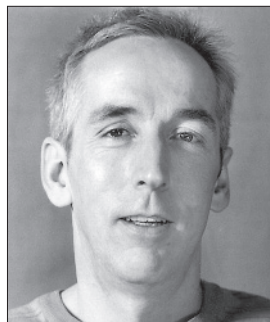


Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG)



Dr. iur. KURT PÄRLI,
Fachhochschule Nord-
westschweiz, Olten

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
 - I. Ausgangslage und Überblick
 - II. Völker- und verfassungsrechtliche Fundierung
 - 1. Schutz vor genetischer Diskriminierung im Völkerrecht
 - 2. Grundrechtliche Schutzpflichten und Verfassungsauftrag nach Art. 119 Abs. 2 BV
- B. Genetische Untersuchungen im Arbeits- und Versicherungsbereich
 - I. Restriktive Regelungen im Arbeitsbereich
 - 1. Arbeitsrechtlicher Datenschutz und GUMG-Diskriminierungsverbot
 - 2. Ein Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot mit Ausnahmen
 - 2.1 Die Grundregel in Art. 21 GUMG
 - 2.2 Die Durchbrechung des Untersuchungsverbot in den Art. 22–25 GUMG
 - 3. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung
 - II. Differenzierte Lösung im Versicherungsbereich
 - 1. Vorbemerkungen
 - 2. Absolutes Untersuchungsverbot
 - 3. Beschränktes Nachforschungs- und Verwertungsverbot
 - 3.1 Existenziell bedeutende Versicherungen
 - 3.2 Übrige Versicherungen
 - 4. Rechtsdurchsetzung
- C. Würdigung
 - I. Grundsätzlich gelungene Interessenabwägung, aber ...
 - II. Ein (weiteres) neues gesetzliches Diskriminierungsverbot
 - III. Privilegierte Erbkrankheiten

A. Einleitung

I. Ausgangslage und Überblick

Rasche medizinische Fortschritte in der Erforschung des menschlichen Erbgutes führ(t)en zur Anwendung neuer Analysemethoden zur Bestimmung von Genen, die für

Krankheiten und Behinderungen zumindest mitverantwortlich sind. Krankheitsanlagen können immer besser bereits vor dem Auftreten klinischer Symptome entdeckt werden. Mit modernen genetischen Untersuchungen werden menschliche Handlungsspielräume und damit auch individuelle Entscheidungsmöglichkeiten vergrössert¹. Diese Entscheidungsmöglichkeiten bedingen aber Entscheidungsspielräume, die in asymmetrischen Machtverhältnissen nicht vorausgesetzt werden können. Dies trifft unter anderem auf Arbeits- und Versicherungsverhältnisse zu². Seit den 1990er Jahren wurden in empirischen Studien vorwiegend aus den USA und Kanada Fälle diskriminierender Ungleichbehandlung von Menschen aufgrund ihres Erbgutes durch Arbeitgeber und Versicherer dokumentiert³. Um den realen Ängsten vor genetischer Diskriminierung zu begegnen, wurden in verschiedenen Staaten gesetzgeberische Regelungen über den Umgang mit genetischen Informationen geschaffen⁴. In der Schweiz wurde gestützt auf die 1992 in die Verfassung aufgenommene Bestimmung über den Schutz des Menschen und seiner Umwelt gegen Missbräuche in der Fortpflanzungsmedizin und Gentechnologie im Humanbereich ein Gesetzgebungsprogramm lanciert, zu dem ein Gesetz über genetische Untersuchungen am Menschen gehört⁵. Ein durch eine Expertenkommission ausgearbeiteter Vorentwurf bildete die Grundlage für das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen (GUMG), das am 1.1.2007 in Kraft getreten ist⁶.

- 1 HANSJAKOB MÜLLER in einem Interview mit der Organisation Gen-Dialog im Rahmen einer Veranstaltung "GEN-DIALOG: Diagnostik am Menschen", Juni 2002; Quelle: [www. http://www.gensuisse.ch/focus/gendiag/index.html#toc](http://www.gensuisse.ch/focus/gendiag/index.html#toc) (Zugriff: 30.9.2006).
- 2 Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002 (Botschaft GUMG), BBl 2002, 7362.
- 3 Siehe dazu THOMAS LEMKE, Die Polizei der Gene – Formen und Felder genetischer Diskriminierung, Institut für Sozialforschung, Frankfurt am Main, 2006, 41–50 (ein Überblick über empirische Studien).
- 4 Siehe dazu die Übersicht zur rechtlichen Lage in verschiedenen Staaten Europas in der Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11. September 2002 (Botschaft GUMG), BBl 2002, 7383 ff.
- 5 Dieses Vorgehen basiert auf der Grundlage des Berichts vom Januar 1993 "Koordination der Rechtsetzung über Gentechnik" der interdepartementalen Arbeitsgruppe für Gentechnologie (IDAGEN).
- 6 Bei Redaktionsschluss stand das Datum des Inkrafttretens zwar noch nicht definitiv fest, doch wird allgemein davon ausgegangen, dass der Bundesrat das GUMG zusammen mit der Verordnung auf den 1.1.2007 in Kraft setzen wird. Zum

Das GUMG regelt, unter welchen Voraussetzungen genetische Untersuchungen im medizinischen Bereich, im Arbeits-, Versicherungs- und Haftpflichtbereich durchgeführt werden dürfen (Art. 1 Abs. 1 GUMG). Der Geltungsbereich umfasst sowohl privat- als auch öffentlichrechtliche Arbeits- und Versicherungsverhältnisse. Das GUMG regelt darüber hinaus die Erstellung von DNA-Profilen zur Klärung der Abstammung oder zur Identifizierung von Personen (Art. 1 Abs. 2 GUMG). Nicht anwendbar ist das Gesetz auf genetische Untersuchungen zu Forschungszwecken, soweit nicht im GUMG selber etwas anderes vorgesehen ist (Art. 1 Abs. 3 GUMG).

Fokus des vorliegenden Beitrages bilden die Schutzbestimmungen des GUMG im Arbeits- und Versicherungsbereich. Dargestellt wird zuerst die völker- und verfassungsrechtliche Fundierung eines verstärkten Diskriminierungsschutzes aufgrund genetischer Disposition⁷ und anschliessend die Verankerung der Art. 21–27 GUMG im bestehenden Arbeits-, Sozial- und Privatversicherungsrecht⁸. Mit den neuen Bestimmungen im GUMG wird arbeitsrechtlich, sozial- und privatversicherungsrechtlich zwischen den Ergebnissen präsymptomatischer genetischer Untersuchungen und den Ergebnissen von Untersuchungen nicht genetischer Untersuchungen unterschieden. Eine kritische Auseinandersetzung mit dieser Unterscheidung bildet den Abschluss des Beitrages⁹.

II. Völker- und verfassungsrechtliche Fundierung

1. Schutz vor genetischer Diskriminierung im Völkerrecht

Die Allgemeine Erklärung der UNESCO über das menschliche Genom und Menschenrechte vom 11. November 1997¹⁰ enthält in Art. 6 ein ausdrückliches Verbot genetischer Diskriminierung¹¹. Die UNESCO-Erklärung hat jedoch nur den unverbindlichen Charakter einer Empfehlung¹². In universellen verbindlichen völkerrechtlichen Menschenrechtsverträgen ist ein Schutz vor genetischer Diskriminierung bis heute nicht enthalten. Der internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte (IPwskR) und der Pakt über bürgerliche und politische Rechte (IPpbR) enthalten eine offene Liste möglicher Diskriminierungsgründe. Durch das Kriterium "sonstiger Status" ist eine Erweiterung der Diskriminierungsgründe möglich. Für den arbeits- und sozialversicherungsrechtlichen Kontext ist "General comment" Nr. 18 zu Art. 6 des zuständigen Überwachungsausschusses des IPwskR relevant. Unter dem Stichwort "Zugang zum Arbeitsmarkt" wird festgehalten, jede Diskriminierung aufgrund u.a. einer Behinderung oder des Gesundheitszustandes einschliesslich HIV/Aids sei unzulässig¹³. Der genetische Status kann unter "Gesundheitszustand" subsumiert werden. In einem Report der Kommission für Menschenrechte der Vereinten Nationen zu "Human rights and the humane genome"¹⁴ wird auf die Gefahren der Diskriminierung durch Versicherer ("... discrimination by insurers is just the sharp end of a much larger eugenic tendency..."¹⁵) und Arbeitgeber ("... cases of discrimination by employers have also been reported"¹⁶) hingewiesen. Es wird von einer "genetic underclass"¹⁷ gewarnt und ein Verbot genetischer Diskriminierung durch Arbeitgeber gefordert¹⁸.

Weder die Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) noch die Europäische Sozialcharta (ESC) enthalten einen spezifischen Schutz vor genetischer Diskriminierung. Die Liste der Diskriminierungskriterien in Art. 14 EMRK enthält das Kriterium "other status", worunter eine genetische Diskriminierung gefasst werden kann. Das Diskriminierungsverbot der EMRK besteht jedoch "nur" für die Ausübung der EMRK-Rechte und somit nicht für den arbeits- und versicherungsrechtlichen Bereich. In der ESC findet sich der Begriff "Gesundheit" unter den Diskriminierungskriterien. Auch eine genetische Disposition fällt darunter. Die Bestimmungen der ESC sind indes nicht justizabel. Mit der Erwähnung des Diskriminierungskriteriums "Gesundheit" sind die Mitgliedstaaten¹⁹ jedoch verpflichtet, die in der ESC garantierten Rechte, namentlich auch die Arbeitsrechte, frei von jeder Diskriminierung aufgrund des Gesundheitszustandes zu gewähren²⁰. Im europäischen Ge-

aktuellen Stand ist die Homepage der Bundeskanzlei zu konsultieren: www.bk.admin.ch.

7 Siehe hinten, A/II/1.

8 Siehe hinten, B/I und II.

9 Siehe hinten, C.

10 Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, adopted by the General Conference of the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization at its twenty-ninth session on 11 November 1997; endorsed by General Assembly resolution 53/152 of 9 December 1998.

11 Article 6 Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights: No one shall be subjected to discrimination based on genetic characteristics that is intended to infringe or has the effect of infringing human rights, fundamental freedoms and human dignity.

12 BERTRAND MATTHIEU, *Le droit de la bioéthique, miroir et acteur des transformations sociales et humaines*, in: MAURO BUSSANI/MICHELE GRADZIADAI (Hrsg.), *Human Diversity and the Law*, Berne, Brüssel, Athen, 2005, 107.

13 Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment Nr. 18, *The right to work*, (Thirty-fifth session, 2005), U.N.Doc E/C.12/GC/18 (2006), Ziffer 12 b.

14 Economic and Social Council, *Specific Human Rights Issues, Human rights and the humane genome*, Preliminary report submitted by the Special Rapporteur, 23. Juli 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/38.

15 Economic and Social Council (FN 14) Rz 24.

16 Economic and Social Council (FN 14) Rz 26.

17 Economic and Social Council (FN 14) Rz 25.

18 Economic and Social Council (FN 14) Rz 27.

19 Die Schweiz hat die ESC nicht ratifiziert.

20 KURT PÄRLI, *Behinderungsbegriff im Kontext der Richtlinie 2000/78/EG: Offenes und weites Verständnis notwendig*, in: *European Law Reporter* 9/2006, 385.

meinschaftsrecht ist das Diskriminierungsverbot aufgrund genetischer Merkmale in Art. 21 Abs. 2 der rechtlich (vorerst) noch nicht verbindlichen Europäischen Grundrechtscharta ausdrücklich erwähnt²¹.

Einen ausdrücklichen Schutz aufgrund des genetischen Erbes enthält jedoch das Europäische Übereinkommen vom 4. April 1997 über Menschenrechte und Biomedizin. Art. 11 verbietet "Jede Form von Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbgutes". Das Diskriminierungsverbot wird ergänzt durch die in Art. 12 festgehaltenen Einschränkungen der Zulässigkeit prädiktiver genetischer Tests. Solche Tests sind "Untersuchungen, die es ermöglichen, genetisch bedingte Krankheiten vorherzusagen oder bei einer Person entweder das Vorhandensein eines für eine Krankheit verantwortlichen Gens festzustellen oder eine genetische Prädisposition oder Anfälligkeit für eine Krankheit zu erkennen". Diese Untersuchungen dürfen nur für Gesundheitszwecke oder für gesundheitsbezogene wissenschaftliche Forschung durchgeführt werden. Nicht zulässig sind deshalb grundsätzlich prädiktive Tests im Rahmen von Einstellungsuntersuchungen im Arbeitsbereich, soweit diese Tests nicht ausschliesslich durch den Gesundheitsschutz betroffener Arbeitnehmer/innen bedingt sind²². Das Übereinkommen wurde bis heute von 19 Staaten ratifiziert²³. Die Schweiz hat das Vertragswerk unterzeichnet, die Ratifikation steht noch aus²⁴.

2. Grundrechtliche Schutzpflichten und Verfassungsauftrag nach Art. 119 Abs. 2 BV

Der Umgang mit genetischen Untersuchungen ist grundrechtsrelevant²⁵. Ausgehend vom Schutz der Würde des Menschen in Art. 7 BV ist besonders das in Art. 13 Abs. 2 BV verankerte Recht auf informationelle Selbstbestimmung²⁶ zu beachten. Jeder Mensch soll das Recht haben, selber darüber zu entscheiden, ob er Information über sein Erbgut will und wem diese Informationen zugänglich gemacht werden dürfen. Zum grundrechtlichen Schutz gehört das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV. Zwar figuriert der "genetische Status" nicht unter den namentlich aufgeführten Diskriminierungskriterien. Das offene Konzept des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes ("Niemand darf diskriminiert werden, namentlich nicht...") und das Stigmatisierungspotenzial der genetischen Konstitution eines Menschen lassen jedoch den Schluss zu, dass auch der genetische Status vom Diskriminierungsverbot erfasst ist²⁷. Die grundrechtlichen Abwehransprüche gegenüber dem Staat werden ergänzt durch grundrechtliche Schutzpflichten²⁸. Im vorliegenden Zusammenhang haben deshalb Gesetzgeber, Verwaltung und Gerichte²⁹ dem informationellen Selbstbestimmungsrecht und dem Diskriminierungsverbot auch unter Privaten Wirksamkeit zu verschaffen.

Eine ausdrückliche Kompetenzgrundlage für ein gesetzgeberisches Tätigwerden ist überdies in Art. 119 BV enthalten. Nach Art. 119 Abs. 1 BV ist der Mensch vor Missbräuchen der Fortpflanzungsmedizin und der Gen-

technologie geschützt. Die Anwendung der Möglichkeiten der Gentechnologie soll nicht verboten werden. Der Staat aber hat dafür zu sorgen, dass die Nutzung der Gentechnologie das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Menschen wahr³⁰. Dazu bestimmt Art. 119 Abs. 2, die Vorschriften des Bundes müssten für den Schutz der Menschenwürde, der Persönlichkeit und der Familie sorgen. Für den Arbeits- und Versicherungsbereich relevant ist die Bestimmung in Art. 119 Abs. 2 Buchstabe f BV, wonach das Erbgut einer Person nur mit deren Zustimmung oder durch Vorschrift durch ein Gesetz untersucht, registriert oder offenbart werden darf. Im GMUG werden diese Anforderungen umgesetzt. Für die Auslegung der GUMG-Bestimmungen (auch) im Arbeits- und Versicherungsbe-

-
- 21 HANS-WERNER RENGELING / PETER SZCZEKALLA, Grundrechte in der Europäischen Union, Charta der Grundrechte und Allgemeine Rechtsgrundsätze, Köln, Berlin, München, 2004, 714, N 890.
 - 22 Botschaft betreffend das Übereinkommen vom 4. April 1997 zum Schutze der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin und das Zusatzprotokoll vom 12. Januar 1998 über das Verbot des Klonens menschlicher Lebewesen vom 12. September 2001 (Botschaft Übereinkommen MR- und Biomedizin), BBl 2001, 309.
 - 23 Quelle: Europarat, Vertragsbüro, siehe <http://conventions.coe.int>.
 - 24 Die Ratifikationsvorlage ist im Parlament hängig. National- und Ständerat haben am 23.6. und 23.9.2002 beschlossen, die Beratungen bis zum Abschluss der Behandlung des Transplantationsgesetzes zu sistieren (Geschäftsnummer 01.056). Zur Frage der Vereinbarkeit des GUMG mit dem Übereinkommen siehe CLAUDIA MUND, Grundrechtsschutz und genetische Information, Basel, Genf, München 2005, 39 ff. (zugleich Diss. Basel 2005), 307–311.
 - 25 Ausführlich zu grundrechtlichen Aspekten der Untersuchung des genetischen Status siehe MUND (FN 24), 57 ff.
 - 26 Das Bundesgericht hat den Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung in Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zu Art. 8 EMRK schon vor der Nachführung der Bundesverfassung von 1999 anerkannt, siehe z.B. BGE 120 II 118, Erw. 3a.
 - 27 Botschaft GUMG, BBl, 7396.
 - 28 Dazu grundlegend PATRICIA EGLI, Drittwirkung von Grundrechten, Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik der grundrechtlichen Schutzpflichten im Schweizer Recht, Diss. Zürich 2002, S. 160 ff.; siehe auch BGE 126 II 314.
 - 29 Zu den Möglichkeiten und Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung im Bereich der Verwirklichung des Diskriminierungsschutzes unter Privaten siehe VINCENT MARTENET, La protection contre les discriminations émanant de particuliers, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, 125 (2006) I, Heft 4, 419 ff.
 - 30 RUTH REUSSER/RAINER SCHWEIZER, Kommentar zu Art. 119 BV, in: BERNHARD EHRENZELLER/PHILIPPE MASTRONARDI/RAINER SCHWEIZER/KLAUS VALLENDER (Hrsg.), St. Galler Kommentar zur Schweizerischen Bundesverfassung, St. Gallen/Zürich 2002, N 34.

reich haben sich die Gerichte am doppelten Schutzauftrag der Verfassung (grundrechtliche Schutzpflichten sowie spezieller Schutzauftrag in Art. 119 BV) zu orientieren.

B. Genetische Untersuchungen im Arbeits- und Versicherungsbereich

I. Restriktive Regelungen im Arbeitsbereich

1. Arbeitsrechtlicher Datenschutz und GUMG-Diskriminierungsverbot

Die spezifischen Regelungen zu genetischen Untersuchungen und Bekanntgabe der Ergebnisse im Arbeitsbereich in den Art. 21–25 GUMG konkretisieren die schon heute geltende Rechtslage. Genetische Untersuchungen und Informationen über den genetischen Status stellen besonders schützenswerte Personendaten im Sinne der Datenschutzgesetzgebung dar³¹. Die Beschaffung und Bearbeitung von Informationen über die Gesundheit der Arbeitnehmer/innen oder Stellenbewerber/innen durch Arbeitgebende hat in den Grenzen der datenschutzrechtlichen Spielregeln zu erfolgen³². Die Datenbearbeitung – auch der Umgang mit Informationen über den genetischen Status von Stellenbewerbern und Angestellten – ist nur zulässig, soweit die zu bearbeitenden Daten einen objektiven Bezug zum Arbeitsverhältnis aufweisen³³. Der genetische Status bildet zudem einen Aspekt der durch den Arbeitgeber nach Art. 328 OR zu achtenden und schützenden Arbeitnehmerpersönlichkeit.

Art. 4 GUMG enthält ein Diskriminierungsverbot: "Niemand darf wegen seines Erbgutes diskriminiert werden". Dieses gesetzliche Diskriminierungsverbot entfaltet sowohl für privatrechtliche als auch für öffentlichrechtliche Rechtsverhältnisse Wirkung³⁴, also auch für Arbeits- und Versicherungsverhältnisse. Das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG verpflichtet den Arbeitgeber, keine Arbeitnehmende aufgrund des Erbgutes zu diskriminieren. Hat der Arbeitgeber folglich Informationen über den genetischen Status von Stellenbewerber/innen oder Arbeitnehmenden, darf er keine daran anknüpfenden Ungleichbehandlungen vornehmen. Weigert sich eine Arbeitnehmerin oder ein Arbeitnehmer, den genetischen Status offen zu legen, und führt dies zu einer Ungleichbehandlung, liegt ebenfalls eine Diskriminierung aufgrund des Erbgutes vor. Nach der bundesrätlichen Botschaft ist das Diskriminierungsverbot des GUMG nicht absolut, das heisst, grundsätzlich ist eine Ungleichbehandlung rechtfertigungsfähig³⁵. Angesichts der Unabänderlichkeit des genetischen Status sind indes an eine Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sehr hohe Anforderungen zu stellen³⁶.

2. Ein Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot mit Ausnahmen

2.1 Die Grundregel in Art. 21 GUMG

Art. 21 Bst. a und b GUMG sieht vor, dass bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses we-

der der Arbeitgeber noch seine Vertrauensärztin oder sein Vertrauensarzt eine präsymptomatische genetische Untersuchung oder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen, noch deren Ergebnisse verwerten dürfen. Präsymptomatische genetische Untersuchungen sind nach Art. 3 GUMG "genetische Untersuchungen mit dem Ziel, Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome zu erkennen, mit Ausnahme der Untersuchungen, die ausschliesslich zur Abklärung der Wirkungen einer geplanten Therapie dienen". Die Einschränkung auf genetische Untersuchungen, die Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome erkennen können, stellt eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers dar. Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen können einen Arbeitgeber aus wirtschaftlichen Überlegungen davon abhalten, Arbeitnehmende mit erhöhten Risiken einer künftigen Erkrankung zu beschäftigen oder zu befördern. Damit besteht die Gefahr, dass Arbeitnehmende trotz möglicherweise noch sehr lange bestehender Arbeitsfähigkeit vom Arbeitsmarkt ausgeschlossen werden. In der bundesrätlichen Botschaft zum GUMG wird dazu apodiktisch festgehalten: "Aus der geltenden Rechtsordnung ergibt sich, dass die Interessen des Arbeitgebers, die Krankheitsveranlagungen oder die Lebenserwartung seiner Arbeitnehmerin oder seines Arbeitnehmers zu kennen, insbesondere um Arbeitsplatz- oder Versicherungskosten zu senken, grundsätzlich nicht schutzwürdig sind". Mit der Verankerung eines dreifachen Verbotes – weder darf eine solche Untersuchung verlangt, noch die Ergebnisse bestehender Untersuchungen erfragt oder, falls die Ergebnisse doch bekannt werden, verwertet werden – wird diese Rechtslage im GUMG verdeutlicht. Art. 21 GUMG erfasst den ganzen "Lebenszyklus" eines Arbeitsverhältnisses, angefangen von der Bewerbungsphase über die Dauer der Anstellung bis hin zur Auflösung. Eine Kündigung des Arbeitsverhältnisses unter Bezugnahme auf den präsymptomatischen genetischen Status eines Arbeitnehmers oder einer Arbeitnehmerin würde einen Verstoß gegen das Verwertungsverbot darstellen.

Der Anwendungsbereich genetischer Untersuchungen geht über die Möglichkeit zur Feststellung von Erkrankungen vor dem Auftreten von Symptomen hinaus. Ins-

31 So im Bundesgesetz über den Datenschutz (DSG) Art. 3 Bst. c Ziff. 2. Auch in kantonalen Datenschutzgesetzen sind Personendaten über die Gesundheit als besonders schützenswert qualifiziert.

32 Insbesondere beachtlich: Art. 328b OR, der eine Konkretisierung des Gebots der Verhältnismässigkeit in der Datenbearbeitung nach Art. 4 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) darstellt.

33 ULLIN STREIFF/ADRIAN VON KAENEL, Praxiskommentar zu Art. 319–362, 6. A., Zürich 2006, N 5 zu Art. 328b OR.

34 MUND (FN 24), 293 und Botschaft GUMG, BBl 2002, 7396.

35 Botschaft GUMG, BBl 2002, 736.

36 CLAUDIA MUND (FN 24), 248.

besondere können mit genetischen Untersuchungen auch wichtige Erkenntnisse über die Diagnose, Therapie und Therapieerträglichkeit bei bereits bestehenden Krankheiten gewonnen werden. Die Daten solcher genetischer Untersuchungen stehen dem Arbeitgeber selbstverständlich ebenfalls nicht zur freien Disposition, vielmehr ist dem Arbeitgeber die Bearbeitung nur in den Schranken des Diskriminierungsverbotes des GUMG und der "üblichen" arbeitsrechtlichen Datenschutzvorschriften erlaubt. Eine weitere Einschränkung gilt es zu beachten: Art. 21 Bst. c GUMG hält fest, dass der Arbeitgeber keine genetischen Untersuchungen verlangen darf, "mit denen persönliche Eigenschaften einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers erkannt werden sollen, die nicht die Gesundheit betreffen". Hintergrund dieser Norm ist die Möglichkeit, mittels genetischer Untersuchungen allgemeine Persönlichkeitsmerkmale einer Person bestimmen zu können. Der Gesetzestext schweigt zu den Fragen, ob der Arbeitgeber die Offenbarung solcher Informationen verlangen (Offenbarungsverbot) und freiwillig offenbarte Informationen verwenden darf³⁷. Im Lichte des Diskriminierungsverbotes in Art. 4 GUMG und der für das Arbeitsverhältnis geltenden datenschutzrechtlichen Schranken der Bearbeitung von Informationen über die Arbeitnehmergesundheit sind Arbeitnehmende nicht zur Offenbarung verpflichtet. Der Arbeitgeber darf solche Informationen auch nicht zur Grundlage eines Entscheides über die Anstellung, einer Beschäftigungsmodalität oder einer Kündigung machen.

2.2 Die Durchbrechung des Untersuchungsverbotes in den Art. 22–25 GUMG

Dieses absolute Untersuchungsverbot wird in Art. 22 GUMG durchbrochen. Präsymptomatische genetische Untersuchungen sind bei der Begründung und auch während des Arbeitsverhältnisses unter den in Art. 27 Bst. a bis e genannten Voraussetzungen zulässig. Vorab muss es sich um einen Arbeitsplatz handeln, der durch eine Verfügung der SUVA arbeitsmedizinischer Vorsorge unterstellt ist (Bst. a). Weiter ist erforderlich, dass Arbeitsplatzmassnahmen nach Art. 82 UVG oder andere gesetzliche Bestimmungen zur Gefahrausschliessung nicht ausreichen (Bst. b). Erforderlich ist weiter, dass die Berufskrankheit, die Gefahr der Umweltschädigung oder die Unfall- oder Gesundheitsgefahr für Drittpersonen nach dem Stand der Wissenschaft mit der genetischen Veranlagung der Person zusammen hängen, die den Arbeitsplatz innehat (Bst. c). Dieser Zusammenhang muss durch die Expertenkommission für genetische Untersuchungen bestätigt werden (Bst. d) und die betroffene Person muss der Untersuchung schriftlich zustimmen (Bst. e). Zu den Modalitäten der Durchführung einer arbeitsplatzbezogenen präsymptomatischen genetischen Untersuchung gehören nach Art. 23 GUMG eine Beratungspflicht vor und nach der Untersuchung sowie die Vernichtung der Probe nach Abschluss der Untersuchung. In Art. 24 GUMG werden Fragen der Mitteilung des Ergebnisses und der Kostentragung geregelt. Der Arbeitgeber hat

dabei lediglich Anspruch auf die Information über Eignung bzw. Nichteignung eines fraglichen Arbeitnehmers.

Die Anzahl der Berufe bzw. Arbeitsplätze, die für Personen mit bestimmten genetischen Anlagen nicht zu vereinbaren sind, ist nach heutigem Stand des Wissens klein³⁸. Die Durchbrechung des absoluten Untersuchungsverbotes ist aber für die betroffenen Personen einschneidend. Insbesondere ist das Erfordernis der schriftlichen Zustimmung (Art. 22 Bst. e GUMG) wohl eher theoretischer Natur, da eine betroffene Arbeitnehmerin oder ein betroffener Arbeitnehmer bei verweigerter Zustimmung mit einem arbeitsmedizinisch begründeten und auf Art. 77 der Verordnung über die Verhütung von Unfällen und Berufskrankheiten (VUV) gestützten Beschäftigungsverbot rechnen muss. Faktisch führt Art. 22 GUMG deshalb zu einem Zwang zur Duldung einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung. Auch in der bundesrätlichen Botschaft wird auf die Sensibilität faktisch erzwungener arbeitsmedizinischer präsymptomatischer genetischer Untersuchungen hingewiesen³⁹.

3. Rechtsfolgen und Rechtsdurchsetzung

Die Wirksamkeit der Normen zum Schutz vor Persönlichkeitsverletzung und Diskriminierung aufgrund des genetischen Status hängt wesentlich von den Instrumenten der Rechtsdurchsetzung ab. Ausgangslage bilden die (angenommenen) Konstellationen, dass ein Arbeitgeber eine präsymptomatische genetische Untersuchungen, die Offenlegung von Informationen über den genetischen Status verlangt oder solche Informationen zum Nachteil des Arbeitnehmers oder der Arbeitnehmerin verwertet. Nach Art. 25 GUMG müssen die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes von Amtes wegen einschreiten, wenn Verstösse gegen die Art. 21–24 GUMG festgestellt werden sollten. Die Durchsetzung der Bestimmungen wird zudem über die Verankerung von strafrechtlichen Normen abgesichert. Nach Art. 39 GUMG wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer im Arbeitsbereich vorsätzlich gegen die Untersuchungsverbote gemäss Art. 21 Bst. a und c GUMG oder gegen das Offenlegungs- und Verwertungsgebot des Art. 21 Bst. b GUMG verstösst. Die Strafnorm richtet sich sowohl an den Arbeitgeber als auch an dessen Vertrauensärztin oder Vertrauensarzt.

Das GUMG enthält weder zum Diskriminierungsverbot in Art. 4 noch in den Art. 21 ff. spezifische Bestimmungen

37 Für CLAUDIA MUND (FN 24) ist aufgrund der ratio legis von Art. 21 Bst. c GUMG klar, dass auch die *Verwertung* solcher Informationen nicht zulässig ist.

38 CLAUDIA MUND (FN 24), mit Hinweis auf HANSJAKOB MÜLLER, Genetische Tests: praktische Aspekte, in: Genomanalyse und Persönlichkeitsschutz, Internationales Kolloquium, Lausanne, 14. April 1994, Veröffentlichungen des Schweizerischen Instituts für Rechtsvergleichung, Band 25, Zürich 1994, 9 ff.

39 Botschaft GUMG, BBl 2002, 7434.

über die zivilrechtlichen Rechtsfolgen bei Verstössen. Ein Verstoss gegen das Untersuchungs-, Offenlegungs- und Verwertungsverbot des Art. 21 GUMG sowie gegen das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG während des Arbeitsverhältnisses stellt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 328 OR dar. Sofern und soweit ein haftpflichtrechtlicher Schaden vorliegt, kann dieser gestützt auf Art. 97 in Verbindung mit Art. 328 OR geltend gemacht werden. Angesichts des engen Bezuges des genetischen Status zur Menschenwürde ist von einer schweren Persönlichkeitsverletzung auszugehen, was gemäss bundesgerichtlicher Rechtsprechung die Voraussetzung für einen Anspruch auf Genugtuung ist⁴⁰. Im Bewerbungsverfahren liegt, soweit man nicht eine Vorwirkung von Art. 328 OR annimmt, eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 ZGB vor. Bezüglich Schadenersatz kommen die ausservertraglichen Regelungen zur Anwendung, die Genugtuungsfrage ist gleich wie im Falle einer Persönlichkeitsverletzung während des Arbeitsverhältnisses zu entscheiden⁴¹. Eine durch den genetischen Status begründete Kündigung eines Arbeitsverhältnisses stellt eine missbräuchliche Kündigung nach Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR dar. Soweit eine präsymptomatische genetische Untersuchung betroffen ist, können die Rechtfertigungsgründe ("Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis" und "Beeinträchtigung der Zusammenarbeit im Betrieb") nicht geltend gemacht werden, da hier das GUMG als Spezialgesetz vorgeht. Die Verwertung von Ergebnissen präsymptomatischer genetischer Untersuchung für eine Kündigung ist unter Vorbehalt der Ausnahmebestimmungen in Art. 22–25 GUMG nie zulässig und folglich keiner Rechtfertigung im Sinne der Tatbestände des Art. 336 Abs. 1 Bst. a OR zugänglich.

II. Differenzierte Lösung im Versicherungsbereich

1. Vorbemerkungen

Im Anwendungsbereich obligatorischer Sozialversicherungen darf für die Begründung des Versicherungsverhältnisses nicht auf den vorbestehenden Gesundheitszustand der zu versichernden Personen abgestützt werden. Die wichtigsten sozialen Risiken sind durch die gesetzlichen Sozialversicherungen abgedeckt. Präsymptomatische genetische Untersuchungsverfahren stellen keine Diskriminierungsgefahr dar.

Demgegenüber basieren Privatversicherungen auf dem Grundsatz der risikogerechten Prämie, was vor Abschluss des Vertrages eine Risikoprüfung erforderlich macht. Im Rahmen der Risikoprüfung haben Antragsstellende die Versicherung über die Tatsachen zu informieren, die für die zu versichernde Gefahr erheblich sind (Art. 4 Versicherungsvertragsgesetz VVG). Als Ergebnis der Risikoprüfung kann die Versicherung den Versicherungsantrag ganz ablehnen, einen Risikozuschlag verlangen, ein bestimmtes Risiko ausschliessen oder die Laufzeit einer Versicherung

mit Blick auf die Wahrscheinlichkeit des Gefahreneintritts beschränken. Die Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen sind für den Versicherer zur Risikoeinschätzung relevant, erhält er doch Angaben, die den Eintritt einer Krankheit zu einem späteren Zeitpunkt bereits im Stadium des Vertragsabschlusses mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit voraussagen lassen. Aus der Sicht des Privatversicherers sind die Anordnung präsymptomatischer genetischer Untersuchungen und insbesondere das Ausforschen bestehender Resultate zweckmässig. Anders sieht es aus der Perspektive der zu versichernden Personen aus. Eine Pflicht zur präsymptomatischen genetischen Untersuchungen für den Abschluss einer Privatversicherung widerspricht dem grundrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung und dem Recht auf Nichtwissen des genetischen Status (Art. 6 GUMG)⁴². Das Interesse der Nichtbekanntgabe bestehender Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen an den Versicherer liegt auf der Hand. Werden die Informationen bekannt gegeben, wird der Versicherungsantrag abgelehnt oder es wird ein Vertrag mit schlechteren bzw. risikogerechten Bedingungen angeboten⁴³. Wird dem Versicherer hingegen die Ausforschung und Verwertung bestehender Ergebnisse präsymptomatischer genetischer Untersuchungen verwehrt, ist die Gefahr nicht von der Hand zu weisen, dass Personen mit präsymptomatisch-genetisch festgestellten Risiken ganz gezielt einen möglichst hohen Versicherungsschutz abschliessen. Das ist sowohl für die Versicherung als auch für die versicherten Personen mit günstiger genetischer Prognose problematisch⁴⁴.

Die nachfolgend vorgestellte Lösung im GUMG stellt das Ergebnis eines politischen Aushandlungsprozesses dar, der die Interessendisparität der Privatversicherer und der versicherten Personen angemessen berücksichtigt⁴⁵.

2. Absolutes Untersuchungsverbot

Im Bereich genetischer Untersuchungen weicht der Gesetzgeber von den soeben dargestellten Prinzipien ab. Der Grundsatz in Art. 26 GUMG ist klar: "Versicherungseinrichtungen dürfen als Voraussetzung für die Begründung

40 BGE 125 III 70 Erw. 3a.

41 Siehe dazu KURT PÄRLI, Anstellungsdiskriminierungen, ARV 1/2006, 23–26.

42 Botschaft GUMG, BBl 2002, 7442.

43 CLAUDIA MUND (FN 24), 225.

44 JAN VON OVERBECK/BEATRICE BALDINGER, Genomanalyse und Versicherungen, Prinzipien der Risikoprüfung einer privatrechtlich geregelten Lebensversicherung, in: DIGMA 2003, 154–159.

45 Kritisch zum Ergebnis (in einzelnen Punkten): STEPHAN FUHRER, Von der Schwierigkeit, den Wolf an den Ohren zu packen, Anmerkungen zu den versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Entwurfs zu einem Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, in: HAVE 2003, 181–187.

eines Versicherungsverhältnisses weder präsymptomatische noch pränatale genetische Untersuchungen verlangen". Das Ausforschungsverbot richtet sich sowohl an Privat- als auch an Sozialversicherer⁴⁶. Das Untersuchungsverbot umfasst nicht etwa sämtliche Formen genetischen Untersuchungen, sondern lediglich die präsymptomatischen, also diejenigen, die im Sinne der Begriffsdefinition in Art. 3 Bst. d GUMG das Ziel haben, Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome zu erkennen. Der Versicherer kann auch mit anderen Methoden als präsymptomatischen genetischen Untersuchungen Informationen über den genetischen Status erlangen, etwa durch Familienanamnesen. Sofern und soweit diese Informationen für die Einschätzung des zu versichernden Risikos relevant sind, darf der Versicherer im Rahmen des im VVG vorgesehenen Verfahrens⁴⁷ Informationen über das Erbgut der Antragssteller/innen in Erfahrung bringen.

3. Beschränktes Nachforschungs- und Verwertungsverbot

3.1 Existenziell bedeutende Versicherungen

Art. 27 GUMG hält fest, Versicherungseinrichtungen dürfen von antragsstellenden Personen weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen oder pränatalen genetischen Untersuchungen noch solche Ergebnisse verlangen. Das Nachforschungs- und Verwertungsverbot ist auf Sozialversicherungen beschränkt, auf die das Bundesgesetz über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrecht (ATSG) ganz oder teilweise anwendbar ist (Art. 27 Abs. 1 Bst. a GUMG), die berufliche Vorsorge im obligatorischen und überobligatorischen Bereich (Art. 27 Abs. 1 Bst. b GUMG), auf Versicherungen, die Lohnfortzahlungspflichten des Arbeitgebers bei Krankheit und Mutterschaft betreffen (Art. 27 Abs. 1 Bst. c GUMG) sowie auf Lebensversicherungen mit einer Versicherungssumme bis 400 000 Franken und freiwillige Invaliditätsversicherungen mit einer Jahresrente von höchstens 40 000 Franken (Art. 27 Abs. 1 Bst. d und e).

Das Nachforschungs- und Verwertungsverbot im Bereich gesetzlicher Sozialversicherungen bestätigt lediglich die ohnehin für obligatorische Versicherungen geltende Rechtslage. Ein Nachforschungsverbot gilt gestützt auf Art. 27 Abs. 1 Bst. a GUMG jedoch auch für die nicht obligatorische Krankentaggeldversicherung nach KVG. Auf diese ist das ATSG anwendbar. Mit der Verankerung des Nachforschungs- und Verwertungsverbots für die weitergehende berufliche Vorsorge und die privatrechtliche Krankentaggeldversicherung und dem Verwertungsverbot verdeutlicht der Gesetzgeber die existenzielle Bedeutung dieser Versicherungsarten für Arbeitnehmende⁴⁸. Die Verankerung eines Nachforschungsverbot für Lebensversicherungen und freiwillige Invalidenversicherungen bezweckt, dass auch selbstständig Erwerbende mit ungünstigen genetischen Risiken einen existenziell wichtigen Versicherungsschutz erlangen können⁴⁹.

3.2 Übrige Versicherungen

Zulässig sind gemäss Art. 27 GUMG Nachforschungen über frühere präsymptomatische Untersuchungen bei Privatversicherungen, die nicht unter Art. 27 GUMG fallen. Betroffen sind Lebensversicherungen mit hohen Versicherungssummen, aber auch Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenpflegeversicherung⁵⁰. Bei diesen Versicherungen ist der Versicherer in der Vornahme der Risikoselektion nicht einfach frei. Er ist vielmehr an das Gebot der objektiven Risikoeinschätzung und das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG gebunden. Dieses schliesst nicht jede Ungleichbehandlung aufgrund des genetischen Status aus. Die Ungleichbehandlung erfordert aber eine besondere sachliche Begründung.

Der Gesetzgeber hat Befürchtungen über den "genetisch gläsernen Menschen"⁵¹ durch spezielle Vorschriften zum Prozedere der Offenbarung Rechnung getragen. Nach Art. 28 Abs. 2 GUMG muss der Versicherer eine Ärztin bestimmen, an die das Ergebnis mitzuteilen ist. Die beauftragte Ärztin teilt der Versicherungseinrichtung nicht das Ergebnis, sondern lediglich die Risikogruppe der antragsstellenden Person mit. Die präsymptomatisch genetische Untersuchung muss zudem bewährt und der wissenschaftliche Wert für die Prämienberechnung nachgewiesen sein (Art. 28 Abs. 1 Bst. a und b GUMG).

4. Rechtsdurchsetzung

Gleich wie bei den Bestimmungen zum Arbeitsbereich enthält das GUMG auch für den Versicherungsbereich Strafbestimmungen. Nach Art. 40 Bst. a GUMG wird mit Gefängnis oder Busse bestraft, wer vorsätzlich gegen die Art. 26 und 27 GUMG verstösst.

Zu den versicherungsrechtlichen Folgen sind dem GUMG keine Angaben zu entnehmen. Ein Verstoß gegen das Untersuchungs-, Ausforschungs- oder Verwertungsverbot stellt jedoch eine widerrechtliche Persönlichkeitsverletzung dar. Wird beispielsweise das Ergebnis einer präsymptomatischen genetischen Untersuchung als (einziger) Grund für die Nichtaufnahme in eine der in Art. 27

46 Botschaft GUMG, BBl 2002, 7442.

47 Der Versicherer hat nur Anspruch auf *erhebliche* Gefahrentatsachen, dabei gilt ein objektiver Massstab, siehe dazu JÜRGEN NEF, N 33 zu Art. 4 VVG, in: HEINRICH HONSELL/NEDIM P. VOGT/ANTON K. SCHNYDER (Hrsg.), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Bundesgesetz über den Versicherungsvertrag (VVG), Basel 2000.

48 Botschaft GUMG, BBl, 7443. Kritisch zur Auswirkung dieser Regelung auf kleinere Versicherungskollektive ist STEPHAN FUHRER (FN 45), 187.

49 Botschaft GUMG, 7445. Die Privatsicherer beklagten sich, die Summen wären zu hoch.

50 Kritisch dazu: CLAUDIA MUND (FN 2412), 313.

51 Z.B. Votum Nationalrat *Jost Gross* in der Parlamentsdebatte, Amliches Bulletin Nationalrat, 2004, N 306.

genannten Versicherungen verwendet, kann die Persönlichkeitsverletzung durch eine Kontrahierungspflicht beseitigt werden⁵². Nur so kann der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck der GUMG-Regelungen, die Nichtdiskriminierung aufgrund des genetischen Status im Bereich existenzieller Versicherungen, verwirklicht werden.

C. Würdigung

I. Grundsätzlich gelungene Interessenabwägung, aber ...

Gemessen am Potenzial der Gentechnologie für eine emotionale Auseinandersetzung und angesichts der "natürlichen" Interessengegensätze von Arbeitgebenden und Versicherern auf der einen und Arbeitnehmenden und versicherten Personen auf der anderen Seite, sind die im GUMG im politischen Prozess ausgehandelten Lösungen sachgerecht. Insbesondere ist es gelungen, den verfassungsrechtlichen Anspruch auf informationelle Selbstbestimmung durch ein Nachforschungsverbot im Arbeits- und Versicherungsbereich gesetzlich zu verankern. Die diesbezüglichen Ausnahmen im Arbeitsbereich sind auf ein notwendiges Minimum beschränkt. Missbrauch sollte durch die vorgesehenen Verfahrensvorschriften verhindert werden können. Auch die Interessendisparität zwischen Versicherern und Versicherten ist grundsätzlich gut gelöst. Hier gilt das Nachforschungsverbot ohne jede Ausnahme. Sozialpolitisch klug ist die Verankerung des Ausforschungsverbot für private Versicherungen, die unmittelbar der Sicherung der Existenz dienen (Taggeldversicherungen, weitergehende berufliche Vorsorge, private Invalidenvorsorge und Lebensversicherungen). Von Seiten der Versicherer wird zwar eingewendet, die Summen für "ausforschungsfreie" Lebensversicherungen seien zu hoch⁵³, im Grundsatz stehen aber auch die Versicherer hinter dem Gesetz⁵⁴. Das Nachforschungsrecht der Versicherer bei Lebensversicherungen mit hohen Summen ist nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber hat mit engen Verfahrensvorschriften dafür gesorgt, dass Risikoselektion auf objektiven Kriterien beruhen muss und dass die Information über den genetischen Status nicht missbräuchlich verwendet wird. Bedenken werden hingegen laut, wenn der genetische Status auch schon für einfache Zusatzversicherungen zur obligatorischen Krankenversicherung bekannt gegeben werden muss⁵⁵. Ob ein ungünstiger präsymptomatischer genetischer Status Anlass bilden darf, von jeder Krankenpflegezusatzversicherung ausgeschlossen zu werden, muss auch dem Diskriminierungsverbot nach Art. 4 GUMG standhalten. Die Ungleichbehandlung aufgrund des genetischen Status ist durch die Versicherer qualifiziert zu rechtfertigen. Die Rechtsprechung wird dereinst aufgefordert sein, hier entsprechende Leitplanken zu entwickeln und sich dabei auch an den völker- und verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverboten zu orientieren.

II. Ein (weiteres) neues gesetzliches Diskriminierungsverbot

Die Diskussion um neue gesetzliche Bestimmungen zum Diskriminierungsschutz ist politisch äusserst umstritten. Politische Vorstösse, wonach die Schweiz in Sachen Diskriminierungsschutz einen europarechtlichen Standard entwickeln sollte, erleiden dabei regelmässig Schiffbruch⁵⁶. Umso erstaunlicher ist, wie zuweilen neue gesetzliche Diskriminierungsverbote ohne viel Aufhebens in die geltende Rechtsordnung integriert werden. Das gilt für das Diskriminierungsverbot in Art. 4 GUMG. Es trifft beispielsweise auch auf Art. 9 des Personenfreizügigkeitsabkommens (PFA) der Schweiz mit der EU und Mitgliedstaaten zu⁵⁷. Diese Bestimmung enthält ein für öffentliche und für privatrechtliche Arbeitsverhältnisse geltendes gesetzliches Gleichbehandlungsgebot inländischer und europäischer Wanderarbeitnehmer/innen⁵⁸. In der politischen Debatte um das PFA bildete dieser Aspekt kein Thema⁵⁹.

Mit Art. 4 GUMG wird ein gesetzliches Diskriminierungsverbot neuer Qualität verankert. Das betrifft vorab die Begründung. Aus den Materialien wird erkennbar, dass es sich hier um eine Umsetzung des verfassungsrechtlichen Diskriminierungsverbotes und um eine Umsetzung grundrechtlicher Schutzpflichten handelt. Dazu kommt der Anwendungsbereich. Gesetzliche Diskriminierungsverbote haben in der Regel einen beschränkten sachlichen Anwendungsbereich. Art. 4 GUMG gilt für sämtliche Lebensbereiche, geschützt ist aber nur die Diskriminierung "aufgrund des Erbgutes". Die Formulierung in Art. 4 GUMG

52 Zur Kontrahierungspflicht als Mittel der Beseitigung einer Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss siehe TARKAN GÖKSU, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Freiburg 2003, 193 ff. Kritisch dazu: REGINA AEBI-MÜLLER, Personenbezogene Information im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bern 2005, N 22.

53 STEPHEN FUHRER (FN 45), 187.

54 VON OVERBECK/BALDINGER (FN 44), 159.

55 CLAUDIA MUND, Genetische Information und Grundrechtsschutz, Zu den persönlichkeitsrechtlichen Grenzen postnataler genetischer Untersuchungen beim Menschen, DIGMA 2005, 118–121 (121).

56 Interpellation der Nationalrätin *Cécile Bühlmann* "Rassistische Diskriminierung in der Arbeitswelt" vom 19.6.2003, Antwort des Bundesrates vom 10.9.2003 (03.3372) und Motion *Josef Zisyadis*, "Bundesgesetz gegen Diskriminierung" vom 22.3.2006, Antwort des Bundesrates vom 17.5.2006 (06.3082), 02.1050 – Einfache Anfrage NR *Paul Rechsteiner* "Diskriminierung aufgrund des Alters", Antwort des Bundesrates vom 21.08.2002 (02.1050).

57 ADRIAN VON KAENEL, Neue gesetzliche und staatsvertragliche Gleichbehandlungsansprüche, ArbR 2004, 39–57.

58 Dazu ausführlich: KURT PÄRLI, Arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgebote nach dem Personenfreizügigkeitsabkommen, in: Jusletter, 14. August 2006.

59 ADRIAN VON KAENEL (FN 57), 43.

ist sehr allgemein gehalten. Für die Bereiche Arbeit und Versicherung wird das allgemeine Diskriminierungsverbot des GUMG deshalb durch die Sonderbestimmungen in den Art. 21–27 GUMG ergänzt. Hier wird im Ergebnis ein striktes Verbot der Anknüpfung an den genetischen Status für eine Ungleichbehandlung statuiert.

III. Privilegierte Erbkrankheiten

Sowohl mit präsymptomatischen genetischen als auch mit nicht genetischen Untersuchungen können Krankheitsveranlagungen vor dem Auftreten klinischer Symptome bestimmt werden. Mittels einer präsymptomatisch genetischen Untersuchung lässt sich beispielsweise das Risiko der Erbkrankheit Chorea Huntington Erkrankung mit hoher Wahrscheinlichkeit voraussagen⁶⁰. Mit einem HIV-Antikörpertest lässt sich eine HIV-Infektion nachweisen. Die HIV-Infektion ist keine Erbkrankheit. Vergleichbar mit der Chorea Huntington Erkrankung ist jedoch die Diagnostikstellung vor dem Auftreten klinischer Symptome⁶¹. Im Arbeits- und insbesondere im Versicherungsbereich fällt die Chorea Huntington Krankheit unter den privilegierten Schutz des GUMG, während dies für die HIV-Infektion nicht zutrifft. Besonders augenfällig wird diese Unterscheidung im Bereich der weitergehenden beruflichen Vorsorge, Taggeldversicherungen bei Lohnausfall, freiwilligen Invalidenversicherungen und (limitierten) Lebensversicherungen. Bezüglich HIV-Test steht Versicherern ein Untersuchungs-, Ausforschungs- und Verwertungsrecht zu, während eine präsymptomatische genetische Untersuchung zur Feststellung der Chorea Huntington Erkrankung weder verlangt, noch das bestehende Ergebnis ausgeforscht und verwertet werden darf. Diese Ungleichbehandlung wurde in der Literatur⁶², im Vernehmlassungsverfahren⁶³ und in der parlamentarischen GUMG-Debatte⁶⁴ thematisiert.

Zwei Beispiele aus der jüngeren deutschen Gerichtspraxis zeigen, dass diese Ungleichbehandlung genetischer und nicht genetischer Erkrankungen schon heute Realität ist. Einer Lehrerin wurde die Einstellung als Beamtin auf Probe in den hessischen Schuldienst mit der Begründung einer familiären Belastung durch eine Erberkrankung und somit einer erhöhten Erkrankungswahrscheinlichkeit verweigert. Die Bewerberin klagte gegen diese Entscheidung erfolgreich vor dem Verwaltungsgericht Darmstadt auf Einstellung in den Schuldienst als Beamtin auf Probe. Das Gericht begründete seine Entscheidung u.a. mit der fehlenden überwiegenden Wahrscheinlichkeit der Erkrankung aufgrund der genetischen Veranlagung. (Das amtsärztliche Gutachten hatte die Wahrscheinlichkeit mit 50% bezeichnet)⁶⁵. In einem Fall eines übergewichtigen Beamten entschied das Verwaltungsgericht Frankfurt, die Entlassung aus dem Beamtenverhältnis auf Probe aus Gründen der Wahrscheinlichkeit späterer Erkrankungen sei rechtmässig⁶⁶. Dem fraglichen Beamten in Probezeit wurde mehrfach die Erforderlichkeit einer Gewichtsreduktion nahe gelegt, was nicht erfolgte. Die Verwaltungsstelle durfte im Rahmen ihres Personalmessens "...den Schluss ziehen, dass ein Fortdauern

des Übergewichts beim Antragssteller ein erhebliches Risiko dafür mitbringt, dass der Antragssteller vorzeitig aus gesundheitlichen Gründen dienstunfähig wird (...) den Schluss ziehen, dass dieser nicht in ausreichender Weise bereit war, Anordnungen seines Dienstherrn zu Erfüllung seiner Beamtenpflicht (...) zu entsprechen."⁶⁷

(Wie) lässt sich dieser bessere Schutz vor genetischer Diskriminierung rechtfertigen? In gesetzgeberischer Hin-

-
- 60 Die Krankheit bricht in der Regel zwischen dem 35. und 50. Lebensjahr aus, wobei auch Frühmanifestationen bis zum 5. Lebensjahr und Spätmanifestationen bis zum 70. Lebensjahr beschrieben werden. Die Krankheit hat einen langsam fortschreitenden Verlauf und endet mit einem vorzeitigen Tod meist infolge einer Lungenentzündung, Schluckstörungen oder körperlichen Auszehrung. Die mittlere Überlebensdauer vom Zeitpunkt der Erstmanifestation beträgt etwa 15–25 Jahre, wobei seltener auch Krankheitsverläufe von über 30 Jahren beschrieben werden.
- 61 Der Verlauf der HIV-Infektion wird durch eine mehrere Jahre dauernde asymptomatische Phase geprägt. Heute können bereits während dieser Phase antivirale Medikamente eingesetzt werden, was zu einer erheblichen Verlängerung der Lebenserwartung führt.
- 62 VON OVERBECK/BALDINGER (FN 44), 159, STEPHAN FUHRER, Aktuelle Fragen des Konsumentenschutzes im Versicherungsrecht, HAVE 1/2002, 119–121, PIERRE HEUSSER, Gesundheitsfragen in Versicherungsformularen anlässlich des Stellenantritts – Rechtliche Probleme für Arbeitssuchende mit HIV und anderen vorbestehenden Krankheiten, AJP 2002, 1277–1286, KURT PÄRLI, Dogmen und Entwicklungen bei HIV-Positivität und Lebensversicherung, HAVE 2/2005, 109–12 (120).
- 63 Eidg. Justiz- und Polizeidepartement, Zusammenstellung der Vernehmlassungen zum Vorentwurf für ein Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, Bern, 1999: Vernehmlassungsbeiträge der Demokratischen Juristen, 273, des Kantons Solothurn, 42 und der FMH, 59.
- 64 Z.B. Votum Nationalrat FELIX GUTZWILLER: "Wenn ich weiss, dass ich HIV-positiv bin und eine Lebensversicherung abschliesse, ist es rechtens, dass auch der Versicherer diese Information hat, damit eben die erwähnte Informationssymmetrie hergestellt ist. Wo liegt nun der Unterschied? Ich glaube, der Unterschied ist in der bisherigen Debatte nicht plausibel gemacht worden. Wieso müssen Sie bei einer freiwilligen Versicherung einen HIV-Test angeben, wieso müssen Sie einen von Ihnen durchgeführten präsymptomatischen Test nicht angeben? Diesen Unterschied haben die Kolleginnen und Kollegen, die gegen dieses Nachforschungsverbot argumentiert haben, nicht klar gemacht. Ich unterstreiche ihn deshalb nochmals: Wo liegt dieser Unterschied – wenn Sie eine private Lebensversicherung abschliessen – zwischen einem HIV- und einem präsymptomatischen genetischen Test? Ich glaube, es gibt ihn nicht!" (Amtliches Bulletin Nationalrat, 2004 N 458).
- 65 Verwaltungsgericht Darmstadt, Urteil vom 24. Juni 2004 im Verwaltungstreitverfahren A. gegen das Land Hessen, Geschäftsnummer 1E 370/04 (3).
- 66 Verwaltungsgericht Frankfurt, 9. Kammer, Entscheid vom 2.2.2004, Aktenzeichen 9 G 7433/03.
- 67 Verwaltungsgericht Frankfurt (FN 66), Entscheidungsgründe, Rz 7.

sicht bildet sicher der besondere verfassungsmässige Auftrag in Art. 119 BV eine Rechtfertigungsgrundlage⁶⁸. Der politische Konsens für die Verankerung des genetischen Diskriminierungsschutz basiert einerseits auf einem weit verbreiteten Unbehagen gegenüber dem Einsatz der Gentechnologie und andererseits wohl auch darauf, dass in der Wahrnehmung der Öffentlichkeit genetische Krankheitsveranlagung als Schicksal, also nicht als vom Individuum kontrollier- und veränderbar wahrgenommen wird. Dagegen sind mehrere Einwände legitim. Vorab: Auch bei nicht genetisch bedingten Erkrankungen ist der individuelle Gestaltungsspielraum zur Krankheitsvermeidung bzw. Krankheitsbekämpfung eingeschränkt. Man denke an Krankheiten, die zumindest auch durch Umweltbelastungen verursacht sind. Weiter ist davon auszugehen, dass in Zukunft nicht nur für viele Krebserkrankungen genetische Veranlagungen identifiziert werden können, sondern auch für soziale Auffälligkeiten⁶⁹. Die Identifikation genetischer Veranlagungen bereits vor dem Auftreten von Symptomen führt dazu, dass vermehrt an sich gesunde Menschen als genetisch krank definiert werden⁷⁰. Der Gentechnologie wohnt eine normative Dimension inne. In der Tendenz werden Umweltfaktoren und ihre Interaktion mit genetischen Veranlagungen bei der Entstehung von Krankheiten ausgeblendet⁷¹. Paradoxe Weise wird diese "Sonderrolle" der Gene als Krankheitsursache durch einen besonderen Schutz vor genetischer Diskriminierung noch verstärkt⁷². Daraus den Schluss zu ziehen, die Diskriminierungsbestimmungen im Bereich genetischer Untersuchungen wären unnötig oder sogar kontraproduktiv, ist falsch. Vielmehr sind Rechtsprechung und Gesetzgeber aufgefordert, mit geeigneten Massnahmen dafür zu sorgen, dass alle gesundheitlich (vor)belasteten Personen im Arbeits- und Versicherungsbereich nicht ausgegrenzt werden. Die Lösungen im GUMG können und sollen die notwendige Debatte inspirieren.

68 KURT PÄRLI, Datenaustausch zwischen Arbeitgeber und Versicherung – Probleme der Bearbeitung von Gesundheitsdaten der Arbeitnehmer bei der Begründung des privatrechtlichen Arbeitsverhältnisses, Bern 2003, zugleich Diss. St. Gallen 2003, 243.

69 So werden für das Aufmerksamkeitsdefizits-Hyperaktivitätsstörung ADHS zu 50 Prozent genetisch Ursachen verantwortlich gemacht (Quelle: www.wissenschaft.de, 10.2.2004). Siehe auch PIERRO ROSSI, Aufmerksamkeitsdefizit/Hyperaktivitätsstörung – Auch bei Hochbegabten, Münster 2001, 5.

70 Siehe schon 1988 RICHARD C. LEWONTIN/STEVEN ROSE/LEON J. KAMIN, Die Gene sind es nicht.... Biologie, Ideologie und menschliche Natur, München-Weinheim 1988.

71 PHILIP KITCHER, Genetik und Ethik, Die Revolution der Humangenetik und ihre Folgen, München 1998, 275.

72 THOMAS LEMKE (FN 3), 142.

Concrétisant le mandat constitutionnel visant à protéger l'être humain des abus en matière de génie génétique, la nouvelle Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH) prévoit que, lors de l'engagement ou durant les rapports de travail, un employeur ou son médecin-conseil ne peuvent pas exiger une analyse génétique présymptomatique, exiger les résultats d'analyses génétiques présymptomatiques déjà effectuées ni utiliser les résultats de telles analyses. Les assureurs sociaux ont l'interdiction absolue d'exiger une analyse respectivement d'exiger ou d'utiliser les résultats d'une analyse déjà effectuée. Concernant les assureurs privés, ils ont l'interdiction absolue d'exiger une analyse, mais bénéficient d'une solution différenciée s'il s'agit d'exiger ou d'utiliser les résultats d'une analyse déjà effectuée. Par ailleurs, il est interdit aux assureurs d'exiger ou d'utiliser les informations ressortant d'analyses génétiques présymptomatiques, dans la mesure où les assurances servent directement à garantir l'existence d'une personne (assurance d'indemnités journalières, prévoyance professionnelle élargie, prévoyance-invalidité privée jusqu'à 40 000 francs et assurance-vie jusqu'à 400 000 francs), mais ces mesures sont permises pour toutes les autres assurances privées.

(trad. LT LAWYER, Fribourg)