteressanten Informationen über den Verwendungszweck nicht zur Kenntnis nehmen will. Insofern wird man für Altfälle, in denen in der Vergangenheit das Merkblatt eventuell erst später nachgereicht wurde, nicht von einer Unwirksamkeit der erteilten Einwilligung ausgehen können³⁸.

bb) Hinweis auf Folgen der Einwillungsverweigerung

Nach § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG ist der Betroffene auf die Folgen der Einwillungsverweigerung hinzuweisen, soweit dies nach den Umständen des Einzelfalls erforderlich ist. Das ist dann der Fall, wenn der Betroffene ohne diesen Hinweis nach objektiver Sicht die Sachlage nicht erkennen kann³⁹. *Schwintowski* ist der Auffassung⁴⁰, eine Aufklärung über die Konsequenzen der Verweigerung sei regelmäßig erforderlich, da der Antragsteller ansonsten ausprobieren müsse, was bei einer Verweigerung der Einwilligung passiert und sich so dem Risiko aussetze, bei einer etwaigen Ablehnung in der Zentraldatei des GDV erfasst zu werden. Selbst wenn diese Ablehnung Grund für einen anonymisierten Eintrag im Hinweissystem des GDV sein sollte, ergeben sich hierdurch keine Nachteile für den Versicherten. Da sich einem Abfrageergebnis aus dem Hinweissystem des GDV nicht entnehmen lässt, ob der zu ermittelnde VN überhaupt derjenige ist, nach dem sich der Anfragende erkundigen möchte und insoweit ein persönlicher Kontakt zum meldenden Unternehmen erfolgt, werden im Zuge dieses Kontakts auch die Gründe für die Ablehnung übermittelt werden.

Im schlimmsten Fall erfährt also die auskunftersuchende Versicherung, dass der Antragsteller zuvor bei einem anderen Unternehmen als Versicherter abgelehnt wurde, weil er die Einwilligungserklärung nicht erteilt hat.

Es besteht daher keine Notwendigkeit von vornherein festzulegen, wie mit Anträgen, in denen die Einwilligungsklausel gestrichen wurde, umzugehen ist. Dies kann von Fall zu Fall verschieden sein und wird regelmäßig von den übrigen im Antrag gemachten Angaben sowie von Art und Umfang des beantragten Versicherungsschutzes abhängig sein. Der im Merkblatt zur Datenverarbeitung enthaltene Hinweis „Wird die Einwilligungserklärung bei Antragstellung ganz oder teilweise gestrichen, kommt es unter Umständen nicht zu einem Vertragsabschluss“⁴¹ genügt daher den Informationspflichten im Hinblick auf eine etwaige Verweigerung des Einverständnisses.

35 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 67.

36 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 37, 41.

37 *Simitis* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 73 m. w. N.

38 Ähnlich auch *Naujok* aaO (Fn. 2) S. 1127: „Es ist ... nicht vorstellbar, dass eine eventuelle Unwirksamkeit der Klausel die Unzulässigkeit sämtlicher Datenverarbeitungsvorgänge zur Folge haben könnte.“

39 *Gola/Schomerus* aaO (Fn. 23) § 4 a Rn. 12; vgl. auch Art. 2 h EU-DSRL.

40 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 39.

41 Dieser Satz wurde von *Schwintowski* offensichtlich überlesen, auf S. 39 schreibt er: „Weder im Antragsformular noch in dem Merkblatt wird der Versicherungskunde über die Folgen, die eine Verweigerung seiner Einwilligung nach sich ziehen würden, informiert.“

cc) Bestimmtheit

Die Einwilligung muss sich eindeutig auf einen genau umschriebenen Verarbeitungsvorgang beziehen. Der Betroffene muss erkennen, unter welchen Bedingungen er sich mit der Verarbeitung welcher Daten einverstanden erklärt⁴². Bei der Prüfung, ob die verwendete Einwilligungsklausel hinreichend bestimmt ist, muss neben einer einfachen und verständlichen Formulierung auch darauf geachtet werden, dass eine bestimmte Länge nicht überschritten wird. Je umfangreicher eine Einwilligungserklärung wird, desto stärker leidet ihre Transparenz. Die Aufnahme vieler Einzelfälle führt zwangsläufig zu einer Einbuße an Verständlichkeit. Darüber hinaus sinkt die Bereitschaft, das komplette Regelwerk tatsächlich zu lesen.

*Simits*⁴³ stellt daher zutreffend fest, dass eine relative Unvollständigkeit der Einwilligung in Kauf genommen werden muss, weil die Forderung, minutiös alle Einzelheiten des Verarbeitungsprozesses aufzugreifen, die Einwilligung mit Anforderungen, denen sie nicht genügen kann, überlastet. Die von der Versicherungswirtschaft gewählte Form einer kurz gehaltenen Einwilligungsklausel in Verbindung mit einem ausführlicher informierenden Merkblatt ist daher ein guter Ansatz um in überschaubarer Art und Weise umfassend über die Datenverarbeitung zu informieren.

Schwintowski kritisiert unter Bestimmtheitsgesichtspunkten weiter, dass die Datenweitergabeklausel „auch unabhängig vom Zustandekommen des Vertrags sowie für entsprechende Prüfungen bei anderweitig beantragten (Versicherungs-)Verträgen und bei künftigen Anträgen“ gilt⁴⁴. Er meint, nach dem Wortlaut seien somit auch Telekommunikations-, Werk-, Kauf-, Erb- und Mietverträge umfasst. Dies führe zur Unbestimmtheit der Klausel. *Schwintowski* erkennt selbst⁴⁵, dass dies kaum gemeint sein kann, ist aber der Auffassung, die vermeintliche Unbestimmtheit gehe zulasten des Verwenders.

Dabei verkennt er, dass auch AGB auslegbar sind. AGB sind dabei ausgehend von den Verständnismöglichkeiten eines rechtlich nicht vorgebildeten Durchschnittskunden einheitlich so auszulegen, wie sie von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der normalerweise beteiligten Kreise verstanden werden⁴⁶. Demnach führen nur „echte“ Unklarheiten zur Unbestimmtheit einer Klausel. Die unglücklich gewählte drucktechnische Gestaltung durch teilweise Einklammerung des Wortes „(Versicherungs-)Verträgen“ führt jedenfalls nicht dazu, dass ein Durchschnittskunde ernsthaft auf die Idee kommen könnte, es sollten Daten über Erbverträge übermittelt werden. Im Übrigen nutzt die überwiegende Zahl der Versicherer konsequent den Begriff „Versicherungsverträge“⁴⁷, sodass ein genereller Verstoß ohnehin nicht vorliegt.

Zusammenfassend lässt sich daher sagen, dass die Einwilligungsklausel auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie im Rahmen von AGB abgegeben wird, den Bestimmtheitsanforderungen genügt.

dd) Besonderheiten bei Gesundheitsdaten (§ 4 a Abs. 3 BDSG)

Nach § 4 a Abs. 3 BDSG muss sich die Einwilligung ausdrücklich auf besondere Arten personenbezogener Daten beziehen, soweit solche erhoben werden. Erforderlich ist daher, dass Gesundheitsdaten in der Einwilligungserklärung erwähnt werden⁴⁸. Die Datenweitergabeklausel informiert den Betroffenen durch den Satz „Gesundheitsdaten dürfen nur an Personen- und Rückversicherer übermittelt werden; an Vermittler dürfen sie nur weitergegeben werden, soweit es zur Vertragsgestaltung erforderlich ist.“

Schwintowski meint insoweit, auf die sich aus dem Merkblatt zur Datenverarbeitung ergebenden Konkretisierungen müsste gesondert hingewiesen werden⁴⁹. Bei besonderen Arten personenbezogener Daten müsse der Kunde auf einen Blick und ohne wenn und aber erkennen können, was der Vertragspartner von ihm wolle. Indes ergeben sich auch bei den Gesundheitsdaten die gleichen Probleme wie bei dem Bestimmtheitsanforderung der Einwilligung im Allgemeinen. Eine jede denkbare Konstellation abdeckende Formulierung mit einem erträglichen Umfang wird sich schwerlich finden lassen. Daher muss der ausdrückliche Hinweis auf die Verarbeitung von Gesundheitsdaten genügen, wenn sichergestellt wird, dass der Betroffene hinreichend über die Tragweite seiner Erklärung informiert ist. Der Einwilligende muss eine im Wesentlichen zutreffende Vorstellung davon haben, worin er einwilligt⁵⁰.

Auch die EU-DSRL⁵¹ fordert in Art. 8 Abs. 2 a lediglich eine ausdrückliche Einwilligung in die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten⁵². Ansonsten ergeben sich weder aus dem BDSG noch aus der Richtlinie Informationspflichten, die über die ohnehin geltenden Hinweispflichten hinausgehen. Auch *Simits*⁵³ geht insoweit davon aus, dass § 4 a Abs. 3 BDSG die allgemeinen Grundsätze lediglich präzisiert. Eine gesonderte Einwilligungserklärung wie *Schwintowski* sie fordert⁵⁴ ist daher nicht erforderlich. Vielmehr ist ein Hinweis darauf, welche der in § 3 Abs. 9 BDSG genannten Gruppen von besonderen Arten personenbezogener Daten (hier: Gesundheitsdaten) verarbeitet werden.

ee) Sonstige Einschränkung durch Vorschriften über AGB

Schwintowski hält die Einwilligungsklausel wegen Verstoßes gegen § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB für unwirksam, da sie mit wesentlichen Grundgedanken der §§ 28, 29 BDSG nicht vereinbar sei. Als Begründung führt er an, sie lasse keinen Raum für eine Interessenabwägung. Für die Nichtigkeit einer Klausel wegen Unvereinbarkeit mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ist aber erforderlich, dass in die rechtlich geschützten Interessen des Vertragspartners in nicht unerheblichem Maß eingegriffen wird⁵⁵. Das ist hier nicht der Fall.

Aus der Vereinbarung ergibt sich durch Zusätze wie „im erforderlichen Umfang“ und „soweit dies der ordnungsgemäßen Durchführung meiner Versicherungsangelegenheiten dient“, dass eine Datenübermittlung nicht unbedingt erfolgt. Das Merkblatt zur Datenverarbeitung erwähnt weitere Einschränkungen, die erkennen lassen, dass die Interessen des Kunden bei der jeweiligen Datenübermittlung berücksichtigt werden. Die Wertungen des § 28 BDSG wurden so gerade mit in die Vereinbarung aufgenommen.

42 *Simits* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 74.

43 *Simits* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 77.

44 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 54 f.

45 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 55.

46 *Palandt/Heinrichs*, BGB § 305 c Rn. 16 m. w. N.

47 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) hat die vermeintliche Ausweitung auf andere Verträge wohl auch nur bei der Aspecta-Versicherung festgestellt S. 33 Fn. 75.

48 *Simits* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 83.

49 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 43.

50 *Weichert* NJW 2004, 1695 (1698).

51 Richtlinie 95/46/EG (s. Fn. 30).

52 S. auch Erwägungsgrund 33 der Richtlinie.

53 *Simits* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 84.

54 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 43.

55 *Palandt/Heinrichs* aaO (Fn. 46) § 307 Rn. 28.

Auch in tatsächlicher Hinsicht werden die schutzwürdigen Belange des Kunden berücksichtigt. Die abweichende Meinung *Schwintowski*⁵⁶ beruht auf der fehlerhaften Annahme, beim GDV würde eine zentrale personenbezogene Warndatei geführt (s. oben).

Schwintowski nimmt außerdem an, es liege auch ein Verstoß gegen das Täuschungsverbot vor⁵⁷, da dem Versicherten die Rechtslage unzutreffend dargestellt werde und dieser so von der Durchsetzung bestehender Rechte abgehalten werde. Einige Verarbeitungsvorgänge seien bereits durch datenschutzrechtliche Erlaubnisnormen gedeckt. Dem Kunden werde eine in Wirklichkeit nicht vorhandene Entscheidungsfreiheit vorgespiegelt. Zum einen wird der Kunde aber im Merkblatt zur Datenverarbeitung ausdrücklich auf das Nebeneinander von Einwilligungserklärung und gesetzlichen Erlaubnistatbeständen hingewiesen. Zum anderen ergäben sich – folgte man dem Ansatz *Schwintowski* – aus der Klausel ja mehr Rechte für den Kunden, als ihm tatsächlich zustehen. Dann besteht aber nicht mehr die Gefahr, dass er von der Durchsetzung seiner Rechte abgehalten wird. Vielmehr stellte sich dann die oben bereits erläuterte Frage eines Ausschlusses gesetzlicher Erlaubnisnormen. Auch unter dem Gesichtspunkt des Täuschungsverbots ist die Klausel daher nicht zu beanstanden.

ff) Form

Das BDSG hat in § 4 a verschiedene Regeln aufgestellt, um eine informierte Einwilligung des Betroffenen sicherzustellen. Zum einen wird das allgemeine Bestimmtheitsanforderung durch umfassende Hinweispflichten ergänzt. Zum anderen bedarf die Einwilligung nach § 4 a Abs. 1 S. 3 BDSG grundsätzlich der Schriftform. Der Schriftform wird grundsätzlich durch Verwendung eines aus losen Blättern bestehenden Vordrucks, bei dem die auf den Rückseiten stehenden Bestimmungen durch ausdrückliche Bezugnahme im unterschriebenen Vertragstext einbezogen wurden, genügt⁵⁸. Nach § 4 a Abs. 1 S. 4 BDSG ist die Einwilligung aber besonders hervorzuheben, wenn sie mit anderen Erklärungen zusammen erteilt wird. Bei der von *Schwintowski* zitierten Entscheidung des BGH⁵⁹ zur Belehrung über ein Widerrufsrecht hat sich der BGH nicht grundsätzlich zu der Frage geäußert, ob eine hervorzuhebende Erklärung den Abdruck auf der Rückseite eines Formulars ausschließt, wenn auf der Vorderseite des Formulars auf diese Erklärung hingewiesen wird. Hier ging es vielmehr darum, dass bereits auf der Vorderseite ein missverständlicher Hinweis enthalten war, der dem Verbraucher nicht ermöglichte, zu erkennen, dass auf der Rückseite überhaupt auf ein gesetzliches Widerrufsrecht hingewiesen wird.

Hingegen hat der BGH in einer neueren Entscheidung festgestellt, dass die nach § 355 Abs. 2 BGB n. F. deutlich gestaltet zu erteilende Belehrung über das bei manchen Verbrauchergeschäften bestehende Widerrufsrecht jedenfalls dann auch auf der Rückseite erteilt werden kann, wenn es die einzige Erklärung ist, die sich dort befindet⁶⁰. Der BGH hat in dieser Entscheidung die zuvor vom OLG Koblenz vertretene Auffassung bestätigt, durch das Platzieren der Belehrung auf der ansonsten unbedruckten Rückseite ergebe sich zwangsläufig eine drucktechnisch deutliche Gestaltung. Der BGH stellt demnach gerade nicht darauf ab, ob der Verbraucher ein Formular umdrehen muss oder nicht⁶¹, sondern nimmt eine auf den Einzelfall bezogene Gesamtbewertung vor. Im zu entscheidenden Fall hat er die Belehrung für wirksam gehalten, obwohl sich auf der Vorderseite kein Hinweis auf sie befand.

Für eine datenschutzrechtliche Einwilligung nicht ausreichend sein soll allerdings nach in der Literatur vertrete-

ner Ansicht ein bloßer Hinweis auf allgemeine Geschäftsbedingungen, auch wenn darin die Einwilligungserklärung besonders hervorgehoben wird⁶².

Nach der zitierten Entscheidung des BGH muss aber ein Formular, das auf der Forderseite auf die Einwilligungsklausel hinweist, wenn diese auf der Rückseite drucktechnisch noch einmal abgesetzt wird, ausreichend sein.

Fraglich ist weiter, ob auch das Merkblatt zur Datenverarbeitung dem Schriftformerfordernis unterfällt. Das Merkblatt selbst enthält keine eigenständigen Erklärungen des VN. Es konkretisiert lediglich die beabsichtigte Datenverarbeitung durch den Versicherer. Dieser erfüllt hier die in § 4 a Abs. 1 S. 2 BDSG vorgeschriebenen Hinweispflichten. Dabei ist davon auszugehen, dass die Hinweispflicht als Mitteilung der verantwortlichen Stelle nicht – wie die Einwilligungserklärung des Betroffenen – dem Schriftformerfordernis unterfällt. Allerdings dient sie wie auch die Schriftform dazu, dem Betroffenen eine erhöhte Aufmerksamkeit für die Einwilligungserklärung abzugewinnen.

IV. Wettbewerbsrechtliche Beurteilung

Die von *Schwintowski* vorgenommene Prüfung, ob die vom GDV verwandte Einwilligungsklausel wettbewerbswidrig ist, erfolgt bereits auf der fehlerhaften Annahme, dass weitreichende Datenschutzverstöße vorliegen. Doch selbst wenn dies zuträfe, wäre ein etwaiger Datenschutzverstoß in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden⁶³.

Nach der Neufassung des UWG vom Juli 2004⁶⁴ gibt es nur noch eine durch Beispieltatbestände konkretisierte Generalklausel und keine Spezialtatbestände wie etwa in §§ 6–8 UWG a. F. mehr. Nach § 3 UWG sind unlautere Wettbewerbshandlungen, die geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen, unzulässig.

Eine Wettbewerbshandlung ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG jede Handlung einer Person mit dem Ziel, zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens den Absatz oder den Bezug von Waren oder die Erbringung oder den Bezug von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Insoweit deckt sich die Wettbewerbshandlung weitestgehend mit dem früher verwendeten Begriff des „Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs“ (§§ 1, 3 UWG a. F.)⁶⁵. Voraussetzung ist eine nach außen gerichtete Tätigkeit, die irgendwie der Förderung eines beliebigen Geschäftszwecks dient⁶⁶. Hiervon abzugrenzen sind bloße Betriebsinterna, die keine Außenwirkung entfalten⁶⁷. An die Förderung des Geschäftszwecks werden insoweit aber keine hohen Anforderungen gestellt. Eine mittelbare Förderung

56 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 51.

57 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 54.

58 BGH NZM 2002, 20; NZM 1998, 25 (29).

59 BGH VersR 1996, 313 = BGH NJW-RR 1996, 471 (472); *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 44.

60 BGH NJW-RR 2003, 1481 (1482).

61 So *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 46.

62 *Gola/Schomerus* aaO (Fn. 23) § 4 a Rn. 14; *Simitis* aaO (Fn. 8) § 4 a Rn. 43 m. w. N.

63 So auch *Schwintowski*, der die Frage allerdings für das im Juli 2004 novellierte UWG offen gelassen hat.

64 BGBl 2004 Teil I Nr. 32 (S. 1414).

65 *Köhler* in *Baumbach/Hefermehl*, Wettbewerbsrecht 23. Aufl. 2004 § 2 Rn. 4.

66 BGH GRUR 1962, 45 (47).

67 *Köhler* aaO (Fn. 65) § 2 Rn. 15.

reicht aus, ohne dass es einer quantitativen Steigerung des Absatzes bedürfte⁶⁸.

Die Verwendung der Datenschutzklausel auf Versicherungsantragsformularen und die Datenübermittlung zwischen den Versicherern aufgrund von Treffern in dem Hinweissystem des GDV dienen u. a. der Risikominimierung und erfüllen diese Voraussetzung.

Der Begriff der „guten Sitten“ wurde vom Gesetzgeber durch den Begriff der „Unlauterkeit“ ersetzt, der jedoch nicht weiter definiert wird. In der Begründung des Regierungsentwurfs⁶⁹ findet sich der Hinweis „Unlauter sind alle Handlungen, die den anständigen Gepflogenheiten im Handel, Gewerbe, Handwerk oder selbstständiger beruflicher Tätigkeit zuwiderlaufen“. Auch insoweit sind die früheren Grundsätze zur Sittenwidrigkeit heranzuziehen.

Der frühere Ansatz der Rechtsprechung für die Lösung der Frage, wann ein Rechtsbruch einen Verstoß gegen die guten Sitten i. S. v. § 1 UWG a. F. darstellt, befasste sich zunächst mit der Frage, ob ein Verstoß gegen eine wertbezogene oder gegen eine wertneutrale Norm vorliegt. Dabei sollte ein Verstoß gegen eine wertbezogene Norm per se als sittenwidrig anzusehen sein⁷⁰, während bei sonstigen wertneutralen Normen weitere Umstände hinzutreten mussten⁷¹. Diese Rechtsprechung hat mit der „Abgasemissionen“-Entscheidung des BGH⁷² einen Wandel erfahren. Nach dieser Entscheidung hat eine Verletzung von Normen, die dem Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter wie z. B. der Gesundheit der Bevölkerung dienen, grundsätzlich Indizwirkung für wettbewerbsrechtliche Unlauterkeit. Anders hingegen sei es zu beurteilen, wenn der Gesetzesverstoß dem wettbewerblichen Handeln vorausgeht oder nachfolgt. In diesem Fall müsse die verletzte Norm zumindest eine sekundäre wettbewerbsbezogene Schutzfunktion aufweisen. Eine solche sekundäre Schutzfunktion wurde vom BGH bejaht für Vorschriften, die als Voraussetzung für die Ausübung bestimmter Tätigkeiten – etwa ärztlicher Behandlungen – im Interesse des Schutzes der Allgemeinheit den Nachweis besonderer fachlicher Fähigkeiten fordern⁷³.

Nach der Novellierung des UWG wurde der Rechtsbruch als Regelbeispiel in § 4 Nr. 11 UWG aufgenommen. Hiernach handelt insbesondere unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Dabei hat sich der Gesetzgeber mit der Voraussetzung, dass die Vorschrift das Marktverhalten zu regeln hat, an der jüngeren Rechtsprechung des BGH orientiert⁷⁴.

§ 4 Nr. 11 UWG ist vor dem Hintergrund der Schutzzweckbestimmung in § 1 zu sehen⁷⁵. Hiernach schützt das UWG die Mitbewerber, die Verbraucherinnen und Verbraucher und die sonstigen Marktteilnehmer vor unlauterem Wettbewerb, sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem unverfälschten Wettbewerb. *Schwintowski* der bei seiner Prüfung auf Grundlage des alten UWG in der Verwendung der Einwilligungsklausel keinen Wettbewerbsverstoß feststellen kann, ist der Meinung⁷⁶, wegen der Neufassung von § 1 UWG und der expliziten Aufnahme des Verbraucherschutzes sei nach neuer Rechtslage eine weiter gehende Auslegung geboten, da das alte UWG den Verbraucherschutz noch nicht umfasst habe. Das ist so aber nicht richtig. In § 1 UWG n. F. wird der Schutzzweck des UWG überhaupt erstmals gesetzlich normiert. Die Vorschrift hat lediglich klarstellende Bedeutung. Bereits nach bisherigem Recht war anerkannt, dass das UWG die Marktteilnehmer, insbesondere die Mitbewerber und Verbraucher und damit zugleich auch das Interesse der Allgemeinheit an einem

unverfälschten Wettbewerb schützt. Der Schutz sonstiger Allgemeininteressen ist aber weiterhin nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts⁷⁷.

Zu klären ist daher, ob die §§ 4 a und 28 BDSG zumindest auch dazu bestimmt sind, das Marktverhalten zu regeln. Marktverhalten ist dabei jede Tätigkeit auf einem Markt, die unmittelbar oder mittelbar der Förderung des Absatzes oder Bezugs eines Unternehmens dient. Dieser Prüfung sind die Maßstäbe der sekundären wettbewerbsbezogenen Schutzfunktion der jüngeren BGH-Rechtsprechung zugrunde zu legen. Auf dieser Grundlage hat bereits das OLG Frankfurt/M. einen Wettbewerbsverstoß verneint⁷⁸. Die hiergegen gerichtete Revision wurde vom BGH nicht zur Entscheidung angenommen⁷⁹. Der Normzweck der §§ 4, 28 BDSG liegt im Schutz der informationellen Selbstbestimmung des Einzelnen vor Eingriffen Dritter⁸⁰. Die datenschutzrechtlichen Vorschriften sollen hingegen in keiner Weise – auch nicht mittelbar – das Marktverhalten regeln⁸¹. Ein etwaiger Verstoß gegen § 4 a oder § 28 BDSG unterfällt damit nicht dem Regelbeispiel des § 4 Nr. 11 UWG⁸².

Die Beispieltatbestände der §§ 4 bis 7 UWG sind nicht abschließend⁸³. Sie sollen lediglich das Tatbestandsmerkmal der Unlauterkeit in § 3 UWG konkretisieren. Wenn aber bereits ein grundsätzlich passendes Regelbeispiel nicht verwirklicht wurde, muss ein vom Regelbeispiel abweichender besonderer Umstand hinzutreten, um eine Unlauterkeit anzunehmen. Derartige Umstände⁸⁴ sind aber hier nicht erkennbar.

V. Zusammenfassung und Endergebnis

Der GDV betreibt mit seinen zentralen Hinweissystemen ein ausgewogenes System zur Risikominimierung in der Versicherungswirtschaft, das ohne eine zentrale Warndatei auskommt. Dadurch ist ein behutsamer Umgang mit den personenbezogenen Daten der Versicherten gewährleistet. Infolgedessen ist das System auch bereits größtenteils durch datenschutzrechtliche Erlaubnisnormen gedeckt, ohne dass es einer Einwilligung der Betroffenen bedarf.

Die dennoch eingeholte Einwilligung in der von der Versicherungswirtschaft praktizierten Form, die auf den gleichzeitigen Rückgriff auf gesetzliche Erlaubnistatbestände hinweist, ist unschädlich und aus Gründen der Rechtssicherheit sogar geboten. Sie ermöglicht darüber

68 BGH GRUR 1967, 256 (257).

69 BT-Drucks. 15/1487 S. 16.

70 BGHZ 110, 278 (289).

71 BGH GRUR 1973, 146 (147); zu datenschutzrechtlichen Vorschriften s. OLG Frankfurt/M. DuD 1997, 47 (48); sowie eingehend *Gramm* GRUR 1996, 574.

72 BGH NJW 2000, 3351; Besprechung bei *Köhler* NJW 2002, 2761.

73 BGH NJW 2002, 2645 (2647).

74 Vgl. *Köhler* NJW 2004, 2121 (2124).

75 *Köhler* aaO (Fn. 65) § 4 Rn. 11.6.

76 *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 60.

77 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des UWG BR-Drucks. 301/03 vom 9. 5. 2003 A.I.1 und 3, B. zu § 1 S. 28.

78 OLG Frankfurt/M. DuD 2001, 294 (295).

79 BGH vom 15. 11. 2001 – I ZR 47/01.

80 BGH NJW 1984, 419 (421).

81 *Köhler* aaO (Fn. 65) § 4 Rn. 11.42; *Büttner* in *Festschrift für Willi Erdmann* 2002 S. 558; im Ergebnis wohl auch *Schwintowski* aaO (Fn. 14) S. 59.

82 So auch *Köhler* aaO (Fn. 65); *Büttner* aaO (Fn. 81).

83 Vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des UWG BR-Drucks. 301/03 vom 9. 5. 2003 S. 33.

84 Früher wurde z. B. auf das Vorhandensein eines Wettbewerbsvorsprungs abgestellt.

hinaus die Verarbeitung von Gesundheitsdaten, für deren Übermittlung ansonsten keine gesetzliche Grundlage besteht. Ausreichend ist es, wenn der Kunde – wie vorgesehen – bereits bei Abgabe seiner Einwilligungser-

klärung Einsichtnahme in das Merkblatt zur Datenverarbeitung verlangen kann. Auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht begegnet die Einwilligungsklausel keinen Bedenken.

Der Sicherungsfonds für die Lebensversicherung*

Dr. Peter Präve, Berlin**

I. Einleitung

Der Gesetzgeber hat sich im vergangenen Jahr für die Schaffung eines Sicherungsfonds entschieden, der die Interessen der Versicherten in der Lebensversicherung – unabhängig vom Schicksal ihres Versicherers – wahren soll. Mit Gesetz vom 15. 12. 2004 ist das VAG um Regelungen ergänzt worden, die die Pflichtmitgliedschaft von Lebensversicherern in einem derartigen, gesetzlich näher geregelten Fonds vorsehen. Entsprechendes ist für den Bereich der substitutiven Krankenversicherung verfügt worden¹. Zur Begründung wird vorgebracht, die Insolvenz eines Lebens- oder Krankenversicherers könne vor allem ältere und kranke Menschen „in schwere Not“ bringen. So wird auf die Gefahr verwiesen, dass das „angesammelte Kapital“ anderenfalls zumindest teilweise verloren gehen könnte und die Versicherten „plötzlich ohne Versicherungsschutz“ dastünden. Erklärtes Ziel des Sicherungsfonds soll insofern sein, „dass die betroffenen Kunden ihren Versicherungsschutz behalten“². Hiermit ist vorerst ein Schlussstrich unter eine jahrzehntelange Diskussion über das Für und Wider eines zusätzlichen Insolvenzschutzes gezogen worden.

II. Vorgeschichte

1. Insolvenzschutz als Aufgabe der Aufsicht

Die Diskussion um einen gesonderten Insolvenzschutz ist eng verzahnt mit der Ausgestaltung der Versicherungsaufsicht. So hat die Aufsicht sowohl bei erstmaliger Zulassung eines Unternehmens als auch im laufenden Geschäftsbetrieb auf die ausreichende Wahrung der Belange der Versicherten zu achten. Das umfasst die Aufgabe, die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungsverträgen sicherzustellen (§§ 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, 81 Abs. 1 S. 5 VAG). Das wird landläufig mit Konkurs- bzw. Insolvenzversicherung übersetzt. Die Aufsichtsbehörde selbst hat in der jüngsten Vergangenheit immer wieder betont, dass der Erfüllung dieser Aufgabe – nicht zuletzt in einem wirtschaftlich schwierigen Umfeld – oberste Priorität zukomme, entzieht eine Insolvenz doch dem Geschäftsbetrieb die Grundlage und nimmt den Versicherten den versprochenen Schutz³.

2. Diskussion über „Konkurssicherungsfonds“

Vor diesem Hintergrund ist es auf den ersten Blick konsequent, dass es in der Versicherungswirtschaft bisher – von zwei Ausnahmen abgesehen – keine Sicherungsfonds gegeben hat. Die Ausnahmen sind die Kfz-Haftpflichtversicherung und die betriebliche Altersversorgung⁴. Im Schrifttum hat es allerdings seit den Achtzigerjahren verstärkt eine Diskussion über das Für und Wider von darüber hinausgehenden „Konkurssicherungsfonds“ gegeben. Insbesondere in der betriebswirtschaftlichen Literatur mehrten sich Stimmen, die sich – unter Hinweis auf entsprechende Einrichtungen im Ausland – für Sicherungsfonds aussprachen, insbesondere soweit Verbraucherverträge in Rede stehen⁵. Die Monopolkommission votierte ebenfalls in diesem Sinn und schlug öffentlich-rechtlich organisierte Fonds vor⁶. Hiergegen wurde

aber von anderer Seite u. a. vorgebracht, derartige Fonds würden „ein wichtiges Prinzip von Wettbewerb und Marktwirtschaft“ aufheben, „nämlich die gemeinsame Zuordnung von Risiken und Chancen auf die im Wettbewerb operierenden Marktteilnehmer“⁷.

Anfang der Neunzigerjahre hat der Gesetzgeber im Zuge der Umsetzung der so genannten Dritten EG-Versicherungsrichtlinien die Einrichtung eines so genannten freiwilligen Sicherungsfonds für die Lebensversicherung erwogen. Danach sollten die Unternehmen veranlasst werden, dem Kunden vor Vertragsschluss mitzuteilen, ob sie Mitglied einer entsprechenden Einrichtung sind⁸. Bereits der Regierungsentwurf zum damaligen Umsetzungsgesetz hat diese Regelung aber nicht mehr enthalten, wofür nicht zuletzt die auch mit dem Umsetzungsgesetz intendierte aufsichtsbehördliche Absicherung verantwortlich zeichnete⁹. Trotzdem blieb der Gedanke der „Ersetzung“ von Wirtschaftsaufsicht durch Konkursversicherungsfonds¹⁰ erhalten, zumal die europäischen Vorgaben für die Versicherungsaufsicht in Deutschland weitgehend als Maßnahmen zur Deregulierung und Liberalisierung verstanden worden sind mit der Folge einer erhöhten Gefährdungslage¹¹. Ende der Neunzigerjahre hat sich die Diskussion durch einen Vorstoß der Versicherungsaufsicht wiederbelebt. Unter Hinweis auf

* Schriftliche und erweiterte Fassung eines Vortrags, den der Verfasser am 30. 5. 2005 an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster gehalten hat.

** Der Autor ist Syndikus beim Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV).

1 Art. 1 Nr. 27 des Gesetzes vom 15. 12. 2004 BGBl. I 3416.

2 Gesetzentwurf der Bundesregierung BT-Drucks. 15/3418 S. 17.

3 Sanio VW 2002, 1831 (1832); H. Müller ZVersWiss 1999, 297 (315 f.).

4 In der Kfz-Haftpflichtversicherung können Ersatzansprüche gegen den Entschädigungsfonds für Schäden aus Kfz-Unfällen geltend gemacht werden, wenn über das Vermögen des leistungspflichtigen Versicherers ein Insolvenzverfahren eröffnet worden ist (§ 12 Abs. 1 Nr. 4 PflVG). Die Aufgaben des Entschädigungsfonds werden vom Verein Verkehrsofferhilfe e. V. übernommen. Die Gewährleistung der betrieblichen Altersversorgung für den Fall der Insolvenz eines Arbeitgebers ist wiederum Zweck des Pensions-Sicherungs-Vereins (§ 14 BetrAVG).

5 Finsinger in Geld, Banken und Versicherungen Bd. II Karlsruhe 1987 S. 1213 ff.; ders. VersWissStud 1994, 75 (78); Eisen/Müller/Zweifel in Schriften zur Unternehmensführung Bd. 45 Wiesbaden 1992 S. 30 f.; Horsch, Versicherungsschutzfonds in der deutschen Assekuranz Wiesbaden 1998 S. 326 ff.

6 Die Wettbewerbsordnung erweitern – Hauptgutachten 1986/87 der Monopolkommission – Baden-Baden 1988 S. 30 (Ziff. 121.7).

7 Farry, Ein Konkursversicherungsfonds in der Versicherungswirtschaft – Ei des Kolumbus oder Winda? Karlsruhe 1990 S. 33; im Ergebnis ebenso Rittner ZVersWiss 1985, 201 (211 f.); Oehrmke, Gläubigerschutz durch Insolvenzversicherungsfonds in einem deregulierten Versicherungsmarkt Karlsruhe 1990 S. 228–231; B. Müller, Verbraucherschutz durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen Frankfurt/M. 1998 S. 201 f.

8 Vgl. EuZW 1993, 558; VW 1993, 1210; ZfV 1993, 496 (497).

9 Zum Hintergrund vgl. Präve ZfV 1994, 199 (202 ff.).

10 Droher in Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht – Festschrift für Fritz Rittner zum 70. Geburtstag – München 1991 S. 93 f.

11 Vgl. nur Droher aaO (Fn. 10) S. 106.