

**Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 16/4635**

**Der Präsident des
Schleswig-Holsteinischen Landtages**

Wissenschaftlicher Dienst

Schleswig-Holsteinischer Landtag • Postfach 7121 • 24171 Kiel

An den
Vorsitzenden
des Innen- und Rechtsausschusses
Herrn Werner Kalinka, MdL

Im Hause

Ihre Nachricht vom:

Mein Zeichen: L 20-291/16

Bearbeiter/in: Elke Harms

**Telefon (0431) 988-1102
Telefax (0431) 988-1250
elke.harms@landtag.ltsh.de**

8. September 2009

**Entwurf eines Gesetzes über den Schutz vor genetischen Diskriminierungen in
öffentlichen Dienstverhältnissen
- Drucksache 16/2765 -**

Sehr geehrter Herr Kalinka,

der Wissenschaftlichen Dienst wurde in der Sitzung des Innen- und Rechtsausschusses am 2. September d. J. um Prüfung der Frage gebeten, ob die Regelungen des Landesbeamtengesetzes (LBG) bereits ausreichenden Schutz vor genetischen Diskriminierungen in öffentlichen Dienstverhältnissen bieten, sodass es letztlich keiner weiteren Regelung zum Schutz vor genetischer Diskriminierung in öffentlichen Dienstverhältnissen durch den o.a. Gesetzentwurf bedarf. Dieser Bitte kommen wir gerne nach. Wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit kann jedoch lediglich eine kursorische Prüfung erfolgen.

I. Zur Reichweite des Gendiagnostikgesetzes (GenDG) des Bundes

Das Gendiagnostikgesetz des Bundes¹ betrifft gendiagnostische Untersuchungen beim Menschen sowie die Verwendung gentechnischer Proben und Daten. Das Gesetz regelt genetische Untersuchungen u.a. für medizinische Zwecke, im Versicherungsbereich und im Arbeitsbereich. Es soll den Missbrauch von sensiblen geneti-

¹ Gendiagnostikgesetz – GenDG vom 31. Juli 2009 (BGBl. I 2009, S. 2529)

schen Daten und eine Diskriminierung aufgrund gentechnischer Disposition verhindern. Das Gendiagnostikgesetz bezweckt die Stärkung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und damit letztlich das Recht auf „Wissen oder Nichtwissen“².

Im Arbeitsbereich sind gem. § 19 Abs. 1 GenDG genetische Untersuchungen auf Verlangen des Arbeitgebers grundsätzlich verboten. Auch darf der Arbeitgeber nach § 19 Abs. 2 GenDG die Ergebnisse einer in anderem Zusammenhang vorgenommenen genetischen Untersuchung nicht erfragen, entgegennehmen oder verwenden. Beim Arbeitsschutz sollen genetische Untersuchungen nicht bzw. nur unter eng gefassten Voraussetzungen zugelassen werden. § 21 GenDG ergänzt schließlich das allgemeine Benachteiligungsverbot (§ 4 GenDG) für das Arbeitsleben. Arbeitgeber dürfen danach ihre Beschäftigten nicht wegen ihrer genetischen Eigenschaften oder wegen der Eigenschaften genetisch verwandter Personen beispielsweise bei Einstellung oder Beförderung benachteiligen. Das Benachteiligungsverbot schützt Beschäftigte außerdem, wenn sie es ablehnen, die Ergebnisse bereits durchgeführter genetischer Untersuchungen und Analysen zu offenbaren.

Nach § 22 GenDG gelten die arbeitsrechtlichen Regelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse des Bundes entsprechend. Das bedeutet, dass auch der Bund als Dienstherr keine genetischen Untersuchungen von seinen Beamtinnen und Beamten vor, nach oder während des Dienstverhältnisses verlangen kann. Auch dürfen Beamtinnen und Beamte nicht wegen ihrer oder der genetischen Eigenschaften einer verwandten Person oder wegen ihrer Weigerung vorliegende Erkenntnisse bereits durchgeführter genetischer Untersuchungen oder Analysen zu offenbaren, benachteiligt werden.

II. Schutz vor genetischer Diskriminierung nach LBG

Fraglich ist vorliegend, ob die im Landesdienst Schleswig-Holsteins stehenden Beamtinnen und Beamten den gleichen Schutz ihrer genetischen Daten genießen. Maßgeblich ist daher zunächst, ob der (schleswig-holsteinische) Dienstherr gegenwärtig einen Anspruch auf die Vornahme genetischer Untersuchungen oder Analysen hat, bzw. einen Anspruch auf Offenlegung von Erkenntnissen aus genetischen Untersuchungen oder Analysen vor, während oder nach Begründung eines Dienstverhältnisses geltend machen kann.

² Amtliche Begründung, BT-Drs. 16/10532, S. 39

Anordnung von gentechnischen Untersuchungen und Analysen

Eines ausdrücklichen Verbotes der Anordnung von Gentests bedarf es zzt. jedenfalls nicht.

Genetischen Daten unterfallen dem in Art. 2 Abs. 1 i. V. mit Art. 1 Abs. 1 GG verbürgten allgemeinen Persönlichkeitsrecht³. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gewährleistet die aus dem Gedanken der Selbstbestimmung folgende Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst zu entscheiden, wann und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden⁴. Dies gilt allerdings nicht schrankenlos. Einschränkungen können im überwiegenden Allgemeininteresse insbesondere dann erforderlich sein, wenn der Einzelne als in der Gemeinschaft lebender Bürger in Kommunikation mit anderen tritt, durch sein Verhalten auf andere einwirkt und dadurch die persönliche Sphäre seiner Mitmenschen oder die Belange der Gemeinschaft berührt⁵. Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht bedürfen nach der vom BVerfG entwickelten Wesentlichkeitstheorie einer gesetzlichen Grundlage, an dessen Regelungsdichte um so höhere Anforderungen zu stellen sind, je schwerwiegender sich Modalitäten, Umfang oder Intensität des Eingriffs darstellen⁶.

Da es sich bei der Anordnung/Durchführung von Untersuchungen zur Offenlegung von Erbinformationen um massive Eingriffe in das Persönlichkeitsrecht handelt, bedarf es einer ausdrücklichen, zu diesem Eingriff ermächtigenden Rechtsgrundlage⁷. Weder das Landesbeamtengesetz noch andere Vorschriften erlauben jedoch die Anordnung entsprechender Gentests. Insoweit ist eine Schlechterstellung schleswig-holsteinscher Beamtinnen oder Beamter gegenüber Bundesbeamten nicht zu befürchten.

Entgegennahme oder Verwendung der Ergebnisse bereits vorgenommener Gentests

Nach § 85 LBG darf der Dienstherr personenbezogene Daten z.B. über Beamtinnen und Beamte erheben, soweit dies zur Begründung erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift dies erlaubt⁸.

³ Sachs, Grundgesetz, Kommentar, Art. 1 Rn. 45

⁴ vgl. BVerfG NJW 1984, 419 m. w. Nachw.

⁵ vgl. BVerfG NJW 1973, 1643; BVerfG NJW 1973, 1226

⁶ Vgl. Jarrass/Pieroth, GG, Kommentar, Art. 20 Rn. 47

⁷ VG Darmstadt vom 24.6.2004, Az. 1 E 470/04 Rn. 27, zitiert nach Juris

⁸ § 85 Abs. 1 lautet: „(1) Der Dienstherr darf personenbezogene Daten über Bewerberinnen und Bewerber, Beamtinnen und Beamte sowie ehemalige Beamtinnen und Beamte nur erheben, soweit dies zur Begründung, Durch-

Voraussetzung für die Begründung eines Lebenszeitbeamtenverhältnisses ist u. a. die Eignung der Beamtin oder des Beamten, wozu neben der fachlichen und charakterlichen auch die **gesundheitliche Eignung** für das angestrebte Amt zählt⁹. Denn es besteht ein erhebliches öffentliches Interesse daran festzustellen, ob eine Beamtin oder ein Beamter unter gesundheitlichen Aspekten den Anforderungen des grundsätzlich auf Lebenszeit angelegten Beamtenverhältnisses gewachsen ist¹⁰.

§ 10 Abs. 2 LBG bestimmt insoweit, dass die gesundheitliche Eignung für die Berufung in ein Beamtenverhältnis auf Lebenszeit [...] aufgrund eines ärztlichen Gutachtens (§ 44 LBG) festzustellen ist. Neben der Ermittlung des aktuellen Gesundheitszustandes ist darüber hinaus eine Prognose in Bezug auf die künftige Entwicklung des Gesundheitszustandes zu erstellen. Maßgeblich ist insoweit, ob die Möglichkeit künftiger Erkrankungen oder der Eintritt dauerhafter Dienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze mit einem hohen Grad an Wahrscheinlichkeit ausgeschlossen werden kann¹¹. Die Überprüfung der gesundheitlichen Eignung erstreckt sich dabei nicht auf Gesundheitsfragen aller Art, es geht vielmehr um solche Beeinträchtigungen, die für die anstehende Personalentscheidung Bedeutung haben¹². Die erforderliche Prognose über die voraussichtliche künftige Entwicklung des Gesundheitszustandes einer Beamtin oder eines Beamten ist dabei grundsätzlich – soweit bekannt - unter Berücksichtigung familiärer schwerwiegender Erkrankungen, die vererbt werden und daher zum Eintritt der vorzeitigen Dienstunfähigkeit der des Nachkömmlings führen können, zu erstellen¹³. Denn liegen gesundheitliche Mängel vor, die erkennbar nicht Ausdruck einer nur vorübergehenden Gesundheitsstörung sind, kann der Dienstherr von der Berufung der Beamtin oder des Beamten in ein Beamtenverhältnis Abstand nehmen.

Dem Recht des Dienstherrn die gesundheitliche Eignung zu überprüfen, steht eine Mitwirkungspflicht der Beamtin oder des Beamten bzw. einer Bewerberin oder eines Bewerbers (vorwirkende Treuepflicht) gegenüber¹⁴. Die Mitwirkungspflicht besteht ne-

führung, Beendigung oder Abwicklung des Dienstverhältnisses oder zur Durchführung organisatorischer, personeller und sozialer Maßnahmen, insbesondere auch zu Zwecken der Personalplanung und des Personaleinsatzes, erforderlich ist oder eine Rechtsvorschrift oder eine Vereinbarung nach dem Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein dies erlaubt.

⁹ BVerwG vom 15.06.1989, Az. 2 A 3/86 Rn. 14, zitiert nach Juris

¹⁰ BVerwG vom 18.7.2001, Az. 2 A 5/00 Rn. 16; BVerwG vom 15.6.1989, Az. 2 A 3/86, zitiert nach Juris

¹¹ BVerwG vom 15.06.1989, Az. 2 A 3/86 Rn. 14, zitiert nach Juris

¹² OVG Mecklenburg-Vorpommern vom 23.04.1998, Az. 2 M 168/97 Rn. 14, zitiert nach Juris

¹³ VG Darmstadt vom 24.06.2004, Az. 1 E 470/04 Rn. 29, zitiert nach Juris

¹⁴ VG Darmstadt vom 24.06.2004, Az. 1 E 470/04 Rn. 27, zitiert nach Juris; OVG Mecklenburg-Vorpommern

ben der Verpflichtung zur (amts-)ärztlichen Untersuchung in der Beantwortung (formulärmäßig) gestellter Fragen oder der Entbindung behandelnder Ärzte von ihrer Schweigepflicht. Die Beamtinnen und Beamten müssen daher grundsätzlich auch nachteilige Auskünfte zur Person geben, wenn und soweit danach gefragt wird oder sie/er weiß, dass die Tatsachen für die Entscheidung des Dienstherrn erheblich sind oder sein können¹⁵.

Nach den Regelungen des GenDG wäre es dem Bund als Dienstherrn nicht nur untersagt, die Ergebnisse genetischer Untersuchungen oder Analysen entgegenzunehmen oder zu verwenden (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 22 GenDG). Nach § 21 Abs. 1 GenDG dürfte zudem ein Bundesbeamter oder ein Bewerber für ein öffentliches Amt nicht benachteiligt werden, wenn er sich bspw. weigert, Erkenntnisse bereits vorgenommener Untersuchungen oder Analysen vorzunehmen.

Nach der skizzierten Rechtsprechung hingegen müsste eine Beamtin oder ein Beamter des Landes Schleswig-Holstein bereits vorliegende Erkenntnisse über genetische Dispositionen, soweit sie für die Begründung eines (Lebenszeit-)Beamtenverhältnisses erforderlich sind, dem untersuchenden Arzt mitteilen, der wiederum nach § 44 Abs. 2 LBG der Behörde die wesentlichen Feststellungen und Gründe des Ergebnisses der Untersuchung mitteilt. Es kann daher nicht ausgeschlossen werden, dass nach geltender Rechtslage entsprechende Erkenntnisse vom Dienstherrn im Rahmen seiner Entscheidung über die Eignung der Beamtin oder des Beamten berücksichtigt werden können. Jedenfalls insofern bleibt das LBG hinter den Regelungen des GenDG des Bundes zurück.

Dem Gesetzentwurf über den Schutz vor genetischen Diskriminierungen in öffentlichen Dienstverhältnissen – Drs. 16/2765 - kommt daher gegenüber dem LBG ein eigenständiger Regelungsinhalt zu.

vom 23.04.1998, Az. 2 M 168/97 Rn. 14

¹⁵ BVerwG vom 24.10.1996, Az. 2 C 23.96, Rn. 14 f., zitiert nach Juris zum Verschweigen ernennungsrelevanter Tatsachen

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen
Für den Wissenschaftlichen Dienst

gez. Elke Harms