



Univ.-Prof. Dr.
Dr. Christian Kopetzki

Genetische Analysen und Versicherung – Verfassungsrechtliche Aspekte des § 67 GTG

A. Einleitung¹

§ 67 GTG² verbietet es „Arbeitgebern und Versicherern einschließlich deren Beauftragten und Mitarbeitern [...], Ergebnisse von genetischen Analysen von ihren Arbeitnehmern, Arbeitssuchenden oder Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten. Von diesem Verbot sind auch das Verlangen nach Abgabe und die Annahme von Körpersubstanz für genanalytische Zwecke umfasst“.

Unter einer „genetischen Analyse“ ist nach der Legaldefinition des § 4 Z 23

GTG jede „Laboranalyse“ zu verstehen, „die zu Aussagen über konkrete Eigenschaften hinsichtlich Anzahl, Struktur oder Sequenz von Chromosomen, Genen oder DNA-Abschnitten oder von Produkten der DNA und deren konkrete chemische Modifikationen führt, und die damit nach dem Stand von Wissenschaft und Technik Aussagen über einen Überträgerstatus, ein Krankheitsrisiko, eine vorliegende Krankheit oder einen Krankheits- oder Therapieverlauf an einem Menschen ermöglicht.“³ Anders als nach der früheren Begriffsbestimmung, die auf „molekulargenetische Analysen“ beschränkt war, sollten künftig alle Untersuchungen erfasst werden,

die „die gleichen Ergebnisse wie die bisherigen Genanalysen liefern“.⁴ Allerdings wird dadurch nicht alles zur genetischen Analyse, was irgendwelche Aussagen über einen Überträgerstatus, ein Krankheitsrisiko (Prädisposition), eine vorliegende Krankheit oder einen Krankheits- oder Therapieverlauf ermöglicht: Ausschließlich eine „Laboranalyse“ fällt in die Begriffsdefinition, und auch das nur, wenn diese Laboranalyse zu Aussagen über konkrete Eigenschaften (hinsichtlich Anzahl, Struktur oder Sequenz) von Chromosomen, Genen oder DNA-Abschnitten oder von Produkten der DNA (und deren konkrete chemische Modifikationen) führt.⁵

¹ Dem Aufsatz liegt ein Rechtsgutachten für den Verband der Versicherungsunternehmen zugrunde.

² Gentechnikgesetz, BGBl 1994/510 idF BGBl I 2015/92 (§ 67 zweiter Satz idF BGBl I 2005/127). § 67 GTG ist verwaltungsstrafrechtlich sanktioniert (§ 109 Abs 1 Z 2 GTG). Auf eine Anpassung der Strafbestimmung an die durch die Nov 2005 geänderte Fassung des § 67 GTG wurde allerdings vergessen.

³ Dazu näher *Stelzer/Schmiedecker*, *Gentechnikrecht*, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*³ II (2013) 665 (712 ff); *Satzinger* in *Kerschner/Lang/Satzinger/Wagner*, *Gentechnikgesetz* (2007) § 4 Rz 32, § 65 Rz 2, § 67 Rz 2.

⁴ 1083 BlgNR 22. GP 3.

⁵ *Satzinger* in *Kerschner* ua § 67 GTG Rz 2.

B. Zielsetzung des § 67 GTG

Nach den Materialien sollte mit dem generellen Verbot des § 67 GTG die *genetische Privatsphäre* und deren Unantastbarkeit vor allem in jenen Fällen gewährleistet werden, wo der einzelne *faktischen Zwangsverhältnissen* unterliegt.⁶ Das zielte primär auf die „wirtschaftliche Abhängigkeit“ in Arbeitsverhältnissen ab, wurde aber „darüber hinaus“ auch auf den Versicherungsbereich ausgedehnt. Die Erläuterungen zur Nov 2005 bekräftigen dieses Motiv.⁷ In der Literatur wird die Zielsetzung des § 67 GTG vor allem in der Wahrung eines „gen-informationellen Selbstbestimmungsrechts“ gesehen, das sowohl den Schutz vor der Preisgabe von Informationen an Dritte als auch den Schutz eines Persönlichkeitsrechts auf „Nicht-Wissen“ – iS eines Schutzes vor der unerwünschten Offenlegung der genetischen Ausstattung auch und vor allem gegenüber dem Betroffenen selbst – umfasse.⁸

C. Reichweite des Verbots

Das Verbot des § 67 GTG gilt – wie der unmissverständliche Wortlaut und die Gesetzesmotive belegen – absolut und ausnahmslos: Versicherer dürfen Ergebnisse genetischer Analysen von Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern weder erheben, verlangen, annehmen noch sonst verwerten:

- ▶ Verboten ist nicht nur die Forderung nach *Durchführung* einer genetischen Analyse von Seiten eines Versicherers bzw seiner Mitarbeiter und Beauftragten, sondern auch die Verwertung anderweitig erlangter genanalytischer Daten. Dadurch wird die Annahme *freiwillig* vorgelegter Analyseergebnisse ausgeschlossen. Das Erhebungs- und Verwertungsverbot des § 67 GTG ist nicht verzichtbar,⁹ und zwar selbst dann nicht, wenn die Verwertung der Daten im Interesse des Versicherungsnehmers bzw Versicherungswerbers läge.
- ▶ *Wer die genetischen Analysen durchführt* und wie deren Ergebnisse zum Versicherer gelangen, spielt keine Rolle. § 67 GTG verbietet sowohl die Annahme (sei es von Dritten oder von Betroffenen) und die sonstige Verwertung als auch die eigene Durchführung der genetischen Analyse seitens des Versicherers, etwa unter Benützung von Körpersubstanzen.
- ▶ § 67 GTG stellt nicht darauf ab, ob die Ergebnisse einer genetischen Analyse dem Betroffenen schon bekannt sind oder ob es sich um erst (auf Initiative des Versicherers) durchzuführende Analysen handelt. Auch die Verwertung *bereits vorhandener Ergebnisse* von genetischen Analysen, die unabhängig vom Versicherungskontext (zB aus medizinischen Gründen) vorgenommen worden sind, ist verboten.
- ▶ Das Verbot betrifft *jede genetische Analyse* iSd § 4 Z 23 GTG, unabhängig davon, ob sich deren Aussagegehalt auf den *aktuellen* Gesundheitszustand beschränkt (bzw eine klinische Krankheitsmanifestation bereits vorliegt) oder ob die Ergebnisse „*prädiktiv*“ auf potenzielle Gesundheitsgefährdungen aufgrund krankheitsrelevanter genetischer Prädispositionen bei noch fehlender klinischer Manifestation schließen lassen. § 67 GTG erfasst also nicht nur prädiktive Gentests, sondern auch sog diagnostische genetische Analysen bei bereits bestehender Erkrankung.¹⁰
- ▶ Adressaten des § 67 GTG sind – abgesehen von den Arbeitgebern – Versicherer einschließlich deren Beauftragten und Mitarbeiter. Mangels gesetzlicher Differenzierung besteht das Verbot für *sämtliche Versicherungszweige*, unabhängig davon, ob es sich um eine

6 1465 BlgNR 18. GP 63: Das Verbot diene „dem Schutz des sozial Schwächeren in Rechtsverhältnissen, bei denen eine wirtschaftliche Abhängigkeit besteht, das heißt im Falle eines Arbeitssuchenden bei allen Arten von Arbeitsverhältnissen und arbeitsähnlichen Verhältnissen; als Arbeitgeber gelten auch alle Dienstgeber. Darüber hinaus soll auch die freiwillige Vorlage von Analyseergebnissen durch Arbeitnehmer, Versicherungsnehmer usw unterbunden werden: Schutzziel dieser Bestimmung ist die genetische Privatsphäre des einzelnen Menschen, deren Unantastbarkeit vor allem in jenen Fällen nicht gewährleistet ist, wo der einzelne faktischen Zwangssituationen, wie sie im Erwerbsleben gegeben sein können, unterliegt.“

7 AA-168 22. GP: „Der Weiterbestand des in § 67 normierten Verbots [...] ist unstrittig. Mit dem angefügten Satz wird unmissverständlich klargestellt, dass es Arbeitgebern und Versicherern auch verboten ist, die Abgabe von Körpersubstanz zum Zweck der Gewinnung eines genetischen Fingerabdruckes (Haare, Blut, Speichel etc) zu verlangen.“

8 ZB *Bernat*, Recht und Humangenetik – ein österreichischer Diskussionsbeitrag, FS Steffen (1995) 33 (42 ff); *Posch* in *Schwimmann*, ABGB³ I (2005) § 16 Rz 51; *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonklich*, ABGB³ I (2014) § 16 Rz 147 ff.

9 MWN *Miklos*, Datenschutzrechtliche Aspekte von Genanalysen, Wiener rechtswiss. Diss (2002) 539.

10 *Bernat*, FS Steffen 45; *derselbe*, Schutz vor genetischer Diskriminierung und Schutzlosigkeit wegen genetischer Defekte: die Genanalyse am Menschen und das österreichische Recht, JB für Recht und Ethik – JRE 10 (2002) 183 (202); *Miklos*, Genanalysen 539; *Simon*, Gendiagnostik und Versicherung (2001) 27 ff.

gesetzliche oder private Kranken-, Lebens- oder sonstige Risikoversicherung handelt.¹¹

Mit der kategorischen und abwägungsfreien Tabuisierung genetischer Informationen für den Versicherungsbereich geht der „genetische Exzeptionalismus“¹² des GTG erheblich weiter als die einschlägigen (und nur auf den ersten Blick ähnlichen) Vorgaben im Völkerrecht.¹³ Auch das deutsche Gendiagnostikgesetz ist deutlich weniger radikal, da es differenzierende Regelungen je nach Versicherungsart enthält¹⁴ und jedenfalls der Verwendung von diagnostischen genetischen Analysen nicht entgegensteht, die auf Veranlassung des Versicherungsnehmers bereits durchgeführt worden sind.¹⁵

D. Auswirkungen auf das Versicherungsrecht

a) § 67 GTG hat erhebliche Auswirkungen auf das Versicherungsvertragsrecht: Gem § 16 VersVG ist der Versicherungswerber verpflichtet, auf alle gefahrenrelevanten Umstände (wie zB Krankheiten) hinzuweisen, widrigenfalls dem Versicherer ein Rücktrittsrecht zusteht. Das umfasst auch eine vorver-

tragliche *Anzeigepflicht* über krankheitsrelevante Umstände (zB Vorerkrankungen etc).¹⁶ Nach den allgemeinen Regeln des VersVG bestünde diese Anzeigepflicht somit grundsätzlich auch in Bezug auf Krankheiten oder gefahrenerhöhende Umstände, die der Versicherte auf Grund einer genetischen Analyse bereits kennt oder von denen er weiß, dass sie eintreten werden.¹⁷ Sobald es um Informationen aus genetischen Analysen iSd GTG geht, wird diese Anzeigepflicht nun durch § 67 GTG überlagert und modifiziert: Da § 67 GTG dem Versicherer verbietet, sich Ergebnisse von genetischen Analysen in wie immer gearteter Weise zunutze zu machen, beseitigt § 67 GTG die Anzeigepflicht des § 16 VersVG, soweit die bestehende Krankheit, Krankheitsdisposition oder ein sonstiger gefahrenerhöhender Umstand durch eine genetische Analyse festgestellt worden sind.¹⁸ Eine vergleichbare Sperrwirkung entsteht gegenüber der Möglichkeit des Versicherers, in Versicherungsverhältnissen, bei denen der Gesundheitszustand des Versicherten oder Geschädigten erheblich ist, unter den Voraussetzungen der §§ 11a–11d VersVG *gesundheitsbezogene Daten* zu erheben und zu verwenden: Das Verbot der Ermittlung genanalytischer Daten gem § 67 GTG wird durch § 11a Abs 1 VersVG ausdrücklich „unberührt“ gelassen.

b) § 67 GTG bricht mit einem Grundprinzip des privaten Versicherungsrechts: Anders als bei der gesetzlichen Sozialversicherung, wo das Versicherungsverhältnis zu einem (staatliche Sozialaufgaben erfüllenden) Versicherungsträger idR von Gesetzes wegen eintritt, die Prämienhöhe nicht von der Höhe des Risikos (sondern von der Leistungsfähigkeit des Versicherten) abhängt, und folglich Art und Umfang des Versicherungsschutzes auch nicht mit einer individuellen Risikobeurteilung verknüpft sind, erfolgt die Begründung privaten Versicherungsschutzes nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten durch privaten Vertrag, die Höhe der Prämien hängt von der Höhe des Risikos ab, die vom Versicherer nach betriebsmathematischen Kriterien im Einzelfall kalkuliert werden.¹⁹ Die Prämie ist ein Äquivalent für das übernommene Risiko. Beide Vertragspartner haben daher vor Vertragsabschluss ein legitimes Interesse an ausreichender Information. Die *Risikoprüfung* ist ein *wesentliches Strukturmerkmal der Privatversicherung*²⁰ und somit ein Element des versicherungsrechtlichen „Ordnungssystems“. Dazu gehören auch der Schutz des *Informationsgleichge-*

- 11 Zum Einschluss auch der gesetzlichen Sozialversicherung Miklos, Genanalysen 575 ff; Satzinger in Kerschner ua § 67 GTG Rz 2; offen lassend Stelzer/Schmiedecker in Holoubek/Potacs, Wirtschaftsrecht³ II 713.
- 12 Zur Debatte vgl Bernat, Genetischer Exzeptionalismus und österreichisches Recht, in Langanke ua (Hrsg), Zufallsbefunde bei molekulargenetischen Untersuchungen (2015) 61 ff; Damm/König, Rechtliche Regulierung prädiktiver Gesundheitsinformationen und genetischer „Exzeptionalismus“, MedR 2008, 62.
- 13 Vgl insb Art 12 der – von Österreich nicht ratifizierten – Biomedizinkonvention des Europarates, ETS 164, der zwischen der (unzulässigen) Durchführung von Tests für gesundheitsfremde Zwecke und der (zulässigen) Verwertung bereits vorhandener Ergebnisse differenziert.
- 14 Gendiagnostikgesetz (GenDG) v 31. 7. 2009, dBGBI I S 2529. Die Beschränkungen des § 18 GenDG für genetische Untersuchungen im Versicherungsbereich gelten zB nicht für die gesetzliche Sozialversicherung; in manchen Zweigen der Privatversicherung bestehen Grenzwerte uam; vgl näher Präve, Das Gendiagnostikgesetz aus versicherungsrechtlicher Sicht, VersR 2009, 857.
- 15 Dazu zB Heyers, Prädiktive Gesundheitsinformationen – Persönlichkeitsrechte und Drittinteressen, MedR 2009, 507 (512); Präve, VersR 2009, 861.
- 16 Dazu mwN Heiss/Lorenz in Fenyves/Schauer (Hrsg), VersVG (2014) § 16 Rz 1 ff.
- 17 Vgl Welsch, Gentechnologie und schadenersatzrechtliche Haftung, in BM für Wissenschaft und Forschung, Gentechnologie im österreichischen Recht (1991) 191 (222 f).
- 18 Vgl Bernat, FS Steffen 33, insb 46; derselbe, JRE 2002, 200 ff.
- 19 MWN Schauer, Versicherungsvertragsrecht³ (1995) 6; Bernat, JRE 2002, 200 f; Bernert, Europarechtliche Implikationen des Verbotes nach § 67 GTG, in Stelzer (Hrsg), Biomedizin – Herausforderung für den Datenschutz (2005) 19 (20 ff); Taupitz, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht (2000) 7 ff.
- 20 MWN Taupitz, Genetische Diagnostik 8 ff; Lorenz, Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluss von Personenversicherungsverträgen, VersR 1999, 1309 (1310); derselbe, Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluss von Personenversicherungsverträgen, in Thiele (Hrsg), Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz (2000) 14 (17 ff); Bernat, JRE 2002, 200; Bernert in Stelzer, Biomedizin 20 ff.

wichts und der Ausgleich von Informationsasymmetrien.²¹ Das findet seinen Ausdruck zum einen in den erwähnten Anzeigepflichten des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer, die sich auf alle Umstände beziehen, die für die Übernahme einer Gefahr erheblich sind (§ 16 VersVG). Zum anderen kann der Versicherer den Abschluss des Versicherungsvertrages grundsätzlich von der Vorlage entsprechender Untersuchungsergebnisse abhängig machen²² oder den Zugang zu Gesundheitsdaten nach den näheren Bestimmungen der §§ 11a ff VersVG verlangen.²³ Auf diese Weise wird auch der Gefahr einer „Antiselektion“ begegnet: Es soll verhindert werden, dass sich Personen mit hohem Risiko Versicherungsschutz zu Lasten der gesunden Mehrheit erschleichen.²⁴ Diese Grundsätze werden von § 67 GTG preisgegeben, sobald es um Informationen aus genetischen Analysen geht.

c) § 67 GTG beeinträchtigt nicht nur die Risikoprüfung und das Informationsgleichgewicht zwischen Versicherer und Versicherungsnehmern bzw -werbern, sondern auch die *Beurteilung der Leistungspflicht* des Versicherers: Der Trend zu einer „individualisierten“ bzw „personalisierten“ Medizin führt zunehmend dazu, dass Therapieentscheidungen (zB der Einsatz eines bestimmten Arzneimittels) wesentlich von der genetischen

Konstitution des Patienten beeinflusst werden können.²⁵ Die Verknüpfung von genetischer Diagnostik und nachfolgender Therapie kann zur Folge haben, dass ohne Testung nicht ermittelbar ist, ob ein Medikament bei einem konkreten Patienten therapeutisch wirksam wird oder aber gravierende Nebenwirkungen hervorruft.²⁶ Aus der Sicht des Versicherers folgt daraus, dass er ohne Zugang zu genetischen Daten nicht überprüfen kann, ob eine bestimmte Behandlungsmethode von seiner Leistungspflicht umfasst ist. Dieses Problem stellt sich nicht nur für private Versicherer, sondern in gleicher Weise für die gesetzliche Krankenversicherung: Ist etwa in der arzneimittelrechtlichen Zulassung die Anwendung eines Arzneimittels an die vorherige genetische Testung des Patienten gebunden, weil das Medikament nur bei Vorliegen bestimmter „Biomarker“ wirksam wird, dann stellt die Verabreichung ohne Testung nicht nur einen „off-label-use“ dar.²⁷ Die Kosten der Arzneimittelanwendung im niedergelassenen Bereich sind dann auch nicht im Wege der Direktverrechnung erstattungsfähig, da sowohl die Zulassung des Arzneimittels als auch dessen zulassungskonforme Anwendung (zu der eine bestimmte und im Erstattungskodex enthaltene Verwendungsart zählt) eine Voraussetzung für die Kostenerstattung durch die Sozialversicherung darstellt.²⁸ Ob die Kriterien für die Erstattung erfüllt sind, könnte aber erst auf Grundlage einer genetischen Diagnostik geklärt werden.

E. Verfassungsrechtliche Aspekte

1. Meinungsstand

An der sachlichen Rechtfertigung des § 67 GTG ist im österreichischen Schrifttum schon früh Zweifel geäußert worden: Bereits im Vorfeld der Gesetzwerdung verwarf *Welser* das – später in den Erläuterungen zur RV wiederkehrende – Argument, die Freiheit, genetische Informationen erheben zu lassen, sei als „unantastbarer Bereich privater Lebensgestaltung“ der Einwirkung öffentlicher Gewalt entzogen, als überschießend. Denn, so *Welser* weiter, wäre dies „uneingeschränkt richtig, so müßte es auch unzulässig sein, jemanden daraufhin untersuchen zu lassen, ob er an Krebs erkrankt sei“. Als „besonders merkwürdig“ bewertete *Welser*, dass bei einem – im GTG schließlich auch realisierten – generellen Ausschluss der Genanalyse zu Versicherungszwecken „der Versicherungsnehmer dem Versicherer die ihm bereits bekannten gesundheitlichen Defekte nur deshalb bewusst verschweigen dürfte, weil sie durch eine Genomanalyse ermittelt wurden“.²⁹ Noch schärfer äußerte sich *Selb* zu einem – im fraglichen Punkt recht ähnlichen – Vorentwurf zum GTG: Das Verbot der Verwendung genetischer Untersuchungen im Versicherungsrecht sei „zufällig und willkürlich“, da die auftauchenden Sachfragen nur bedingt mit der neuen Technik zu tun hätten. Einer generellen Regelung, die sich nur an einer bestimmten Technik orientiert, werde man „die Sachlichkeit absprechen müssen“.³⁰

21 *Heiss/Lorenz* in *Fenyves/Schauer*, VersVG Vor §§ 16–22 Rz 4 ff.

22 *Heiss/Lorenz* in *Fenyves/Schauer*, VersVG §§ 16–17 Rz 21.

23 Dazu zB *Gruber*, Gesundheitsdaten im Versicherungsvertragsrecht, RdM 2012, 171.

24 Näher *Taupitz*, Genetische Diagnostik 12 f; *Lorenz*, VersR 1999, 1314 f; *Berberich*, Zur Zulässigkeit genetischer Tests in der Lebens- und privaten Krankenversicherung (1998) 183 ff, 271 ff; *dieselbe*, Zur aktuellen Bedeutung genetischer Tests in der Privatversicherung, VW 1998, 1190 (1191 f); *Bernat*, JRE 2002, 202; *Bernert* in *Stelzer*, Biomedizin 21 ff.

25 Dazu zB *Eberbach*, Juristische Aspekte einer individualisierten Medizin, MedR 2011, 757; *Huster/Gottwald*, Rechtliche Implikationen der Personalisierten Medizin, in *Wienke/Dierks/Janke* (Hrsg), Rechtsfragen der Personalisierten Medizin (2014) 41.

26 *Eberbach*, MedR 2011, 768.

27 Dazu *Huster/Gottwald* in *Wienke* ua, Personalisierte Medizin 53 ff.

28 Zur Bindung der Erstattungsfähigkeit an die Zulassung (einschließlich bestimmter Verwendungsarten und Indikationen) näher *Kopetzki*, „Off-label-use“ von Arzneimitteln, FS Raschauer (2008) 73 (84 ff). Vgl etwa § 31 Abs 3 Z 12 lit b und c ASVG sowie §§ 18, 28, 37 der Verfahrensordnung zur Herausgabe des Erstattungskodex nach § 351g ASVG – VO-EKO, kundgemacht im Internet unter www.avsv.at Nr 47/2004 idF Nr 159/2013.

29 *Welser* in *BMWF*, Gentechnologie im österreichischen Recht 222 f.

30 *Selb*, Zum Entwurf eines Gentechnikgesetzes, JBl 1991, 749 (752).

2. Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen im Überblick

In der Folge kritisierte vor allem *Bernat* wiederholt, dass das „Recht auf Nichtwissen“ lediglich im Hinblick auf ein bestimmtes diagnostisches – nämlich genanalytisches – Verfahren gewährleistet wird, während derselbe Krankheits- bzw. Prädispositionsbefund nicht mehr so streng geschützt wird, wenn er durch andere Methoden ermittelt wird.³¹ Sachlich fragwürdig sei insb auch der Umstand, dass dem Versicherungsnehmer selbst bei ohnehin bereits manifesten Krankheiten ein „Recht auf Schweigen“ zugestanden wird, nur weil die Erbkrankheit im Wege einer Genanalyse diagnostiziert worden ist.³² § 67 GTG laufe auf „eine sachwidrige Erhöhung des Risikos des Versicherers und [...] auf eine sachwidrige Lastenüberwälzung auf die Versichertengemeinschaft“ hinaus.³³ Die „völlig einseitige Betonung“ der „genetischen Privatsphäre des Menschen“ als Motiv des § 67 GTG sei „dem Grunde nach verfehlt.“³⁴

Der Vorwurf der Verfassungswidrigkeit findet sich auch bei *Bernert*: § 67 GTG lasse „die durch das Verhältnismäßigkeitsprinzip gebotene Abwägung der betroffenen Interessen außer Acht [...]“; das Problem der adversen Selektion wird von § 67 GTG nicht berücksichtigt und somit die Funktionsfähigkeit der Privatversicherung undifferenziert beeinträchtigt. Das generelle Verbot nach § 67 GTG erscheint daher hinsichtlich des öffentlichen Interesses, bei Vertragsabschlüssen einer absichtlichen Herbeiführung von Willensmängeln des Vertragspartners entgegenzuwirken bzw diese zumindest nicht zu ermöglichen, unverhältnismäßig.“³⁵

Die rechtliche Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses zwischen Versicherer und Versicherten bewegt sich in einem Spannungsverhältnis von Individualgrundrechten, die auf der Seite des Versicherers im Wesentlichen durch dessen Eigentumsrecht gem Art 5 StGG iVm Art 1 1. ZPEMRK (Privatautonomie) und die Freiheit der Erwerbstätigkeit gem Art 6 StGG, auf der Seite des Versicherten bzw Versicherungsinteressenten durch das Selbstbestimmungsrecht in Bezug auf seine genetischen Daten (als Element des Rechts auf Privatleben gem Art 8 EMRK und des Rechts auf Datenschutz gem § 1 DSGVO) sowie das Diskriminierungsverbot (als Element des Gleichheitssatzes gem Art 7 B-VG) geprägt werden. Der verfassungsrechtlich fundierte Grundsatz der Privatautonomie steht in gleicher Weise auch dem Versicherten bzw Versicherungswerber zu. Darüber hinaus müssen alle gesetzlichen Regelungen einer Überprüfung im Lichte des Sachlichkeitsgebots des Gleichheitssatzes standhalten.

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung des § 67 GTG stehen vor allem das Eigentumsrecht und der Gleichheitssatz im Mittelpunkt des Interesses:

3. Recht auf Eigentum und Privatautonomie

a) Das Recht auf Eigentum schützt nicht nur alle vermögenswerten Privatrechte; es enthält auch eine Garantie der *Privatautonomie*.³⁶ Dazu gehört auch die Freiheit zur Auswahl der Vertragspartner sowie zum Abschluss bestimmter Verträge, also zur inhaltlichen Gestaltung der Verträge.³⁷ Einem Versicherungsunternehmen steht es grundsätzlich frei,

Verträge zu beliebigen Konditionen anzubieten bzw keinen Vertrag abzuschließen, wenn der potenzielle Vertragspartner die vorgeschlagenen Bedingungen nicht erfüllen will. Folglich ist auch das Fragerecht der Versicherungsunternehmen nach risikorelevanten Faktoren durch die Privatautonomie und das Eigentumsrecht begründet.³⁸

§ 67 GTG verbietet es Vertragspartnern, im Vorfeld eines Vertragsabschlusses bestimmte Informationen auszutauschen; er greift daher in die Privatautonomie und das Eigentumsrecht (sowohl des Versicherungsunternehmens als auch des Versicherten) ein. Dazu kommt, dass § 67 GTG dem Versicherer auch den – im Rahmen der Voraussetzungen der §§ 11a–11d VersVG eröffneten – Zugang zu personenbezogenen Gesundheitsdaten für Zwecke der Beurteilung und Erfüllung von Ansprüchen aus einem bestehenden Versicherungsvertrag verwehrt, sobald es sich um genanalytische Daten handelt. In dem Maße, in dem genanalytische Daten zur Beurteilung solcher Ansprüche (etwa zur Beurteilung einer aus solchen Daten abgeleiteten medizinischen Indikation zu einer bestimmten Therapie) notwendig wären, wird dem Versicherer die Möglichkeit genommen, sich auf gleicher Informationsbasis wie der versicherte Vertragspartner ein Bild über den Bestand seiner Leistungsverpflichtung zu machen.

b) Ein Eigentumseingriff ist nur dann und insoweit verfassungskonform, als ein hinreichendes öffentliches Interesse besteht und die Eigentumsbeschränkung in Bezug auf dieses Interesse verhältnismäßig und auch sonst sachlich gerechtfertigt ist. Auch nach Art 1 1.

31 *Bernat*, FS Steffen 42 ff; *derselbe*, JRE 2002, 200 ff; *derselbe* in *Langanke*, Zufallsbefunde 62 ff.

32 *Bernat*, FS Steffen 46; *derselbe*, JRE 2002, 201; *derselbe* in *Langanke*, Zufallsbefunde 70.

33 *Bernat*, JRE 2002, 200; *derselbe* in *Langanke*, Zufallsbefunde 70 ff.

34 *Bernat*, JRE 2002, 202.

35 *Bernert* in *Stelzer*, Biomedizin 25.

36 *Korinek*, Art 5 StGG, in *Korinek/Holoubek* (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, 5. Lfg (2002) Rz 19.

37 ZB VfSlg 12.227/1989, 17.071/2003; *Berka*, Die Grundrechte (1999) Rz 712.

38 Für die BRD im Ergebnis wie hier *Taupitz*, Genetische Diagnostik 28 f; *Schöffski*, Genomanalyse: Fluch oder Segen für die Versicherungswirtschaft? ZVersWiss 1999, 265 (275); *Berberich*, VW 1998, 1190 (1192); *Bartram* ua, Humangenetische Diagnostik (2000) 181.

ZPEMRK muss bei Eigentumsbeschränkungen ein „billiger Ausgleich“ („fair balance“) zwischen dem Erfordernis des Allgemeininteresses und dem Schutz der Grundrechtspositionen des Einzelnen gewahrt bleiben und ein angemessenes Verhältnis zwischen dem angestrebten Ziel und den für die Zielerreichung vorgesehenen Mitteln hergestellt werden.³⁹

Auch wenn man unterstellt, dass der Gesetzgeber im Rahmen eines weit verstandenen rechtspolitischen Gestaltungsspielraums den Schutz vor einer Aufdeckung und Verwertung genetischer Dispositionen als öffentliches Interesse anerkennen darf, bleiben Bedenken auf der Ebene der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Der Gesetzgeber ist verpflichtet, auch gegenläufige Interessenpositionen angemessen zu berücksichtigen und in einen billigen Ausgleich zu bringen. Dies umso mehr dann, wenn es gegenläufige öffentliche Interessen gibt (hier: das Interesse an einer funktionsfähigen Versicherungswirtschaft), die mit den Schutzinteressen der Versicherungsinteressenten und Versicherungsnehmer abzuwägen sind. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit geht es aber nicht nur um eine Beurteilung der Angemessenheit der Regelung, sondern um ihre sachliche Rechtfertigung insgesamt. Insofern lassen sich die Überlegungen zum Eigentumsrecht von jenen zum Gleichheitssatz nicht trennen.

c) § 67 GTG durchbricht zentrale Ordnungsprinzipien des Privatversicherungsrechts (vgl. oben D). Nach hA darf der Gesetzgeber in unterschiedlichen Rechtsbereichen zwar unterschiedliche Ordnungssysteme schaffen; grundlegende Brüche und Abweichungen von Systemgrundsätzen innerhalb eines Ordnungssystems können jedoch gleichheitswidrig sein, sofern diese Abweichung nicht durch sachliche Gründe gerechtfertigt ist. Ein Abweichen von

bestimmten Ordnungsprinzipien indiziert eine Unsachlichkeit und steht unter besonderem Rechtfertigungsdruck.⁴⁰ Die Verfassungskonformität des § 67 GTG steht und fällt daher – sowohl im Lichte des Eigentumsrechts als auch des Gleichheitssatzes – mit der Frage, ob es ausreichend gewichtige Gründe für die Ungleichbehandlung von Daten aus genetischen Analysen in Relation zu anderweitig gewonnenen medizinischen Informationen gibt.

4. Zur sachlichen Rechtfertigung im Lichte des Gleichheitssatzes

a) Allgemeines

Der Gleichheitssatz verbietet dem Gesetzgeber „Gleiches ungleich und Ungleiches gleich“ zu behandeln, er verwehrt ihm aber nicht sachlich gerechtfertigte Differenzierungen. An gleiche Tatbestände müssen gleiche Rechtsfolgen geknüpft werden, wesentlich ungleiche Tatbestände müssen zu entsprechend unterschiedlichen Regelungen führen. Die Anwendung des Gleichheitssatzes erfordert somit die Herstellung einer Relation zwischen den zu beurteilenden Regelungen und den tatsächlichen Gegebenheiten.

Nun sind Sachverhalte in aller Regel niemals gleich.⁴¹ Entscheidend kann nur sein, ob die Unterschiede gerade im Hinblick auf die getroffene Regelung und ihre Zielsetzung maßgeblich sind oder nicht. Gleichheitsrechtliche Beurteilung meint immer eine Vergleichbarkeit „in bestimmter Hinsicht“.⁴² Auch medizinische Untersuchungsmethoden weisen mehr oder weniger erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Art ihrer Gewinnung, des Inhalts der zu erzielenden Informationen, ihrer Aussagekraft und Verlässlichkeit sowie ihrer Folgen auf. Das ist auch bei genetischen Analy-

sen nicht anders. Allerdings darf man sich in diesem Zusammenhang nicht mit dem Nachweis subtiler Differenzen begnügen: Denn bei § 67 GTG hat man es nicht mit einer mehr oder weniger partiellen rechtlichen „Andersbehandlung“ von genetischen Analysen zu tun, sondern mit einer schon vom Ansatz her *völlig abweichenden* Regelung, nämlich dem gänzlichen Ausschluss der Verwertung bestimmter Untersuchungsergebnisse in Abhängigkeit von der methodischen Art und Weise ihrer Gewinnung bzw. von der Art der Informationsquelle. Für eine sachliche Rechtfertigung bedarf es daher entsprechend schwerwiegender Gründe.

b) Schutz der genetischen Privatsphäre

Ausgangspunkt ist zunächst das explizite Motiv des Gesetzgebers, nämlich der Schutz der „genetische[n] Privatsphäre des einzelnen Menschen“, deren „Unantastbarkeit vor allem in jenen Fällen nicht gewährleistet [sei], wo der einzelne faktischen Zwangssituationen, wie sie im Erwerbsleben gegeben sein können, unterliegt.“⁴³ Beide Ziele sind zur Rechtfertigung des § 67 GTG weder für sich genommen noch in ihrer Kombination tragfähig:

a) Der Schutz der Privatsphäre und der personenbezogenen Daten ist zweifellos ein gewichtiges Interesse, das Einschränkungen der Privatautonomie begründen kann. Diese Schutzgüter sind durch Art 8 EMRK und § 1 DSGVO auch verfassungsrechtlich gewährleistet. Das erklärt aber nicht, weshalb dieser Schutz der Privatsphäre in Bezug auf genetische Daten im Allgemeinen und gegenüber Versicherern im Besonderen ganz *anders* ausgestaltet ist als sonst. Ein *absoluter Zugriffsschutz* für bestimmte Informationen unabhängig vom Willen des Betroffenen hat eine prinzipiell andere Qualität als der herkömmliche rechtliche Schutz der Privatsphäre. Die Deutung des § 67 GTG als „speziell-

39 Korinek, Art 1 1. ZPEMRK, in Korinek/Holoubek, Bundesverfassungsrecht Rz 12, 14.

40 MWN Berka, Art 7 B-VG, in Rill/Schäffer (Hrsg), B-VG-Kommentar, 1. Lfg (2001) Rz 60.

41 Berka, Grundrechte Rz 920; derselbe, in Rill/Schäffer, Art 7 B-VG Rz 42.

42 Vgl. Holoubek, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes, ÖZW 1991, 72, insb 76.

43 1465 BlgNR 18. GP 63; näher oben B.

le Datenschutzbestimmung⁴⁴ muss sich entgegenhalten lassen, dass dieser Inhalt über den traditionellen Gehalt des Datenschutzrechts hinausgeht.⁴⁵ Sowohl Art 8 EMRK als auch das DSGVO zielen auf den *Schutz der persönlichen Entscheidungsfreiheit* in Bezug auf die Datenerhebung und Datenverwendung ab. Es handelt sich um ein Autonomie-recht, das Wahlfreiheit garantiert.⁴⁶ Das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Person bzw deren „genetische Privatsphäre“ gibt daher noch *keinen tauglichen Rechtfertigungsgrund* für das Verbot der Verwertung der Ergebnisse von Gentests ab, weil dieses Recht nur die individuelle Selbstbestimmung schützt und einer Preisgabe kraft Einwilligung zugänglich ist.⁴⁷ Dazu kommt, dass ein Verbot der – freiwilligen – Verwertung von genetischen Untersuchungsergebnissen selbst wieder in das Selbstbestimmungsrecht eingreift. Besonders akzentuiert wird der Eingriffscharakter des § 67 GTG dadurch, dass er auch jenen Versicherungswerber in seinen Handlungsfreiheiten beschränkt, der um seine vorteilhafte genetische Prädisposition weiß und diese einem Versicherer in Erwartung auf günstige Prämien offenlegen möchte.

b) Die Berufung auf den Schutz der genetischen Privatsphäre wird nicht dadurch plausibler, dass man den Charakter des informationellen Selbstbestimmungsrechts als individuelles Freiheitsrecht mit dem *Hinweis auf die faktische Unmöglichkeit autonomer Entscheidungen hinsichtlich genetischer Daten* überhaupt in Frage stellt. Es besteht auch kein Anhaltspunkt, weshalb eine (datenschutzrechtlich wirksa-

me) Zustimmung zur Datenverwendung iSd § 4 Z 14 DSGVO bei genetischen Daten nicht möglich sein sollte. Das GTG verweist selbst auf die Grundprinzipien des Datenschutzrechts⁴⁸ und setzt die datenschutzrechtliche Konsentierbarkeit bei der Verwendung genetischer Daten voraus.⁴⁹ Die Erfüllung der strengen Zustimmungskriterien des § 4 Z 14 DSGVO wäre nicht einmal bei der Überlassung von Körpersubstanzen ausgeschlossen (aus denen künftig unvorhersehbare Informationen ausgelesen werden könnten). Denn auch eine ex ante unabsehbare Verwendungsmöglichkeit von Humansubstanzen behindert nicht die Wirksamkeit der Zustimmung zu einer konkreten und bereits bekannten Untersuchung. Von dieser konkreten Zustimmung „in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall“ (§ 4 Z 14 DSGVO) wären dann eben nur die von der Zustimmung tatsächlich erfassten Datenarten und Verwendungszwecke gedeckt und alle anderen – allenfalls neuen und künftigen – Verwendungszwecke nicht erfasst.

c) Eine Rechtfertigung für einen *spezifischen* – von tradierten Konzepten des Datenschutzes abweichenden – Schutz der genetischen Privatsphäre könnte sich im Hinblick auf die *prädiktive* Aussagekraft genetischer Informationen möglicherweise aus dem „*Recht auf Nichtwissen*“ ergeben, das aus Art 8 EMRK – sozusagen als negative Seite des informationellen Selbstbestimmungsrechts – abgeleitet wird.⁵⁰ Die Verfolgung eines solchen Schutzziels wäre dem Gesetzgeber nicht verwehrt, zumal es in diesem Punkt Vorgaben im internationalen Recht gibt, die auf die Auslegung des Art 8 EMRK ausstrahlen könnten.⁵¹ In Bezug auf den Schutz

eines „Rechts auf Nichtwissen“ würde auch die Interessenabwägung im Versicherungsrecht anders ausfallen: Denn Informationen, die weder der Versicherer noch der Versicherungsnehmer hat, stören auch das Informationsgleichgewicht zwischen beiden nicht. Für § 67 GTG ist daraus aber nichts zu gewinnen, weil er nicht nur das Verlangen eines Gentests zu Versicherungszwecken verbietet, sondern auch die freiwillige Preisgabe *bereits vorhandener* Ergebnisse ausschließt. Ein Erhebungs- und Offenbarungsverbot kann das „Recht auf Nichtwissen“ nicht mehr berühren, wenn die betroffene Person das fragliche Wissen schon aus früheren Untersuchungen hat.⁵² Insoweit wäre das Verbot ein zur Zielerreichung untaugliches Mittel.

c) Schutz vor *faktischen Zwangssituationen*

Auch das Argument des Schutzes vor *faktischen Zwangslagen* überzeugt nicht. Zum Ersten fällt auf, dass die Erläuterungen dieses Schutzziel nur im Kontext des Arbeitslebens erwähnen.⁵³ Auf das private Versicherungswesen – und noch viel weniger auf die gesetzliche Sozialversicherung – lässt es sich auch nicht ohne weiteres übertragen: Gewiss kann das Verlangen eines Versicherers auf Durchführung eines Gentests oder auf Preisgabe vorhandener genetischer Befunde einen *faktischen Motivationsdruck* in Richtung der Offenbarung dieser Informationen erzeugen. Das ist aber keine Besonderheit versicherungsrechtlicher Rechtsbeziehungen, sondern liegt in der Natur zweisei-

44 Satzinger in Kerschner ua, § 67 GTG Rz 1.

45 Kotschy, Datenschutzrechtliche Fragen zum Gentechnikrecht, in Kopetzki/Mayer (Hrsg), Biotechnologie und Recht (2002) 75 (87).

46 Daher stellt die ausdrückliche Zustimmung zur Verwendung von Daten stets einen hinreichenden Grund für die Zulässigkeit der Datenverwendung dar (vgl § 9 Z 6 DSGVO).

47 Bernert in Stelzer, Biomedizin 25. Für die BRD zB Taupitz, Genetische Diagnostik 23 ff; Simon, Gendiagnostik 118 ff, insb 120; Basedow, Gentests in der Lebens- und Krankenversicherung – Die juristische Perspektive, in Basedow ua (Hrsg), Lebensversicherung – Altersvorsorge – Private Krankenversicherung (2004) 141 (142); Lorenz in Thiele, Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz 24 ff; derselbe, VersR 1999, 1312 ff.

48 Vgl den Verweis auf das DSGVO in § 71 Abs 2 GTG.

49 Vgl zB § 71 Abs 1 Z 3 GTG; § 71 Abs 1 Z 4 lit e GTG. Zur Zustimmung zu wissenschaftlichen Genanalysen vgl auch § 66 GTG.

50 Miklos, Genanalysen 156 ff; Bernert in Stelzer, Biomedizin 21.

51 Vgl insb Art 12 der Biomedizinkonvention des Europarates, wonach prädiktive genetische Tests nur für Gesundheitszwecke und für wissenschaftliche Zwecke durchgeführt werden dürfen. Daraus folgt jedoch kein Verbot der Verwertung bereits vorhandener genetischer Daten (vgl oben FN 13).

52 ZB Berberich, VW 1998, 1192.

53 1465 BlgNR 18. GP 63: „faktische[n] Zwangssituationen, wie sie im Erwerbsleben“ gegeben seien.

tiger Rechtsgeschäfte, die zu ihrem Zustandekommen einer beiderseitigen Willensübereinstimmung bedürfen. Vergleichbare faktische „Zwangslagen“ sind auch in anderen Bereichen der Rechtsordnung anzutreffen, in denen die Grundsätze der Privatautonomie, der Vertragsfreiheit und der freien Marktwirtschaft herrschen, ohne dass deshalb von einer unerträglichen (und gesetzlicher Korrekturen bedürftigen) „Zwangssituation“ gesprochen wird. Der ungehinderte Zugang zu Leistungen der Privatversicherung (insb auch der Kranken- und Lebensversicherung) stellt auch keinen elementaren Bestandteil sozialstaatlicher Daseinsvorsorge dar. Diese Einschätzung mag bei der Versorgung mit existenznotwendigen Gütern (zB Arbeit) anders ausfallen; der sozialstaatlich notwendige Schutz vor Krankheitsrisiken (einschließlich des Versicherungsschutzes zur Kostenabdeckung) ist aber in Österreich fast flächendeckend – und ohne Risikoprüfung – durch die gesetzliche Krankenversicherung gewährleistet. Das ist nicht nur, aber insb im stationären Sektor der Fall, wo sich der Mehrwert der Sonderklasse in Krankenanstalten gar nicht auf den eigentlichen Kernbereich der medizinischen Behandlung beziehen darf.⁵⁴ Für die Annahme eines hinreichenden faktischen Zwanges zur Vornahme genetischer Tests fehlt es also an einem notwendigen „Angewiesensein“ der Versicherungsinteressenten auf eine private Personenversicherung.⁵⁵

Zum Zweiten – und vor allem – ist gegen das Argument der „faktischen Zwangssituation“ einzuwenden, dass damit ganz allgemeine Schutzbedürfnisse angesprochen werden: Diese stehen in

keinem exklusiven oder auch nur typischen Zusammenhang mit genetischen Analysen, sondern können auch bei allen anderen sensiblen Informationen auftreten. Auch wenn man den „Schutz der Privatsphäre vor faktischen Zwangssituationen“ als sachliche Rechtfertigung anerkennt, bleibt unverständlich, weshalb dieser Schutz nur gegenüber genetischen Daten greifen soll, während die freiwillige Preisgabe aller anderen hochsensiblen gesundheitsrelevanten Informationen – auch im Versicherungsbereich – nach den allgemeinen Regeln möglich ist. Kurz: Die rechtliche Sonderbehandlung genetischer Daten kann nicht durch unspezifische Schutzziele und Bedrohungsszenarien, sondern nur durch Besonderheiten gerade dieser Daten legitimiert werden.

d) Besonderheiten von genetischen Analysen in Bezug auf die Datengewinnung

Zu fragen ist somit nach jenen Merkmalen, die eine besondere Qualität von genetischen Analysen und deren Ergebnissen sowie eine daran anknüpfende besondere Schutzwürdigkeit begründen könnten. In der reichhaltigen Literatur⁵⁶ werden unterschiedliche Aspekte diskutiert, die nicht immer scharf voneinander zu trennen sind: Manche beziehen sich auf die Art der Datengewinnung, andere auf den Inhalt und die Aussagekraft der Untersuchungsergebnisse:

a) Die Art und Weise der methodischen Entstehung von Daten kann eine rechtliche Sonderbehandlung für sich genommen nicht legitimieren, weil sich eine besondere Schutzbedürftigkeit nur aus bestimmten Auswirkungen einer Untersuchung auf die Interessen des Betroffenen (oder Dritter) ergeben kann,

nicht jedoch aus dem isolierten technischen Aspekt einer Untersuchungs- methode. Die Technik der Informationsgewinnung ist kein taugliches Differenzierungsmerkmal, solange nicht zusätzliche Aspekte hinzutreten, die eine besondere Schutzwürdigkeit begründen. Zu Recht betonen Stelzer und Schmiedecker, dass die spezifischen Regelungen des GTG ihre sachliche Rechtfertigung nicht in der Verwendung einer bestimmten Methode bzw einer bestimmten Technik finden, sondern in der erzielten Aussagekraft der Analyse.⁵⁷ Vergleichbare soziale Folgen gibt es aber auch bei Testverfahren, die ohne Einsatz „genanalytischer“ Methoden auskommen, da Informationen über die genetische Konstitution eines Menschen auf verschiedenen Wegen gewonnen werden können (zB Familienanamnese).⁵⁸

b) Als Eigenheit von genetischen Analysen wird zudem ihre leichte Durchführbarkeit anhand geringfügiger Mengen von Material genannt. Das ist sicher richtig, rechtfertigt die völlige Abschottung genetischer Daten vom Versicherungsbereich aber schon deshalb nicht, weil dieses Argument nur auf die Untersuchung überlassener Körpersubstanzen bzw Gewebeproben passt (also auf die im letzten Satz des § 67 angesprochene Variante der „Abgabe von Körpersubstanz für genanalytische Zwecke“), nicht aber auf die (durch § 67 GTG ebenso erfasste) Verwendung von bloßen Daten aus genetischen Analysen ohne gleichzeitige Überlassung von Körpersubstanzen.

c) Das Gleiche gilt für die Gefahr der künftigen Ausweitung von Diagnosemöglichkeiten durch neue und unvorhersehbare Analysetechniken: Auch diese Möglichkeit setzt den Zugriff auf den eigentlichen „Datenträger“ – also die DNA – und daher die Überlassung

54 Kopetzki, Krankenanstaltenrecht, in Holoubek/Potacs, Wirtschaftsrecht³ I 559.

55 Lorenz in Thiele, Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz 5; derselbe, VersR 1999, 1312; Bernat in Langanke, Zufallsbefunde 71 f.

56 Statt vieler Bernat, JRE 2002, 183 ff; derselbe in Langanke, Zufallsbefunde 63 ff; Taupitz, Genetische Diagnostik 27 ff; Bartram, Diagnostik 59 ff, 82 ff; 182 ff; Simon, Gendiagnostik 121 ff; Berberich, VW 1998, 1190; Schmidtke, Gentests in der Lebens- und Krankenversicherung – die medizinische Perspektive, in Basedow ua, Lebensversicherung 127 (134 f); Sahmer, Private Krankenversicherung und Gentests, in Thiele, Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz 51 ff; Lorenz in Thiele, ibid 21 ff; derselbe, VersR 1999, 1311; Schöffski, ZVersWiss 1999, 271 ff; Hausheer, Genetik und Versicherung aus juristischer Sicht, ZVersWiss 2001, 255 ff.

57 Stelzer/Schmiedecker in Holoubek/Potacs, Wirtschaftsrecht³ II 712. Ähnlich schon Bartram, Diagnostik 59 ff; Taupitz, Genetische Diagnostik 27; Bernat, JRE 2002, 201 f; Selb, JBI 1991, 751 f.

58 Vgl Schmidtke in Basedow ua, Lebensversicherung 134.

von Körpersubstanzen voraus, scheidet aber bei der Übermittlung von Analyseergebnissen aus: Die Überlassung eines konkreten Ergebnisses einer konkreten genetischen Untersuchung enthält kein zusätzliches Potenzial für die Ableitung neuer Informationen. Denkbar wäre allenfalls eine neue Bewertung und Interpretation bestehender Befunde durch die Einsicht in neue medizinische Zusammenhänge etc. Ein solcher Wandel der Interpretierbarkeit kann aber bei keinem medizinischen Diagnoseverfahren ausgeschlossen werden. Die besondere Sensibilität genetischer Daten unter dem Aspekt der „unvorhersehbaren künftigen Auswertbarkeit“ wird auch nicht durch die höchstgerichtliche Rsp erhärtet: In den einschlägigen Verfahren vor dem VfGH⁵⁹ und dem EGMR,⁶⁰ wo dieser Gesichtspunkt als Charakteristikum genetischer Informationen betont wird, ging es nicht um die Verwendung von Ergebnissen aus genetischen Analysen, sondern um die Zulässigkeit der (unfreiwilligen) Überlassung und Aufbewahrung von körperlichen Gewebsproben und ganzen DNA-Profilen. Nur insofern gibt es die Möglichkeit einer künftigen „zweckentfremdeten Nutzbarmachung.“⁶¹ § 67 GTG unterscheidet zwischen diesen Konstellationen (Überlassung von konkreten Analyseergebnissen versus Überlassung von humanen Gewebsproben) jedoch gar nicht, obwohl bei der Überlassung von Körpersubstanz offenkundig ein wesentlich anderes „Auswertungspotenzial“ besteht als bei der Überlassung konkreter Analyseergebnisse.

e) Besonderheiten von genetischen Analysen in Bezug auf Inhalt und Aussagekraft

In Bezug auf den Inhalt der gewonnenen Informationen werden genetischen Analysen eine Reihe von Besonderheiten zugeschrieben: Sie bezögen sich

typischerweise auf erbliche und daher in spezifischer Weise schicksalhafte Ursachen von Krankheiten, die bisher unbekannt waren und oft erst viel später manifest werden und daher eine lange Phase der Unsicherheit und gravierenden Auswirkungen auf das individuelle Selbstverständnis nach sich ziehen. Da häufig auch keine Therapiemöglichkeit zur Verfügung stehe, habe dieses Wissen ein hohes Belastungspotenzial, was einen verstärkten Schutz vor einer ungewollten Kenntnisnahme solcher Ergebnisse („Recht auf Nichtwissen“) rechtfertige. Außerdem könnten Genests auch belastende Informationen über blutsverwandte Familienangehörige zu Tage fördern, sie weisen also mitunter eine erhebliche „Drittwirkung“ auf.⁶²

Diese Merkmale genetischer Analysen rechtfertigen keine undifferenzierte Sonderregelung im Versicherungsrecht:

a) Die Eigenschaften der *Erblichkeit und genetischen Bedingtheit* (und die damit verbundene schicksalhafte Unausweichlichkeit) haften auch anderen medizinischen Befunden an, deren Verwertbarkeit im Versicherungskontext nicht strittig ist; etwa dann, wenn eine genetisch bedingte Erkrankung bereits klinisch manifest ist und auch ohne Genanalyse diagnostiziert werden kann.⁶³ Sie treffen auch auf Ergebnisse der Familienanamnese zu, insb bei der Befragung eines Versicherungsinteressenten darüber, ob in seiner Familie häufiger dieselben gefahrenerheblichen Krankheiten aufgetreten sind.⁶⁴

b) Ein Argument für die besondere Qualität von genetischen Analysen – auch im Versicherungskontext – stützt sich auf den potenziell *prädiktiven Charakter* der erzielten Informationen. Solange eine klinische Manifestation fehlt, ist der Träger der genetischen Disposition (noch) nicht krank; das Vorliegen einer genetischen Disposition erlaube ledig-

lich eine Wahrscheinlichkeitsaussage über das Ob und das Wann des künftigen Krankheitsausbruchs.⁶⁵

Eine Aufdeckung bisher unbekannter Krankheitsursachen oder Krankheitsdispositionen, die klinisch noch nicht manifest sind und deren Kenntnis die weitere Lebensgestaltung des Betroffenen belastet, kann allerdings in ähnlicher Weise auch durch andere Untersuchungen als durch genetische Analysen eintreten. So kann etwa durch eine – auch für Versicherungszwecke zulässig verwertbare – nicht-genetische Untersuchung eine HIV-Infektion festgestellt werden, die noch zu keiner klinischen Krankheit führte und von der der Betroffene nichts wusste, ohne dass behauptet werden könnte, dass sich diese zufällig aufgedeckte Information hinsichtlich ihrer Eingriffstiefe und ihrer belastenden Qualität wesentlich von den möglichen Folgen einer Genanalyse unterscheidet.⁶⁶ Ähnlich ist die Situation bei medizinischen Befunden über eine „schlummernde“ Krebserkrankung oder über schwerwiegende physiologische Fehlfunktionen sowie bei der Feststellung von Lebensgewohnheiten mit hohem, jedoch noch nicht verwirklichtem Risikopotenzial (Hochdruck, Blutfette, Rauchen etc). In all diesen Konstellationen kann durch eine medizinische Untersuchung der Zustand des Nicht-Wissens erheblich gestört werden.

Doch selbst wenn man – was in diesem Zusammenhang dahinstehen kann – gendiagnostischen prädiktiven Daten eine qualitativ andere Dimension zuschreibt und dem Schutz des Nicht-Wissens gegenüber dem unerwünschten Blick in die Zukunft einen entsprechend hohen Stellenwert einräumt: Die Verbotswirkung des § 67 GTG beschränkt sich nicht auf prädiktive Analysen bzw den Schutz des Nicht-Wis-

59 VfSlg 19.738/2013 betreffend genetische Analysen für erkennungsdienstliche Zwecke nach § 67 Abs 1 SPG (Mundhöhlenabstrich).

60 EGMR 4. 12. 2008, Appl 30562/04 ua, S. and Marper v United Kingdom, Z 70 ff („cellular samples“).

61 VfSlg 19.738/2013 Punkt 2.2.4.

62 Für einen Überblick über die gängigen Argumente vgl etwa Bartram, Diagnostik 83 ff.

63 Vgl das Beispiel der Farbenblindheit bei Bartram, Diagnostik 60.

64 Vgl Taupitz, Genetische Diagnostik 36 f; Bartram, Diagnostik 183; Lorenz, VersR 1999, 1311.

65 Vgl zB Bartram, Diagnostik 183.

66 Taupitz, Genetische Diagnostik 37; vgl auch Bernat, JRE 2002, 201; Selb, JBI 1991, 751 f.

sens, sondern betrifft auch *bereits vorliegende und dem Betroffenen schon bekannte* Testergebnisse sowie genetische Analysen bei manifester Erkrankung. Auch unter der Prämisse, dass die prädiktive Qualität der genetischen Daten eine restriktive Regelung rechtfertigen würde, wäre § 67 GTG überschießend. Im Übrigen ist die Regelung des § 67 GTG sogar innerhalb des Systems des GTG ein Fremdkörper, weil das Gesetz zwischen der Schutzwürdigkeit genetischer Analysen anhand des Kriteriums einer bereits bestehenden Krankheit bzw einer bloßen Krankheitsdisposition sehr wohl unterscheidet und dieses Kriterium zum Anlass differenzierender Regelungen mit abgestuftem Schutzniveau nimmt.⁶⁷ Auch in den Materialien zur GTG-Nov 2005 wird dieses unterschiedliche Schutzbedürfnis bekräftigt und die Vergleichbarkeit der Ergebnisse aus konventionellen Untersuchungsmethoden mit jenen aus (nicht prädiktiven) genetischen Analysen ausdrücklich betont.⁶⁸ Dass § 67 GTG auf all diese Differenzierungen verzichtet, ist inkonsistent.

c) Das Kriterium der (fehlenden) *Therapiefähigkeit* wäre nur dann plausibel, wenn sich nachweisen ließe, dass „konventionelle“ Krankheiten stets, genetisch bedingte Krankheiten (bzw aufgedeckte genetische Dispositionen) hingegen nie therapiefähig (und daher belastender) wären. Diese Einschätzung trifft aber nicht zu.⁶⁹

d) Dass genetische Untersuchungen auch zu Informationen über verwandte Personen führen, ist nicht zweifelhaft. Diese potenzielle *Mitbetroffenheit Dritter* ist jedoch kein Alleinstellungsmerkmal

genetischer Analysen, sondern tritt zB auch bei jeder Familien- und Sozialanamnese auf. Dazu kommt, dass die Mitbetroffenheit von Verwandten ein notwendiger Nebeneffekt *sämtlicher* genetischer Daten ist;⁷⁰ sie besteht unabhängig vom Verwendungszweck und ist nicht auf den Versicherungskontext beschränkt. Diese *allgemeine* Eigenschaft genetischer Informationen rechtfertigt daher keine Sonderlösung für den Versicherungsbereich. Bei der Verwendung von genetischen Informationen zu anderen – insb medizinischen oder wissenschaftlichen – Zwecken hat der Gesetzgeber den „Drittbezug“ genetischer Daten hingegen nicht zum Anlass eines Verwendungsverbots genommen (vgl zB §§ 66, 69 GTG), sondern lediglich Regelungen über die Einbeziehung von Verwandten (§ 70 GTG) vorgesehen.

f) Missbrauchsgefahr

Missbrauchspotenziale der Gendiagnostik (zB unzureichende Beratung, Datenmissbrauch etc)⁷¹ sind ebenfalls unspezifische Gefahrenszenarien, die sich aus der Verwendung genetischer Tests im Allgemeinen und nicht erst aus einer möglichen Verwertung für Versicherungszwecke ergeben. Eine rechtliche Gegensteuerung zum Zweck der Sicherstellung der Zuverlässigkeit der Methode, der Richtigkeit der Ergebnisse, der Indikationsstellung, der Folgeneinschätzung, der individuellen Beratung und des Geheimnisschutzes der Betroffenen müsste bei der gentechnischen, datenschutzrechtlichen und/oder produktrechtlichen Regulierung von genetischen Testmethoden

ansetzen,⁷² die das GTG ja auch vorsieht.⁷³ Es gibt aber keinen guten Grund für die Annahme, dass in der Versicherungsbranche eine wesentlich größere Missbrauchsgefahr zu befürchten ist als etwa bei der Datenverwendung für Zwecke der Medizin oder der Forschung. Ein Verbot der Verwendung genetischer Untersuchungsergebnisse im Versicherungswesen ist daher nicht durch ein *spezifisches* Missbrauchspotenzial gerechtfertigt; es ist auch kein taugliches Mittel, um *allgemeine* Gefahren effektiv und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu bekämpfen, weil ein solches Verbot von vornherein nur einen Teilausschnitt der Gesamtproblematik erfasst, ohne einen Missbrauch in anderen Bereichen verhindern zu können.

g) Diskriminierung?

Ein verbreitetes Argument gegen die Berücksichtigung genetischer Informationen für die Entscheidung über Abschluss und Inhalt eines Privatversicherungsvertrages beruft sich auf verfassungsrechtliche bzw unionsrechtliche Diskriminierungsverbote.⁷⁴ Im rechtlichen Sinne wird allerdings nur diskriminiert, wer *ohne sachlichen Grund anders behandelt wird als andere*.⁷⁵ Das ist auch bei spezifischen Verboten der Diskriminierung aufgrund genetischer Merkmale (zB Art 21 Abs 1 GRC) nicht anders, da Diskriminierung auch in diesem Zusammenhang nur eine *sachlich nicht gerechtfertigte* Ungleichbehandlung meint.⁷⁶

67 Vgl die Typologie des § 65 GTG und die daran anknüpfenden (nach Typen differenzierenden) Schutzbestimmungen der §§ 68–69 GTG.

68 1083 BlgNR 22. GP 4, wonach dem Datenschutz bei prädiktiven Analysen ein „anderer Stellenwert zukommt als bei manifesten Erkrankungen“. An anderer Stelle ist von der „Vergleichbarkeit“ der Ergebnisse aus nicht prädiktiven Analysen mit jenen aus konventionellen Untersuchungen die Rede; die genetische Untersuchung des Typs I „kommt einer medizinischen Standarduntersuchung gleich“ (ibid 7).

69 MWN Lorenz, VersR 1999, 1311; Taupitz, Genetische Diagnostik 27.

70 Vgl dazu nur Huster/Gottwald in Wienke ua, Personalisierte Medizin 48.

71 Vgl die Argumente bei Bartram, Diagnostik 83; Satzinger in Kerschner ua § 67 GTG Rz 1.

72 In diesem Sinn auch Bartram, Diagnostik 83 ff.

73 Vgl zB die §§ 68, 69, 71 GTG.

74 Spranger, Prädiktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen, VersR 2000, 815 (819 f); Eisenberger/Hödl, Gattaca oder: Brauchen wir ein eigenes Grundrecht auf Wahrung genetischer Information? Juridicum 2003/3, 113; mWN Taupitz, Genetische Diagnostik 29.

75 Für die BRD Taupitz, Genetische Diagnostik 31; Lorenz, VersR 1999, 1313; derselbe in Thiele, Genetische Diagnostik und Versicherungsschutz 26 ff; Berberich, Genetische Tests 127 ff.

76 Statt aller Blanck-Putz/Köchle in Holoubek/Lienbacher (Hrsg), GRC-Kommentar (2014) Art 21 Rz 62 ff. Ebenso zu Art 11 der Biomedizinkonvention Taupitz, Genetische Diagnostik 31.

So gesehen führt auch der Diskriminierungsvorwurf zur gleichheitsrechtlichen Kernfrage zurück. Wenn genetische Informationen im Vergleich zu anderen medizinischen Daten zwar manche Eigenheiten aufweisen, diese Eigenheiten aber – im Hinblick auf ihre Verwertung zu Versicherungszwecken und im Lichte der schutzwürdigen Interessensphären der Betroffenen (Selbstbestimmung) und der Versicherer (Risikoprüfung) – keine grundlegend neue Qualität aufweisen, dann stellt es keine Diskriminierung dar, wenn genetische Analysen für Versicherungszwecke nach den auch für andere Risikobefunde geltenden Regeln verwendet werden.⁷⁷ Im Gegenteil: Das Diskriminierungsargument lässt sich umdrehen und mündet dann in die Frage, ob durch die Ungleichbehandlung genetischer und sonstiger Informationen im Hinblick auf Versicherungszwecke nicht die Träger solcher Krankheiten oder Prädispositionen diskriminiert werden, die nicht genetisch bedingt sind.⁷⁸

F. Ergebnis

Sowohl die Art der Durchführung als auch die Ergebnisse von genetischen Untersuchungen weisen zwar die eine oder andere Besonderheit im Vergleich zu anderen diagnostischen Methoden auf. Im Hinblick auf die relevanten Schutzbedürfnisse und Interessen – insb den Schutz der Privatsphäre in Relation zur Risikoprüfung der Privatversicherer – schaffen sie aber keine originär neuen Probleme, sondern verleihen diesen allenfalls ein etwas anders akzentuiertes Gewicht.⁷⁹ Die Unterschiede reichen nicht aus, um eine grundlegend andere rechtliche Bewer-

tung als bei sonstigen medizinischen Ergebnissen zu rechtfertigen.⁸⁰ Dazu kommt, dass § 67 GTG jegliche mögliche und nötige Differenzierung und Interessenabwägung vermissen lässt, obwohl das GTG ansonsten ein abgestuftes Schutzniveau je nach Analysetyp vorsieht, in dessen Spektrum (nicht-prädiktive) diagnostische Tests und konventionelle Untersuchungen weitgehend gleich behandelt werden. Die mangelnde Unterscheidung des § 67 GTG zwischen der Durchführung prädiktiver Analysen eigens für Versicherungszwecke (also der Erzwingung neuer Informationen, die der Betroffene noch nicht hat) und der Übermittlung von Ergebnissen bereits vorliegender Tests (die dem Betroffenen schon bekannt sind) erweist sich dabei als besonders unangemessen: Denn im letzten Fall ist das Schutzinteresse des Versicherers deutlich stärker (Herstellung eines Informationsgleichgewichts mit dem Versicherten) und jenes des Versicherungsnehmers schwächer (keine Berührung des „Rechts auf Nichtwissen“). Auch das Motiv des Schutzes der genetischen Privatsphäre vor „faktischen Zwangslagen“ erklärt nicht, weshalb die genetische Privatsphäre in Bezug auf Versicherungen ausnahmslos sogar gegen eine selbstbestimmte Offenlegung schon bekannter genetischer Informationen (selbst im eigenen Interesse des Betroffenen) geschützt wird, während die übrige gesundheitsbezogene Privatsphäre keinen solchen Schutz genießt, da sie nach den allgemeinen Regeln der Risikoprüfung oder bei der Beurteilung von Ansprüchen aus dem Versicherungsvertrag berücksichtigt werden kann. An diesen Wertungswidersprüchen ändert auch das Ziel des Schutzes wirtschaftlich Schwacher nichts, weil dies dann bei jedem

„schlechten Risiko“ zutreffen würde, wenn der Betroffene bei Bekanntwerden seiner risikoerhöhenden Befunde möglicherweise versicherungsrechtliche Nachteile auf sich nehmen muss.⁸¹

Gegen § 67 GTG bestehen also gravierende verfassungsrechtliche Bedenken. Dieser Vorwurf geht nicht dahin, dass der Gesetzgeber den Schutz der Privatsphäre bzw den Schutz wirtschaftlich Schwacher als Anlass für einen Eingriff in die Privatautonomie genommen hat. Er richtet sich vielmehr dagegen, dass § 67 GTG ohne zwingenden sachlichen Grund und ohne irgendeine – durchaus mögliche und im GTG auch sonst vorgenommene – Differenzierung hinsichtlich der zu schützenden Interessen und der Intensität ihrer Bedrohung (zB anhand des Kriteriums der Freiwilligkeit, der Auswirkungen der Informationspreisgabe auf das Versicherungsverhältnis, der Versicherungsart, einer bereits eingetretenen oder nur vorhergesagten Erkrankung, oder danach, ob es um die Durchführung neuer Gentests oder nur um die Verwertung von Ergebnissen bereits vorhandener und unabhängig vom Versicherungskonnex ohnehin schon durchgeführter Gentests geht) ein restriktives Sonderrecht ausschließlich für genetische Analysen schafft. § 67 GTG steht daher im Verdacht einer mangelnden sachlichen Rechtfertigung im Sinne des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes.⁸² Damit wäre zugleich der mit § 67 GTG verbundene Eingriff in die Privatautonomie – mangels Abwägung zwischen den wirtschaftlichen Interessen der Versicherer und der Versicherungsnehmer – unangemessen und unverhältnismäßig.

77 Wie hier zB *Taupitz*, Genetische Diagnostik 29 ff; *Lorenz*, VersR 1999, 1312 f; *Antonow*, Der rechtliche Rahmen der Zulässigkeit für Biobanken zu Forschungszwecken (2006) 190 ff.

78 Nach *Berberich*, Genetische Tests 351, diskriminiert § 67 GTG jene, „bei denen eine Unversicherbarkeit oder die Vereinbarung eines Risikozuschlages aufgrund einer Familienanamnese erfolgt“. Auch *Bernat* spricht von einer „Privilegierung“ jener Versicherungsnehmer, „deren Krankheit oder Krankheitsanlage im Wege einer Genanalyse festgestellt worden ist oder festgestellt werden könnte“ (*Bernat*, JRE 2002, 202).

79 *Schöffski*, ZVersWiss 1999, 272 f; *Simon*, Gendiagnostik 122.

80 Ebenso im Ergebnis *Simon*, Gendiagnostik 122; *Taupitz*, Genetische Diagnostik 23 ff; *Lorenz*, VersR 1999, 1311 ff; *Bernat* in *Langanke*, Zufallsbefunde 69 ff.

81 Dazu zu § 67 GTG insb auch *Berberich*, Genetische Tests 352.

82 *Bernat*, JRE 2002, 200 ff; *Welser* in *BMWV*, Gentechnologie im österreichischen Recht 222; *Selb*, JBI 1991, 752; *Bernert* in *Stelzer*, Biomedizin 24 ff; *Berberich*, Genetische Tests 350 ff; *dieselbe*, VW 1998, 1193.