

Gläserne Belegschaften? Die Verwendung von Gendaten im Arbeitsverhältnis

I. Einleitung

Die technischen Möglichkeiten, das Individuum zu erfassen, sind in den vergangenen Jahren durch zwei neue Instrumente erweitert worden. Zum einen geht es darum, den jeweiligen Aufenthaltsort des Einzelnen recht exakt festzustellen. Zum zweiten stehen gentechnische Analysen zur Verfügung, die eine Identifizierung des Einzelnen und ansatzweise auch die Ermittlung bestimmter Dispositionen und Eigenschaften ermöglichen.

Beide Instrumente haben im Strafverfahren ihre faktische und rechtliche Anerkennung gefunden. § 100c Abs. 1 Nr. 1b StPO lässt im Grundsatz die Ermittlung des Aufenthaltsorts eines Beschuldigten zu. Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz vom 07.09.1998¹ hat die Vorschrift des § 81g in die StPO eingefügt, wonach gegenüber Verdächtigen wie gegenüber Verurteilten unter bestimmten Bedingungen eine Identitätsfeststellung durch DNA-Analyse zulässig ist.

Im Arbeitsrecht fehlen vergleichbare Vorschriften. Die Erfassung des Aufenthaltsorts wird erst in jüngster Zeit als reales Problem erkannt², wobei vorgeschlagen wird, einen vergleichbaren Schutz wie für das Fernmeldegeheimnis zu etablieren³. Gentests erfreuen sich demgegenüber in der Literatur seit längerem erheblich größerer Aufmerksamkeit⁴ und sollen auch hier im Mittelpunkt stehen. Die praktische Relevanz ist schlaglichtartig an einem Fall deutlich geworden, den der VGH Baden-Württemberg im November 2000 zu entscheiden hatte:⁵

In einer Kreissparkasse zirkulierte ein anonymes Schreiben, das einen Abteilungsleiter diffamierte. Der Vorstand hegte aus bestimmten Gründen den Verdacht, Verfasser könne das Personalratsmitglied P sein. Anlässlich der Verabschiedung eines Kollegen wurde gerade auch P herzlich zu der Feier eingeladen, wo er Kuchen aß, Kaffee trank und Wein zu sich nahm. Der Vorstand veranlasste daraufhin eine DNA-Analyse der Speichelreste, die sich auf dem Falzkleber des bössartigen Briefes befanden. Weiter wurden die Speichelreste auf Kuchengabel, Kaffeetasse und Weinglas des P auf gleiche Weise untersucht. Das Ergebnis war eindeutig: Dieselbe Person, die den Brief zugeklebt hatte, hatte auch den Kuchen gegessen sowie Kaffee und Wein getrunken. Der Vorstand wollte den P fristlos kündigen und beantragte die dafür erforderliche Zustimmung des Personalrats. Dieser lehnte jedoch ab. Der Vorstand rief daraufhin das in solchen Fällen zuständige Verwaltungsgericht an; sein Antrag, die Zustimmung des Personalrats zu ersetzen, wurde in erster wie auch in zweiter Instanz zurückgewiesen.

Bedeutet dies, dass damit das Problem „gentechnische Analysen“ im Arbeitsrecht bis auf weiteres erledigt ist? Dies lässt sich schon deshalb nicht ernsthaft behaupten, weil die Konstellation eine (glücklicherweise) nicht völlig alltägliche war. Wäre die Situation nicht möglicherweise eine andere, wenn sich alle Arbeitnehmer einem freiwilligen „Speicheltest“ unterzogen hätten? Wie wäre die Rechtslage, wenn durch einen Gentest Anfälligkeiten für bestimmte Krankheiten geklärt würden, die am Arbeitsplatz der Betroffenen von besonderer Bedeutung sind?

II. Gesetzgebungsinitiativen

Seit über zehn Jahren verspricht die Bundesregierung – ganz unabhängig von ihrer jeweiligen Zusammensetzung – ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz⁶. Auch die neueste Koalitionsvereinbarung hat dies wiederum getan⁷. Soweit ersichtlich, bietet die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts leider keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass sich aus diesem Verhalten irgendwann ein einklagbarer Anspruch ergeben könnte. Auf der sog. Arbeitsebene existiert seit längerem ein Gesetzentwurf, dessen genaue Formulierungen aber einem sehr wirksamen System der Datensicherung unterliegen⁸. Es soll einzelne Personen außerhalb des Ministeriums geben, die ihn zu Gesicht bekommen haben, doch lassen sie sich nur gerüchtweise identifizieren. Als zumindest ungewiss muss man es deshalb bezeichnen, ob die uns hier interessierende Frage der Gentests im Rahmen eines Arbeitnehmerdatenschutzgesetzes konkret geregelt würde. Immerhin sieht die Koalitionsvereinbarung erstmals den Erlass eines Gentestgesetzes vor, das auch gewährleisten soll, dass Versicherungen und Arbeitgeber nicht auf genetische Daten zugreifen können⁹. Dies entspricht den Regelungsvorschlägen der 62. Konferenz der Datenschutzbeauftragten vom Oktober 2001¹⁰.

Ein früherer Versuch im Arbeitsschutzrecht ist gescheitert. Der im Jahre 1993 vorgelegte Entwurf eines Arbeitsschutzrahmengesetzes¹¹ enthielt einen § 22, wonach Gentests zulässig sein sollten, um Aufschluss über ererbte Veranlagungen für Erkrankungen an bestimmten Arbeitsplätzen oder bei bestimmten Tätigkeiten zu erlangen; gleichzeitig war eine Nutzung für Einstellungs- und Eignungsuntersuchungen generell ausgeschlossen¹².

Konkreteres ist derzeit aus Brüssel zu vermelden. Die EG-Kommission hat am 6. November 2002 in einer sog. zweiten Konsultation den Europäischen Sozialpartnern einen neuen EU-Rahmen für den Arbeitnehmerdatenschutz vorgeschlagen¹³, der eine wichtige Vorstufe für den Erlass einer Richtlinie darstellt. Dort ist u. a. ausgeführt, Gendaten

* Der Autor ist Professor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht an der Universität Bremen.

1 BGBl. I, S. 2646.

2 Hamburgischer Datenschutzbeauftragter, 18. TB unter 1.1.3.

3 Dazu auch Däubler, Gläserne Belegschaften?, *Datenschutz in Betrieb und Dienststelle*, 4. Aufl., Frankfurt/Main 2002, Rn. 318 ff.

4 S. bereits Wiese RdA 1988, 218; Steinmüller DuD 1993, 8.

5 AuR 2001, 469.

6 Vgl. Simitis AuR 2001, 429.

7 Abschnitt VIII „Sicherheit, Toleranz und Demokratie“, abgedruckt u. a. in NJW Heft 47/2002 S. XXXVIII.

8 Inhaltliche Andeutungen bei Tinnefeld-Viethen NZA 2000, 977, 981 ff.

9 Abschnitt VIII (a. a. O.), insoweit abgedruckt in AuR 2002, 457.

10 Ziff. 19; wiedergegeben in DuD 2002, 150, 152.

11 BR-Drucksache 792/93.

12 Weitere Einzelheiten bei Oetker ZRP 1994, 219, 223.

13 Abrufbar unter http://europa.eu.int/comm/employment_social/news/2002/nov/181_de.html.

würden im Vergleich zu Gesundheitsdaten einen ganz besonderen Schutz verdienen. Auch würden genetische Informationen niemals ein vollständiges Bild auf der Ebene des einzelnen Arbeitnehmers liefern, da Krankheitsursachen multifaktoriellen Charakter hätten. Zudem wird ausdrücklich auf Art. 21 der EU-Charta der Grundrechte verwiesen, der jegliche Diskriminierung u. a. auch aufgrund „genetischer Merkmale“ verbietet. Die konkreten Konsequenzen lesen sich wie folgt:

„Die Verarbeitung von genetischen Prognosedaten könnte ausnahmsweise nur aus Gesundheits- und Sicherheitsgründen für den Schutz der betroffenen Arbeitnehmer oder von Dritten ausnahmsweise notwendig sein, soweit sie durch nationales Recht zur Gewährleistung angemessener besonderer Sicherheitsmaßnahmen wie folgt zugelassen sind:

- Strikte Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips: Es sollte kein weniger intrusives Mittel zur Erzielung des gewünschten Zwecks geben.
- Das Ziel einer Verbesserung der Bedingungen am Arbeitsplatz sollte nicht beeinträchtigt werden.
- Eine vorherige geeignete genetische Beratung ist vorzusehen.
- Eine vorherige Kontrolle durch eine nationale Aufsichtsbehörde sollte in Betracht gezogen werden. Bei der vorherigen Kontrolle sollte hinsichtlich der besonderen Umstände eines jeden Falles die Qualität des Tests, die Relevanz und Zuverlässigkeit der Ergebnisse und die Notwendigkeit für einen Ausgleich zwischen folgenden Aspekten berücksichtigt werden: Die Rechte der betroffenen Person; offensichtlich übergeordnete Interessen der Gesellschaft, insbesondere schwere und drohende Gefahren für die Gesundheit und die Sicherheit von Dritten (Mitarbeiter, Öffentlichkeit) an sicherheitssensiblen Arbeitsplätzen; das Recht auf Nichtwissen, insbesondere im Falle schwerer nicht behandelbarer Krankheiten.“

Die Sozialpartner können binnen sechs Wochen die Angelegenheit an sich ziehen, um innerhalb von neun Monaten eine eigenständige Regelung zu erarbeiten; ob sie von dieser Möglichkeit Gebrauch machen, ist derzeit nicht absehbar. Sollte es zum Erlass einer Richtlinie kommen, hätte sicherlich die von der Kommission vorgeschlagene Formulierung die besten Durchsetzungschancen. Dies würde allerdings den Mitgliedstaaten das Recht belassen, ihrerseits eine restriktivere Handhabung vorzusehen; arbeitsrechtliche Richtlinien enthalten durchweg einen Günstigkeitsvorbehalt.

III. Zulässigkeit nach geltendem Recht

1. Anlässe für Gentests

Gentests sind im Arbeitsrecht für die Feststellung der Identität nur ausnahmsweise von Interesse. Hierfür gibt es andere Mittel, die im Rahmen von Zugangskontrollsystemen eingesetzt werden. Dabei gewährt möglicherweise ein maschinenlesbarer Ausweis kombiniert mit einer PIN-Zahl die höchste Sicherheit, so dass gar nicht auf biometrische Verfahren wie Fingerprint, Abgleichung der Gesichtsförmung usw. zurückgegriffen werden muss. Die erwähnte Entscheidung des VGH Baden-Württemberg¹⁴ betrifft insoweit eine Sondersituation, die man allerdings im Auge behalten muss.

Der Schwerpunkt liegt – wie auch im Konsultationspapier der EG-Kommission – auf Gentests, die zu Prognosedaten führen: Dabei steht die Anfälligkeit sowie die Resis-

tenz gegenüber bestimmten Krankheiten im Vordergrund. Weiter ist daran zu denken, dass man – ganz ohne Einsatz molekularbiologischer Analysen – in Erfahrung bringt, welche Krankheiten die Eltern und Voreltern eines Arbeitnehmers hatten. Trat dort gehäuft z. B. Darmkrebs auf, ist auch der Betroffene einem erhöhten Risiko ausgesetzt. Die epidemiologische Forschung kann zu Aussagen über eine gesteigerte statistische Wahrscheinlichkeit führen – was für eine einstellende Instanz von großem Interesse sein könnte.

2. Das Betroffensein der Persönlichkeitssphäre

Gentests können zu einem „genetischen Personenkennzeichen“ führen¹⁵, also den Einzelnen „rubrizieren“ und katalogisieren“, und damit zu einem total durchleuchteten Beobachtungsobjekt machen. Das Eindringen in die Persönlichkeitssphäre besitzt eine Tiefe, im Vergleich zu der traditionellen Formen wie die Überwachung des Fernsprechkverkehrs oder die Videokontrolle eher harmlos erscheinen. Dies aus verschiedenen Gründen¹⁶.

- Zum einen kann der Einzelne selbst nicht nachvollziehen oder gar steuern, was über ihn ermittelt wird. Wer einen Mitlauscher am Telefon vermutet, kann sich vorsichtig ausdrücken oder bestimmte Fragen gar nicht ansprechen; bei Gentests ist der Wille des Einzelnen ausgeschaltet.
- Die ermittelten Informationen haben Dauercharakter; auch nach zehn oder zwanzig Jahren können sie nicht bagatellisiert werden, sondern behalten ihren Aussagegehalt.
- Der Einzelne kann das Verfahren nicht nachvollziehen und deshalb nicht kontrollieren, ob die Ergebnisse zutreffend sind oder nicht. Die Analyse erbringt Ergebnisse, die er nicht erarbeiten könnte; andere wissen mehr über ihn als er selbst.
- Das Ergebnis kann sich auf die Lebensgestaltung und das subjektive Befinden nachhaltig auswirken. Wer die Mitteilung erhält, er sei ein „Risikotyp“ und habe alle Aussicht, in den nächsten zehn bis fünfzehn Jahren an einer unheilbaren Krankheit zu sterben, wird sein Leben mit anderen Augen sehen (müssen). Hier liegt der Kern für die Anerkennung eines „Rechts auf Nichtwissen“.
- Speziell in Bezug auf die Existenz als Arbeitnehmer besteht die nahe liegende Gefahr eines Abstempelungseffekts. Das Festhalten bestimmter „Anfälligkeiten“ und „Auffälligkeiten“ vermindert die Chancen, einen neuen Arbeitsplatz zu finden oder mit bestimmten Aufgaben betraut zu werden. In Form der Gen-Behinderten würde eine neue Problemgruppe auf dem Arbeitsmarkt entstehen. Entsprechendes wird aus den USA berichtet, wo derartige Untersuchungen bereits in gewissem Umfang angewandt werden¹⁷.

Betroffen ist unter diesen Umständen nicht nur die informationelle Selbstbestimmung als das Recht, selbst über die Preisgabe von Daten über die eigene Person zu befinden. Es geht auch um das damit verwandte Recht auf Nichtwissen sowie um ein Stück Arbeitsmarktpolitik. Können so weitgehende Eingriffe zulässig sein? Unterstellen wir zunächst, dass der Betroffene keine Einwilligung abgegeben hat, um dann zu dem weitaus relevanteren Fall überzugehen, dass der Betroffene über das Verfahren aufgeklärt wurde und dann seine Zustimmung erteilt hat.

14 S. oben Fn. 5.

15 Einzelheiten bereits bei Dix DuD 1989, 235.

16 Dazu auch Weichert DuD 2002, 134.

17 DANA Heft 1/2001, S. 31 f.

IV. Maßnahmen ohne Einwilligung

1. Einstellungssituation

Im Verhältnis zu Bewerbern wird der Arbeitgeber typischerweise ein Interesse daran haben, möglichst gute und möglichst geeignete Arbeitskräfte auszusuchen. Robuste Menschen werden in der Regel ihre Aufgaben besser erfüllen als allzu empfindsame; Krankheitsanfälligkeiten sind auf allen Arbeitsplätzen unerwünscht. Ist z. B. wegen Schadstoffemissionen auf bestimmten Arbeitsplätzen ein besonderes Risiko gegeben, besteht zusätzlich ein Interesse des Betroffenen nach Abklärung, ob das eh schon bestehende Risiko durch eine bestimmte genetische Disposition nicht noch vergrößert wird.

Auch wenn niemand das Arbeitgeberinteresse als solches leugnen wird¹⁸ – die Rechtsprechung der Arbeitsgerichte stellt seit langem darauf ab, ob es sich um ein „berechtigtes“ Interesse handelt¹⁹. Nach unserem Rechtsverständnis darf die Arbeitskraft nicht total „durchleuchtet“ werden. Auch beim Einstellungsvorgang muss die Intimsphäre des Einzelnen – und dazu zählt selbstredend die genetische „Vorprogrammierung“ – gewahrt bleiben. Insoweit gilt erst recht dasselbe wie in Bezug auf den Lebensstil in der Freizeit; der Mensch ist eben keine Ware wie jede andere. Selbst wer dies nicht akzeptiert, muss zugestehen, dass es jedenfalls unverhältnismäßig wäre, wollte man einen solchen Eingriff in die Persönlichkeitssphäre rechtfertigen, obwohl das Resultat nicht in harten Facts, sondern nur in mehr oder weniger abgesicherten Vermutungen über künftige Krankheiten liegt. Im Ergebnis ist sich deshalb die Literatur über die grundsätzliche Unzulässigkeit von Gentests im Wesentlichen einig²⁰.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz wird einmal dann erwogen, wenn es um die Ermittlung einzelner Risikofaktoren geht, die gerade an dem in Aussicht genommenen Arbeitsplatz von Bedeutung sind²¹. Den Interessen beider Seiten an der Verhinderung vermeidbarer Erkrankungen ist jedoch schon dadurch Rechnung getragen, dass der Bewerber auf mögliche Gefährdungen hingewiesen und zugleich davon informiert wird, dass er seine mögliche Krankheitsdisposition auf eigene Initiative klären lassen kann²². In diesem Fall kann er selbst entscheiden, ob er sich einem besonders hohen Gesundheitsrisiko aussetzen will oder nicht. Nur bei einer solchen Handhabung bleibt auch das „Recht auf Nichtwissen“ in dem Sinne gewahrt, dass der Einzelne darüber befinden kann, ob er überhaupt von seinem „inneren Lebensfahrplan“ Kenntnis nehmen oder ob er wie alle früheren Generationen mit der relativen Ungewissheit eines günstigen oder ungünstigen Schicksals leben will²³. Der Gedanke, dem Einzelnen die Initiative zu überlassen und gesundheitliche Risiken ohne Einschaltung des Arbeitgebers zu bestimmen, liegt im Übrigen auch dem § 15 der Bio-stoffverordnung²⁴ zugrunde. Dort heißt es in Abs. 6: „Der Arzt hat den Untersuchungsbefund schriftlich festzuhalten. Er hat die untersuchte Person arbeitsmedizinisch zu beraten und ihr eine Bescheinigung darüber auszustellen, ob und inwieweit gegen die Ausübung der Tätigkeit gesundheitliche Bedenken bestehen (Bescheinigung über das Untersuchungsergebnis). Nur bei Vorsorgeuntersuchungen nach Abs. 1 übermittelt der Arzt dem Arbeitgeber eine Kopie der Bescheinigung über das Untersuchungsergebnis ...“. Eine solche Regelung wahrt auch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, auf den sich nicht zuletzt das Konsultationspapier der EG-Kommission stützt.

Eine weitere Ausnahme vom Verbot der Gentests wird dann erwogen, wenn es um Krankheiten geht, deren plötzlicher Ausbruch Dritte gefährden kann²⁵. Hier könnte man in der Tat an ein Zurücktreten des Persönlichkeitsrechts denken, sofern die Krankheit von einem Moment auf den anderen ausbrechen und ihre Existenz vorher nur auf diesem Wege festgestellt werden kann. Ein Pilot, der an epileptischen Anfällen leidet, wäre ersichtlich fehl am Platze, doch lässt sich seine Krankheit mit herkömmlichen Mitteln diagnostizieren. Bisher ist die gentechnische Forschung noch weit davon entfernt, über solche Fälle hinaus verlässliche Aussagen über den Zeitpunkt oder die nahe Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung machen zu können²⁶. Zunächst bleibt es daher bei der Unzulässigkeit von Gentests.

2. Datenerhebung gegenüber Arbeitnehmern

Gegenüber bereits beschäftigten Personen gelten diese Grundsätze in gleicher Weise. Auch zur Feststellung der Identität sind gentechnische Verfahren nicht erlaubt. Dies gilt selbst dann, wenn es um die Aufklärung einer schweren Pflichtverletzung oder einer Straftat im Betrieb geht. Mit Recht hat der VGH Baden-Württemberg in der genannten Entscheidung²⁷ den Standpunkt vertreten, dass auch in einem solchen Fall ein überwiegendes Interesse des Arbeitnehmers besteht, von einer DNA-Analyse seiner Körperzellen verschont zu werden. Dies gelte trotz des berechtigten und schutzwürdigen Informationsinteresses des Arbeitgebers. Die im Strafverfahrensrecht vorgesehenen Eingriffsmöglichkeiten stünden Privaten nicht zur Verfügung. Im Ergebnis ist dem Beschluss uneingeschränkt zuzustimmen. Unterstützend kann man auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verweisen, wonach auch im Strafverfahren die Anwendung dieser Methode nur unter engen Voraussetzungen möglich ist: Die Straftat muss nicht nur bei abstrakter Betrachtung, sondern im konkreten Fall, unter Abwägung aller Umstände von erheblicher Bedeutung sein; außerdem darf eine Prognose künftiger vergleichbarer Straftaten als weitere Voraussetzung nur auf der Grundlage umfassender Sachaufklärung abgegeben werden²⁸. Die dritte Kammer des Zweiten Senats hat deshalb vier Verfassungsbeschwerden für offensichtlich begründet erklärt – eine relativ seltene Vorgehensweise, die Gerichte und Staatsanwaltschaften zur Vorsicht mahnt.

Auch wenn es darum geht, aus dem genetischen Material eines Menschen Rückschlüsse auf dessen Krankheitsanfäll-

18 Vgl. Vultejus ZRP 2002, 71.

19 Grundlegend BAG AP Nr. 2 zu § 123 BGB.

20 Nachweise bei Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 231 Fn. 80.

21 Wiese RdA 1988, 218.

22 Für diese Lösung auch Ziff. 20 der Regelungsvorschläge der Konferenz der Datenschutzbeauftragten (oben Fn. 10); Roos AiB 1998, 21; Weichert DuD 2002, 144; s. weiter Menzel NJW 1989, 2043; Tinnefeld NJW 1993, 1118.

23 Ein Recht auf Nichtwissen behandelnd Diekgräf, BB 1991, 1857; Menzel, NJW 1989, 2042; Roos AiB 1998, 21; Weichert DANA Heft 1/2000, S. 9; Tinnefeld/Böhm DuD 1992, 63; Wellbrock CR 1989, 209; Wiese RdA 1988, 220.

24 Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei Tätigkeiten mit biologischen Arbeitsstoffen v. 27. Januar 1999, BGBl. I, S. 50.

25 Wiese RdA 1988, 218.

26 Weichert DuD 2002, 144.

27 VGH Baden-Württemberg AuR 2001, 469, auch zum Folgenden.

28 BVerfG NJW 2001, 2320. Zur neuesten strafprozessualen Diskussion s. Graalman-Scheerer ZRP 2002, 72 ff.

lichkeit zu ziehen, ist ein so weitgehender Eingriff in die Persönlichkeitssphäre nicht gerechtfertigt. Bestehen an bestimmten Arbeitsplätzen besondere Gefahren für einzelne „Risikogruppen“, sind die Betroffenen darauf hinzuweisen. Genau wie in der Einstellungssituation ist es dann ihre Entscheidung, bei einem Arzt ihres Vertrauens überprüfen zu lassen, ob sie zu der Risikogruppe gehören, und daraus ggf. Konsequenzen zu ziehen. Auch gesetzlich vorgeschriebene arbeitsmedizinische Untersuchungen umfassen nicht die neue Qualität einer gentechnischen Analyse²⁹. Dasselbe gilt dann, wenn nach der Rechtsprechung des BAG³⁰ eine arbeitsvertragliche Nebenpflicht besteht, sich medizinisch untersuchen zu lassen: Sie wird nur angenommen, wenn Umstände vorliegen, die die ernsthafte Besorgnis einer Krankheit, z. B. einer Drogen- oder Alkoholabhängigkeit begründen. Die Abklärung genetisch bedingter Störungen ist nicht einbezogen.

V. Maßnahmen mit Einwilligung des Arbeitnehmers

1. Die rechtlich irrelevante Einwilligung

Ändert sich an dieser Situation dadurch etwas, dass der Betroffene nach vorheriger Aufklärung einwilligt? Was den Bewerber angeht, so ist man sich im Wesentlichen einig darüber, dass er sich nicht in einer Situation befindet, die eine freie Disposition über Persönlichkeitswerte erlaubt. Da ein „Nein“ oder ein „keine Antwort“ die Chancen auf einen Arbeitsplatz zunichte machen würde, kann die Einwilligung keinen rechtfertigenden Charakter tragen, weil sie nicht freiwillig abgegeben wurde³¹. Auch im bestehenden Arbeitsverhältnis fehlt in aller Regel die nötige Entscheidungsautonomie. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Betroffene Nachteile zu gewärtigen hat, sollte er seine Mitwirkung verweigern oder die Untersuchung ein negatives Ergebnis haben³². Im Sparkassenfall wäre daher auch ein betriebsweiter „freiwilliger Speicheltest“ unzulässig.

2. Die freiwillig erteilte Einwilligung

Nur wenn dies im Einzelfall anders ist, wenn Nachteile definitiv ausgeschlossen sind, stellt sich die grundsätzlichere Frage, ob es ein unveräußerliches Grundrecht am eigenen genetischen Code gibt, das nicht preisgegeben, insbesondere nicht kommerzialisiert werden darf³³. Als maßgebender Grund für eine solche „Rechtsfortbildung“ wird die Tatsache genannt, dass außer dem Interesse des Betroffenen auch ein Allgemeininteresse ins Spiel kommt: Die Gesellschaft muss davor bewahrt werden, in letzter Konsequenz aus rubrizierten und katalogisierten, d. h. total erfassten

Individuen zu bestehen. Ihr würde ein zentrales Element der Ungleichheit implantiert; die „genetisch Guten“ hätten in den unterschiedlichsten Lebensbereichen den Vorrang vor den „genetisch weniger Geglückten“³⁴. Solidarsysteme etwa in der Sozialversicherung würden alsbald in Frage gestellt; warum sollte man für die klar benennbaren „schlechten Risiken“ bezahlen³⁵? Auch würde ein weiteres Stück des Menschen kommerzialisiert, könnte doch in vielen Fällen die Einwilligung unschwer durch finanzielle Anreize erkaufte werden³⁶.

Die grundsätzliche Abschirmung des genetischen Codes vor einer Erforschung und Kenntnisnahme durch Dritte lässt sich schon nach geltendem Recht damit rechtfertigen, dass Menschenrechte nach Art. 1 Abs. 2 GG prinzipiell unveräußerlich sind. Dies gilt etwa für die Bekenntnis- und die Meinungsfreiheit, die keine vertragliche Bindung dulden – anders als solche Rechte, die wie Eigentum und Berufsfreiheit von vornherein auf eine Teilnahme am Wirtschaftsleben ausgerichtet sind und die deshalb keinen absoluten Schutz genießen. Die grundsätzliche Unverfügbarkeit der Informationen über den genetischen Code eines Menschen schließt es jedoch nicht aus, dass zum Schutz anderer Grundrechte Eingriffe möglich sind³⁷ – so kann es der Gesetzgeber selbstredend zulassen, dass der Einzelne seine „Anfälligkeit“ für bestimmte Gesundheitsrisiken testen lässt, um so ein selbstbestimmteres Leben führen zu können. Die bloße Einwilligung des Betroffenen reicht jedoch nicht aus, da die Qualität der Gesellschaft als solcher nicht zur Disposition einzelner Individuen (auch nicht einer Vielzahl von Einzelpersonen) steht. Die betriebliche Personalpolitik wird also auch in Zukunft ohne Gentests auskommen müssen – soweit ersichtlich, wird dies nicht als relevante Beschränkung angesehen³⁸.

29 Weichert DuD 2002, 144.

30 DB 1999, 2369.

31 S. statt aller Gola RDV 2002, 111.

32 Zum Erfordernis der Freiwilligkeit bei der Einwilligung Däubler, Gläserne Belegschaften? Rn. 150 ff.

33 Dazu Fisahn ZRP 2001, 52 ff.; ders. RDV 2002, 15 ff.

34 Vgl. Weichert DuD 2002, 134, der auf das hohe Stigmatisierungsrisiko verweist.

35 Vgl. Vultejus ZRP 2002, 70.

36 Simitis, in: Sokol (Hrsg.), Neue Instrumente im Datenschutz, 1999, S. 5, 14 ff.; Weichert DuD 2002, 135; zu den generellen Grenzen der Vermarktungsfähigkeit von Gütern s. Däubler, BGB kompakt, 2002, Kap. 6.

37 Fisahn ZRP 2001, 54.

38 S. die Ergebnisse einer Unternehmensbefragung durch die Bundesvereinigung der deutschen Arbeitgeberverbände, wonach nur 1 % der Unternehmen an Gentests interessiert war.