JÖRG FRHR. FRANK VON FÜRSTENWERTH

Der entschlüsselte Mensch? Versicherungswirtschaft und prädiktive Gentests. Eine Positionsbestimmung

I. Einleitung

Die „Positionsvorträge“ Versicherungswirtschaft und Pharmaindustrie stehen im Ablauf der Veranstaltung zwischen den eher neutral anmutenden Abhandlungen zu den naturwissenschaftlichen und medizinischen Grundlagen der Genforschung sowie den Darstellungen der nationalen und internationalen Rechtslage. Das veranlasst mich zu einer Vorbemerkung zur Positionsbestimmung und zu zwei kurzen einleitenden Bemerkungen:

Die Vorbemerkung: Ich lege großen Wert auf ein Fragezeichen im Generalthema der 40. Bitburger Gespräche, das das Programm nicht enthält, so dass ich es meinem Vortragstitel hinzugesetzt habe. Ich lege darauf Wert, weil zwar seit dem 26. Juni 2000 das menschliche Genom als entschlüsselt gilt, das menschliche Dasein aber unerträglich wäre, wären wir mit der Entschlüsselung unseres Genoms auch als Mensch schon „entschlüsselt“. Nun zu den einleitenden Bemerkungen:

Zum einen: Die erstgenannten Vorträge sollen nicht wiederholt, die letztgenannten nicht vorweggenommen werden. Dennoch werden hier und da einige Anleihen unabweichlich sein, etwa zur rechtlichen Beurteilung. Ich werde sie eng an das Thema anbinden. Zum anderen, damit zusammenhängend: Die Mittelstellung der Positionsvorträge könnte suggerieren, dass gerade hier „die Musik spielt“. Das mag insoweit zutreffen, als die Nutzung der Ergebnisse der Genomanalyse gerade für die Versicherungswirtschaft sehr heftig und kontrovers diskutiert wird¹, ja 1998 sogar Eingang in den Koalitionsvertrag zwischen SPD und Bündnis 90/Die GRÜNEN fand². Und erst jüngst hat der Bundesparteitag der SPD in Nürnberg die Bundesregierung und die Bundestagsfraktion aufgefordert, noch in dieser Legislaturperiode ein Gentechnike-

¹ Den wohl aktuellsten, auch rechtsvergleichenden Überblick über die Literatur gibt *Simon*, Gendiagnostik und Versicherung, 2001; als umfassende Darstellungen der Problematik sind vor allem zu nennen: *Bartram/Beckmann/Breyer/Fey/Fonatsch/Irrgang/Taupitz/Seel/Thiele*, Humangenetische Diagnostik, 2000; *Taupitz*, Gentechnische Diagnostik und Versicherungsrecht, 2000; *Berberich*, Zur Zulässigkeit genetischer Tests in der Lebens- und Krankenversicherung, 1998, und aus ethischer Sicht: *Beckmann*, Gentests und Versicherungen aus ethischer Sicht, in: Sadowski (Hrsg.), *Entrepreneurial Spirits*, Horst Albach zum 70. Geburtstag, 2001, 271 f.

² Dort vereinbaren die Koalitionsparteien, „den Schutz der Bürgerinnen und Bürger vor genetischer Diskriminierung insbesondere im Bereich der Kranken- und Lebensversicherung [zu] gewährleisten“ (Punkt IV, Unterpunkt 2).

setz zu verabschieden, durch das unter anderem vorgeschrieben werden soll, dass Gentests für den Abschluss oder die Änderung eines Kranken- oder Lebensversicherungsvertrages nicht angefordert oder verwendet werden dürfen³. Ein Jahr früher – am 10. 11. 2000 – hatte bereits der Bundesrat gefordert, Gentests als Voraussetzung für den Abschluss von Lebens- und Krankenversicherungsverträgen sowie die Frage des Versicherers nach bereits durchgeführten Tests vorbehaltlich sehr eng begrenzter Ausnahmen zu verbieten⁴.

Die praktischen Auswirkungen der Genomanalyse für die Versicherungswirtschaft verhalten sich zur Intensität und, vor allem zur Emotionalität der Diskussion indes umgekehrt proportional: Auch nach über 20 Jahren wissenschaftlichen Fortschritts spielen Gentests in der Risikoprüfung der privaten Lebens- und Krankenversicherung heute noch eine völlig untergeordnete Rolle. Man könnte daher behaupten, dass das Thema „Versicherungswirtschaft und Gentests“ von mehr theoretischer Natur sei. Dieser Eindruck wäre aber sicher falsch. Denn neben den noch nicht endgültig abschätzbaren Folgen der Globalisierung der Finanzmärkte, der Bewältigung vermehrt auftretender Katastrophenschäden unterschiedlichster Provenienz und den Folgen sich stetig und massiv verschlechternder demografischer Rahmendaten gehört der Wandel in Wissenschaft und Technologie unstreitig zu den großen Herausforderungen der Versicherungsmärkte. Das Versicherungsgeschäft besteht per definitionem in der Einschätzung erst zukünftiger, ungewisser Risiken. Die Genomanalyse, der Umgang mit prädiktiven Gentests⁵, könnte indes zum eigenen Risiko des privaten Versicherungswesens⁶ – ich muss genauer sagen: der Personenversicherung – werden, wenn sie dem Einzelnen einen Wissensvorsprung vor der Versicherung verschafft, der sich letztlich zu Lasten der Versicherten und des Systems der Individualversicherung insgesamt auswirkt. Dabei geht die Dynamik nicht so sehr von der Versicherungswirtschaft selbst aus. Vielmehr könnte die Versicherungswirtschaft unter erheblichen Druck geraten, sofern leistungsfähige und preiswerte Testverfahren auf den Markt gelangen, die von den Versicherungsinteressenten – und ohne ärztliche Beratung und Begleitung – genutzt werden⁷.

Wir leben in einer Zeit, in der man oft den Eindruck haben muss, dass politisches Handeln doch überaus stark von öffentlicher Berichterstattung geprägt ist. Ängste und Emotionen scheinen oft eher zu wirken als Fakten. Komplizierte Zusammenhänge

³ SPD-Bundesparteitag vom 19.–22. November 2001 in Nürnberg; Initiativantrag Ia 4: „Die Chancen der modernen Biotechnologie nutzen“. Eckpunkte des Antrages sind: Einsatz prädiktiver Gentests nur bei Vorliegen einer medizinischen Indikation und nach Aufklärung. Sicherung des Rechts auf Nichtwissen und Durchführung von Gentests nur auf freiwilliger Basis. Verbot der Benachteiligung oder Bevorzugung eines Menschen wegen seines Erbgutes. Schutz des Zugriffs auf genetische Daten durch nichtberechtigte Dritte. Zulassungsverfahren für Gentests.

⁴ BR-Drucksache 530/00.

⁵ Unter einem prädiktiven Gentest wird hier eine Analyse bestimmter DNA-Abschnitte verstanden, die geeignet ist festzustellen, ob eine Veranlagung für eine bestimmte Krankheit vorliegt. Wesensmerkmal ist, dass der biochemische Beweis für eine erblich bedingte schwere Krankheit bereits vor ihrem Ausbruch erbracht werden kann.

⁶ Zweifel/Eisen, *Versicherungsökonomie*, 2000, 426 f.

⁷ Vgl. Hennen/Petermann/Sauter, *Stand und Perspektiven der genetischen Diagnostik*, Sachstandsbericht, TAB-Arbeitsbericht Nr. 66, April 2000, S. 120; Simon, a. a. O., 129.

sind kaum mehr vermittelbar, es sei denn, sie werden auf oft unerträgliche Schlagworte wie etwa auf das des „gläsernen Menschen“⁸ oder der „Zwangstests“⁹ verkürzt. Die deutsche Versicherungswirtschaft hat sich daher entschlossen, durch eine Selbstverpflichtungserklärung zum Umgang mit prädiktiven Gentests den von dieser Thematik auf den Gesetzgeber ausgehenden öffentlichen Druck wenn nicht zu nehmen, so doch zumindest zu entschärfen. Die zunächst auf fünf Jahre befristete Selbstverpflichtung soll eine versachlichte Diskussion ermöglichen. Sie ist nicht die abschließende Lösung für den Umgang der Versicherungswirtschaft mit Gentests und sie ist schon gar nicht als Vorlage für den Gesetzgeber gedacht, die Selbstverpflichtung nun in ein Gesetz zu transformieren. Die Selbstverpflichtungserklärung ist sehr weitgehend, für eine endgültige Lösung zu weitgehend. Aber: Sie ist bewusst so weitgehend, um jeglichen gesetzgeberischen Handlungsbedarf obsolet werden zu lassen. Und: Es besteht kein Zweifel daran, dass sie marktweit eingehalten und auch künftig eingehalten werden wird¹⁰. Nun, was ist dort geregelt? Die wesentlichen Regelungen der Selbstverpflichtung¹¹ sind:

- Die Durchführung eines prädiktiven Gentests wird nicht zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses gemacht.
- Von den Versicherungsinteressenten wird nicht verlangt, freiwillig durchgeführte prädiktive Gentests dem Versicherungsunternehmen vorzulegen. Insoweit verzichtet die Versicherungswirtschaft auf die im Versicherungsvertragsgesetz verankerte vorvertragliche Anzeigepflicht gefahrerheblicher Umstände. Eine Ausnahme soll bei sehr hohen Versicherungssummen (oberhalb von 250000 EURO bzw. bei Jahresrenten von über 30000 EURO in der Berufsunfähigkeits-, Erwerbsunfähigkeits- und Pflegerentenversicherung) gelten.
- Darüber hinaus schreibt die Selbstverpflichtung – und dies durchaus als auch dauernde Regelung – besondere Datenschutzregelungen und eine Bewertung von prädiktiven Gentests durch einen Arzt (sog. Arztvorbehalt) vor. Auch werden Beitragsnachlässe auf der Grundlage von vorgelegten prädiktiven Gentests abgeschlossen.

Auf die weiteren Einzelheiten will ich hier nicht eingehen, sondern vielmehr, nachdem nun klargestellt worden ist, dass vor dem Hintergrund der Selbstverpflichtungserklärung ein Handlungsdruck für den Gesetzgeber nicht besteht, in die Erörterung eintreten, welche Bedeutung der Umgang mit Gentests für die Versicherungswirtschaft hat und wie sie sich dazu positioniert.

⁸ Siehe zur Begrenzung der Informationspflicht des § 16 VVG auf „gefahrerhebliche“ Umstände nachfolgend unter II.4.2.

⁹ Schon nach geltendem Recht wäre selbst eine Vereinbarung, in der sich der Versicherungsinteressent verpflichtet, sich einer medizinischen Untersuchung gleich welcher Art zu unterziehen, unwirksam (§ 160 VVG).

¹⁰ Zu der Kategorie unverantwortlichen Unsinn zählt in diesem Zusammenhang ein Artikel im Stern vom 28. Juni 2001 mit dem ebenso reisserischen wie falschen Aufmacher: „Wären Sie durchgefallen? Die Versicherungen bereiten sich auf Gen-Checks für ihre Kunden vor. Wer über perfektes Erbgut verfügt, bekommt künftig Rabatt“.

¹¹ Die Selbstverpflichtung ist im Anhang zu diesem Beitrag abgedruckt.

II. Gentests und Risikobewertung

Der Schlüssel für das Verständnis der Position der Versicherungswirtschaft und für die notwendige Abwägung der unterschiedlichen Interessen ist das Wissen um die Funktionsweise der Individualversicherung. Versicherung – will man es vereinfacht ausdrücken – ist ein Verfahren, mit dem Unsicherheit bezüglich zukünftiger – zufälliger – Ereignisse gemindert werden kann¹². Es ist ein Instrument der Risikominderung bzw. des Risikotransfers. Ein Transfer des Risikos¹³ von einem Einzelnen auf ein Versicherungsunternehmen, das einen Risikoausgleich im Kollektiv, im Versicherungsbestand, organisiert.

1. Risikoäquivalenz in der Individualversicherung unerlässlich

Die Kunst des Versicherers besteht nun darin, dieses Risiko zu bewerten¹⁴ und mit versicherungsmathematischen und anderen, etwa finanzmathematischen Methoden einen Preis für die Übernahme, Verteilung und Organisation der Deckung dieses Risikos zu bestimmen. Dies geschieht unter anderem dadurch, dass aus Bevölkerungsstatistiken Wahrscheinlichkeitskennziffern (also etwa Sterbe-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitswahrscheinlichkeiten) ermittelt werden, aus denen dann für eine große Gruppe eine Risikoverteilung entsprechend dem Bevölkerungsdurchschnitt ermittelt werden kann. Da nach dem sogenannten Äquivalenzprinzip die statistisch ermittelten Beitragseinnahmen jederzeit mit den erwarteten Leistungsauszahlungen übereinstimmen müssen, ist der Versicherer darauf angewiesen, die Vertragsbedingungen (insbesondere den Beitrag) in Einklang – in Äquivalenz – mit dem konkreten Risiko zu bringen. Man nennt dies den Grundsatz der Risikoäquivalenz.

Der Versicherer muss daher bei Vertragsschluss feststellen, ob das konkrete Risiko dem ermittelten Bevölkerungsdurchschnitt entspricht, den das Versicherungsunternehmen seinen Kalkulationen zugrunde gelegt hat. Ist das konkrete Risiko größer als im Bevölkerungsdurchschnitt, dann ergibt sich daraus zwingend die Notwendigkeit, dass für dieses Risiko ein höherer Beitrag als der des Gruppenschnittes aufzubringen ist. Daher hat in der Privatversicherung derjenige, der ein höheres Risiko in die Versichertengemeinschaft einbringt, eine höhere Prämie zu zahlen als derjenige, dessen Risiko dem Bevölkerungsdurchschnitt entspricht. Ziel ist dabei immer die Bildung möglichst homogener Risikogruppen. Dies bedeutet nicht, dass ein Versicherer gerade nur gute Risiken versichern kann. Nein, sein wirtschaftliches Interesse ist darauf gerichtet, möglichst viele Risiken zu übernehmen, möglichst viele Kunden zu gewinnen. Denn je größer die Zahl der versicherten Risiken, um so kleiner das wirtschaftliche Risiko des Versicherers, um so größer die Ausgleichsfähigkeit im Bestand.

¹² Zweifel/Eisen, a. a. O., 3.

¹³ Siehe Farny, Versicherungsbetriebslehre, 2000, 34 f.

¹⁴ Siehe hierzu Sabmer, Genomanalyse und Krankenversicherung, VersMed 1995, 5.

Dies alles setzt aber voraus, dass der Versicherer eine solide Prüfung der eingegangenen Risiken vornimmt. Er muss zwingend verhindern, dass seine Beitragskalkulation und der tatsächliche Risikobestand auseinanderfallen. Dies könnte für ihn den wirtschaftlichen Ruin bedeuten, und dies mit sehr weitreichenden negativen Folgen auch für die Versicherten seines Unternehmens.

2. Abgrenzung zur Sozialversicherung

Die Notwendigkeit der Risikoäquivalenz unterscheidet die Individualversicherung grundlegend von der Sozialversicherung. Diese kann auf eine Risikoprüfung völlig verzichten, weil sie eine Pflicht- bzw. Zwangsversicherung ist¹⁵. Der versicherte Personenkreis, Beginn, Art und Höhe des Versicherungsschutzes sind gesetzlich festgelegt. Die verschiedenen Zweige der Sozialversicherung erfassen 85 bis über 90% der Bevölkerung, so dass es automatisch gewährleistet ist, dass Sterbe-, Berufsunfähigkeits- und Erwerbsunfähigkeitswahrscheinlichkeiten ziemlich genau dem Bevölkerungsdurchschnitt entsprechen und weitgehend stabil sind.

Dem Äquivalenzprinzip der Privatversicherung steht in der Sozialversicherung das System des sozialen Ausgleichs gegenüber¹⁶, indem im Umlageverfahren (ex post und ex ante) eine Umverteilung zu Gunsten der Versicherten mit hohem Risiko zu Lasten der Versicherten mit „guten“ Risiken erfolgt, worin schließlich auch der Sinn der Sozialversicherung liegt¹⁷. Im Gegensatz dazu stellt das Versichertenkollektiv der Privatversicherung gerade keine Solidargemeinschaft dar; ein Umstand, der immer wieder zu terminologischen Verwirrungen führt¹⁸. Die Individualversicherung basiert im Gegensatz zum Zwangscharakter der Sozialversicherung auf dem Prinzip der Freiwilligkeit¹⁹. Der Versicherer ist nicht verpflichtet, einen Antrag anzunehmen, und niemand ist verpflichtet, eine Lebens- oder private Krankenversicherung abzuschließen. Nicht der gesetzliche Zwang, sondern die Vertragsfreiheit beherrscht das Verhältnis zwi-

¹⁵ Siehe zur Abgrenzung auch *Fonatsch*, Grundbegriffe der Versicherungsökonomik, in: Bartram et. al., a. a. O., 163, 165; *Zweifel/Eisen*, a. a. O., 406.

¹⁶ *Karten* (Risiken der Gentechnologie für die Assekuranz, in: Versicherungen in Europa heute und morgen, Geburtstagsschrift für Georg Büchner, 1991, 645, 647) formuliert: „Die Versicherungswirtschaft braucht zwar politisch gesetzte Rahmenbedingungen, kann jedoch Risikounterschiede nicht wegdefinieren oder unbeachtet lassen. Die risikoadäquate Prämie wird vom Markt erzwungen. Sie ist ein risikogerechter, nicht ein sozialgerechter Beitrag.“

¹⁷ Vgl. etwa *Breyer*, in: Bartram et al., a. a. O., 163, 165; *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, a. a. O., 7., wobei zu beiden Ausführungen darauf hinzuweisen ist, dass die Unterscheidung zwischen Beitrag und Prämie zur Abgrenzung Sozial-/Individualversicherung nicht trägt. Auch in der Individualversicherung setzt sich der Begriff Beitrag durch (vgl. v. *Fürstenwerth/Weiß*, VersicherungsAlphabet, 2001, 84).

¹⁸ So heißt es etwa in dem Wort der Deutschen Bischofskonferenz zu Fragen von Gentechnik und Biomedizin vom 7. März 2001 (Der Mensch: Sein eigener Schöpfer?, 6): „Der Anspruch des Einzelnen auf Beistand durch die Solidargemeinschaft ist höher zu bewerten als das Recht des Versicherungsgebers auf größtmögliche Transparenz ...“ Diese Forderung ist für den Bereich der Sozialversicherung, der das Prinzip des solidarischen Ausgleichs inneohnt, umsetzbar. In der Individualversicherung, der das Prinzip des solidarischen Ausgleichs fremd ist, wird sie zu Antiselektionseffekten führen. Siehe hierzu unter II.3.

¹⁹ Auf den besonderen Fall der Pflegepflichtversicherung wird hier nicht eingegangen. S. *Sabmer*, Private Krankenversicherung und Gentests, in: Thiele (Hrsg.), Gentechnische Diagnostik und Verbraucherschutz. Die Situation in Deutschland, 2000, 49, 50.

schen Kunde und Anbieter. Der Einzelne entscheidet frei darüber, ob und wann und in welchem Umfang – also gegen welche Risiken und in welcher Höhe – er sich versichern will. Dabei geht er von seiner Einschätzung seines Risikos und seinem Absicherungsbedarf aus. Und dies führt geradezu zwangsläufig zu einem zweiten Grundpfeiler, oder besser gesagt einer Grundvoraussetzung der Individualversicherung: Die Vermeidung einer Antiselektion.

3. Vermeidung einer Antiselektion

Wenn potentielle Versicherungsnehmer einen Wissensvorsprung über die eigene Risikosituation haben, trifft dies den Nerv der Individualversicherung. Man spricht dann von einem Zustand asymmetrischer Information²⁰. Personen mit Kenntnis von einem erhöhten Risiko werden verstärkt nach Versicherungsschutz nachfragen, Personen mit einem geringeren Risiko werden sich eher der Versicherungsnachfrage enthalten. Oder deutlicher formuliert: Unter der gängigen Annahme der Ökonomie²¹, dass sich Versicherungsnehmer rational verhalten und eine Maximierung ihres Nutzens anstreben, werden sie, soweit ihnen dies möglich ist, gegen die Versicherung, gegen die Versicherten spekulieren²². Dies gilt um so mehr, wenn der Gesetzgeber – etwa durch ein Verbot der Verwertung der dem Antragsteller bekannten gentechnischen Untersuchungsergebnisse – in das bislang ausgewogene Verhältnis, die informationelle Waffengleichheit zwischen Versicherer und Kunde, eingreift bzw. sie abschafft. Die Folge wäre nämlich ganz automatisch ein verstärkter Zugang höherer Risiken, was einen Anstieg des Beitragsniveaus²³ und damit eine verringerte Nachfrage von Personen mit „normalem Risiko“ zur Folge hätte. Fatalerweise würden sich diese Wirkungen gegenseitig intensivieren. Kurzum: Individualversicherung ist in einer Situation informationeller Asymmetrie grundsätzlich nicht funktionsfähig. Ein Marktversagen wäre programmiert.

Ein Marktversagen kann auch aus der Entstehung eines Sekundärmarktes – also der Möglichkeit des Verkaufs von Lebensversicherungsverträgen – resultieren, wie dies bei Versicherungsverträgen von HIV-infizierten Versicherungsnehmern schon beobachtet werden konnte²⁴. Während dem Versicherer eine entsprechende genetische Disposition geheim gehalten werden könnte, würde sie bei eingeschränkter Lebenserwartung durch entsprechende Testergebnisse gegenüber Personen offenbart, die am Kauf der

²⁰ Vgl. *Schöffski*, Genomanalyse: Fluch oder Segen für die Versicherungswirtschaft?, in *ZVersWiss* 1999, 265, 273 f.; Grundlegend zur asymmetrischen Information und die Auswirkung auf die Versicherungsmärkte: *Zweifel/Eisen*, a. a. O., 291, 326 f.

²¹ Vgl. zu den verschiedenen Szenarien: *Berberich*, a. a. O., 102 f., 132 f.; *Wambach*, Die ökonomischen Auswirkungen von Gentests auf Versicherungsmärkte, in: Thiele (Hrsg.), a. a. O., S. 9.

²² *Fenger/Schöffski*, Gentests und Lebensversicherung: Juristische und ökonomische Aspekte, *NVersZ* 2000, 449, 451 sprechen unter Bezugnahme auf Untersuchungen von Masood davon, dass der Individualnutzen solange höher eingeschätzt wird, wie man einer Gruppe (Versichertengemeinschaft) nicht angehört.

²³ *Wambach*, a. a. O., S. 11 verweist auf Untersuchungen von MacDonald, der den Effekt unter bestimmten Annahmen auf 25 bis 40 % der Prämie beziffert. Einen Erhöhungseffekt von 5–10 % sieht er, falls „Überversicherungen“ vermieden werden können, was – Anmerkung des Verfassers – praktisch unmöglich ist.

²⁴ *Schöffski*, *ZVersWiss* 1999, 265, 286; siehe aber auch *Fenger/Schöffski*, *NVersZ* 2000, 449, 452.

Police interessiert sein könnten. Der Versicherungsnehmer realisiert durch den Verkauf risikofreie Arbitragegewinne und schließt einen neuen Vertrag ab. Der Vorgang ist fast beliebig wiederholbar. Zur Veranschaulichung der Gefahr einer negativen Risikoselektion²⁵ lassen sich zwei weitere Beispiele aus der Praxis nennen, deren Dimension aber durchaus geringer ist als das hier diskutierte Problem:

Auslandsversicherungsschutz unter Einschluss Behandlungsbedürftiger

Die privaten Krankenversicherer fanden sich auf Drängen des Gesetzgebers bereit, den durch das Gesundheitsreformgesetz 1989 abgeschafften Auslandsversicherungsschutz der gesetzlich Krankenversicherten auch unter Einschluss akut Behandlungsbedürftiger zu übernehmen. Da dieser Tarif wegen der zu erwartenden Inanspruchnahme geringfügig teurer war als solche Auslandsreiseversicherungen, die akute Erkrankungen ausschlossen, wählten gesunde Versicherte nur die letztere Tarifvariante, während sich in dem Tarif mit Einschluss aktueller Behandlungsbedürftigkeit überwiegend Dialysepatienten versicherten, bei denen praktisch auf jeder Reise Versicherungsleistungen fällig wurden. Der Verkauf des Produktes musste schon nach kurzer Zeit eingestellt werden.

Sterbegeldversicherungen ohne Gesundheitsfragen

Nach dem Wegfall von Todesfallleistungen in der GKV Ende der 80er Jahre wurden von einigen Lebensversicherern private Sterbegeldversicherungen mit relativ geringer Versicherungssumme angeboten, bei denen die Risikoprüfung nur aus zwei sehr allgemein gehaltenen Gesundheitsfragen bestand. Auf Grund der starken Antiselektionseffekte musste das Angebot schon nach kurzer Zeit eingestellt werden.

Schon diese beiden einfachen Beispiele aus der Praxis zeigen, dass die Vermeidung von Antiselektion und damit eine Risikoprüfung auf gleicher informationeller Grundlage, die die Spekulation gegen den Versicherer und die Versicherten ausschließt, für die Individualversicherung unverzichtbar ist.

4. Risikoprüfung in der Individualversicherung unverzichtbar

Seit alters her wird in der Lebensversicherung und in der privaten Krankenversicherung das Risiko nach den Merkmalen Alter und Geschlecht differenziert. Und da die Morbidität der Menschen auch innerhalb gleicher Alters- und Geschlechtsklassen signifikante Unterschiede aufweist, sind bei Vertragsschluss schon immer Gesundheitsfragen oder in bestimmten Fällen ärztliche Untersuchungen unumgänglich gewesen.

Die Risikoprüfung vor Abschluss einer privaten Personenversicherung besteht in der Regel aus zwei Elementen. Kern sind die Gesundheitsfragen, also das Verlangen

²⁵ Der Grad der Antiselektionsgefahr durch genetische Tests hängt maßgeblich von der Anzahl und der Verfügbarkeit der zur Verfügung stehenden Tests, der Anzahl der für die Versicherungswirtschaft bedeutsamen Krankheiten, der Einfachheit der Handhabung genetischer Tests, der Nachprüfbarkeit der Durchführung genetischer Tests und deren Prädiktionsqualität ab (nach *Berberich*, Zur aktuellen Bedeutung genetischer Tests in der Privatversicherung, VW 1998, 1190, 1193).

des Versicherers an den Versicherungsinteressenten, ihm bekannte risikoreiche Umstände anzuzeigen. Dieses Fragerecht, dessen Rechtsgrundlage in § 16 VVG liegt, ist durch die Privatautonomie des (privatrechtlichen) Versicherungsvertrages verankert²⁶. Bei sehr hohen Lebensversicherungen²⁷ und bei der Abkürzung der Wartezeit in der privaten Krankenversicherung gelten Erweiterungen, hier – und dies sind relativ wenige Fälle – tritt eine ärztliche Untersuchung²⁸ hinzu.

a) Anzeigepflicht des § 16 VVG

Grundlegend für die Offenlegung sämtlicher risikorelevanter Umstände durch den Antragsteller ist § 16 Abs. 1 VVG²⁹. Der Versicherungsnehmer hat bei der Schließung des Vertrages alle ihm bekannten Umstände, die für die Übernahme der Gefahr erheblich sind (sog. gefahrerhebliche Umstände), dem Versicherer anzuzeigen. Gefahrerheblich³⁰ sind sämtliche Umstände, die geeignet sind, auf den Entschluss des Versicherers, den Vertrag – und zwar den konkreten Vertrag – überhaupt oder zu dem vereinbarten Inhalt abzuschließen, einen Einfluss auszuüben. Aber auch nur diese Umstände sind anzuzeigen. § 16 VVG ermöglicht keine umfassende Ausforschung des Versicherungsinteressenten³¹. Diese wäre auch ungeachtet aller dagegen bestehenden rechtlichen Bedenken für den Versicherer völlig sinnlos³².

Verletzt ein Antragsteller die Anzeigepflicht, so ist der Versicherer (§ 16 Abs. 2 VVG) berechtigt, von dem Vertrag zurückzutreten. Wegen unterbliebener Anzeige eines Umstandes, nach welchem nicht ausdrücklich gefragt worden ist, kann der Versicherer aber nur im Fall arglistigen Verschweigens zurücktreten (§ 18 VVG). Der Versicherer kann in der Lebensversicherung allerdings vom Vertrag nicht mehr zurücktreten, wenn seit der Schließung zehn Jahre vergangen sind, es sei denn, die Anzeigepflicht ist arglistig verletzt worden (§ 163 VVG). In der Praxis wird von dieser – halbzwingenden – Vorschrift durch die ALB dahingehend abgewichen, dass die Frist auf drei Jahre verkürzt wird. Diese Frist von drei Jahren besteht auch in der privaten Krankenversicherung (§ 178 k VVG).

Tritt der Versicherer nach Eintritt des Versicherungsfalls begründet zurück, so ist er allerdings auch dann nicht grundsätzlich von der Leistung frei. Er hat gleichwohl zu leisten, wenn der nicht angezeigte Umstand den Eintritt des Versicherungsfalls und den Umfang der Leistung nicht beeinflusst hat (§ 21 VVG).

²⁶ Siehe *Schöffski*, a. a. O., 275.

²⁷ und natürlich auch bei hochsummierten Berufs- bzw. Erwerbsunfähigkeitsversicherungen.

²⁸ Vgl. *Lorenz*, Zur Berücksichtigung genetischer Tests und ihrer Ergebnisse beim Abschluss von Personenversicherungsverträgen, in *VersR* 1999, 1309, 1310.

²⁹ Zum Zweck der Vorschrift siehe *Knappmann*, Grenzen und Beschränkungen der Rechte des Versicherers bei Verletzung der Anzeigepflichten (§§ 16 ff. VVG) durch den VersNeher, in: *r+s* 1996, 81.

³⁰ Lebens- und Krankenversicherer streben nicht den „gläsernen“ Menschen an. Die Begrenzung auf die „gefahrerheblichen“ Umstände im Rahmen der Anzeigepflicht macht dies bereits deutlich. Daher haben auch Szenarien, die von einem völligen und umfassenden Screening der Versicherungsinteressenten ausgehen, wenig mit der Lebenswirklichkeit zu tun.

³¹ *Berberich*, a. a. O., 135, 158 ff.; *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, 2000, 9, 38: Die Kenntnis des fraglichen Umstandes muss zur Risikobeurteilung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig sein.

³² Siehe auch *Sahmer*, Genomanalyse und private Krankenversicherung, in: *PKV Publik* 1992, 47.

Wir sehen also, dass der Gesetzgeber ausgewogene Regelungen³³ gefunden hat, die einen Interessenausgleich zwischen Antragsteller, Versicherten und Versicherer gewährleisten. Wie steht es nun um die Anzeigepflicht bereits vor Vertragsschluss freiwillig durchgeführter Gentests und den Anzeigepflichten des VVG³⁴?

b) Anzeigepflicht auch bei durchgeführten Gentests?

Man könnte behaupten, dass das Phänomen Genanalyse für die Versicherungswirtschaft im Grunde nichts Neues darstellt. Bei der Gesundheitsprüfung wird schon immer im Rahmen einer Familienanamnese nach Erbkrankheiten gefragt; eine Genanalyse sozusagen mit mittelalterlichen Methoden. Wenn es sich aber nur um eine Frage der Methodik handelt, wenn also die Notwendigkeit der Inkennntnissetzung des Versicherers über die erheblichen Dispositionen des Antragstellers als solche außer Streit steht, so fragt sich schon, wo denn dann noch ein grundsätzlicher Unterschied bestehen soll: Besteht überhaupt eine klare Trennlinie zwischen genetischer und nicht genetischer medizinischer Information?

Die Frage ist vom Juristen als medizinischen Laien nicht zu beantworten. Wenn es aber so ist, dass die gleiche medizinische Information mit unterschiedlichen medizinischen Methoden gewonnen werden kann, was rechtfertigt dann, die auf den neuen Wegen gewonnene Information unter Verschluss zu halten? Um es an einem Beispiel zu verdeutlichen. Die erblich bedingte rot-grün Blindheit kann gleichermaßen mit Hilfe einer einfachen Farbtafel wie mit Hilfe einer molekulargenetischen Analyse festgestellt werden³⁵. Was rechtfertigt eine unterschiedliche Behandlung der Information? Zumal eine Genanalyse kein intensiveres und damit schutzwürdigeres Eindringen in die Autonomie des Einzelnen bedeuten muss als andere Untersuchungen auch. Im Gegenteil: Ein herkömmlicher Test auf das Vorliegen einer – nicht ausgebrochenen – HIV-Infektion oder eine Vorsorgeuntersuchung nach einem der gesetzlich vorgeschriebenen Programme können im Zweifel Ergebnisse von erheblich größerer Relevanz liefern als eine Genanalyse. In all diesen Fällen handelt es sich um medizinische Untersuchungen mit prädiktivem Aussagewert³⁶. Ich werde auf diesen wichtigen Aspekt und die damit verbundene Güter- und Interessenabwägung zurückkommen, da sie an dieser Stelle nach geltendem Recht nicht erheblich ist.

Ob der Umstand eines durchgeführten Gentests per se gefahrerheblich und daher ohne ausdrückliche Nachfrage anzuzeigen wäre, wird bezweifelt³⁷. Ausdiskutiert ist die Frage keinesfalls, aber zur Zeit aus doppeltem Grund eher theoretisch, zum einen,

³³ § 34 a VVG bestimmt, dass von § 16 VVG nicht zum Nachteil des Kunden abgewichen werden darf.

³⁴ Zur Festlegung des Begriffs gefahrerheblicher Umstand § 16 VVG im Hinblick auf genetische Dispositionen siehe *Berberich*, a. a. O., 76 ff.

³⁵ *Fonatsch*, Humangenetische Beratung und Diagnostik im Zeitalter der Molekularen Medizin, in Bartram et al., a. a. O., 51, 60.

³⁶ Siehe *Schulz-Weidner*, Der versicherungsrechtliche Rahmen für eine Verwertung von Genomanalysen. Die Bedeutung präklinischer und genetischer medizinischer Befunde im Rahmen rechtlicher Kausalitäts-, Risiko- und Eigenverschuldungsbewertungen, 1993, 66 f.

³⁷ *Alexander/Fischer*, VW 1991, 494, 498 weisen in diesem Zusammenhang auf die parallele Diskussion zu Aids-Tests hin. Hier wurde eine ausdrückliche Frage für erforderlich gehalten.

weil für die Risikoprüfung hinreichend aussagekräftige genetische Tests nur ganz vereinzelt vorliegen, zum anderen aber, weil im Zweifel der Versicherer ausdrücklich nach solchen Tests fragen würde, so dass die „Gefahrerheblichkeit“ vorbehaltlich der durch die Rechtsprechung gebildeten Einschränkungen³⁸ schon aus § 16 Abs. 1 S. 3 VVG folgen würde, der besagt, dass ein Umstand, nach dem der Versicherer ausdrücklich und schriftlich fragt, im Zweifel als erheblich gilt.

c) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis halte ich fest: Für die Funktionsfähigkeit der privaten Personenversicherung ist eine Risikoprüfung auf gleicher informationeller Grundlage zwischen Versicherungsinteressent und Versicherer unerlässlich. Die Ergebnisse vor Vertragsschluss vorliegender Gentests wären³⁹ nach geltendem Recht anzuzeigen.⁴⁰

II. Position der Versicherungswirtschaft zu Gentests

Nach dieser Feststellung stellt sich die Frage, welche Regelung die Versicherungswirtschaft im Umgang mit Gentests für notwendig und verantwortbar hält. Dabei überrascht schon, wirft man einen Blick auf die öffentliche Diskussion, dass diese fast ausschließlich unter den Stichwörtern des gen-informationellen Selbstbestimmungsrechts und der Befürchtung einer Diskriminierung des Versicherungsnehmers und eines Datenmissbrauchs geführt wird⁴¹.

Die Frage aber, ob es neben den schutzwürdigen Anliegen der Versicherten nicht auch solche der Versicherungsunternehmen gibt, findet nur in der wissenschaftlichen Diskussion statt⁴². Das Spektrum möglicher Regelungen ist weit und reicht nach einer Abstufung, die vor allem Wambach und Taupitz aufgegriffen haben, von einer „Laisser-faire“ Lösung bis zu einem „strikten Verbot“⁴³. Den letzteren Weg zu gehen, scheint für den Gesetzgeber die einfachste Lösung zu sein.

Ich werde im folgenden auf die aus Sicht der Versicherungswirtschaft zwei wesentlichen Fragestellungen eingehen:

Zum einen:

⇒ Wäre es gerechtfertigt, den Lebens- und Krankenversicherern zu verbieten, nach dem Ergebnis durchgeführter Gentests zu fragen und diese Ergebnisse, soweit sie gefahrerheblich sind, ihrer Kalkulation zugrunde zu legen?

³⁸ Vgl. hierzu *Prölss* in *Prölss/Martin*, VVG 26. Aufl. 1998 §§ 16, 17 Rdnr. 10.

³⁹ Jedenfalls soweit nach ihnen gefragt wird.

⁴⁰ Siehe hierzu aber die im Anhang abgedruckte Selbstverpflichtungserklärung.

⁴¹ Herdegen sprach kürzlich von der „eifertigen Beschwörung von Menschenwürde und informeller Selbstbestimmung“, die aber als „wohlfeile Zauberformel“ versage; vgl. *Herdegen*, Die Erforschung des Humangeoms als Herausforderung für das Recht, in: *JZ* 2000, 633.

⁴² Siehe *Herdegen*, *JZ* 2000, 633, 635; *Lorenz*, *VersR* 1999, 1313; *Präve*, Das Recht des Versicherungsnehmers auf gen-informationelle Selbstbestimmung, in: *VersR* 1992, 279, 281 f.; *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, 2000, 38 f.

⁴³ *Wambach*, a. a. O., 9,10; *Taupitz*, in *Bartram et al.*, a. a. O., 163, 167.

Zum anderen:

⇒ Wäre es gerechtfertigt, den Lebens- und Krankenversicherern zu verbieten, im Rahmen medizinischer Untersuchungen die Durchführung genetischer Tests zu verlangen?

1. Wäre es gerechtfertigt, den Lebens- und Krankenversicherern zu verbieten, nach dem Ergebnis durchgeführter Gentests zu fragen und die Ergebnisse, soweit sie gefahrerheblich sind, zur Grundlage ihrer Kalkulation zu machen?

Ausgehend von dem Umstand, dass ohne Risikoadäquanz, ohne Vermeidung einer Antiselektion, also ohne gleiche informationelle Grundlage zwischen Versicherungsinteressent und Versicherer die Basis der Individualversicherung nachhaltig in Frage gestellt, wenn nicht entzogen wird, liegt es nahe, nein es drängt sich geradezu auf, dass die betroffene Branche gegen derart indifferenzierte Forderungen⁴⁴ auch ihrerseits an ihre von der Verfassung geschützte Position erinnert und sich vor allem gegen ein Übermaß legislativen Handelns bereits im Vorfeld zur Wehr zu setzen versucht.

Ein gesetzliches Verbot, dem Versicherungsinteressenten vorliegende gentechnische Ergebnisse erfragen und verwenden zu dürfen⁴⁵, greift unmittelbar in die über die Artikel 12 und 14 GG verfassungsrechtlich geschützten Rechte der Versicherer auf unternehmerische Gestaltungs- und Betätigungsfreiheit ein⁴⁶, da es der Privatversicherung einen wesentlichen, unverzichtbaren Teil der Kalkulationsgrundlage, die sie gerade von der staatlichen Sozialversicherung unterscheidet, entreißen würde. Die Kernfrage ist dann also, ob es in der zwingenden Abwägung mit den Interessen der Versicherungsinteressenten insoweit überwiegende Interessen gibt, die diesen massiven Eingriff in die Position der Versicherungswirtschaft rechtfertigen würden. Lassen Sie mich in der vom Zeitrahmen gebotenen Kürze die Gründe, die für ein gesetzliches Verbot der Offenlegung von Gentests gegenüber dem Versicherer angeführt werden, darlegen und mich kurz mit ihnen auseinandersetzen.

a) Das (gen-)informationelle Selbstbestimmungsrecht

Im Zusammenhang mit der Verwendung von Gentests spielt das Recht des Versicherungsinteressenten auf (gen-)informationelle Selbstbestimmung⁴⁷ eine besondere Rolle. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, das aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleitet wird⁴⁸, beinhaltet unstreitig zum einen das Recht, selbst zu bestimmen, zu welchem Zeitpunkt personenbezogene Daten erhoben und verwendet

⁴⁴ Siehe Fn. 2–4.

⁴⁵ Soweit die Ergebnisse gefahrerheblich sind.

⁴⁶ Lorenz, VersR 1999, 1309, 1313.

⁴⁷ Zur Terminologie und den verschiedenen Ausprägungen (Recht auf Nichtwissen, Recht auf Unkenntnis, Persönlichkeitsrecht am Genbereich, Recht auf genetische Selbstbestimmung, Recht auf bioethische Selbstbestimmung) siehe Tjaden, Genanalyse als Verfassungsproblem, 2001, 112.

⁴⁸ Vgl. als Beispiel: BVerfGE 65,1, 43 f. (Volkszählungsurteil); s. a. Erichsen, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band VI, Freiheitsrechte, Isensee/Kirchhof (Hrsg.), 1989, 1185 f.

werden, und es beinhaltet des weiteren das Recht auf Nichtwissen, also das Recht, über die eigene genetische Disposition nicht Bescheid wissen zu müssen⁴⁹.

Begibt sich der Versicherungsinteressent nun des Rechts auf Nichtwissen, indem mit seiner Zustimmung oder auf seine Veranlassung hin ein Test durchgeführt worden ist, so könnte er sich allenfalls darauf berufen, selbst entscheiden zu wollen, wie die Untersuchungsergebnisse verwendet werden, also beispielsweise nicht zur Risikoeinschätzung des Lebens- oder Krankenversicherers, was er nur dann tun würde, wenn das Ergebnis für ihn negativ zu werden droht⁵⁰. Es läge also ein klassischer Fall der Antiselektion, der sogar bewussten Spekulation gegen den Versicherer vor. Dies ist aber kein schutzwürdiger Ansatz.

Bei Simon⁵¹ liest man zum Recht auf informationelle Selbstbestimmung:

„Geschützt ist durch dieses Recht die Aufgabe von Persönlichkeitselementen, also zum Beispiel die Preisgabe genetischer Befunde. ... die Erbringung vertraglicher Leistungen könnte also den Einzelnen grundsätzlich zum Objekt wirtschaftlicher Interessen degradieren, wenn auf der einen Seite lediglich wirtschaftliche Interessen verfolgt würden und auf der anderen Seite das Recht auf informationelle Selbstbestimmung.“

Beckmann formuliert⁵² (allerdings zum Verlangen auf Durchführung eines Gentests): „Dem Rang beider Prinzipien (Anmerkung des Verfassers: informationelle Selbstbestimmung und Gleichheitsgrundsatz) steht auf Seiten des Versicherers nichts Gleichwertiges gegenüber ...“

Diese Abwägungen greifen deutlich zu kurz. Sie übersehen nämlich, dass sowohl auf Seiten des Versicherungsinteressenten als auch auf Seiten des Versicherers finanzielle Interessen eine Rolle spielen. Der Versicherungsinteressent möchte nämlich einen Vertrag schließen, der ihm finanzielle Sicherheit bietet und den er bei dem von ihm ausgesuchten Versicherer zu einer möglichst günstigen Prämie abzuschließen beabsichtigt. Der Versicherer benötigt hierzu vertragsrelevante Daten, um in seinem und der Versichertengemeinschaft Interesse die Risikoadequanz herzustellen. Es gilt also sorgsam abzuwägen. Eine Überhöhung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung ist nicht die Lösung.

aa) Gleichstellung der Gentests mit anderen medizinischen Befunden

Will man nicht – was ersichtlich bis heute auch niemand gefordert hat – die Beitragskalkulation der privaten Versicherung insgesamt in Frage stellen und damit die Privatversicherung im Ergebnis ihrer Grundlage berauben, so ist nicht ersichtlich, mit welchem Grund prädiktive Ergebnisse nur dann zur Risikotarifizierung herangezogen werden dürften, wenn diese Informationen nicht durch gentechnische Methoden gewonnen worden sind. Dies vor allem vor dem Hintergrund, dass sich in den Beratungsgremien, aber auch in der Literatur, die Erkenntnis durchsetzt, dass bei allen

⁴⁹ Siehe *Taupitz*, Das Recht auf Nichtwissen, in: Festschrift für Wiese, 1998, 583 ff.; ders., in: Bartram et al., a. a. O., 72, 76; Donner/Wiese, Genomanalyse und Verfassung, DÖV 1990, 907, 912.

⁵⁰ Im umgekehrten Fall könnte er sogar ein lebhaftes Interesse an der Offenbarung der Information haben.

⁵¹ *Simon*, a. a. O., 136.

⁵² *Beckmann*, a. a. O., 271, 280.

Unterschieden zu herkömmlichen Diagnoseverfahren⁵³, die nicht unterschlagen werden sollen, Befunde aus Gentests wie andere medizinische Befunde auch zu behandeln sind⁵⁴. Für die Verwendung genetischer Informationen kann es dann aber nicht auf die Methode der Gewinnung, sondern allein auf das Ergebnis der Untersuchung ankommen. Dies, zumal gentechnische Untersuchungen mehr und mehr dazu eingesetzt werden, um auch bereits ausgebrochene und nicht erbliche Krankheiten zu diagnostizieren⁵⁵. Auch ergänzen sich traditionelle und gentechnische Untersuchungen. Wieso etwa soll es zulässig sein, eine auf unsicherer Familienanamnese beruhende und verwertbare Einschätzung zur Grundlage einer Risikoeinschätzung zu machen, nicht aber das ergänzend veranlasste viel validere Ergebnis einer genetischen Analyse?

Doch soweit einzelne Gentests – worauf in der Literatur⁵⁶ hingewiesen wird – eine besondere „Eingriffstiefe“, wie es Deutsch⁵⁷ formuliert, aufweisen, gilt dies doch nicht für Gentests per se. Jedenfalls kann dies nicht rechtfertigen, die Verwendung bekannter Gesundheitsinformationen zu verbieten, weil sie mittels Gentests gewonnen worden sind, dieselbe bzw. eine gleichartige Information aber zuzulassen, wenn sie mit herkömmlichen medizinischen Methoden gewonnen worden ist⁵⁸. Ein Verbot der Offenlegung genetischer Informationen würde einen besonderen Fall der Ungleichbehandlung von Versicherungsinteressenten darstellen, wenn eine nicht genetisch bedingte Krankheit anzuzeigen wäre, eine genetisch bedingte Krankheit jedoch nicht.

bb) Keine genetische Diskriminierung

Das vorvertragliche Verlangen, Ergebnisse genetischer Tests offen zu legen, wird von manchen wegen der Befürchtung einer genetischen Diskriminierung abgelehnt⁵⁹. Die Diskriminierung wird darin gesehen, dass ein Versicherungsinteressent mit entsprechendem prädiktiven Befund Gefahr laufe, keinen privaten Versicherungsschutz zu erhalten oder sozial stigmatisiert zu werden⁶⁰. Auch wird mahndend vor einer Bestrafung „schlechter Gene“ und der Bildung einer genetischen Klassengesellschaft⁶¹ gewarnt⁶².

⁵³ Siehe die Übersicht bei *Fenger/Schöffski*, Gentests und Lebensversicherung: Juristische und ökonomische Aspekte, in: NVersZ 2000, 449, 450.

⁵⁴ Ausschuss für Bildung, Forschung und Technologiefolgenabschätzung, BT-Drucksache 14/4656, 57; *Breyer*, in: *Bertram et al.*, a. a. O., 163, 182 f.; *Lorenz*, VersR 1999, 1309, 1311; *Simon*, a. a. O., 121; *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, 2000, 27.

⁵⁵ *Fonatsch*, Humangenetische Beratung und Diagnostik im Zeitalter der Molekularen Medizin, in *Bartram et al.*, a. a. O., 51, 60.

⁵⁶ *Fenger/Schöffski*, NVersZ 2000, 449, 450.

⁵⁷ *Deutsch*, Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161, 169.

⁵⁸ *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, 2000, 36.

⁵⁹ Siehe *Präve*, Genomanalyse und Lebensversicherung, ZfV 1991, 82, 83 f.

⁶⁰ Siehe *Spranger*, Prädiktive genetische Tests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen, in: VersR 2000, 815, 819 f.

⁶¹ *Präve*, VersR 1992, 279, 282.

⁶² Vgl. *Taupitz*, Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht, 28.

„Diskriminierung“ gehört zu den Zauberworten unserer Zeit. Dessen lateinischer Wortstamm⁶³ *discrimen* = „Trennendes“; „Unterscheidung“, das zu lat. *discernere* = „trennen“ gehört, scheint jedoch in Vergessenheit geraten zu sein.

Im Kern richtet sich der Diskriminierungsvorwurf gegen die Risikoprüfung als solche. Die Risikoprüfung stellt aber keine Diskriminierung dar. Sie ist auch dann nicht diskriminierend, wenn in sie Ergebnisse gentechnischer Tests einbezogen werden. Eine Diskriminierung wäre nach allgemeinem und nach juristischem Verständnis nur dann gegeben, wenn jemand ohne aner kennenswerten sachlichen Grund anders behandelt wird als andere⁶⁴. Eine Risikoprüfung auch unter Einbeziehung von risikoreichen Ergebnissen aus gentechnischen Untersuchungen zielt dagegen auf das Erkennen und die angemessene Berücksichtigung ungleicher Sachverhalte ab. Denn: Ohne eine solche Differenzierung wäre eine private Versicherung gar nicht möglich. Wenn aber Alter, Geschlecht und Krankheit anerkanntermaßen Differenzierungsgründe in der Individualversicherung sind, dann ist nicht ersichtlich, wie begründet werden könnte, dass für eine entsprechend aussagekräftige genetische Disposition etwas anderes gelten sollte⁶⁵.

cc) Kein Ausschluss der Prävention

Weiter wird befürchtet, dass eine Offenbarungspflicht für Gentests die Menschen davon abhalten könnte, genetische Analysen, die aus Gründen der Prävention wünschenswert sein können, durchzuführen⁶⁶. Auch dieses Argument ist im Grunde nicht neu, da es auch heute schon gegen die Offenbarungspflicht als solche angeführt werden könnte. Tatsächlich aber sind derartige Befürchtungen bis heute nicht belegt worden. Sollte sich durch die Einbeziehung genetischer Test das Verbraucherverhalten ändern, dann könnten allerdings Maßnahmen erforderlich sein, um die im Interesse aller Beteiligten liegenden Möglichkeiten der Prävention durch Gentests nicht zu gefährden⁶⁷. Ich komme auf diesen Punkt unter II.2 zurück und möchte hier nur feststellen, dass hierzu Vorkehrungen denkbar sind, die deutlich unter der Eingriffstiefe eines Verbotsgesetzes für Gentests insgesamt liegen.

dd) Kein Ausschluss vom Versicherungsschutz

Auch wird gegen die Offenlegung von Gentests eingewandt, dass die Gefahr bestehe, jedenfalls verschärft werde, dass Versicherungsinteressenten, die unabweisbar auf Versicherungsschutz angewiesen wären, hiervon ausgeschlossen werden könnten⁶⁸. Es wird sogar ein Rechtsanspruch⁶⁹ auf Abschluss eines Versicherungsvertrages zu ange-

⁶³ DUDEN, Das Herkunftswörterbuch, 2. A. 1989, „diskriminieren“.

⁶⁴ Berberich, a. a. O., 127.

⁶⁵ Herdegen, JZ 2000, 636; Lorenz, VersR 1999, 1309, 1312 f.; Tinnefeld, Menschenwürde, Biomedizin und Datenschutz. Zur Aufklärung neuer Risiken im Arbeits- und Versicherungswesen, ZRP 2000, 10, 13.

⁶⁶ Schöffski, ZVersWiss 1999, 265, 279.

⁶⁷ Vgl. Berberich, a. a. O., 203 f.

⁶⁸ Schöffski, ZVersWiss 1999, 265, 278; Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449, 451; Simon, a. a. O., 136 f.

⁶⁹ Ein solcher Rechtsanspruch besteht nicht und kann auch nicht aus einer „sozialen“ Verantwortung des Versicherers abgeleitet werden.

messenen Konditionen begründet und die „soziale Verpflichtung“ des Versicherers seinen „bloßen ökonomischen Interessen“ gegenübergestellt⁷⁰.

Abgesehen davon, dass ein Rechtsanspruch auf Abschluss einer privaten Krankenversicherung oder Lebensversicherung, in den durch das Verlangen nach der Offenlegung eines Gentests eingegriffen werden könnte, nicht besteht, ist anzumerken, dass die ausgesprochenen Befürchtungen auch bislang gegen die Risikoprüfung in der Lebens- und Krankenversicherung eingewandt werden, ohne dass sie sich als ernstes oder gar unlösbares Problem herausgestellt hätten. Es spricht nichts dafür, dass sich die Situation unter Einbeziehung der Informationen aus genetischen Tests ändern wird. Im Gegenteil: Mit zunehmendem medizinischen Fortschritt ist der Bereich des Versicherbaren stetig erweitert worden. Auch wurden alternative Deckungsformen entwickelt, wie etwa die Dread Disease Versicherung, die die Folgen lebensbedrohlicher Krankheiten absichert. Vor diesem Hintergrund sind auch die Befürchtungen, die bestimmte Bevölkerungsgruppen, denen der Zugang zur GKV verwehrt ist⁷¹, ohne privaten Versicherungsschutz sehen, unbegründet. Es ist im übrigen nicht die Aufgabe der privaten Versicherungswirtschaft, die staatliche Daseinsvorsorge zu gewährleisten⁷².

Es steht im übrigen außerhalb jeglichen Zweifels, dass sich die private Krankenversicherung⁷³ ihrer Verantwortung für den Personenkreis bewusst ist, für den sie den alleinigen Versicherungsschutz als Teil des gegliederten Krankenversicherungssystems bietet⁷⁴. Sie hat dies bei verschiedenen sog. Öffnungsaktionen für bestimmte Versichertenkreise wiederholt unter Beweis gestellt. Dies entkräftet im übrigen auch die Befürchtung, es könne hier zu einer negativen Risikoauslese zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung kommen⁷⁵. Nichts anderes gilt für die Lebensversicherung, der angesichts der steigenden Lebenserwartung⁷⁶, dem weiteren medizinischen Fortschritt und den vor allem aus der demografischen Entwicklung folgenden Problemen der staatlichen Sozialversicherung⁷⁷ jedenfalls in Form der lebenslang zu zahlenden privaten Rentenversicherung eine weiter steigende Bedeutung zukommen wird.

In diesem Zusammenhang wird gelegentlich vorgeschlagen, die Zulässigkeit der Offenlegung von Gentests oder auch das Verlangen nach der Durchführung von Gentests im Rahmen ärztlicher Untersuchungen von bestimmten Schwellen abhängig zu machen⁷⁸, so wie dies in den Niederlanden⁷⁹ erfolgt ist, also nach Versicherungs-

⁷⁰ Schöffski, ZVersWiss 1999, 265, 279.

⁷¹ Präve, VersR 1992, 279, 281.

⁷² Lorenz, VersR 1999, 1309; Taupitz, a. a. O., 25; Birnbacher, Ethische Überlegungen im Zusammenhang mit Gendiagnostik und Versicherung, in: Thiele (Hrsg.), a. a. O., 41, 44 f.

⁷³ Für Beamte, Selbständige und „Gutverdienende“, die nicht der gesetzlichen Krankenversicherungspflicht unterfallen, fehlt das sozialversicherungsrechtliche Auffangnetz.

⁷⁴ Siehe Jäkel, Künftige Umwelten und Versicherungen: Konsequenzen in der Praxis der Personenversicherung bei der Bewältigung künftiger Risiken, in: ZVersWiss 81 (1992), 177, 183; Sahmer, Genomanalyse und Krankenversicherung, VersMed 1995, 5, 8.

⁷⁵ Schöffski, ZVersWiss 1999, 265, 278.

⁷⁶ Vgl. Birg, Die demographische Zeitenwende, 2001, 53 f.

⁷⁷ Vgl. Birg, a. a. O., 170 f.

⁷⁸ Siehe Fenger/Schöffski, NVersZ 2000, 449, 453.

⁷⁹ Siehe nachfolgend unter 1.4.

summen zu differenzieren. Diese Vorschläge machen das Unbehagen deutlich, das diejenigen verspüren, die die Offenlegung von Gentests ablehnen. Auch die Selbstverpflichtung sieht eine solche Schwelle vor. Der Grund, diese Schwelle dort aufzunehmen, war, nach außen deutlich zu machen, dass die Versicherungswirtschaft die Risikoprüfung nicht aufgibt⁸⁰. Auch muss man sehen, dass bei solchen Schwellen eine deutliche Missbrauchsgefahr liegt, da die betroffenen Versicherungsinteressenten ihre Verträge splitten könnten, was für die Versicherer letztendlich aus Gründen des Datenschutzes nicht überprüfbar sein wird.

Insgesamt gesehen können jedenfalls abstrakte Bedenken, Personen könnten wegen der Offenlegung von Gentests ohne dringend benötigten Versicherungsschutz bleiben, einen solch schweren Eingriff wie ein Verbot der Offenlegung von Gentests nicht rechtfertigen. Die Unverhältnismäßigkeit des Eingriffs stände einem solchen Gesetz auf der Stirn geschrieben.

ee) Verbot verhindert Erweiterungen der Versicherbarkeit

Ein weiterer Aspekt soll nicht unerwähnt bleiben. Wäre es den Versicherern verboten, die Ergebnisse gentechnischer Untersuchungen in ihre Kalkulation einzubeziehen, könnte dies in zunehmendem Maße dazu führen, dass mit Hilfe der Gentechnik versicherbare Risiken unversicherbar blieben. Als Beispiel sei die Gauchersche-Krankheit, ein Enzymdefekt, genannt. Die Diagnose dieser Krankheit führte bis in die neunziger Jahre zur Ablehnung des Antrages. Durch einen Gentest kann aber die mit der Schwere der Krankheit korrelierende Genmutation identifiziert werden. Dem schwachen Genotyp kann ein nahezu normales Risiko zugestanden werden, der gemäßigte Genotyp stellt ein leicht erhöhtes Risiko dar, nur der schwere Genotyp zwingt noch zur Deckungseinschränkung in der Lebensversicherung⁸¹. Es besteht die sicherer Erwartung, dass die Fälle, in denen durch die genetische Diagnostik die Versicherbarkeit erweitert wird, zunehmen werden⁸².

b) Kein Datenmissbrauch

Schließlich wird als weiterer Grund für ein Verbot der vorvertraglichen Anzeige genetischer Testergebnisse die Gefahr des Datenmissbrauchs aufgeführt⁸³. Zunächst sei klargestellt, dass der Umgang mit hochsensiblen genetischen Daten hohe Anforderungen an den Persönlichkeitsschutz stellt⁸⁴. Dem Umgang mit derart sensiblen Daten muss Rechnung getragen werden. Dies wird auch von der Versicherungswirtschaft nicht in Frage gestellt.

Jedoch überrascht das Argument, wegen der Gefahr des Missbrauchs gleich das vorbehaltlose Verbot der Offenlegung von medizinischen Daten im Verhältnis Versi-

⁸⁰ und nicht aufgeben kann.

⁸¹ *Alexander/Fischer*, Die neue Genetik und mögliche Auswirkungen auf die Risikoprüfung in der Lebensversicherung, in: *VW* 1991, 494, 497.

⁸² Vgl. *Regenauer*, Medizinische Diagnostik vor der Jahrhundertwende, *ZfV* 1997, 629, 630.

⁸³ *Präve*, *ZfV* 1991, 81, 82; ders., *VersR* 1992, 279, 282.

⁸⁴ Siehe *Berberich*, a. a. O., 131 f.

cherer und Versicherungsinteressenten fordern zu müssen. Hierzu gibt es keinerlei Anlass. Zunächst ist festzustellen, dass sich die Versicherungswirtschaft in den letzten Jahrzehnten keinerlei Verstöße gegen die Vorschriften zur ärztlichen Schweigepflicht oder die Missachtung des Datenschutzes hat vorwerfen lassen müssen⁸⁵. Immerhin geht es hier um Straftatbestände und es besteht auch kein Zweifel daran, dass die Personenversicherer dem Bundesdatenschutzgesetz unterliegen. Sollten hier Probleme zu erwarten sein, dann wäre dies – wie in allen datensensiblen Bereichen unserer Gesellschaft – auf der Ebene des Datenschutzes und des Strafrechts zu lösen.

Die vorvertragliche Offenbarung vorliegender Gentests aber insgesamt zu verbieten, weil die abstrakte Gefahr des Missbrauchs besteht, käme – natürlich hinkt dies Beispiel ein wenig – dem Verbot des Autofahrens gleich, weil die Gefahr des Verstoßes gegen die Straßenverkehrsordnung zu befürchten ist, wobei man vergleichsweise im zweiten Fall bei jährlich etwa 7000 Verkehrstoten in Deutschland schon eher von einer wirklichen Gefahrenlage auszugehen hätte.

c) Vereinbarkeit mit der „Bioethik-Konvention“

Ein Verbot, durchgeführte Gentests offen zu legen, lässt sich auch nicht aus der sog. Bioethik-Konvention, dem „Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin“⁸⁶ des Europarates ableiten⁸⁷. Sicher ist darauf hinzuweisen, dass die Bundesrepublik Deutschland dem Übereinkommen noch nicht beigetreten ist⁸⁸, es also in Deutschland keine rechtliche Wirkung entfaltet. Doch selbst den Beitritt unterstellt, würde sich keine andere Situation ergeben⁸⁹.

Artikel 12 des Übereinkommens bestimmt, verkürzt wiedergegeben, dass Gentests – und zwar grundsätzlich diagnostische wie prädiktive – nur für Gesundheitszwecke oder für gesundheitsbezogene wissenschaftliche Forschung und nur unter der Voraussetzung einer angemessenen genetischen Beratung vorgenommen werden dürfen⁹⁰. Ohne dies an dieser Stelle auch mit Rücksicht auf die nachfolgenden Vorträge vertiefen zu können, ist es aber wohl unstreitig⁹¹, dass Artikel 12 des Übereinkommens

⁸⁵ Siehe auch *Raestrup*, Versicherung und Genomanalyse, *VersMed* 1990, 37.

⁸⁶ Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, Convention on Human Rights and Biomedicine, CoE, DIR/JUR (96) 14.

⁸⁷ Siehe hierzu vor allem *Spranger*, Prädiktive Gentests und genetische Diskriminierung im Versicherungswesen, *VersR* 2000, 815, 819; *Tinnefeld*, Menschenwürde, Biomedizin und Datenschutz, *ZRP* 2000, 10 f.

⁸⁸ Das Übereinkommen haben bis November 2001 10 der 43 Mitgliedstaaten des Europarates ratifiziert. Siehe *Taupitz*, Der rechtliche Rahmen des Klonens zu therapeutischen Zwecken, *NJW* 2001, 3433, 3435.

⁸⁹ Das Übereinkommen wirft eine Vielzahl von Fragen auf, die aber nicht Gegenstand dieses Vortrages sein können. Vgl. *Taupitz*, Die Menschenrechtskonvention zur Biomedizin – akzeptabel, notwendig oder unannehmbar für die Bundesrepublik Deutschland?, in: *VersR* 1998, 542, 545; *Laufs*, Das Menschenrechtsübereinkommen zur Biomedizin und das deutsche Recht, *NJW* 1977, 776 f.; *Tinnefeld*, *ZRP* 2000, 10, 12; zur Entstehungsgeschichte: *Bockenheimer-Lucius*, Die „Bioethik-Konvention“ – Entwicklung und gegenwärtiger Stand der Kontroverse, *Ethik in der Medizin*, 1995, 146 ff.

⁹⁰ „Tests which are predictive of genetic diseases or which serve either to identify the subject as a carrier of a gene responsible for a disease or to detect a genetic predisposition or susceptibility to a disease may be performed only for health purposes or for scientific research linked to health purposes, and subject to appropriate genetic counseling.“

⁹¹ Siehe *Spranger*, *VersR* 2000, 815, 819; *Taupitz*, *Genetische Diagnostik und Versicherungsrecht*, 2000, 19.

nicht die Verwendung bereits vorhandener genetischer Informationen verbietet. Dem Versicherer wäre es nach Artikel 12 verwehrt, die Durchführung eines Gentests zu verlangen, nicht aber nach vorliegenden Gentests zu fragen.

Von weiterer Bedeutung ist allerdings Artikel 11 des Übereinkommens⁹², der jede Form der Diskriminierung einer Person auf Grund ihres genetischen Erbgutes verbietet. In den Erläuterungen des Übereinkommens wird präzisiert, dass es sich um eine „unfair discrimination“⁹³ handeln muss. Es wird die Auffassung vertreten, dass Artikel 11 des Übereinkommens in seiner weiten Fassung und im Zusammenspiel mit Artikel 12 jede wie auch immer geartete Beschränkung und Verschlechterung des Versicherungsschutzes auf Grund einer genetischen Disposition verbietet. Im Ergebnis dürften Gentests nur dazu verwandt werden, günstigere Bedingungen des Versicherungsschutzes zu erlangen.⁹⁴ Diese Auslegung des Abkommens wäre für die Individualversicherung geradezu fatal. Von einem Beitritt zu dem Übereinkommen wäre dringend abzuraten, würde er doch Verbotsgesetze verlangen, die – wie gezeigt worden ist – einer verfassungsrechtlich gebotenen Abwägung der kollidierenden Interessen nicht standhalten würden. Ich denke aber ungeachtet dessen, dass diese Auslegung des Artikel 11 des Übereinkommens auch nicht folgerichtig ist. In der Auslegung des Übereinkommens ist „discrimination“ als „unfair discrimination“ zu verstehen. Die Kernfrage wird also sein, ob die Verpflichtung zur Auskunft über eine dem Versicherungsinteressenten bekannte genetische Disposition einer schweren Krankheit eine solche „unfair discrimination“ darstellt. Ich denke, dass dies zu verneinen ist. Hier gelten die schon oben zur Diskriminierung aufgeführten Gründe: Der Betroffene wird nicht anders behandelt wie jeder andere Versicherungsinteressent, der Kenntnis von einer Erkrankung oder einer entsprechenden Disposition hat⁹⁵.

d) Die Situation im Ausland

Zur Untermauerung der Forderung nach einem gesetzlichen Verbot zur Offenlegung von Gentests wird auch auf ausländische Regelungen verwiesen⁹⁶. Als Kronzeuge gilt meist § 67 des österreichischen Gentechnikgesetzes (GTG)⁹⁷, nach dem es Versicherern seit dem 1. 1. 1995 verboten ist, Ergebnisse von Genanalysen von Versicherungsnehmern zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten. Strikte Verwertungsverbote bestehen daneben in Belgien⁹⁸, Frankreich⁹⁹, Italien¹⁰⁰,

⁹² „Any form of discrimination against a person on grounds of his or her genetic heritage is prohibited“.

⁹³ Directorate of Legal Affairs, Explanatory Report of the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine, 1997, Nr. 77.

⁹⁴ Spranger, VersR 2000, 815, 819.

⁹⁵ Spranger, VersR 2000, 815, 820; Tinnefeld, ZRP 2000, 10, 13.

⁹⁶ Siehe hierzu insbesondere die Länderberichte bei Simon, Gendiagnostik und Versicherung, 2001, 27 ff.

⁹⁷ Simon, a. a. O., S. 27.

⁹⁸ Simon, a. a. O., 65; wobei diese Regelung wohl erst überraschend während der parlamentarischen Beratungen in das belgische Vertragsgesetz aufgenommen worden ist und seitdem auf deutliche Kritik der rechtswissenschaftlichen Literatur stößt. Siehe hierzu: Fontaine, Droit des assurances, 1996, 132.

⁹⁹ Simon, a. a. O., 43 f.

¹⁰⁰ Simon, a. a. O., 74 f.

Dänemark¹⁰¹ und Norwegen¹⁰². In der Schweiz¹⁰³ besteht ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt. Die Versicherungsverbände und Versicherte können bei der zuständigen Behörde beantragen, dass für bestimmte nicht obligatorische Versicherungsarten die Offenlegung bestimmter prädiktiver Gentests zugelassen werden kann. In den Niederlanden¹⁰⁴ ist die Offenlegungspflicht an bestimmte Wertgrenzen gebunden¹⁰⁵. In Großbritannien und Schweden¹⁰⁶ besteht wie in Deutschland ein Selbstbeschränkungsabkommen. Die anderen Länder sehen keine Beschränkungen vor.

Man mag argumentieren, dass die Regelungen im Ausland nicht zu einem Marktversagen geführt haben, so dass die Befürchtungen der deutschen Versicherungswirtschaft überzogen seien. Dieser Schluss wäre voreilig. Zunächst muss man sehen, dass die Frage der Informationsasymmetrie heute mangels praktisch kaum zugänglicher aussagekräftiger Gentests noch keine Rolle spielt¹⁰⁷. Dies wird sich jedoch voraussichtlich ändern und dann werden die strikten Verbote in den drei erstgenannten Ländern nicht aufrechtzuerhalten sein. Dies auch dann, wenn es sich um Länder handelt, in denen die Lebensversicherung eine geringere Bedeutung hat als etwa in Deutschland oder den Ländern, die – um sich der weiteren naturwissenschaftlichen und gesellschaftlichen Diskussion nicht endgültig zu verschließen – zumindest einen Erlaubnisvorbehalt vorgesehen haben. Als Beispiel mag Frankreich dienen, in dem vor dem Hintergrund eines strikten Offenbarungsverbots nunmehr eine intensive Diskussion über die Einführung eines Ausnahmetatbestandes für Versicherungen geführt wird¹⁰⁸.

Auch würden sich zunehmend die Versicherungsnehmer selbst zur Wehr gegen ein vermeintlich zu ihren Gunsten bestehendes Verbotsgesetz wenden. Sie müssten nämlich realisieren, dass Versicherte verstärkt ihre Risikobewertung auf (herkömmliche) medizinische Untersuchungen stützen müssten, sofern diese in einigen Jahren überhaupt noch ohne den Einsatz prädiktiver Gentests denkbar sind. Zum anderen ist für die private Krankenversicherung festzustellen, dass die Vollversicherung praktisch nur in Deutschland eine besondere Rolle spielt, so dass Einschränkungen der Offenbarungsverpflichtung in den übrigen Märkten keine besondere Rolle spielen, in Deutschland aber um so schmerzlicher wären.

Sicher ist ein Blick über den Gartenzaun stets von Nutzen. Bevor man aber Regelungen aus dem Ausland übernimmt, muss man sehr genau untersuchen, vor welchem gesellschaftlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Hintergrund diese Regelungen getroffen worden sind.

¹⁰¹ *Simon*, a. a. O., 67 f.

¹⁰² *Simon*, a. a. O., 69 f.

¹⁰³ *Simon*, a. a. O.; 29 f.

¹⁰⁴ *Simon*, a. a. O., 46 f.

¹⁰⁵ Die Neuregelung in den Niederlanden bewirkte unverzüglich eine Prämienhöhung um 10 % und eine Deckelung der Versicherungsleistungen. Vgl. hierzu *Akerman*, Genetik und private Lebens- und Krankenversicherung – von einer Tagung der Geneva Association/FFSA –, in: *VW* 1999, 388, 389.

¹⁰⁶ *Simon*, a. a. O., 73 f.

¹⁰⁷ Siehe auch *Mayer-Obly*, Genetische Tests in der Privatversicherung – eine Bestandsaufnahme in ihrer aktuellen Bedeutung, in: *VersMed* 1999, 45.

¹⁰⁸ CCNE, Genetics and Medicine: From Prediction to Prevention, Nr. 46, Paris, 1996, 444 f.

e) Zwischenergebnis:

Als Zwischenergebnis möchte ich festhalten, dass keine durchgreifenden Gründe ersichtlich sind, die es rechtfertigen würden, es Lebens- und Krankenversicherern zu verbieten, nach dem Ergebnis durchgeführter Gentests zu fragen und sie zur Kalkulationsgrundlage zu machen¹⁰⁹.

2. Wäre es gerechtfertigt, den Lebens- und Krankenversicherern zu verbieten, im Rahmen medizinischer Untersuchungen die Durchführung von Gentests zu verlangen?

Die Frage, ob die Durchführung eines Gentests zur Voraussetzung des Abschlusses eines Versicherungsvertrages gemacht werden darf, ist ungleich schwerer zu beantworten. Zunächst steht diese Frage aber für die Versicherungswirtschaft nicht im Vordergrund. Die Veranlassung einer genetischen Untersuchung spielt zur Vermeidung einer Antiselektion keine Rolle¹¹⁰. Auch ohne die Veranlassung eines Gentests stehen Versicherungsinteressent und Versicherer auf derselben Informationsstufe oder wie es Beckmann ausdrückt: „Es herrscht auf beiden Seiten Gleichheit des Nichtwissens“¹¹¹. Es spricht derzeit nichts dafür, die Position der Selbstverpflichtung in Frage zu stellen.

Doch gilt es für die Versicherungswirtschaft auch, aufmerksam die weitere medizinische Entwicklung zu betrachten. Sollte es nämlich in absehbarer Zeit so sein, dass überhaupt keine Trennlinie zwischen prädiktiven Gentests und üblicher medizinischer Diagnostik mehr bestehen sollte, so würde ein Verzicht auf die Durchführung eines Gentests in Konsequenz bedeuten, dass den Versicherern das Instrument der Risikoprüfung durch medizinische Untersuchung entzogen ist. Denn dann müsste hier um so mehr gelten, dass das Ergebnis der Diagnose, nicht das Diagnoseverfahren an sich zu betrachten wäre.

Dabei ist dann aber die Befürchtung nicht zu leugnen, dass ein Versicherungsinteressent anlässlich einer ärztlichen Untersuchung unter Einschluss genetischer Tests Kenntnisse von einer genetischen Disposition erhält, die er nicht hätte erlangen wollen. Dies würde zumindest eine faktische Gefährdung des Rechts auf Nichtwissen bedeuten. Freilich könnte hier vereinbart werden, dass dem Versicherungsinteressenten derartige Erkenntnisse nicht offenbart werden. Dies mag nicht sehr praktisch sein, doch ist auch an andere Verfahren zu denken, die das Problem der unerwünschten Folgen derartiger Gentests eindämmen können.

Solche schicksalhaften Informationen betreffen vor allem diejenigen Erkenntnisse aus prädiktiven Gentests, die eine im Zweifel seltene monogenetische Erkrankung

¹⁰⁹ Wie hier: *Herdegen*, JZ 2000, 633, 636; *Lorenz*, VersR 1999, 1309,1325; *Sabmer*, VersMed 1995, 5, 8; *Simon*, a. a. O., 137, 138; Stellungnahme der DFG-Senatskommission für Grundsatzfragen der Genforschung vom 20. Juni 1999, Mitteilung Nr. 2, Wiley-VCH, Weinheim, Ziffer 4.6.3; *Spranger*, VersR 2000, 815, 820; *Taupitz*, a. a. O., 52.

¹¹⁰ Siehe *Karten*, a. a. O., 645, 648.

¹¹¹ *Beckmann*, a. a. O., 271, 86.

betreffen, deren Eintrittswahrscheinlichkeit hoch und deren Folgen gravierend sind und die dann nicht therapierbar ist. Negative Folgen für den potentiellen Versicherungsnehmer könnten hier insoweit vermieden werden, indem in einem transparenten Verfahren vereinbart wird, bestimmte gentechnische Informationen der Risikobeurteilung nicht zugrunde zu legen. Dies auch, um zu verhindern, dass bestimmte Maßnahmen der Prävention bzw. der Früherkennung vermieden bzw. gemieden werden, nur damit der Versicherungsinteressent vorsorglich unwissend bleiben will. Im Gegenteil, der Versicherer sollte diese Prävention ermöglichen. Hier besteht sicherlich in der weiteren Entwicklung Evaluierungsbedarf.

III. Zusammenfassung

Die Position der Versicherungswirtschaft zum Umgang mit prädiktiven Gentests lässt sich wie folgt zusammenfassen:

1. Auf Grund der umfassenden Selbstverpflichtung der deutschen Versicherungswirtschaft besteht kein Handlungsdruck des Gesetzgebers. Es ist daher Raum, die gesellschaftliche Diskussion zu führen und die Ergebnisse der weiteren medizinischen Entwicklung in diese Diskussion einzubeziehen.
2. Die Individualversicherung ist auf eine informationelle Symmetrie – auch was die Ergebnisse der vom Versicherungsinteressenten veranlassten Gentests angeht – angewiesen. Ergebnisse aus genetischen Untersuchungen sollten im Privatversicherungsrecht grundsätzlich nicht anders behandelt werden als die Ergebnisse aus anderen – herkömmlichen – medizinischen Untersuchungen.
3. Es sind keine durchgreifenden Gründe ersichtlich, die ein undifferenziertes Verbot, die Informationen aus gentechnischen Untersuchungen offen zu legen, rechtfertigen würden.
4. Das System der Individualversicherung ist nicht davon abhängig, vor Vertragsabschluss die Durchführung eines Gentests zu verlangen. Die weitere medizinische Entwicklung kann hier, wenn die Grenze zwischen genetischer (auch prädiktiver) Diagnostik und „klassischer“ medizinischer Diagnostik künftig aufgehoben würde, in bestimmten Fällen Bedeutung erlangen. Welche konkreten Folgen dies für die Risikoprüfung im Rahmen des Abschlusses eines Versicherungsvertrages hat, lässt sich heute noch nicht beurteilen.

Anhang

Freiwillige Selbstverpflichtungserklärung der Mitgliedsunternehmen des Gesamtverbandes der Deutschen Versicherungswirtschaft e. V. (GDV)

Präambel

Viele Millionen Kunden bringen den Versicherungsunternehmen Vertrauen entgegen – Vertrauen in die Kompetenz der Unternehmen, individuelle Vorsorge verantwortungsvoll zu gestalten und Vertrauen, individuelle Lebenslagen sachgerecht abzusichern. Die deutschen Versicherer sind sich dieses Vertrauens bewusst und nehmen die Sorgen der Menschen ernst.

Mit Sorgen betrachtet wird heute der medizinische Fortschritt insbesondere im Bereich der humangenetischen Forschung und deren Folgen. Die Schlagworte vom gläsernen Menschen oder einem Menschen nach Maß sind in der Vorstellung der Bevölkerung schon zu einer unmittelbaren Bedrohung geworden: Während genetische Testmethoden zur Diagnose bestehender Krankheiten in der Medizin bereits selbstverständlich geworden sind, ranken sich Mythen um die Perspektiven prädiktiver Gentests, die Aussagen zum Ausbruch von Krankheiten heute noch gesunder Menschen möglich machen.

Daran ändern auch seriöse Stimmen wenig, die im Menschen mehr als die Summe seiner Gene sehen. Vorhersehbarkeit, Wahrscheinlichkeit und Risikoabschätzung werden zu Kategorien der Beurteilung von Krankheitsverläufen und Lebenserwartung. Es wird klar, dass die Diskussionen um das Ausmaß der möglichen Eingriffe in den Verlauf menschlichen Lebens das Werteverständnis unserer Gesellschaft nachhaltig verändern.

Die deutschen Versicherer sehen sich deshalb veranlasst, Sorgen in der Bevölkerung entgegenzutreten und Ängste abzubauen, dass genetisch getestete Menschen vom Versicherungsschutz ausgeschlossen sein könnten. Die Selbstverpflichtung dient diesem Ziel.

Die Mitgliedsunternehmen des GDV, die diese Erklärung unterzeichnet haben, verpflichten sich, freiwillig folgende Regeln einzuhalten:

Erklärung

I.

Die Versicherungsunternehmen erklären sich bereit, die Durchführung von prädiktiven Gentests nicht zur Voraussetzung eines Vertragsabschlusses zu machen.

Sie erklären weiter, für private Krankenversicherungen und für alle Arten von Lebensversicherungen einschließlich Berufsunfähigkeits-, Erwerbsunfähigkeits-, Unfall- und Pflegerentenversicherungen bis zu einer Versicherungssumme von weniger als 250 000 EURO bzw. einer Jahresrente von weniger als 30 000 EURO auch nicht von

ihren Kunden zu verlangen, aus anderen Gründen freiwillig durchgeführte prädiktive Gentests dem Versicherungsunternehmen vorzulegen. In diesen Grenzen verzichten die Versicherer auf die im Versicherungsvertragsgesetz verankerte vorvertragliche Anzeigepflicht gefahrerheblicher Umstände.

Die Versicherungsunternehmen werden in diesen Fällen von den Kunden dennoch vorgelegte Befunde nicht verwerten.

II.

Die molekulargenetische Diagnostik zur Abklärung bestehender Krankheiten ist bereits heute aus dem klinischen Alltag nicht mehr wegzudenken. Demgegenüber ist der Umgang und die Nutzung prädiktiver Gentests im Bereich der Medizin noch unklar. Bei einem prädiktiven Gentest wird das Erbmaterial eines Gesunden daraufhin untersucht, ob er die Veranlagung für eine bestimmte Krankheit schon in sich trägt und daran später erkranken kann. Zu diesen prädiktiven Gentests zählen beispielsweise Tests auf Chorea Huntington, die erbliche Form des Brustkrebs (BRCA 1 und 2) und die erbliche Form von Morbus Alzheimer.

Die Versicherer erkennen an, dass ein prädiktiver genetischer Test tief in die Lebensplanung des Einzelnen eingreift, insbesondere dann, wenn keine Heilungschancen bestehen. Andererseits haben die Versicherungsunternehmen die Gemeinschaft der Versicherten davor zu schützen, dass bei einseitigem Wissen ihrer Kunden um die Wahrscheinlichkeit eines Krankheitsausbruchs keine Missbräuche beim Erwerb eines privaten Versicherungsschutzes entstehen.

Die Gefahr des Missbrauches besteht besonders bei hohen Versicherungssummen oder hohen Renten. Deshalb müssen die Versicherungsunternehmen bei Verträgen, in denen der Versicherungsschutz die in dieser Erklärung genannten Grenzen übersteigt, den gleichen Wissensstand wie ihre Kunden über das Ergebnis vorhandener prädiktiver Gentests erhalten, damit dem übernommenen Risiko entsprechende gerechte Beiträge berechnet werden können.

III.

Die Versicherer verpflichten sich für den Fall, dass vorhandene prädiktive Gentests von Kunden dem Unternehmen vorgelegt werden müssen, weil sie eine sehr hohe Absicherung wünschen, folgende Regeln einzuhalten:

- Die Gentests werden getrennt von den Antragsunterlagen direkt an den Gesellschaftsarzt versandt. Die Bewertung erfolgt ausschließlich durch diesen Gesellschaftsarzt. Aufbewahrt werden lediglich diejenigen Tests, deren Befunde für den Vertragsabschluss relevant sind, und zwar in einem besonders gesicherten Archiv.
- Durch diese Vorgehensweise wird dem notwendigen Datenschutz höchste Priorität eingeräumt. Damit wird auch sichergestellt, dass Ergebnisse eines Gentests einem nur sehr kleinen und kontrollierbaren Personenkreis zur Kenntnis gelangen.
- Die Ergebnisse eingereichter Gentests werden ausschließlich für die Risikobeurteilung des Kunden verwendet, der versichert werden will.

Damit wird ausgeschlossen, dass die Auswertung auch für die Risikobeurteilung von Verwandten herangezogen werden könnte.

- Beitragsnachlässe auf der Grundlage von Befunden aus Gentests werden nicht eingeräumt.

IV.

Diese Erklärung gilt zunächst bis zum 31. Dezember 2006.