

Die Genomanalyse im Arbeits- und Versicherungsrecht

Auf der Suche nach einem gerechten Ausgleich zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsschutz*

Benedikt Buchner

- I. Die Ausgangssituation
- II. Die Antwort der nationalen Gesetzgeber in Österreich, in der Schweiz und in Deutschland
 1. Österreich
 2. Schweiz
 3. Deutschland
- III. Eigene Stellungnahme
 1. Die Regelungsmodelle des absoluten und des relativen Diskriminierungsschutzes
 2. Ein differenzierteres Bild von den Risiken und Chancen der Gendiagnostik
 3. Die Genomanalyse im Arbeitsrecht
 - a) Die Aufteilung der sozialen Risiken im Arbeitsrecht
 - b) Zulässige Fallgruppen einer Berücksichtigung genetischer Daten
 4. Die Genomanalyse im Versicherungsrecht
 - a) Die Risikoabschätzung als zentrales Element der Privatversicherung
 - b) Die „Sozialisierung“ der Privatversicherung
 - c) Die spezifische Problematik genetischen Wissens
 - d) Mögliche Lösungen
- IV. Fazit

* Abgekürzt werden zitiert: Botschaft des Schweizerischen Bundesrats zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002, BBl. 2002, 7361 [zit. Botschaft]; Deutsche Forschungsgemeinschaft, Prädiktive genetische Diagnostik – Wissenschaftliche Grundlagen, praktische Umsetzung und soziale Implementierung (2003), abrufbar unter http://www.dfg.de/aktuelles_presse/reden_stellungnahmen/2003/download/praediktive_genetische_diagnostik.pdf [zit. DFG]; Schlussbericht der Enquete-Kommission „Recht und Ethik der modernen Medizin“ v. 14.5.2002, BT-Drucks. 14/9020 [zit. Enquete-Kommission].

I. Die Ausgangssituation

Die Gentechnologie wird nach der Atomenergie und der Informationstechnologie als die dritte technologische Revolution bezeichnet¹. Jede technologische Revolution bedeutet aber immer auch eine neue Herausforderung für das Recht. Stets geht es dabei um dieselbe Frage: Ist die bestehende Rechtsordnung so zeitlos, dass sie auch für die neu auftretenden Probleme adäquate Lösungen bereit hält? Oder bedarf es aufgrund der Risiken und Chancen der neuen Technologie auch modernerer rechtlicher Rahmenbedingungen? Die Fortschritte in der Gentechnologie werfen eine Reihe grundsätzlicher ethischer und rechtlicher Fragen und Probleme auf. Zentrale Themen sind die Reproduktionsmedizin und der Embryonenschutz, der Einsatz neuer diagnostischer und therapeutischer Methoden und die Verwertung genetischer Daten². Die zivilrechtliche Diskussion beschäftigt sich schon seit geraumer Zeit vor allem mit letzterem Themengebiet³. Einen Schwerpunkt der Diskussion bildet dabei die Frage, ob und gegebenenfalls wie die Rechtsordnung auf das spezifische Diskriminierungspotential antworten soll, das sich durch den Einsatz von Genomanalysen eröffnet.

Die Angst vor genetischer Diskriminierung ist darauf zurückzuführen, dass Genomanalysen einen beachtlichen Wissenszuwachs über die gesundheitliche Veranlagung eines jeden Einzelnen bringen. Genomanalysen, in Form von sog. *prädiktiven* Gentests, ermöglichen es, eine Veranlagung für eine bestimmte Krankheit schon festzustellen, bevor es überhaupt zum Ausbruch entsprechender klinischer Symptome kommt⁴. Genomanalysen ermöglichen somit eine ganz neue Klassifizierung von Kranken und Gesunden. Es gibt nicht mehr nur die aktuell Kranken und die aktuell Gesunden, sondern auch die „zukünftig Kran-

1 *Fisahn*, Genetischer Code – rechtliche Schutzperspektiven, RDV 2002, 15.

2 Vgl. Enquete-Kommission 7.

3 Zur rechtspolitischen Diskussion in Deutschland siehe u.a. *Deutsch*, Die Genomanalyse: Neue Rechtsprobleme, ZRP 1986, 1; *Wiese*, Genetische Analyse bei Arbeitnehmern, RdA 1986, 120; *Simon*, Genomanalyse – Anwendungsmöglichkeiten und rechtlicher Regelungsbedarf, MDR 1991, 5; *Präve*, Das Recht des Versicherungsnehmers auf informationelle Selbstbestimmung, VersR 1992, 279; *Taupitz*, Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse: Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089; *Lorenz*, Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluss von Personenversicherungsverträgen, VersR 1999, 1309; *Tinnefeld*, Menschenwürde, Biomedizin und Datenschutz, ZRP 2000, 10; *Herdegen*, Die Erforschung des Human-genoms als Herausforderung für das Recht, JZ 2000, 633; *Spranger*, Prädiktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen, VersR 2000, 815; *Fisahn*, Ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code, ZRP 2001, 49; *Vultejus*, Informationelle Selbstbestimmung auch bei Genen, ZRP 2002, 70; *Däubler*, Gläserne Belegschaften? Die Verwendung von Gendaten im Arbeitsverhältnis, RDV 2003, 7.

4 Im Unterschied zu *diagnostischen* Gentests, die lediglich der Diagnosesicherung bei einer bereits klinisch manifesten erblichen Erkrankung dienen.

ken“⁵. Es gibt die Träger „guter“ Gene und es gibt die Träger „schlechter“ Gene.

Für Arbeitgeber und Versicherer ist dieses Wissen um den zukünftigen Gesundheitszustand eines Vertragspartners vor allem im Vorfeld eines Vertragsschlusses in mehrerlei Hinsicht von Interesse. Versicherer können gendiagnostische Ergebnisse als Grundlage für eine verbesserte Risikoprüfung vor Vertragsschluss nutzen. Ein ungünstiges genetisches Risikoprofil kann für den Versicherer den Ausschlag geben, eine Versicherung überhaupt nicht anzubieten, bzw. nur unter der Bedingung einer höheren Versicherungsprämie. Daneben sind Ergebnisse von Gentests für Versicherer auch deshalb von Interesse, weil diese der Gefahr einer sog. *adversen Selektion* (Antiselektion) vorbeugen müssen: Haben potentielle Versicherungsnehmer einen „genetischen Informationsvorsprung“⁶ vor Versicherungsunternehmen, besteht die Gefahr, dass sich Personen mit einem hohen Risiko zu günstigen Prämien einen ungerechtfertigt hohen Versicherungsschutz zu Lasten des Versicherungskollektivs verschaffen. Oft zitiertes Beispiel ist der Fall, dass ein potentieller Versicherungsnehmer aufgrund der Bestätigung eines Chorea Huntington Gendefekts sicher weiß, dass er im mittleren Lebensalter sterben wird, und er deshalb eine Lebensversicherung in maximaler Höhe abschließt – entweder um seine Familie abzuschern oder um die Versicherung auf dem Sekundärmarkt an Dritte weiterzuveräußern⁷.

Für Arbeitgeber kann die genetische Konstitution eines Bewerbers als einer der maßgeblichen Auswahlfaktoren von Interesse sein. Dies mag zum einen auf bloßen finanziellen Erwägungen beruhen – so wenn der Arbeitgeber mit Blick auf Krankheits- und Arbeitsplatzkosten denjenigen Bewerber auswählt, der aufgrund seiner genetischen Daten die geringsten krankheitsbedingten Fehlzeiten verspricht. Zum anderen mag das Interesse des Arbeitgebers aber auch auf Aspekten der Sicherheit und des Arbeitsschutzes beruhen. Gendiagnostische Ergebnisse können Informationen darüber liefern, ob ein Bewerber eine erhöhte Anfälligkeit gegenüber toxischen oder anderweitig gesundheitsgefährdenden Arbeitsstoffen oder anderen arbeitsplatzspezifischen Umständen aufweist. Wenn es um die Auswahl für eine Tätigkeit in sicherheitsrelevanten Bereichen geht, kann ein Gentest unter Umständen Aufschluss darüber geben, ob aufgrund einer bestimmten genetischen Konstitution das Risiko einer Fehlleistung am

5 Vgl. *Tinnefeld*, ZRP 2000, 11.

6 Enquete-Kommission 143.

7 Ein solcher Sekundärmarkt für Versicherungspolice könnte früher schon bei HIV-infizierten Personen nachgewiesen werden, die ihre Infektion gegenüber der Versicherung geheim hielten, Dritten gegenüber aber aufgrund eines positiven HIV-Tests nachweisen konnten, dass sie nur eine begrenzte Lebenserwartung haben; vgl. *Fenger/Schöffski*, Gentests und Lebensversicherung: Juristische und ökonomische Aspekte, NVersZ 2000, 449 (452).

Arbeitsplatz besteht und damit auch eine besondere Gefahr für das Leben und die Gesundheit Dritter oder die Umwelt⁸.

So interessant die Ergebnisse von Genomanalysen aus Sicht von Versicherern und Arbeitgebern sind, so belastend können die Ergebnisse für den betroffenen Einzelnen sein. Die Gendiagnostik macht den Gesundheitszustand jedes Einzelnen immer transparenter⁹. Mit diesem Fortschritt in der Diagnostik gehen aber nicht zeitgleich Fortschritte in der Prävention und Therapie einher. Möglicherweise wird der genetisch Vorbelastete daher mit dem Wissen um eine zukünftige Krankheit konfrontiert, ohne dass ihm Perspektiven der Vorbeugung oder Heilung offen stehen. Dies begründet ein Gefühl der Ausgeliefertheit, das noch dadurch verstärkt wird, dass der Einzelne für seine genetische Konstitution „nichts kann“, er ist nicht für sie verantwortlich, er kann nicht irgendwie steuend auf sie einwirken.

Ohne rechtliche Vorgaben wird regelmäßig der Arbeitgeber oder Versicherer sein Informationsinteresse durchsetzen können. Arbeitgeber und Versicherer haben die stärkere Verhandlungsposition, sie können einen Vertragsschluss davon abhängig machen, ob ihr Gegenüber die gewünschten Informationen bereit stellt. Der Betroffene wäre daher faktisch gezwungen, sich einer Genomanalyse zu unterziehen und deren Ergebnisse zu offenbaren, wenn ein Versicherungsunternehmen oder ein potentieller Arbeitgeber darauf beharrt. Der Einzelne muss das Risiko eingehen, gegen seinen Willen mit dem Wissen um die eigene Krankheitsveranlagung konfrontiert zu werden. Sein Recht auf Nichtwissen, an sich allgemein anerkannt, wird so im Ergebnis ausgehebelt. Fällt eine Genomanalyse für den Betroffenen negativ aus, kann diese genetische Disposition überdies zu einer Benachteiligung im Privatrechtsverkehr führen. Der Träger schlechter Gene wird nicht nur mit der Gewissheit konfrontiert, die Anlage für eine zukünftige Erkrankung in sich zu tragen, sondern wird darüber hinaus schon im Vorfeld der eigentlichen Erkrankung dadurch benachteiligt, dass er Versicherungsleistungen nicht oder nur zu schlechteren Bedingungen in Anspruch nehmen kann oder dadurch, dass ihm der Zugang zum Arbeitsmarkt zusätzlich erschwert wird.

Dieses Szenario vor Augen ist es nicht überraschend, dass in der rechtspolitischen Diskussion eine große Sensibilität hinsichtlich der Frage einer Berück-

8 Etwa, ob der Bewerber zu Vigilanz- oder Affektstörungen neigt oder ob eine Veranlagung zu Epilepsien oder schweren Depressionen besteht, vgl. Botschaft 7429.

9 Die Zahl der beim Menschen identifizierten krankheitsassoziierten Gene nimmt ständig weiter zu und ihre Zahl wird bereits auf über 10.000 geschätzt; vgl. *Winter*, Was ist Genmedizin? – Eine Einführung, in: *Winter/Fenger/Schreiber* (Hrsg.), *Genmedizin und Recht* (2001) I (11). Man geht außerdem mehr und mehr auch davon aus, dass nahezu alle Erkrankungen zumindest auch mit der genetischen Konstitution des betreffenden Menschen zusammenhängen – so etwa auch Infektionskrankheiten wie AIDS oder Tuberkulose oder psychiatrische Erkrankungen wie Schizophrenie; DFG 21 f.

sichtigung gendiagnostischer Erkenntnisse besteht. Zumeist wird die Diskussion umrahmt von Schlagwörtern wie genetische Diskriminierung, genetische Zweiklassengesellschaft oder Superselektion. Entsprechend richtet sich der Fokus aller Bemühungen in erster Linie auf die Interessen des Einzelnen an einem Schutz vor genetischer Diskriminierung. Das Interesse von Versicherern und Arbeitgebern an einer freien und informierten Ausgestaltung ihrer vertraglichen Beziehungen tritt demgegenüber in den Hintergrund. Auch die nationalen Gesetzgeber haben sich vielerorts bereits der Problematik angenommen und dabei ebenfalls den Schutz vor genetischer Diskriminierung in das Zentrum ihrer Bemühungen gestellt. Teils sind gesetzliche Regelungen schon in Kraft¹⁰, teils befinden sie sich noch im Gesetzgebungsverfahren¹¹.

II. Die Antwort der nationalen Gesetzgeber in Österreich, in der Schweiz und in Deutschland

I. Österreich

Österreich hat bereits 1994 eine gesetzliche Regelung erlassen, die den Konflikt zwischen Privatautonomie einerseits und Diskriminierungsschutz andererseits adressiert. Dabei hat sich der Gesetzgeber eindeutig zugunsten eines lückenlosen Schutzes vor genetischer Diskriminierung entschieden. Kurz und knapp bestimmt § 67 Gentechnikgesetz, dass es Arbeitgebern und Versicherern verboten ist, „Ergebnisse von Genanalysen von ihren Arbeitnehmern, Arbeitssuchenden oder Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten.“

Der österreichische Gesetzgeber gewährleistet also einen Schutz vor genetischer Diskriminierung dadurch, dass er ein umfassendes Erhebungs- und Verwertungsverbot für genetische Daten statuiert – auch für den Fall, dass der Betroffene *selbst* seine Daten zur Verfügung stellen will. Er setzt bei der der Vertragsfreiheit vorgeschalteten Informationsfreiheit an, um einen effektiven Schutz vor Diskriminierung sicher zu gewährleisten. Wenn der Arbeitgeber oder Versicherer schon keine Kenntnis von der genetischen Konstitution seines potentiellen Vertragspartners nehmen darf, ist damit automatisch auch gewährleistet, dass es

10 So etwa in Österreich, Belgien, Dänemark, Frankreich, Norwegen und den Niederlanden; für einen Überblick siehe Botschaft 7386.

11 So in der Schweiz und in Deutschland; siehe näher dazu im Folgenden. Auch in den USA befindet sich ein Gesetzesentwurf im Gesetzgebungsverfahren, der einen Schutz vor genetischer Diskriminierung im Arbeits- und Versicherungsbereich zum Gegenstand hat; siehe New York Times vom 22.5.2003 („Panel Breaks Logjam for Bill on Employees' Genetic Histories“).

nicht zu einer Ungleichbehandlung aufgrund genetischer Eigenschaften kommen kann.

2. Schweiz

In der Schweiz ist die Verabschiedung eines Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen (GUMG) für Ende 2004 geplant. Der entsprechende Gesetzesentwurf ist ein Ausführungsgesetz zu Artikel 119 der Bundesverfassung, wonach der Staat dafür zu sorgen hat, dass bei der Anwendung der Gentechnologie die Menschenwürde, die Persönlichkeit und die Familie geschützt bleiben. Artikel 119 Abs. 2 Buchstabe f konkretisiert diesen Schutzauftrag dahingehend, dass das Erbgut einer Person nur mit ihrer Zustimmung oder aufgrund gesetzlicher Anordnung untersucht, registriert oder offenbart werden darf¹².

Art. 4 GUMG enthält zunächst ein programmatisches Diskriminierungsverbot: „Niemand darf wegen seines Erbguts diskriminiert werden.“ Die tatsächliche Umsetzung dieses Verbots wird wiederum durch Datenerhebungs- und Datenverwertungsverbote gewährleistet, wobei allerdings im Unterschied zur österreichischen Regelung statt eines ausnahmslosen Verbots ein differenzierter Katalog von Verbots- und Ausnahmetatbeständen existiert. Im Arbeitsrecht gilt ein grundsätzliches Verwertungsverbot von genetischen Daten. Eine Ausnahme lässt Art. 22 des Gesetzes aber zur Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen zu. Gewissermaßen als ultima ratio ist ein Gentest hier zulässig, vorausgesetzt, dass fünf Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: (1) Der Arbeitsplatz ist der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt oder eine medizinische Eignungsuntersuchung für die betreffende Tätigkeit muss aufgrund anderer Vorschriften durchgeführt werden. (2) Andere Maßnahmen reichen nicht aus, um die Gefahr einer Berufskrankheit oder eines Unfalls auszuschließen. (3) Die Berufskrankheit oder Unfallgefahr stehen in Zusammenhang mit einer bestimmten genetischen Veranlagung des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin. (4) Dieser Zusammenhang ist von der Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen bestätigt worden. (5) Die betroffene Person hat der Untersuchung schriftlich zugestimmt.

Auch im Versicherungsrecht geht der Schweizer Entwurf grundsätzlich von einem Erhebungs- und Verwertungsverbot genetischer Daten aus. Dieses Verbot gilt gemäß Art. 27 GUMG für sämtliche Versicherungen aus dem Sozialversicherungsbereich, für obligatorische und überobligatorische berufliche Vorsorgeversicherungen, für Versicherungen betreffend die Lohnfortzahlungspflicht im Krankheitsfall oder bei Mutterschaft und schließlich für Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme von höchstens 400.000 Franken

12 Ausführlich zum Entwurf des GUMG die Botschaft des Bundesrats vom 11. September 2002 (BBJ. 2002, 7361).

und für freiwillige Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von höchstens 40.000 Franken. Bei Versicherungen, die nicht unter Art. 27 GUMG fallen¹³, ist hingegen die Nachforschung nach Ergebnissen früherer Untersuchungen erlaubt, wenn die Untersuchung zuverlässige Ergebnisse liefert und der wissenschaftliche Wert der Untersuchung für die Prämienberechnung nachgewiesen ist¹⁴.

3. Deutschland

Deutschland liegt mit seinen gesetzgeberischen Bemühungen vergleichsweise zurück. Bisher gibt es lediglich einen Entwurf der grünen Bundestagsfraktion für ein „Gesetz zur Regelung von Analysen des menschlichen Erbguts (Gentest-Gesetz)“¹⁵. Ziel des Gesetzes ist die Sicherung des „Rechts am eigenen genetischen Code“, der Schutz eines „gen-informationellen Selbstbestimmungsrechts“ und des Persönlichkeitsrechts¹⁶. § 2 des Gesetzes enthält wie der Schweizer Entwurf ein programmatisches Diskriminierungsverbot, wonach niemand aufgrund seiner genetischen Konstitution oder weil er die Durchführung einer genetischen Untersuchung verweigert benachteiligt werden darf.

Ein neuer § 611c BGB normiert dieses Diskriminierungsverbot nochmals ausdrücklich für das Arbeitsrecht und stellt einen Schutz vor Diskriminierung dadurch sicher, dass der Arbeitgeber bei der Begründung eines Arbeitsverhältnisses nicht die Durchführung genetischer Untersuchungen oder die Offenbarung genetischer Daten aus bereits durchgeführten genetischen Untersuchungen verlangen darf¹⁷. Ausnahmen gelten wie beim Schweizer Entwurf, wenn gendiagnostische Erkenntnisse zum Zwecke der Vermeidung von Berufskrankheiten oder Unfallgefahren eingesetzt werden sollen¹⁸.

Im Versicherungsrecht lehnt sich der deutsche Vorschlag enger an die österreichische Regelung mit ihrem durchgehenden Verwertungsverbot an; eine Differenzierung nach unerlässlichem und ergänzendem Versicherungsschutz oder nach der Höhe der Versicherungssumme wird nicht getroffen¹⁹. Einzige zulässige Ausnahme für die Berücksichtigung genetischer Daten ist der Fall, dass der Betroffene selbst Informationen aus früheren genetischen Untersuchungen of-

13 Insbesondere sind dies private Zusatzversicherungen zur Krankenversicherung und Lebens- und Invaliditätsversicherungen mit sehr hohen Versicherungssummen.

14 Art. 28 GUMG.

15 Abrufbar unter www.gruene-fraktion.de. Zum Entwurf siehe auch *Goerdeler/Laubach*, ZRP 2002, 115. Der von der Bundesregierung angekündigte Referentenentwurf für ein Gentest-Gesetz liegt bisher noch nicht vor (Stand Ende September 2003).

16 § 1 Abs. 1 GTG.

17 Damit bleibt der deutsche Entwurf insoweit hinter der österreichischen und der Schweizer Regelung zurück, als eine Verwertung auf andere Weise, etwa wenn der Betroffene freiwillig von sich aus genetische Daten offenbart, offensichtlich zulässig sein soll.

18 § 611c Abs. 3 BGB.

19 § 16a VVG.

fenbaren will, um so zu belegen, dass er zu Unrecht in eine Versicherungsklasse mit erhöhtem Risiko eingestuft worden ist²⁰.

III. Eigene Stellungnahme

1. Die Regelungsmodelle des absoluten und des relativen Diskriminierungsschutzes

Ein Vergleich der oben dargestellten nationalen Lösungsansätze offenbart zunächst einen grundlegenden Unterschied: zwischen dem Modell eines „absoluten“ Diskriminierungsschutzes und dem eines „relativen“ Diskriminierungsschutzes²¹. Das Modell eines absoluten Diskriminierungsschutzes, wie es das österreichische Recht vorsieht, begründet ein ausnahmsloses Verbot jeglicher Berücksichtigung der genetischen Konstitution. Ein relativer Diskriminierungsschutz lässt demgegenüber Raum für eine sachbezogene differenzierende Abwägung zwischen Diskriminierungsschutz und Privatautonomie und erlaubt sachlich gerechtfertigte Ausnahmen von einem generellen Verwertungsverbot.

Für das Modell eines absoluten Diskriminierungsschutzes nach österreichischem Vorbild spricht vor allem der Gesichtspunkt der Rechtsklarheit und der Effektivität. Den Befürwortern eines ausnahmslosen Diskriminierungsschutzes geht es nicht darum, eine Benachteiligung genetisch vorbelasteter Menschen nur für den Fall zu verhindern, dass hierfür kein sachlich gerechtfertigter Grund vorliegt. Es geht ihnen vielmehr darum, eine Benachteiligung zu verhindern, *obwohl* der Diskriminierende sachliche Gründe dafür anführen kann. Es geht nicht um die Abwehr offensichtlicher Willkürakte, wie dies bei Diskriminierungen aufgrund von Herkunft, Rasse oder Religion der Fall sein mag. Es geht vielmehr darum, einer Ungleichbehandlung gerade in den Fällen vorzubeugen, in denen der Diskriminierende tatsächlich oder vermeintlich „gute Gründe“ vortragen kann dafür, dass er einen Träger schlechter Gene ungleich behandelt. Je zahlreicher daher Ausnahmetatbestände zugunsten einer Verwertung genetischer Daten zugelassen werden und je offener diese formuliert sind, desto größer ist auch die Befürchtung, dass es unter dem Deckmantel sachlicher Rechtfertigung letztlich doch zu der gefürchteten genetischen Zweiklassengesellschaft kommt.

20 § 16b VVG.

21 Vgl. zu dieser Unterscheidung Sachs/*Osterloh*, GG³ (2003) Art. 3 Rn. 239 ff.

2. Ein differenzierteres Bild von den Risiken und Chancen der Gendiagnostik

So nachvollziehbar diese Befürchtungen auch sind, so ungerechtfertigt ist es trotz alledem, allein aufgrund von Schreckensszenarien wie dem einer genetischen Zweiklassengesellschaft oder Schlagworten wie Diskriminierung, Superselektion und sozialer Stigmatisierung von vornherein eine Verwertung von Genomanalysen im Privatrechtsverkehr abzulehnen²². Sicherlich gibt es Fälle, aufgrund deren Tragik jedermann intuitiv dazu neigt, das Risiko genetischer Diskriminierung unter allen Umständen zu unterbinden, so etwa im Fall der unheilbaren Nervenkrankheit Chorea Huntington, deren Symptome – Bewegungsstörungen, Wesensänderungen und schließlich geistiger Zerfall – sich in der Regel um die Mitte des Lebens bemerkbar machen und schließlich unweigerlich zum Tode führen. Niemand möchte einen anderen dem faktischen Zwang aussetzen, unfreiwillig von dieser tragischen Zukunft Kenntnis zu nehmen. Und erst recht niemand möchte einen Betroffenen, der mit solch einem tragischen Schicksal konfrontiert ist, zusätzlich dadurch belasten, dass man ihn schon vor Ausbruch der eigentlichen Erkrankung im gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Leben ausgrenzt oder benachteiligt.

Andererseits spiegelt dieses Szenario nur einen kleinen Ausschnitt der Chancen und Risiken der Genomanalyse wider. Eine Diskussion um die zulässige Verwertung prädiktiver Gentests darf sich nicht darauf beschränken, gendiagnostische Ergebnisse mit der Aura der Schicksalhaftigkeit und Unausweichlichkeit zu umgeben. Eine solche Sichtweise ist schon deshalb nicht gerechtfertigt, weil in der ganz überwiegenden Anzahl aller Fälle die Diagnose einer genetisch bedingten Krankheitsveranlagung nicht bedeutet, dass die Krankheit auch zwangsläufig zum Ausbruch kommen muss²³. Die meisten der derzeit bekannten Krankheiten sind sog. multifaktoriell bestimmte Krankheiten, es sind Krankheiten, die nicht ausschließlich nur auf genetische Störungen zurückzuführen sind, sondern in mehr oder weniger großem Umfang auch auf Lebensgewohnheiten und Umwelteinflüsse²⁴. Und selbst bei den sog. monogenen Krankheiten – bei Krankheiten also, die nach herkömmlicher Auffassung ausschließlich durch genetische Störungen verursacht werden – geht man inzwischen überwiegend davon aus, dass auch sie durch Umwelteinflüsse mit beeinflusst werden können²⁵.

22 Vgl. Lorenz, VersR 1999, 1313: „Der Vorwurf der Diskriminierung wird in den modernen Diskussionen gesellschaftlicher Fragen fast immer erhoben und nicht selten mit oberflächlichen oder übertriebenen Begründungen.“ Siehe auch *Vultejus*, ZRP 2002, 70 (71): „Schimpfwort von einer Diskriminierung“.

23 In diesem Sinne auch Lorenz, VersR 1999, 1311.

24 Vergleiche *Schmidtke*, Genmedizin im Diagnosesektor, in: Winter/Fenger/Schreiber, Genmedizin Rn. 1073 („Gerade bei den häufigen, multifaktoriell [durch Erbe und Umwelt zugleich] bestimmten Erkrankungen [...] wird der prädiktive Wert genetisch-diagnostischer Tests in manchmal geradezu grotesker Weise überschätzt.“).

25 DFG 21. Siehe auch Enquete-Kommission 121: Die Unterteilung in monogene, polyge-

Auch bei genetisch vorbelasteten Menschen ist also der Ausbruch einer Erbkrankheit stets maßgeblich mit vom eigenen Lebensstil und von Umwelteinflüssen abhängig. Gentests haben so gesehen überwiegend eine eher abstrakte Bedeutung – man kann insofern das Ergebnis eines Gentests auch mit einem erhöhten Krankheitsrisiko aufgrund von Rauchen oder Fettleibigkeit vergleichen.

Gegen den schicksalhaften Charakter gendiagnostischer Ergebnisse spricht weiterhin auch, dass es mitunter gerade die Erkenntnisse eines prädiktiven Gentests sind, die überhaupt erst die Chance auf eine *Prävention* drohender Krankheiten eröffnen. So spielt im Bereich der Onkologie die prädiktive Diagnostik zunehmend eine Rolle für eine erfolgreiche Krebsprävention. Man geht davon aus, dass etwa 10 bis 15 Prozent aller Krebserkrankungen eine erbliche Tumordisposition zugrunde liegt. Für eine Reihe von Krebserkrankungen, etwa bei familiären Formen des Schilddrüsenkarzinoms oder bei einer Form von erblichem Dickdarmkrebs, sind bereits erfolgreiche Konzepte für eine Prävention entwickelt worden, meist durch chirurgische Eingriffe²⁶. Bei anderen Krebserkrankungen wie dem erblichen Brustkrebs kann im Falle einer genetischen Veranlagung zumindest durch häufigere Vorsorgeuntersuchungen eine gewisse Risikobegrenzung erreicht werden. Im Falle der erblich bedingten Eisenspeicherkrankheit (Hämochromatose), von der allein in Deutschland schätzungsweise an die 250.000 Menschen betroffen sind, können die Krankheitsfolgen durch eine einfache und effektive Maßnahme verhindert werden: Anlageträger brauchen zumeist nichts anderes tun als einmal im Vierteljahr eine Blutspende abzugeben, durch die dem Körper das überschüssige Eisen entzogen wird. Bleibt die Krankheit hingegen unerkannt und unbehandelt, führt sie zu schwerwiegenden Spätschäden wie Herzschwäche, Leberkrebs, Diabetes oder Nierenversagen²⁷. Der Gefahr des genetisch bedingten plötzlichen Herztods kann durch den Einsatz eines (lebensrettenden) Herzrhythmusgeräts begegnet werden. Präventive Funktion haben Genomanalysen auch dann, wenn sie eine verringerte Fähigkeit des Betroffenen zum Abbau bestimmter Schadstoffe aufzeigen oder bestehende Neigungen zu Allergien (Maurereczem, Bäckerasthma) abklären²⁸.

Schließlich ist eine gewisse Offenheit gegenüber den Möglichkeiten der Gendiagnostik auch deshalb geboten, weil langfristig mit dem Fortschritt in der genetischen Diagnostik auch Fortschritte in der *Therapie* einhergehen werden. Be-

ne und multifaktoriell bedingte Krankheiten stellt lediglich ein vereinfachendes Modell dar; die Entstehung von Krankheiten umfasst stets verschiedene, genetische *und* nicht-genetische Faktoren.

²⁶ DFG 27.

²⁷ Die Kaufmännische Krankenkasse (KKH) hat aus diesen Gründen als erste Krankenkasse in Deutschland Anfang 2001 eine gendiagnostische Reihenuntersuchung initiiert, die eine Früherkennung dieser Erbkrankheit ermöglichen soll; siehe die Pressemitteilungen der KKH, abrufbar unter <http://www.kkh.de>.

²⁸ Enquete-Kommission 139.

reits für die nähere Zukunft wird bei einer Reihe von Krankheitsformen damit gerechnet, dass die Möglichkeiten einer engeren Kombination von genetischer Diagnose und Therapie für Fortschritte insbesondere bei der Wahl der Therapieform und der Dosierung von Arzneimitteln sorgen werden²⁹. Optimistische Prognosen gehen davon aus, dass sich mittels neuer Therapieverfahren eine immer größere Anzahl von Krankheiten behandeln lassen werden und dass es bis zum Jahr 2025 möglich sein wird, Genmutationen auch auf der Ebene der DNA zu korrigieren³⁰. Die Diskrepanz zwischen Diagnostizierbarem und Therapierbarem, einer der Hauptgründe für die Vorbehalte gegenüber der Gendiagnostik, wird sich daher zumindest auf lange Sicht auch wieder vermindern.

Mit dem soeben Gesagten soll weder einer übertriebenen Technologiegläubigkeit noch einem verklärten Fortschrittsoptimismus das Wort geredet werden. Gleichwohl bedarf es einer gewissen Offenheit des Rechts, um den tatsächlichen Chancen und Risiken der Gentechnik gerecht zu werden. Und diese Offenheit kann sich nicht allein auf Regelungen für den medizinischen Sektor beschränken, sondern muss auch andere Bereiche erfassen, in denen die Gendiagnostik von praktischer Relevanz ist. Es wird schwierig sein, für den Arbeits- und Versicherungsbereich auf Dauer ein genetisches Nichtwissen zu fingieren und so zu tun, als gäbe es die Fortschritte in der Genmedizin nicht³¹. Ein Gesetz, das in dieser Strenge die Gendiagnostik außen vor halten will, kann im besten Falle so lange seine Rechtfertigung behalten, als ein Bild vorherrscht, in dem die Gendiagnostik den hilflosen Einzelnen mit seinem unausweichlichen Schicksal konfrontiert. Ein solches Gesetz wird aber umso mehr unter Rechtfertigungsdruck geraten, je mehr die Genmedizin eine „aktive“ Gestaltung der gesundheitlichen Zukunft eines jeden Einzelnen zulässt.

Eine nüchterne Betrachtung der Gentechnik erfordert aber nicht nur positiv die Berücksichtigung ihrer Chancen, sondern auch negativ die Begrenzung möglicher Missbräuche. Eine gesetzliche Regelung hat dafür Sorge zu tragen, dass eine Verwertung gendiagnostischer Ergebnisse, soweit sie für zulässig erachtet wird, stets nur im Einklang mit dem aktuellen Stand der Wissenschaft erfolgen darf. Eine Verwertung gendiagnostischer Daten zulasten des Betroffenen darf nur dann erfolgen, wenn der Zusammenhang zwischen genetischer Veranlagung und dem zu berücksichtigenden Negativ-Merkmal eindeutig feststeht und wenn die entsprechende genetische Untersuchung als sicher und zuverlässig einge-

29 Siehe Enquete-Kommission 129 (für erbliche Tumore, bestimmte Autoimmunkrankheiten, Endokrinopathien und rheumatoide Krankheiten). Siehe auch Botschaft 7365, wo von innovativen Therapieverfahren (inkl. Gentherapie) zur Behandlung von Hämophilie (Bluterkrankheit), Herzkrankheiten und gewissen Krebsarten die Rede ist.

30 Vgl. Botschaft 7365.

31 Vgl. auch *Roellecke*, Das Verhängnis, NJW 2000, 3473 (3474): „Einer möglichen Genomanalyse ein ‚Recht auf Nichtwissen‘ entgegenzuhalten, ist nichts als armselige Versuch, den Status quo der Risikoverteilung zu verteidigen, indem man sich taub und blind stellt.“

stuft wird. Diese Feststellungen können weder a priori durch den Gesetzgeber getroffen werden noch dürfen sie den beteiligten Parteien selbst überlassen werden. Die Aufgabe ist vielmehr einer unabhängigen Expertenkommission zu übertragen, wie sie auch der Schweizer Entwurf in Art. 35 GUMG vorsieht. Ein Gesetz erhält auf diese Weise eine „dynamische Komponente“, die es erlaubt, die konkrete Gesetzesanwendung dem aktuellen Stand der Wissenschaft anzupassen.

Festzuhalten ist daher: Statt eine pauschale Nichtberücksichtigung gendiagnostischer Erkenntnisse zu normieren, sollte sich eine gesetzliche Regelung vielmehr um eine Grenzziehung bemühen, unter welchen Umständen eine Verwertung genetischer Daten nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft und unter Berücksichtigung der Interessen der betroffenen Beteiligten sachlich gerechtfertigt ist³². Dabei sollte sich eine solche Grenzziehung so weit wie möglich in das bestehende Interessengefüge im Arbeits- und Versicherungsrecht einfügen. Ein Vorschlag für eine gesetzliche Regelung der Genomanalyse hat daher zunächst zwischen Arbeits- und Versicherungsverhältnissen zu differenzieren.

3. Die Genomanalyse im Arbeitsrecht

a) Die Aufteilung der sozialen Risiken im Arbeitsrecht

Im Arbeitsrecht ist die Frage, inwieweit der Arbeitgeber im Einstellungsverfahren Informationen zum allgemeinen Gesundheitszustand der Bewerbers erheben und verwerten darf, nicht neu. Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitgeber zwar ein berechtigtes Informationsinteresse hinsichtlich *akuter* Erkrankungen zum Zeitpunkt des geplanten Dienstantritts hat, nicht aber hinsichtlich bloßer *Krankheitsanlagen*. Diese Grenzziehung entspricht der gesetzlichen Aufteilung der sozialen Risiken im Arbeitsrecht³³. Der Arbeitgeber ist nicht verpflichtet, Arbeitnehmer einzustellen, die schon zum Zeitpunkt des vereinbarten Arbeitsbeginns ihrer Arbeitspflicht nicht nachkommen können. Er hat daher auch ein berechtigtes Informationsinteresse daran, ob der Bewerber zum Zeitpunkt der Einstellung leistungs- und einsatzfähig ist. Befindet sich ein Arbeitsverhältnis hingegen im Vollzug, gilt eine differenziertere Risikoverteilung. Arbeitsrechtliche Schutzgesetze wie das Entgeltfortzahlungsgesetz weisen grundsätzlich dem Arbeitgeber das Risiko eines krankheitsbedingten Arbeitsausfalls zu. Allerdings ist sein Risiko dadurch begrenzt, dass die Entgeltfortzahlungspflicht zeitlich limitiert ist und dem Arbeitgeber im Falle einer lang andauernden oder häufig wiederkehrenden Krankheit des Arbeitnehmers ein Kündigungsrecht zusteht. Diese Risikoverteilung vor Augen besteht weder Anlass noch Rechtfertigung, dass sich der Arbeitgeber bereits zum Einstellungszeit-

32 Vgl. auch *Herdegen*, JZ 2000, 633 (636) („vorschnelles und undifferenziertes Verbot“ hätte erhebliche Konflikte zu kollidierenden Rechtsgütern zur Folge).

33 Vgl. *H. Buchner*, in: *Münchener Handbuch des Arbeitsrechts*² (2000) § 41 Rn. 61.

punkt auch über die zukünftigen Krankheitsrisiken eines Bewerbers Kenntnis verschafft. Führen die krankheitsbedingten Fehlzeiten bei einem laufenden Arbeitsverhältnis zu einer billigerweise nicht mehr hinzunehmenden Belastung des Arbeitgebers, ist dieser durch die Kündigung des Arbeitsverhältnisses ausreichend geschützt³⁴. Halten sich die Fehlzeiten dagegen in einem Rahmen, der vom Gesetz als für den Arbeitgeber zumutbar erachtet wird, wäre es auch nicht gerechtfertigt, dass sich der Arbeitgeber dieser Lastenverteilung durch eine extensive Ausdehnung seiner Informationsfreiheit zu entziehen versucht. Der Einsatz gendiagnostischer Methoden ist in diesem Zusammenhang nicht anders zu werten als der Einsatz anderer „Prognoseinstrumente“, die lediglich dazu dienen, über den zukünftigen Gesundheitszustand eines Arbeitnehmers Aufschluss zu geben. Es ist daher nur konsequent, dass sich der Arbeitgeber (auch) nicht mittels prädiktiver Gentests gegen das Risiko eines späteren Arbeitsausfalls absichern darf³⁵.

b) *Zulässige Fallgruppen einer Berücksichtigung genetischer Daten*

Dies heißt umgekehrt aber nicht, dass dem Arbeitgeber der Einsatz von Genomanalysen auch dann verwehrt bleiben muss, wenn er auf diese Weise die Erfüllung der ihn treffenden Pflichten sicherstellen will. Der Arbeitgeber ist aufgrund arbeitsrechtlicher Schutzpflichten und allgemeiner Verkehrspflichten dafür verantwortlich, dass die Sicherheit und Gesundheit seiner Arbeitnehmer gewährleistet ist und dass von einer Arbeitstätigkeit keine Gefahren für Dritte oder die Umwelt ausgehen. Genetische Untersuchungen können hierfür unter Umständen wertvolle Erkenntnisse liefern. Arbeitnehmer, die aufgrund ihrer genetischen Konstitution auf bestimmte gefährliche Arbeitsstoffe besonders empfindlich reagieren, können (und müssen) vor einer Exposition gegenüber diesen Stoffen geschützt werden. Arbeitnehmer, die zu Vigilanz- oder Affektstörungen neigen oder eine Veranlagung zu Epilepsien und schweren Depressionen haben, dürfen nicht in sicherheitsrelevanten Bereichen beschäftigt werden, wo eine uneingeschränkte Zuverlässigkeit des Arbeitnehmers unerlässlich ist³⁶. Missbräuchlich ist es hier nicht, die Erkenntnismöglichkeiten durch Genomanalysen zu nützen. Missbräuchlich wäre es vielmehr, diese zusätzliche Erkenntnisquelle nicht zu nutzen und so den einzelnen Arbeitnehmer oder die Allgemeinheit einer vermeidbaren Gefahr auszusetzen³⁷. Es besteht kein sachlicher Grund dafür, eine Untersuchung allein wegen der Methode der Untersuchung

34 Zur krankheitsbedingten Kündigung (nach deutschem Recht) vgl. *Berkowsky*, in: Münchener Handbuch des Arbeitsrechts² § 136 Rn. 15 ff.

35 In diesem Sinne auch *Diekgräf*, Genomanalyse im Arbeitsrecht, BB 1991, 1854 (1857).

36 Vergleiche schon oben bei Fn. 8.

37 So im Ergebnis auch *Diekgräf*, BB 1991, 1859; *Herdegen*, JZ 2000, 636; *Wiese*, Zur gesetzlichen Regelung der Genomanalyse an Arbeitnehmern, RdA 1988, 218 f.; a.A. *Daubler*, RDV 2003, 9.

zu untersagen, obwohl das zugrundeliegende Informationsinteresse des Arbeitgebers der Sache nach gerechtfertigt und unbestritten ist³⁸.

Einigkeit besteht allerdings darin, dass der Einsatz gendiagnostischer Untersuchungsmethoden nicht dazu führen darf, dass sich der Arbeitgeber anstatt objektiver Arbeitsschutzmaßnahmen lediglich auf eine Auslese der geeignetsten Arbeitnehmer beschränkt. Maxime des Arbeitsschutzes und der Arbeitssicherheit muss es stets sein, objektiv einen Arbeitsplatz so sicher wie möglich zu gestalten und möglichen Gefahren durch objektive Schutzmaßnahmen zu begegnen³⁹. Genetische Untersuchungen dürfen nicht zu dem Zweck eingesetzt werden, den Arbeitsschutz für den Arbeitgeber billiger oder einfacher zu machen, indem er unterbliebene Schutzmaßnahmen dadurch auszugleichen versucht, dass er „robustere“ Arbeitnehmer einsetzt⁴⁰.

4. Die Genomanalyse im Versicherungsrecht

a) *Die Risikoabschätzung als zentrales Element der Privatversicherung*

Während das Interesse des Arbeitgebers, zur Reduzierung von Arbeitsplatzkosten das genetische Risikoprofil eines Bewerbers zu kennen, gegenüber dem existentiellen Interesse des Arbeitssuchenden an einer Arbeitsstelle zurückzutreten hat, ist dem finanziell motivierten Interesse des Versicherers am genetischen Risikoprofil eines potentiellen Vertragspartners nicht generell jede Berechtigung abzusprechen. Die Risikoabschätzung ist für den Versicherer seit jeher elementare Grundlage für seine Entscheidung über das Ob und Wie eines Vertragsschlusses. Die Risikoabschätzung ist das zentrale Element jeder Privatversicherung. Eine Ungleichbehandlung von Versicherungsnehmern aufgrund unterschiedlicher Risikoprognosen ist dem System der Privatversicherung immanent. Ungleichbehandlungen, die ansonsten einem strikten Diskriminierungsverbot unterfallen würden, werden im Bereich der Privatversicherung als zulässig angesehen – exemplarisch ist die Schlechterstellung von Frauen, die in der privaten Krankenversicherung höhere Versicherungsprämien zahlen müssen als Männer. Ohne weiteres zulässig ist es im Bereich der Privatversicherung auch, ganze Personengruppen aufgrund einer negativen Gesundheitsprognose oder auch aufgrund zweifelhafter finanzieller Zuverlässigkeit von vornherein auszuschließen⁴¹. Keiner der Unterscheidungs- und Ausschlussgründe ist bisher mit dem Argument angefochten worden, es handele sich hierbei um eine unzu-

38 In diesem Sinne auch Botschaft 7430.

39 Vgl. statt aller *Simon*, MDR 1991, 13 („unbedingte Nachrangigkeit der Genomanalyse“).

40 Vgl. Enquete-Kommission 141.

41 In der privaten Krankenversicherung reicht der Ausschlusskatalog von Personen mit Diabetes oder schwerem Übergewicht über solche, die sich in psychotherapeutischer Behandlung befinden bis hin zu Personen, die arbeitslos sind oder als Ausländer keine längerfristige Aufenthaltsgenehmigung haben.

lässige Diskriminierung. Ihre Berücksichtigung ist vielmehr als notwendig anerkannt, damit der Versicherer – im eigenen Interesse und im Interesse der von ihm gebildeten Versicherungsgemeinschaft – Leistung und Gegenleistung in ein angemessenes Verhältnis setzen und das übernommene Risiko kalkulierbar machen kann. Im Rahmen einer solchen Risikoevaluation wäre die genetische Veranlagung lediglich ein zusätzlicher Risikofaktor unter anderen – ebenso wie etwa Rauchen, Bluthochdruck oder ein erhöhter Cholesterinwert.

b) Die „Sozialisierung“ der Privatversicherung

Der Ausschluss oder die Ungleichbehandlung von Risikogruppen im Bereich der Privatversicherung wird bisher in erster Linie damit gerechtfertigt, dass eine Grundversorgung an Versicherungsschutz durch die staatlichen Sozialversicherungssysteme gewährleistet werden kann, die gerade nicht auf dem Risiko-, sondern auf dem Solidaritätsprinzip fußen und daher einen Ausschluss von bestimmten Risikogruppen von vornherein nicht kennen. Allerdings ist gegenwärtig die Tendenz zu beobachten, dass sich der Staat vor allem aus finanziellen Zwängen zunehmend aus dem Bereich der Sozialversicherung zurückzieht und die soziale Absicherung der eigenverantwortlichen privatrechtlichen Gestaltung des Einzelnen überlässt. Dies gilt für die Altersvorsorge – Stichwort „Private Lebensversicherung als dritte Säule der Altersvorsorge“ – ebenso wie für die Krankheits- und Berufsunfähigkeitsvorsorge, wo private Zusatzversicherungen entsprechende Kürzungen staatlicher Sozialversicherungsleistungen auffangen sollen. Sollte sich dieser Trend bestätigen und weiter fortsetzen, wird dies auch Auswirkungen auf das Modell der Privatversicherung haben. Unausweichlich bedingt eine solche Privatisierung gleichzeitig eine „Sozialisierung“ der Privatversicherung. Dies gilt jedenfalls dann, wenn *existentielle* Versicherungsleistungen aus der Sozialversicherung ausgegliedert werden sollten. Denn in diesem Fall werden faktisch die Aufgaben staatlicher Sozialfürsorge auf die privaten Versicherungsgesellschaften übertragen. Was wiederum dazu führt, dass die zentralen Elemente eines Privatversicherungsrechts – die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses und die Risikoäquivalenz der Vertragsgestaltung – als Gestaltungsfaktoren in den Hintergrund treten müssen. Je mehr Aufgaben sozialer Grundsicherung die privaten Versicherungen übernehmen sollen, desto mehr werden alle bisher eingesetzten Ausschluss- und Unterscheidungskriterien unter Rechtfertigungsdruck geraten.

c) Die spezifische Problematik genetischen Wissens

Was die individuelle Risikoeinschätzung der genetischen Konstitution eines Versicherungsnehmers angeht, hat der Konflikt zwischen dem Interesse der Versicherer an einem risikoadäquaten Vertragsschluss und dem Interesse der Allgemeinheit an einem freien Zugang zu existentiellen Versicherungs-

leistungen bisher noch keine praktische Bedeutung erlangt. Gentests spielen im Versicherungsbereich derzeit keine erwähnenswerte Rolle⁴². Dies liegt zum einen daran, dass die Ergebnisse prädiktiver Gentests bislang nicht die nötige Genauigkeit und Aussagekraft aufweisen. Solange Gentests nur eine vage Prognose des künftigen Gesundheitsstatus ermöglichen, ist es nicht gerechtfertigt, diese zulasten des Antragstellers zu berücksichtigen. Gleiches gilt, wenn Versicherer sich ausschließlich auf die negativen Konsequenzen einer Genomanalyse, d.h. die höhere Wahrscheinlichkeit eines Krankheitsausbruchs konzentrieren würden, ohne aber Möglichkeiten der Prävention und Therapie adäquat in die Beurteilung des Versicherungsrisikos miteinzubeziehen.

Zum anderen ist fraglich, ob Versicherer von sich aus überhaupt ein gesteigertes Interesse daran haben, die Ergebnisse prädiktiver Gentests zu berücksichtigen. Die Unternehmen konnten auch mit den bisherigen Methoden einer Risikoprüfung das zu übernehmende Risiko ausreichend gut bewerten⁴³. Und selbst wenn die Gendiagnostik in Zukunft genauere und aussagekräftigere Risikoprognosen ermöglicht, birgt dieser Fortschritt für die Versicherungsbranche auch ein nicht zu unterschätzendes Risiko⁴⁴. Je exakter der einzelne Versicherungsnehmer entsprechend seinem individuellen genetischen Risikoprofil eingestuft und seine Prämie kalkuliert wird, desto mehr kommt es zu einer Aufsplitterung der Versichertengemeinschaft. In letzter Konsequenz würde dann von einer Risikogemeinschaft im eigentlichen Sinne nicht mehr viel übrig bleiben⁴⁵. Personen mit geringem Risiko würden sich gar nicht mehr versichern und umgekehrt würden solche Personen mit einem hohen Risiko nach einem umfassenden Versicherungsschutz streben. Für bestimmte Versicherungsarten, vor allem für die Lebensversicherung, wird daher sogar ein Zusammenbruch des gesamten Marktes prophezeit für den Fall, dass genetische Daten im großen Umfang verwertet werden⁴⁶. So betrachtet scheint es gerade auch im Interesse der Versicherer zu sein, wenn die Möglichkeiten der Risikoabschätzung einen bestimmten Genauigkeitsgrad nicht überschreiten. Es entspringt daher auch keiner reinen Selbstlosigkeit, wenn sich die deutsche Versicherungsbranche freiwillig dazu verpflichtet hat, eine Durchführung prädiktiver Gentests nicht zur Voraussetzung eines Vertragsschlusses zu machen und auch Ergebnisse anderweitig durchgeführter prädiktiver Gentests weder zu verlangen noch anzunehmen oder sonst zu verwerten⁴⁷.

42 Und zwar auch dort, wo ihre Verwertung (noch) nicht gesetzlich untersagt ist; siehe Enquete-Kommission 143 (für Deutschland) und Botschaft 7438 (für die Schweiz).

43 Vgl. *Oehlenberg*, Gentechnologie und Versicherungsmärkte: Überlegungen aus Sicht der Versicherungsaufsicht; abrufbar unter http://www.spdfraktion.de/pa/wag/rem/bav_gentests_und_versicherungswesen2-2001.pdf.

44 Vgl. *Uhlemann*, Falsche Erwartungen – falsche Befürchtungen? GGW 2002, 26 (28 f.).

45 Vgl. Enquete-Kommission 144.

46 *Fenger/Schöffski*, NVersZ 2000, 453.

47 Die Selbstbeschränkung, auch die Ergebnisse von aus anderen Gründen freiwillig

Fraglich ist allerdings, ob sich dieser „Schleier des genetischen Nichtwissens“, egal ob er faktisch bedingt, freiwillig auferlegt oder gesetzlich vorgegeben ist, auf Dauer aufrechterhalten lassen wird. Problematisch ist insbesondere, wenn dieser Schleier einseitig zugunsten der Versicherungsinteressenten gelüftet wird⁴⁸. Versicherungsunternehmen sind zwingend darauf angewiesen, dass zwischen ihnen und den Versicherungsinteressenten ein Informationsgleichgewicht herrscht. Ansonsten kommt es zu der schon oben erwähnten Gefahr einer Antiselektion. Es liegt nahe, dass Personen, die aufgrund eines Gentests in absehbarer Zeit mit dem Ausbruch einer stark lebensverkürzenden oder sehr kostenintensiven Krankheit rechnen müssen, sich verstärkt um einen umfassenden Versicherungsschutz bemühen werden – vor allem dann, wenn sie dieses risikoeerhebliche Wissen gegenüber Versicherern nicht offenbaren müssen und daher Versicherungsschutz zu (Normal-)Tarifen erhalten, die das erhöhte Versicherungsrisiko nicht adäquat widerspiegeln. Gerade im Bereich der Lebensversicherungen besteht die Gefahr, dass sich Personen mit nur noch kurzer Lebenserwartung ihren Informationsvorsprung zunutze machen und Versicherungen in großem Umfang abschließen – unter Umständen sogar, um diese dann auf einem Sekundärmarkt sogleich wieder weiterzuveräußern⁴⁹. Die Folge ist, dass die Versichertengemeinschaft als Ganze diese Missbräuche mittragen muss und es so über kurz oder lang zu einem allgemeinen Anstieg der Versicherungsprämien zulasten aller kommen wird.

Ein erhöhter Druck, genetische Risikofaktoren beim Abschluss von Versicherungen mit zu berücksichtigen, geht aber nicht allein von der Gefahr einer Antiselektion aus. Zusätzlich ist vielmehr auch von Versicherungsnehmern mit „guten“ Daten ein gewisser Druck dahingehend zu erwarten, dass diese ihre günstige genetische Konstitution in Form einer günstigeren Prämienkalkulation berücksichtigt wissen wollen. In einer speziellen Konstellation findet dieses Interesse bereits breite Anerkennung, und zwar für den Fall, dass negative Indizien (beispielsweise aus einer Familienanamnese), die an sich eine erhöhte Risikoprämie bedingen würden, durch die Vorlage eines Gentests ausgeräumt werden können⁵⁰. Es ist zu erwarten, dass mit zunehmender Transparenz geneti-

durchgeführten Gentests nicht zu berücksichtigen, erstreckt sich auf private Krankenversicherungen und auf alle Arten von Lebensversicherungen einschließlich Berufsunfähigkeits-, Erwerbsunfähigkeits-, Unfall- und Pflegeversicherungen bis zu einer Versicherungssumme von weniger als 250.000 Euro bzw. einer Jahresrente von weniger als 30.000 Euro; siehe Gesamtverband der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV) (2001), Freiwillige Selbstverpflichtungserklärung der Mitgliedsunternehmen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e.V. (GDV). Die Selbstverpflichtung ist bis zum 31. Dezember 2006 befristet.

48 Siehe Enquete-Kommission 149.

49 Siehe dazu schon oben bei Fn. 7.

50 Siehe etwa § 16b VVG des deutschen Entwurfs für ein Gentest-Gesetz: „Der Versicherer darf freiwillig offenbarte Informationen aus früheren genetischen Untersuchungen der Begründung oder Änderung eines Versicherungsverhältnisses zu Grunde legen, wenn

scher Unterschiede die Begehrlichkeit derjenigen mit guten Daten wachsen wird und dass der Wunsch nach einer positiven Berücksichtigung genetischer Faktoren nicht auf solch eine begrenzte Ausnahmekonstellation beschränkt bleibt. Versicherungsnehmer mit einem überdurchschnittlich günstigen genetischen Risikoprofil werden es vielmehr bereits als ungerechtfertigte Behandlung empfinden, wenn sie in dieselbe Risikoklasse eingestuft werden wie Versicherungsnehmer mit einem durchschnittlichem Risikoprofil. Und im (zunehmend internationalen) Wettbewerb um Versicherungskunden wird sich früher oder später ein Unternehmen finden, das ein niedrigeres genetisches Risikoprofil mit niedrigeren Prämien belohnt. Was wiederum dazu führt, dass auch alle anderen Versicherer diesem Schritt folgen müssen, um diese Kunden nicht zu verlieren.

Dieser Wettbewerbsdruck und die oben angesprochene Gefahr der Antiselektion sind also die beiden ausschlaggebenden Faktoren, weshalb Versicherungsunternehmen – eine entsprechende Aussagekraft von Gentests vorausgesetzt – in Zukunft de facto gezwungen sein könnten, genetische Daten beim Abschluss von Versicherungsverträgen zu berücksichtigen. Mit einer willkürlichen genetischen Diskriminierung hat dies wenig zu tun. Gleichwohl stellt sich das oben angesprochene Problem, dass eine selektive Ausgestaltung der Privatversicherung umso schwerer zu rechtfertigen ist, je mehr die Privatversicherung auch eine Funktion sozialer Absicherung übernimmt.

d) *Mögliche Lösungen*

Absolutes Verwertungsverbot: Der unterschiedslose Zugang aller zu einer Grundversorgung an Versicherungsschutz kann am effektivsten durch ein absolutes Verwertungsverbot genetischer Daten nach österreichischem Vorbild gewährleistet werden⁵¹. Gleichwohl ist eine solche Lösung abzulehnen, da sie zu sehr in die Maxime eines Informationsgleichgewichts zwischen Versicherer und Versicherungsnehmer eingreifen würde. Versicherer sind zur Vermeidung von Antiselektion darauf angewiesen, dass sie bei Vertragsschluss den gleichen Kenntnisstand wie die Antragsteller haben. Es geht nicht darum, dass ein Antragsteller aufgrund seiner genetischen Konstitution ungerechtfertigterweise benachteiligt werden soll. Es geht vielmehr umgekehrt darum, dass ein Antragsteller keinen ungerechtfertigten Vorteil daraus ziehen soll, dass er trotz oder gerade wegen seiner Kenntnis einer risikohöhenenden Eigenschaft eine Versicherung zu Konditionen abschließt, die dieses erhöhte Risiko nicht adäquat widerspiegeln.

Differenzierung nach Versicherungssummen: Der Missbrauch eines Informationsungleichgewichts wiegt vor allem dann schwer, wenn es um hohe Versi-

und soweit damit dargelegt werden kann, dass der Versicherungsnehmer zu Unrecht in eine Gruppe mit erhöhtem Risiko eingestuft worden ist.“ Siehe auch aus Sicht des deutschen Bundesaufsichtsamts für Versicherungswesen *Oehlenberg* (Fn. 43) 13.

51 Siehe schon oben III. 1.

cherungssummen geht. Zu denken ist in erster Linie an den Abschluss von Lebensversicherungen, die aufgrund der einmaligen Auszahlung einer hohen Versicherungssumme auch einen gewissen spekulativen Charakter besitzen. Entspricht der Abschluss einer Versicherung hingegen den normalen Bedürfnissen eines Versicherungsnehmers, dient die Versicherung insbesondere der sozialen Grundsicherung des Versicherungsnehmers, ist auch die Gefahr geringer, dass mit einem Versicherungsantrag missbräuchliche Absichten verfolgt werden. Es bietet sich daher als Kompromiss an, die Verpflichtung zur Offenbarung bereits durchgeführter Gentests von der Höhe der Versicherungssumme abhängig zu machen. Geht die Versicherungssumme über das hinaus, was üblicherweise das Bedürfnis an einer sozialen Grundsicherung abdeckt, ist dem Interesse der Versicherer an einer Abwehr der Antiselektionsgefahr der Vorrang einzuräumen. Bewegt sich die Höhe der Versicherung dagegen im Rahmen existentieller Daseinsvorsorge, ist dem Interesse des Versicherungsnehmers an einem Grundversicherungsschutz der Vorrang einzuräumen, der ihm selbst im Falle einer nachteiligen genetischen Konstitution nicht verwehrt bleiben darf – unabhängig davon, ob er im Einzelfall von seiner genetischen Veranlagung Kenntnis hat oder nicht⁵². Zur Vermeidung einer Antiselektionsgefahr ist es außerdem auch nicht erforderlich, vom Antragsteller eine genetische Untersuchung vor Vertragsschluss zu verlangen, so dass dieser unter Umständen unfreiwillig von seiner Krankheitsveranlagung erfährt. Es ist lediglich erforderlich, dass er diejenigen Kenntnisse über seine genetische Konstitution dem Versicherer offenbart, die er bereits aufgrund anderweitig durchgeführter Gentests hat.

Einheitliche Sozialversicherung: Eine unbeschränkte Berücksichtigung genetischer Daten im Bereich der Privatversicherung ist schließlich dann unproblematisch, wenn ein nach dem Solidaritätsprinzip organisiertes Sozialversicherungssystem einen Basis-Versicherungsschutz für jedermann gewährleistet⁵³. Verschiedentlich haben daher Vorschläge eine für alle zwingende Einheitsversicherung zum Gegenstand, die eine Grundversorgung an Versicherungsschutz für jedermann unabhängig von der individuellen Risikoeinschätzung sichern soll⁵⁴. Die Aufgabe der Privatversicherung würde sich dann im Wesentlichen auf die Versicherung von Zusatzrisiken beschränken, wobei eine Verwertung gendiagnostischer Ergebnisse für diese Versicherungen ohne Einschränkungen zulässig wäre. Der Vorschlag einer obligatorischen Einheitsversicherung für alle läuft in gewisser Weise der oben angesprochenen

52 Eine Differenzierung nach Versicherungssummen entspricht dem Schweizer Gesetzesentwurf, wonach bei Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme von höchstens 400.000 Franken und bei freiwilligen Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von höchstens 40.000 Franken ein Nachforschungs- und Verwertungsverbot gendiagnostischer Ergebnisse besteht. Ähnlich gestaltet ist auch die Selbstverpflichtung der deutschen Versicherungsunternehmen (siehe oben Fn. 47).

53 Siehe schon oben III. 4. b.

54 Vergleiche Enquete-Kommission 150.

Tendenz zu einer Privatisierung im Sozialversicherungsbereich entgegen: Während staatliche Sparzwänge eine Individualisierung und Privatisierung sozialer Absicherung vorantreiben, erfordert umgekehrt die durch die Gendiagnostik forcierte Sichtbarmachung individueller Unterschiede eine staatliche erzwungene Gleichbehandlung aller im Interesse eines unterschiedslosen existentiellen Versicherungsschutzes.

IV. Fazit

Für ein umfassendes Verbot der Berücksichtigung genetischer Daten im Bereich des Arbeits- und Versicherungsrechts besteht weder Bedarf noch Berechtigung. Insbesondere kann nicht überzeugen, wenn die Unzulässigkeit genetischer Differenzierung pauschal mit dem schicksalhaften und diskriminierenden Charakter gendiagnostischer Erkenntnisse begründet wird. Eine gesetzliche Regelung sollte daher nicht darauf abzielen, eine Berücksichtigung genetischer Daten generell zu unterbinden, sondern vielmehr dafür Sorge tragen, dass genetische Daten nur in sachlich gerechtfertigten Fällen berücksichtigt werden. Für eine entsprechende Grenzziehung bietet es sich an, auf die bisherigen Prinzipien des Arbeits- und Versicherungsrechts zurückzugreifen. Im Arbeitsrecht bieten die Grundsätze über die Grenzen des Fragerechts des Arbeitgebers eine sachgerechte Lösung. Und im Versicherungsrecht ist für die Berücksichtigung genetischer Risikofaktoren grundsätzlich daran festzuhalten, dass der Abschluss einer Privatversicherung unter der Maxime der Risikoäquivalenz eines Vertragsschlusses steht.

Eine andere Frage ist für den Bereich des Privatversicherungsrechts, wie darauf reagiert werden soll, wenn der Privatversicherung in Zukunft mehr und mehr auch Aufgaben der sozialen Grundsicherung zufallen sollten. Eine Berücksichtigung genetischer Unterschiede ist zwar auch in diesem Fall kein Diskriminierungs-, wohl aber ein „Teilhabeproblem“. Allerdings ist ein Ausschluss Einzelner von existentiellen Versicherungsleistungen stets ein Problem, egal ob dieser Ausschluss auf genetischen Eigenschaften des Betroffenen oder auf irgendwelchen anderen Eigenschaften beruht. Genetische Differenzierungskriterien nehmen daher insoweit keine Sonderrolle ein. Ihre besondere Bedeutung beschränkt sich darauf, dass sie den Katalog möglicher Differenzierungskriterien erheblich erweitern und somit das Problem einer Benachteiligung beim Zugang zum Versicherungsmarkt verstärkt ins Blickfeld rücken. Letztlich geht es aber um die allgemeine Frage, ob sich die bislang zentralen Elemente des Privatversicherungsrechts – die Freiwilligkeit des Vertragsschlusses und die Risikoäquivalenz der Vertragsgestaltung – auch bei einer „Sozialisierung“ der Privatversicherung aufrechterhalten lassen. Es geht um die grundsätzliche Frage, inwieweit mit einer Umgestaltung des Sozialstaats auch eine Umgestaltung des Privatversicherungsrechts im Ganzen einhergehen muss.