

**Univ.-Prof. Dr. Christian Armbrüster**

Richter am Kammergericht

Fachbereich Rechtswissenschaft

Bürgerliches Recht, Handels- und  
Gesellschaftsrecht, Privatversiche-  
rungsrecht, Internationales Privatrecht

Boltzmannstr. 1, 14195 Berlin

Telefon: (030) 838 -52167 (Durchw.)

-52181 (Skr.)

Fax: -56293

Email: [armbr@zedat.fu-berlin.de](mailto:armbr@zedat.fu-berlin.de)

Berlin, den 20. Januar 2009

## **S t e l l u n g n a h m e**

### **zum Entwurf eines Gesetzes über genetische Untersuchungen bei Menschen (Gendiagnostikgesetz - GenDG)**

im Rahmen der Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Gesundheit  
des Deutschen Bundestages vom 21. Januar 2009

#### **A. Zu § 18 des Entwurfs (Genetische Untersuchungen und Analysen im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrages)**

##### **I. Regelungsinhalt: Erhebungs- und Verwertungsverbot**

§ 18 Abs. 1 S. 1 GenDG-E sieht vor, dass der Versicherer weder vor noch nach Abschluss des Versicherungsvertrages die Vornahme von Gentests verlangen darf (Nr. 1). Zudem soll er die Mitteilung von Ergebnissen oder Daten bereits vorgenommener Gentests nicht verlangen und solche Informationen auch nicht entgegennehmen oder verwenden dürfen (Nr. 2). Von Nr. 2 macht § 18 Abs. 1 S. 2 GenDG-E eine Bereichsausnahme für bestimmte Verträge mit weit überdurchschnittlich hohe Versicherungssummen.

Gem. § 18 Abs. 2 GenDG-E sind Vorerkrankungen und Erkrankungen anzuzeigen; insoweit sollen die Regeln des Versicherungsvertragsgesetzes (VVG) zur vorvertraglichen Anzeigepflicht anwendbar sein.

Nach der derzeitigen Fassung wird in § 18 Abs. 1 S. 1 GenDG-E mithin ein **Erhebungs- und Verwertungsverbot** in Bezug auf genetische Informationen aufgestellt; Abs. 2 stellt demgegenüber klar, dass die vorvertragliche Anzeigepflicht für Vorerkrankungen und Erkrankungen unberührt bleibt.

## **II. Auswirkungen von Erhebungs- und Verwertungsverböten auf die Funktionsfähigkeit der Versicherung**

### **1. Ausgangspunkt**

Von einem versicherungswissenschaftlichen Standpunkt aus ist jede Beschränkung der Erhebung oder Verwertung von solchen Informationen, die für die Einschätzung des Risikos aussagekräftig sind, grundsätzlich kritisch zu sehen. Derartige Verbote sind nämlich geeignet, die **Funktionsfähigkeit der Versicherung** zu beeinträchtigen. Dies kann sich unter verschiedenen Gesichtspunkten insbesondere auch zum Nachteil von Versicherungsnehmern auswirken.

Um ermessen zu können, wie schwer die Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Versicherung wiegt und welche Nachteile Versicherungsnehmern konkret drohen, ist es unabdingbar, sich die Bedeutung risikobezogener Informationen und einer Informationssymmetrie zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer für die **Funktionsweise** der Privatversicherung vor Augen zu führen. Nur dann kann sachgerecht beurteilt werden, inwieweit Erhebungs- oder Verwertungsverbote bezüglich risikorelevanter genetischer Informationen aus bestimmten Gründen wie etwa dem „Recht auf Nichtwissen“ des Versicherungsnehmers aufgrund einer Interessenabwägung hinnehmbar sind.

## 2. Bedeutung risikobezogener Informationen für die Funktionsweise der Privatversicherung

Bei der Privatversicherung handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag zwischen einem Anbieter von Versicherungsschutz (Versicherer) und einem diesen Schutz nachfragenden Versicherungsnehmer. Das Leistungsversprechen des Versicherers bezieht sich auf bestimmte, im Vertrag näher definierte Risiken. Um einen funktionierenden Versicherungsschutz bieten zu können, muss der Versicherer **Risikokollektive** (Risikogruppen) bilden, in denen die Träger gleichartiger Risiken zusammengefasst und für die risikoadäquate Prämien errechnet werden.<sup>1</sup>

Das Prinzip risikoadäquater Bedingungsgestaltung und Prämienkalkulation ist für die Privatversicherung konstitutiv. Es gewährleistet den Versicherungsnehmern **Vertragsgerechtigkeit**:<sup>2</sup> Wer ein höheres Risiko trägt, kann im Durchschnitt während der Vertragslaufzeit vom Versicherer in größerem Umfang Geldleistungen verlangen und muss daher auch eine höhere Prämie zahlen als ein Versicherungsnehmer mit einem niedrigeren Risiko. Die auf diesem Grundprinzip beruhenden Differenzierungen sind allgegenwärtig: Für ein Haus mit Reetdach ist die Feuerversicherung teurer als für eines mit Ziegeldach; wer bereits eine risikorelevante Vorerkrankung hatte, muss beim Abschluss einer privaten Krankenversicherung mit einem Risikozuschlag rechnen.

**Optimal** im Sinne eines effizienten Versicherungsschutzes ist daher eine umfassende Ermittlung und Verwertung **aller verfügbaren risikobezogenen Informationen** bei der Bildung von Risikokollektiven durch den Versicherer.

---

<sup>1</sup> Näher *Wandt*, VersR 2004, 1341, 1344.

<sup>2</sup> Vgl. zu diesem Aspekt auch § 11 Abs. 2 VAG und dazu *Präve*, in: Prölss, VAG, 12. Aufl. 2005, § 11 Rn. 9 f.

### 3. Bedeutung der Informationssymmetrie zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer für die Funktionsweise der Privatversicherung

Wesentliche Voraussetzung dafür, dass die Risikogruppen tatsächlich gleichartige Risiken zusammenfassen, ist ein **gleicher Informationsstand** beider Vertragsparteien in Bezug auf diese Risiken. Besonders deutlich wird jenes **Gebot der Informationssymmetrie** anhand der gesetzlichen Regelungen zur Rückwärtsversicherung in § 2 VVG: Weiß der Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss, dass der Versicherungsfall bereits eingetreten ist, so würde er sich dann, wenn er dieses Wissen verschweigen dürfte und Versicherungsleistungen beanspruchen könnte, auf Kosten der übrigen Versicherungsnehmer, die für ihre noch unbekanntem Risiken Prämien zahlen, einen Sondervorteil verschaffen. Der Versicherer ist daher kraft gesetzlicher Anordnung in solchen Fällen leistungsfrei (§ 2 Abs. 2 S. 2 VVG). Umgekehrt schuldet der Versicherungsnehmer keine Prämie, wenn der Versicherer bereits bei Vertragsbeginn weiß, dass der Versicherungsfall überhaupt nicht eintreten kann (§ 2 Abs. 2 S. 1 VVG).

Informationssymmetrie zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer soll darüber hinaus auch hinsichtlich solcher Informationen hergestellt werden, die für die Beurteilung von **Art und Umfang des Risikos** bedeutsam sind. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber des VVG eine **vorvertragliche Anzeigepflicht** des Versicherungsnehmers bezüglich der ihm bekannten Gefahrumstände ausdrücklich gesetzlich angeordnet (§ 19 Abs. 1 VVG). Diese Pflicht soll dem Versicherer, wie die Regierungsbegründung zum VVG hervorhebt, eine zutreffende Risikoeinschätzung ermöglichen.<sup>3</sup>

Die Informationssymmetrie ist für die Funktionsfähigkeit der Versicherung deshalb unentbehrlich, weil anderenfalls Versicherungsschutz insbesondere und vermehrt durch solche Versicherungsnehmer nachgefragt würde, die aufgrund ihres **Sonderwissens** zu günstigeren Konditionen Versicherungsschutz erlangen als alle diejenigen Versicherungsnehmer, die hinsichtlich ihrer Risiken nicht über einen derartigen Informationsvorsprung gegenüber dem Versicherer verfügen (Gefahr der **Antiselektion**).

---

<sup>3</sup> Regierungsbegründung zum VVG, BT-Drucks. 16/3945, S. 64.

Im Extremfall kann dies dazu führen, dass ein Versicherungsprodukt wegen der Kumulation erhöhter Risiken **unfinanzierbar** wird damit auch für Versicherungsnehmer, die nicht über Sonderwissen verfügen, nicht mehr zugänglich ist.

### III. Folgerungen für die Beurteilung von § 18 GenDG-E

#### 1. Erhebungsverbot (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GenDG-E)

Das Erhebungsverbot bezüglich genetischer Daten beeinträchtigt insofern aus versicherungswissenschaftlicher Sicht die Funktionsweise der Versicherung, als dass es den Ausschluss einer für die Risikobewertung verfügbaren **Informationsmöglichkeit**<sup>4</sup> beinhaltet.

Auf der anderen Seite wird der zweite für das Funktionieren der Versicherung bedeutsame Aspekt, nämlich die **Informationssymmetrie**, durch ein Erhebungsverbot nicht berührt. Sind nämlich nicht nur dem Versicherer, sondern mangels entsprechender Tests auch dem Versicherungsnehmer seine genetischen Daten unbekannt, so kann die geschilderte Gefahr eines gezielten Zustroms von Trägern erhöhter Risiken in ein Risikokollektiv aufgrund von Sonderwissen (Antiselektion) ausgeschlossen werden. Zugleich bewertet der Entwurf des GenDG das **Recht des Einzelnen auf Nichtwissen** seiner genetischen Disposition zu Recht hoch.

Bei einer Abwägung erscheinen die Nachteile, die für einen risikoadäquaten Versicherungsschutz mit dem Verbot der Erhebung risikorelevanter Informationen verbunden sind, **hinnehmbar**.

#### 2. Verwertungsverbot (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GenDG-E)

Anders als beim Erhebungsverbot ist bei dem in Nr. 2 geregelten Verwertungsverbot auch der zweite für einen risikoadäquaten Versicherungsschutz grundlegende Aspekt betroffen,

---

<sup>4</sup> Siehe oben II 2.

nämlich die **Informationssymmetrie**. Aus versicherungswissenschaftlicher Sicht erweist sich dieses Verbot damit als wesentlich gravierender.

Diesem Befund trägt auch der Regierungsentwurf Rechnung. Dies geschieht zum einen, indem er für bestimmte Versicherungsverträge mit weit überdurchschnittlichen Versicherungssummen eine **Bereichsausnahme** von Abs. 1 S. 1 Nr. 2 vorsieht. In der Begründung heißt es hierzu wörtlich: „Die Bestimmung soll die **Ausnutzung eines Wissensvorsprungs im eigenen wirtschaftlichen Interesse zu Lasten der Solidargemeinschaft** verhindern.“<sup>5</sup> Damit ist die Problematik der Informationsasymmetrie präzise umschrieben. Die Bereichsausnahme für ungewöhnlich hohe Versicherungssummen – bei denen die Gefahr der Antiselektion besonders hoch und zugleich die Schutzbedürftigkeit des Versicherungsnehmers geringer ist – erscheint sinnvoll, wobei zur Verhinderung von Umgehungen für den Fall, dass mehrere Verträge abgeschlossen werden, eine Anrechnungsregel geboten ist, da es auf die vertragstechnische Aufspaltung nicht ankommen kann.

Zum anderen nimmt der Entwurf des GenDG in § 18 Abs. 2 ausdrücklich auf die vorvertragliche **Anzeigepflicht des Versicherungsnehmers** gem. § 19 Abs. 1 VVG (und einige Folgevorschriften) Bezug, indem er sie für Vorerkrankungen und Erkrankungen für anwendbar erklärt. Damit trägt der Gesetzgeber der aufgezeigten grundlegenden Bedeutung der Informationssymmetrie für den Versicherungsschutz Rechnung. Die Regierungsbegründung<sup>6</sup> führt dazu aus, dass die Anzeigepflicht auch dann gilt, wenn ein diagnostischer Gentest eingesetzt wurde, da das Recht auf Nichtwissen, um dessen Wahrung es geht, nicht berührt ist, soweit Erkrankungen bereits bestehen oder bestanden haben.

Diese Erwägungen der Regierungsbegründung verdienen **Zustimmung**. Die Anzeigepflicht trägt den erheblichen Gefahren Rechnung, die bei einer Informationsasymmetrie für das ordnungsgemäße Funktionieren der Versicherung entstünden. Zugleich wird durch § 18 Abs. 2 GenDG-E vermieden, dass es allein aufgrund unterschiedlicher Methoden zur Informationsgewinnung über Vorerkrankungen und

---

<sup>5</sup> S. 73.

<sup>6</sup> S. 74.

Erkrankungen zu einer **Benachteiligung** von Versicherungsnehmern kommt, nämlich solchen, bei denen – wie etwa in Bezug auf Blutbilder – ein Verwertungsverbot nicht besteht, gegenüber denjenigen, bei denen die Risiken wegen der Art ihrer Ermittlung im Wege eines Gentests nicht berücksichtigt werden dürfen.

Der Gesetzentwurf differenziert mithin zwischen **prädiktiven** Gentests, deren Verwertung dem Versicherer untersagt sein soll, und **diagnostischen** Tests, deren für eine Vorerkrankung oder Erkrankung bedeutsames Ergebnis im Interesse der Vertragsgerechtigkeit verwertbar ist. Damit wird hinsichtlich **prädiktiver** Gentests eine Informationsasymmetrie zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer hingenommen. Dies ist im Hinblick auf die oben geschilderten Gefahren von einem versicherungswissenschaftlichen Standpunkt aus keineswegs unbedenklich. Die rechtspolitische Entscheidung, zwischen prädiktiven und diagnostischen Gentests zu differenzieren, erweist sich freilich nach dem derzeitigen Stand der medizinischen Forschung als akzeptabel, da die Aussagekraft prädiktiver Gentests noch als sehr begrenzt eingestuft wird und die ungleich größeren Risiken für die Vertragsgerechtigkeit aus einer Informationsasymmetrie bezüglich der durch diagnostische Gentests erlangten Kenntnisse erwachsen würden.

Die Verwertbarkeit der durch **diagnostische** Gentests erlangten Erkenntnisse ist für den Versicherungsnehmer während der Laufzeit des Vertrages noch aus einem anderen Grund bedeutsam: Der Versicherungsnehmer ist dann in der Lage, mittels der Daten eines von ihm freiwillig vorgenommenen Gentests die Voraussetzungen dafür darzulegen, dass er wegen der besseren Verträglichkeit vom Versicherer ein kostspieligeres Medikament beanspruchen kann. Dieser Nachweis einer **Medikamentenunverträglichkeit** würde dem Versicherungsnehmer zu seinen Lasten abgeschnitten, wenn für bereits vorliegende Informationen aus diagnostischen Gentests ein Verwertungsverbot bestünde. Da dem Versicherungsnehmer in der Krankheitskostenversicherung zugleich keine Veränderungen der Konditionen während der Vertragslaufzeit aufgrund einer Gefahrerhöhung drohen, würde er einem Verwertungsverbot hinsichtlich der von ihm freiwillig eingeholten und dem Versicherer übermittelten Informationen zu Recht mit Unverständnis begegnen.

Die Differenzierung zwischen prädiktiven und diagnostischen Gentests, die in der Regierungsbegründung deutlichen Niederschlag gefunden hat, sollte auch im **Gesetzeswortlaut** unmissverständlich zum Ausdruck kommen. Es empfiehlt sich daher, das Verwertungsverbot in § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 ausdrücklich auf **prädiktive** genetische Untersuchungen zu beziehen.

### **3. Entgegennahmeverbot (§ 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 GenDG-E)**

Ebenso wie das Verwertungsverbot kann sich auch das Entgegennahmeverbot von vornherein allein auf **prädiktive** Gentests beziehen. Der Regierungsentwurf<sup>7</sup> bezweckt mit dem Entgegennahmeverbot einen Schutz vor **Umgehungen**. Würde bei Vertragsschluss ein Gentest unberücksichtigt bleiben, so könnte demnach der Versicherungsnehmer später ein günstiges Testergebnis vorlegen, verbunden mit dem Verlangen, die Prämie zu senken. Dies gelte es zu verhindern, da anderenfalls ein Druck entstünde, sich doch testen zu lassen.

Ob es eines solchen Umgehungsschutzes bedarf, erscheint angesichts dessen, dass hinsichtlich prädiktiver Gentests ohnehin ein Verwertungsverbot besteht, höchst **zweifelhaft**. Informiert ein Versicherungsnehmer sich nämlich vor seiner Entscheidung über die Vornahme eines Gentests darüber, ob dessen Ergebnisse überhaupt geeignet sind, die Vertragskonditionen zu verbessern, so erfährt er von dem Verwertungsverbot. Wer sich hingegen nicht informiert, wird auch von einer Verweigerung der Entgegennahme durch den Versicherer erst in einem Zeitpunkt überrascht, in dem er den Gentest bereits hat durchführen lassen.

Das Entgegennahmeverbot ist daher von vornherein **ungeeignet**, die vermeintlich drohenden „Umgehungen“ – bei denen es sich im Übrigen gar nicht um solche handelt, da sie nicht vom Versicherer als dem Regelungsadressaten ausgehen –<sup>8</sup> zu vermeiden. Sachgerecht erscheint es hingegen, dass der Versicherer im Rahmen der ihn nach § 6 VVG treffenden Beratungspflicht dann, wenn hierzu Anlass besteht, auf das

---

<sup>7</sup> S. 72.

<sup>8</sup> Zu den Voraussetzungen einer Gesetzesumgehung näher *Armbrüster*, in: MünchKomm-BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 11 ff.



Verwertungsverbot hinsichtlich prädiktiver Gentests hinweist. Hierfür bedarf es jedoch keiner zusätzlichen gesetzlichen Regelung.

Hinzu kommt, dass ein zusätzlich zum Verwertungsverbot aufgestelltes Entgegennahmeverbot **praktischen Schwierigkeiten** begegnet. Sie werden auch in der Regierungsbegründung angedeutet, indem es dort heißt, dass der Eingang in der Poststelle noch keine Entgegennahme sein soll. Angesichts der modernen Kommunikations- und Informationstechnologien einschließlich des zunehmend verbreiteten Einscannens von Posteingängen entstünden hier rechtliche Zweifelsfragen, die wegen der Bußgeldbewehrung von Verstößen bei einer Beibehaltung des Entgegennahmeverbots durch den Gesetzgeber gelöst werden müssten. Diese Schwierigkeiten sprechen zusätzlich zur mangelnden Eignung des Entgegennahmeverbotes für den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck für die **Streichung** dieses Verbots.

## **B. Zu § 4 des Entwurfs (Benachteiligungsverbot)**

### **I. Regelungsinhalt**

Nach § 4 Abs. 1 GenDG-E darf niemand wegen seiner genetischen Eigenschaften oder derjenigen einer genetisch verwandten Person **benachteiligt** werden. In Abs. 2 ist klargestellt, dass andere Benachteiligungsverbote oder Gleichbehandlungsgebote unberührt bleiben.

### **II. Auswirkungen auf Versicherungsverträge**

§ 4 Abs. 1 GenDG könnte nach seinem derzeitigen Wortlaut so zu verstehen sein, dass auch eine auf genetischen Eigenschaften beruhende **Vorerkrankung oder Erkrankung** nicht zu Differenzierungen bei Abschluss, Bedingungen oder Prämien eines Versicherungsvertrages führen kann.

Ein solches Verständnis der Norm, die sich nicht speziell auf Versicherungsverträge bezieht, wäre indessen aus mehreren Gründen verfehlt. Wie oben ausgeführt, bringt der Gesetzgeber in § 18 Abs. 2 GenDG zu Recht zum Ausdruck, dass die vorvertragliche **Anzeigepflicht** in Bezug auf Vorerkrankungen und Erkrankungen auch dann besteht, wenn die betreffenden Informationen durch genetische Untersuchungen erlangt worden sind. Damit und mit dem Zweck der Anzeigepflicht, dem Versicherer eine Risikoeinschätzung zu ermöglichen, wäre es unvereinbar, wenn daran anknüpfende Differenzierungen ausgeschlossen würden. Wie bereits dargelegt, ist eine risikoadäquate Vertragsgestaltung von grundlegender Bedeutung für die Funktionsfähigkeit der Privatversicherung.

Hinzu kommt, dass der Gesetzgeber des **Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** (AGG) sich bewusst dafür entschieden hat, auch die an eine **Behinderung** anknüpfende Ungleichbehandlung von Versicherungsnehmern zuzulassen. Voraussetzung hierfür ist nach § 22 Abs. 2 S. 3 AGG, dass die Differenzierung „auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen“. Auch hierfür ist der Gesichtspunkt der risikoadäquaten Vertragsgestaltung und der dadurch erzielten Vertragsgerechtigkeit maßgeblich.<sup>9</sup> Wenn selbst in einem Bereich, in dem es – anders als beim GenDG – darum geht, den Achtungsanspruch des Einzelnen in der Gesellschaft gegen ungerechtfertigte Benachteiligungen zu verteidigen, sachlich gebotene Differenzierungen zugelassen werden, muss dies erst recht für solche Risikoerhöhungen gelten, die auf einer genetischen Veranlagung beruhen.

Eine entsprechende **Klarstellung** erscheint angezeigt. Da es sich bei § 4 GenDG-E um eine sehr weit gefasste Generalklausel handelt, die nicht speziell Versicherungsverträge im Blick hat, erscheint es gesetzgebungstechnisch sachgerecht, die Klarstellung in die Gesetzesbegründung aufzunehmen. Dabei bietet sich eine Bezugnahme auf § 20 Abs. 2 S. 3 AGG an.

---

<sup>9</sup> Näher *Armbrüster*, *VersR* 2006, 1297, 1298; *ders.*, in Erman, *BGB*, 12. Aufl. 2008, § 20 AGG Rn. 18.

## C. Zusammenfassung

Aus versicherungswissenschaftlicher Sicht sind folgende Ergebnisse festzuhalten:

1. Das in § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 GenDG-E vorgesehene umfassende **Erhebungsverbot** ist akzeptabel.
2. Dasselbe gilt – wenngleich hier die Vertragsgerechtigkeit intensiver beeinträchtigt wird – für die in § 18 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, Abs. 2 GenDG angelegte Differenzierung, wonach die **Verwertung prädiktiver** genetischer Untersuchungen untersagt ist, diejenige der aus **diagnostischen** Gentests gewonnenen Informationen über Vorerkrankungen oder Erkrankungen hingegen nicht. Die Differenzierung sollte im Gesetzeswortlaut klarer zum Ausdruck kommen.
3. Das zu dem Verwertungsverbot hinzutretende Verbot der **Entgegennahme** genetischer Informationen ist ungeeignet, um den damit bezweckten Umgehungsschutz zu erreichen; zudem wirft es praktische Probleme auf. Es sollte daher gestrichen werden.
4. Die **Bereichsausnahme** für Versicherungsverträge mit weit überdurchschnittlich hohen Versicherungssummen (§ 18 Abs. 1 S. 2 GenDG-E) sollte um eine **Anrechnungsvorschrift** ergänzt werden, wonach die Summen mehrerer Verträge zu addieren sind. Dies ist geboten, um eine Umgehung zu verhindern.
5. Das **Benachteiligungsverbot** in § 4 Abs. 1 GenDG-E kann nicht dazu führen, dass dem Versicherer eine Differenzierung aufgrund der – nach § 18 Abs. 2 GenDG-E anzeigepflichtigen – Vorerkrankungen oder Erkrankungen untersagt sein soll, sofern diese durch diagnostische Gentests ermittelt wurden. Die Gesetzesbegründung sollte dies klarstellen.