

# Festschrift für Anton K. Schnyder

Herausgegeben von

Pascal Grolimund  
Alfred Koller  
Leander D. Locker  
Wolfgang Portmann

# Festschrift für Anton K. Schnyder

zum 65. Geburtstag

Herausgegeben von

Pascal Grolimund

Alfred Koller

Leander D. Loacker

Wolfgang Portmann

Schulthess § 2018

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2018  
ISBN 978-3-7255-7364-6

© Umschlagbild: Fotolia/lil\_22

[www.schulthess.com](http://www.schulthess.com)

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	V
Autorenverzeichnis .....	XV

## Zur Person

LEANDER D. LOACKER Anton K. Schnyder – ein Portrait .....	XXIII
GION JEGHER Eine Reihe von schönen Tagen .....	XXXIII

## I Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Schiedsgerichtsbarkeit sowie nationales Verfahrensrecht

JÜRGEN BASEDOW <i>Soft Law</i> im Kollisionsrecht – Anmerkungen zu den Haager Grundsätzen über die Rechtswahl .....	3
HARALD BAUM Die Anwendung des «falschen» Rechts durch ein Schiedsgericht .....	19
LUKAS BOPP Die Anerkennung ausländischer Restschuldbefreiung in der Schweiz unter Einbezug der EU-Insolvenzverordnung .....	35
GIAN ANDRI CAPAUL Zum Anknüpfungszeitpunkt im internationalen Erbrecht .....	49
DIETMAR CZERNICH Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts in der Schiedsgerichtsbarkeit .....	63

WOLFGANG ERNST / PREDRAG SUNARIC Zum Gebrauch von EU-Recht durch Schweizer Gerichte – IPRG Art. 13 und Privatrecht von EU-Mitgliedstaaten .....	79
ANDREAS FURRER / JUANA VASELLA «Transportkollisionsrecht» – Zur Rolle des IPR bei der grenzüberschreitenden Beförderung von Gütern .....	103
DANIEL GIRSBERGER / DIRK TRÜTEN Weltweite Parteiautonomie bei internationalen Handelsverträgen und ihre Grenzen .....	131
PASCAL GROLIMUND «Materialisierung von Kollisionsrecht» .....	145
FRANZ HASENBÖHLER / SONIA YAÑEZ Strengbeweis und Freibeweis in der schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO)	157
DOMINIQUE JAKOB Time to say goodbye – Die Auswanderung von Schweizer Familienstiftungen aus stiftungsrechtlicher und international-privatrechtlicher Perspektive .....	171
PETER JUNG Stille Gesellschaften im internationalen Verhältnis .....	187
JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ Schiedsklausel und ihre Bedeutung für den Immunitätsverzicht sowie für die Voraussetzung der Binnenbeziehung im Erkenntnis- und Vollstreckungs- verfahren .....	209
MANUEL LIATOWITSCH Das anwendbare Recht bei der deliktischen Haftung der Gesellschaft für ihre Organe im internationalen Konzern .....	225
ALEXANDER R. MARKUS / ZINA CONRAD Einstweiliger Rechtsschutz – international .....	235

DOROTA PACZOSKA KOTTMANN Schiedsverfahren, Insolvenz und die verfängliche Qualifikation unter besonderer Berücksichtigung des polnischen Rechts .....	251
STEFANIE PFISTERER Die Befristung der Schiedsvereinbarung und die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts <i>ratione temporis</i> – eine Illusion? .....	275
RODRIGO RODRIGUEZ Ein neues internationales Insolvenzrecht für das IPRG .....	295
IVO SCHWANDER Sonderanknüpfung? Sonderanknüpfungen und «Sonderanknüpfungen»! .....	315
KURT SIEHR Anerkennung ausländischer Entscheidungen bei Leihmutterchaften auf Wunsch von Inländern .....	327
MIGUEL SOGO Streitgegenstand und Parteiautonomie im Zivilprozess und Betreibungsverfahren .....	341
DANIEL STAEHELIN Die Revision des schweizerischen internationalen Insolvenzrechts und das UNCITRAL Model Law .....	357
PETER STRICKLER Kollisionsrecht im grenzüberschreitenden Insolvenzverfahren – der Spagat zwischen Universalität und Sonderanknüpfung .....	373
FABIAN SUTER Überlegungen zum Ordre public-Charakter des Pflichtteilsrechts .....	385
CLAUDIO WEINGART Nachlassplanung, Nachlassspaltung, Nachlasskonflikt und EU-Erbrechtsverordnung .....	395

CORINNE WIDMER LÜCHINGER  
Die Berücksichtigung ausländischen Steuerrechts nach Art. 19 IPRG ..... 427

ANDREAS WIEDE  
Freie Wahl von Billigflaggen und kollisionsrechtlicher Arbeitnehmerschutz –  
Ein Fallbeispiel zur Regelbildung ..... 455

## II Schuldrecht, insbesondere Vertrags- und Haftpflichtrecht

DOMENICO ACOCELLA  
Rechtsdogmatik und Legitimation eines vertraglichen Rückabwicklungs-  
verhältnisses bei Vertragsentstehungsmängeln ..... 493

NOEMI BHALLA / ISAAK MEIER / NICOLA MÜLLER  
Airbnb aus Sicht des schweizerischen Rechts ..... 515

PETER BREITSCHMID / ANNINA VÖGELI  
Haftungsrisiken des Beraters bei «Umgehungstatbeständen» am Beispiel  
von Art. 527 Ziff. 4 ZGB ..... 547

CHRISTIAN HEIERLI  
Geldwäscher als «Begünstigter» (Art. 50 Abs. 3 OR) ..... 565

HELMUT HEISS  
Unklarheiten der Unklarheitenregel – insbesondere in ihrem Verhältnis  
zur allgemeinen Rechtsgeschäftslehre ..... 589

ALFRED KOLLER  
Der vermittelte Ehe- oder/und Lebenspartner – Bemerkungen zu  
Art. 406a–406h OR – ein Überblick ..... 611

ERNST A. KRAMER  
Eine neue Fallstruktur zu den Reflexschäden: Zweifelsfragen zu BGE 142 III 433 ..... 621

AHMET KUT / DAVID VASELLA  
Das Deliktsrecht nach dem Entwurf für ein «OR 2020» – ausgewählte Aspekte ... 631

LEANDER D. LOACKER Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen .....	647
HANS NIGG Die Krux der Anwendung der Adäquanzformel .....	681
WOLFGANG PORTMANN Der Arbeitnehmerbegriff im europäischen Kontext – Bewährtes und Neues im Licht aktueller Herausforderungen .....	699
HANS RUDOLF TRÜEB Smart Contracts .....	723
MARC WEBER Freizeichnungsklauseln in Auktionsbedingungen .....	735
 <b>III Versicherungsrecht</b>	
HANS-ULRICH BRUNNER Zum «Regressobligatorium» nach Art. 65 Abs. 3 SVG .....	755
ANDREA EISNER-KIEFER Die Revisionen des Bundesgesetzes über den Versicherungsvertrag: Neues Spiel, neues Glück? .....	769
WALTER FELLMANN Brokervertrag als multilateraler Innominatvertrag – vom Umgang mit dem Interessenkonflikt des Brokers .....	797
MARIO GASSNER / MARTINA TSCHANZ Die Weiterentwicklung des liechtensteinischen Versicherungsrechts ab 2006 .....	813
CHRISTOPH K. GRABER Geschäftsführung und Folgepflicht in der offenen Mitversicherung .....	839



MORITZ W. KUHN  
Zulässigkeit der Rückversicherungstätigkeit aus dem Ausland in der Schweiz –  
Auslegung von Art. 2 Abs. 2 lit. a VAG ..... 853

ANDREA PFLEIDERER  
Die aufschiebende Wirkung und das Verfahren bei der Rückerstattung von  
unrechtmässig erbrachten Leistungen im Sozialversicherungsrecht ..... 867

IOANNIS ROKAS  
Occurrence of the risk due to an intentional act by the policyholder in a  
fire insurance on account of a third party and the insurable interest of the bank  
which has a pre-notice of a mortgage on the insured building ..... 877

MARTIN SCHAUER  
Die Entscheidung des EuGH «Endress/Allianz» und ihre Folgen für das  
österreichische Recht ..... 893

MANFRED WANDT  
Die Gruppenversicherung in den Principles of European Insurance  
Contract Law (PEICL) ..... 903

ROLF H. WEBER / RAINER BAISCH  
«Nudging» im Versicherungssektor ..... 925

## IV Gesellschaftsrecht

MARC AMSTUTZ  
Kodifikation des Konzernrechts? Was der Gesetzgeber von Cosimo de' Medici  
(1389–1464) lernen kann ..... 947

PETER BÖCKLI  
Kommanditaktiengesellschaft: Drei Fragen zu einem Mischwesen  
des Gesellschaftsrechts ..... 973

CHRISTOPH B. BÜHLER  
Konzernhaftungsrisiken und mögliche Vorkehrungen zu deren Minimierung .... 989

JEAN NICOLAS DRUEY Konzerntransparenz .....	1017
LUKAS HANDSCHIN / LUCA KENEL Voraussetzungen und Umfang der Rückerstattungspflicht gemäss Art. 678 Abs. 2 OR .....	1035
LAURENT KILLIAS Gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten vor Schiedsgerichten – Königsweg oder Sackgasse? .....	1053
HANS CASPAR VON DER CRONE / MERENS CAHANNES Die Societas Unius Personae (SUP) aus Schweizer Sicht .....	1069
 <b>V Internationales und nationales Wirtschaftsrecht, insbesondere Wettbewerbs- und Kartellrecht</b>	
STEPHAN BREITENMOSER / ROBERT WEYENETH Sprünge der internationalen Rechtshilfe in Zivilsachen in öffentlich-rechtliche Untiefen .....	1093
IVO LORENZO CORVINI-MOHN Wein und Recht – die Geschichte eines geschichtsträchtigen Seminars .....	1113
JOACHIM FRICK Die Zukunft grenzüberschreitender Finanzdienstleistungen .....	1123
ANDREAS HEINEMANN Die internationale Reichweite des Kartellrechts .....	1135
MARKUS HESS Zunehmende Unklarheiten im Verhältnis zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht – Gedanken an Beispielen aus dem Anleger- und Konsumentenschutzrecht .....	1163

RETO M. HILTY Innovationsförderung durch Schutzbegrenzungen – ein Plädoyer für die Zwangslizenz .....	1179
CLAIRE HUGUENIN / OLIVER DREYER Vertragsungültigkeit als Sanktion bei UWG-Verstößen .....	1197
PETER NOBEL Wirtschaftsrecht und wirtschaftliche Betrachtungsweise .....	1217
MARK PIETH / INGEBORG ZERBES Geheimnisschutz. Vom Grundrecht zum Instrument wirtschaftlicher Machtsicherung .....	1241
PRZEMYSŁAW JANUSZ PRZEZAK Rechtliche Aspekte der Werbung und Verkaufsförderung von Medizinprodukten .....	1249
RALF MICHAEL STRAUB Der Konzern als Kartellrechtssubjekt .....	1269
ANDREAS THIER Überlegungen zu einer Geschichte des Wirtschaftsrechts in der Schweizerischen Eidgenossenschaft des 19. und 20. Jahrhunderts – das Wettbewerbsrecht als Beispiel .....	1305
PHILIPP ZURKINDEN / BORIS WENGER Das Auswirkungsprinzip im schweizerischen Kartellrecht nach dem Bundesgerichtsurteil i.S. Gaba .....	1327

## Verzeichnisse

Schriftenverzeichnis Anton K. Schnyder .....	1341
Betreute Dissertationen .....	1359

# Arbeitsrechtliche Aspekte genetischer Untersuchungen beim Menschen

Inhaltsübersicht	Seite
I. Vorbemerkung .....	647
II. Praktische Ausgangsbeispiele .....	650
III. Vergleichbare Grundprobleme im arbeits- und versicherungsvertragsrechtlichen Kontext .....	652
IV. GUMG: Regulierungstechnische Parallelen zwischen Arbeits- und Versicherungsvertrag .....	654
A. Öffentlichrechtlicher Rahmen .....	654
B. Dichotomische Unterscheidung genetischer Untersuchungen .....	658
C. Dreifache Verbotsausprägung .....	663
D. Erlaubnisvorbehalt .....	665
E. Fokussierung auf strafrechtliche Sanktionen .....	668
V. Ausgewählte Rechtsfolgen ausserhalb des GUMG .....	669
A. «Recht zur Lüge» .....	669
B. Zivilrechtliche Folgen vorvertraglicher Rechtsverstösse, insbesondere unzulässiger Diskriminierung .....	670
C. Zivilrechtliche Folgen von Rechtsverstössen und unzulässiger Diskriminierung nach Vertragsschluss .....	672
VI. Ausblick: Totalrevision des GUMG .....	675
VII. Anhang: Synopse arbeitsrechtlicher GUMG-Bestimmungen <i>de lege lata</i> und <i>de lege ferenda</i> .....	678

## I. Vorbemerkung

Traditionellerweise werden die Rechtsgebiete des Arbeitsrechts und des von ANTON K. SCHNYDER so nachhaltig geprägten Versicherungsrechts an juristischen Fakultäten kompetenzmässig verschiedenen Lehrstühlen zugeordnet. Das mag angesichts der allerorts

zunehmenden Spezialisierungsanforderungen<sup>1</sup> wohl begründbar sein, kann aber nicht über die mannigfaltigen sachlichen Berührungspunkte hinwegtäuschen, die zwischen beiden Gebieten bestehen.<sup>2</sup>

Im Fall der Zürcher Fakultät, an welcher der Verfasser als Oberassistent die Ära des Geehrten begleiten durfte, wurde diesen Berührungspunkten seit langem besonderes Augenmerk geschenkt. Dies lag neben der objektiven Gebotenheit auch an persönlichen Umständen, denn mit dem in Zürich für das Arbeitsrecht zuständigen WOLFGANG PORTMANN verbindet den Geehrten eine Beziehung, die in Gestalt gemeinsamer Lehr- und Publikationstätigkeiten reiche Frucht getragen hat. Dabei ist es kein Zufall, wenn der Schwerpunkt dieser intensiven Kooperation auf einem dritten Gebiet, dem Haftpflichtrecht,<sup>3</sup> liegt. Dieses stellt ein besonders anschauliches Beispiel für die Notwendigkeit einer fächerübergreifenden Betrachtungsweise dar – nicht zuletzt, weil gegenüber dem Arbeits- wie Versicherungsrecht fundamentale Wechselwirkungen bestehen. Dazu braucht man (stellvertretend für viele andere) nur einmal an *Haftungsmodifizierungen* zu denken, die beachtlich sein können, wenn dem Schädiger Arbeitnehmereigenschaft zukommt (Art. 321e OR) oder er urteilsunfähig, aber versichert ist (Art. 54 Abs. 1 OR), während sie in anderen Fällen gerade deswegen ausscheiden, weil und soweit Versicherungsschutz besteht (Art. 44 Abs. 2 OR). Implikationen wie diese weisen dem Haftpflichtrecht nach Ansicht des Verfassers häufig eine *Schnittstellenfunktion* für vermeintlich autarke andere Rechtsgebiete zu.

Abgesehen von haftpflichtrechtlichen Berührungs- und Anknüpfungspunkten gibt es freilich auch sonst zahlreiche Probleme, die sich im Arbeits- und Versicherungsrecht gleichermaßen stellen, hier wie dort aber anderen Detaillösungen zugeführt werden. Ein Beispiel einer solchen *Parallelproblematik* ist das Anti-Diskriminierungsrecht im Allgemeinen bzw. der Schutz vor genetischer Diskriminierung im Besonderen. Ihr gelten die nachstehenden Überlegungen.

Sie sind ANTON K. SCHNYDER als jemandem gewidmet, dessen gesamtes Wirken nicht nur auf den eben genannten Gebieten letztlich im Zeichen von «Grenzüberschreitungen»

---

1 Dazu schon krit. ZÖLLNER, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP (188) 1988, 85, 90 f., der u.a. in der dortigen Fn. 22 die für den vorliegenden Beitrag bemerkenswerte Feststellung trifft: «Zu denken geben sollte, daß gerade die Spezialisierung in besonderem Maß von einer rechtswissenschaftlichen Subkultur begleitet wird, die sich aus einer Unzahl von Kleinmeistern zusammensetzt, wie sie an einem Lehrstuhl nicht einmal als Lehrling angestellt würden, die gleichwohl bei der richterlichen Auswertung des Meinungsspektrums Beachtung finden, ein Phänomen, das nicht zuletzt im Bereich des Arbeitsrechts überhand genommen hat.»

2 Siehe dazu zuletzt den Sammelband von HÜRZELER/VON KAENEL, Schnittstellen des Versicherungs- und Haftpflichtrechts zu arbeitsrechtlichen Fragen, 2016.

3 Siehe etwa SCHNYDER/PORTMANN/MÜLLER-CHEN, Ausservertragliches Haftpflichtrecht, 2. Aufl. 2013.

stand: Von der ersten kleineren Publikation<sup>4</sup> über die wegweisende Habilitationsschrift,<sup>5</sup> die beide (auch) im Zeichen der Interdisziplinarität standen, bis hin zu ordnungspolitischen<sup>6</sup> und nicht zuletzt natürlich unzähligen internationalprivatrechtlichen Arbeiten;<sup>7</sup> ferner vom praktischen Wirken als Direktionsmitglied eines globalen Versicherungskonzerns über Ordinate in Basel und Zürich bis hin zur heutigen Richtertätigkeit am Obersten Gerichtshof des Fürstentums Liechtenstein.

In Anbetracht solch ausgeprägter Fähigkeit zu Grenzüberschreitungen in ihrem besten Sinne, die fachspezifische wie nationale Grenzen stets – den Leitlinien einer mehrspurigen Fahrbahn gleich – auf blosser Orientierungsmarkierungen reduzierte, ist die Hoffnung begründet, gerade ein *Querschnittsbeitrag* könne auf das Interesse des Geehrten stossen. Einer Persönlichkeit, deren scharfer Blick (wie gerade angedeutet) seit jeher zwischen den unterschiedlichsten Rechtsgebieten hin- und hergewandert ist und deren Entschlossenheit, sich neuer Themen anzunehmen und rechtliche Rahmenbedingungen auch einmal durch progressive «Überholmanöver» voranzubringen, durch unzählige Aktivitäten dokumentiert ist: Beispielfhaft sei hier nur die langjährige Tätigkeit als Präsident der Expertenkommission zur VVG-Totalrevision hervorgehoben. Das Scheitern gerade dieses wichtigen Reformprojekts lag (wie sooft) ausserhalb des wissenschaftlichen Einflussbereichs.<sup>8</sup> Vielmehr lässt sich eine allgemeine «Grenz-Beobachtung» des österreichischen Kulturphilosophen FRANZ SCHUH auch hierher übertragen, der jüngst gemeint hat: «Wenn man erst einmal eine gewisse Grenze überschreitet, dann ist man – der Möglichkeit nach – schon überall. Man muss dann nur noch hingehen.»<sup>9</sup> Es wird daher in Zukunft an uns liegen, die ungezählten Impulse, die wir ANTON K. SCHNYDER zu verdanken haben, aufzugreifen und den wissenschaftlichen Weg auch in seinem Sinn weiterzugehen.

---

4 A. K. SCHNYDER, Rez. zu HAMILTON, Die Logik der Debatte, SJZ 1980, 352.

5 A. K. SCHNYDER, Wirtschaftskollisionsrecht: Sonderanknüpfung und extraterritoriale Anwendung wirtschaftsrechtlicher Normen unter besonderer Berücksichtigung von Marktrecht, 1990.

6 Vgl. etwa A. K. SCHNYDER, Ordnungspolitik durch Versicherungsaufsicht, FS Mestmäcker, 1996, 775 ff.

7 Einige davon sind nunmehr zusammengefasst nachzulesen bei A. KOLLER, Anton K. Schnyder: Gesammelte Schriften, 2013, 129 ff.

8 Auch an einer zu einseitig nur auf Versicherteninteressen bedachten Vorgangsweise des mit diesem Band Geehrten kann es nicht gelegen haben, wenn man nur einmal Würdigungen wie jene von FISCHER/WALDER, «15 Jahre Arbeit für die Katz», Saldo vom 17. 4. 2013, liest, die rückblickend festhalten: «Die damalige Bundesrätin Ruth Metzler beauftragte im Februar 2003 eine Expertenkommission mit der Formulierung eines Entwurfs. Präsident war *der durchaus versicherungsfreundliche Anton K. Schnyder.*» (Hervorhebung hinzugefügt). Mit derlei journalistischer Zuspitzung sollte freilich nur auf die allseits bekannten Bemühungen des so Beschriebenen um Ausgleich und Vermittlung sowie auf dessen tief gehende Kenntnis des Versicherungsgeschäfts – selbst aus der Anbieterperspektive – angespielt werden.

9 So FRANZ SCHUH in der Ö1-Sendung «Café Sonntag» vom 30. April 2017.

## II. Praktische Ausgangsbeispiele

Wenn es um gesundheitsbezogene Untersuchungen (insbesondere, aber keineswegs nur im Zuge der *Anbahnung* von Arbeitsverhältnissen) geht, tritt nicht selten ein besonderer «Datenhunger» des Arbeitgebers in einen scharfen Gegensatz zu den Persönlichkeitsrechten des Arbeitnehmers». <sup>10</sup> So verbreitet Untersuchungen mittels *konventioneller* Methoden heute sind, so selten ist bisher der Einsatz *genetischer* Testverfahren. <sup>11</sup> Einigkeit besteht allerdings darin, dass sich dieser heutige *Status quo* künftig ohne weiteres ändern kann. <sup>12</sup> Unterstrichen wird diese Vermutung, wenn man den Blick auf das Nachbarland Deutschland richtet und sich einige der dortigen Beispielfälle vergegenwärtigt. Sie sollen zeigen, dass der Anlass zu dieser Untersuchung keineswegs aus der (akademischen) Luft gegriffen ist.

Vor Inkrafttreten des deutschen Gendiagnostikgesetzes (GenDG) im Jahr 2010 erregten Fälle öffentliches Aufsehen, bei denen bekannt wurde, dass etwa der Automobilhersteller *Daimler* im Rahmen von Bewerbungsverfahren systematisch Bluttests von den in Betracht kommenden Bewerbern verlangt hatte. Dies mit der pauschalen Begründung der notwendigen Eignungsüberprüfung, und nicht etwa aufgrund einer besonderen Gefahreneigtheit der angestrebten Stelle. <sup>13</sup> Kurze Zeit später wurde bekannt, dass pikanterweise auch mehrere öffentliche deutsche Rundfunkanstalten, die über den Fall berichtet hatten, ihrerseits systematisch Bluttests verlangt hatten – zwar nicht (wie bei *Daimler*) allgemein von grundsätzlich geeigneten Bewerbern, aber doch vor jedem Übertritt in eine Festanstellung. <sup>14</sup>

Erledigt hat sich die Thematik auch mit Inkrafttreten des GenDG nicht. Vielmehr beschäftigt sie seither die Rechtsprechung. Stellvertretend für viele andere sei hier nur ein Beispielfall <sup>15</sup> aus der jüngsten Zeit <sup>16</sup> skizziert: Eine in Baden-Württemberg tätige Polizeikommissaranwärterin bewarb sich – nach erfolgreicher Ausbildung und Erlangung des Grades eines *Bachelor of Arts – Police Service* (sic!) – um die Übernahme in ein «Beamtenverhältnis auf Probe». Im Rahmen der ärztlichen Einstellungsuntersuchung legte sie – nichtsahnend und wohl in der Annahme einer entsprechenden Offenlegungsverpflichtung – ein Attest vor, welches aus Anlass einer kurzfristig aufgetretenen Reisetrombose

---

10 VON KAENEL, Medizinische Untersuchungen und Tests im Arbeitsverhältnis, ArbR 2006, 93, 94.

11 Die Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7427 geht davon aus, dass in der Schweiz bisher «im Arbeitsbereich bei Eintrittsuntersuchungen grundsätzlich keine molekulargenetischen oder zytogenetischen Untersuchungen durchgeführt» werden.

12 Siehe Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7428.

13 Vgl. FAZ vom 29.10.2009, 11: «Daimler wegen Bluttests in der Kritik».

14 Vgl. STAWSKI, Aderlass für die Karriere, SZ vom 7.11.2009, 14.

15 Für den Hinweis auf das in Fn. 17 angeführte Urteil ist der Verfasser Herrn RaVGH Dr. CHRISTIAN HUG zu Dank verpflichtet.

16 Siehe dazu auch die Folgeentscheidung des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg vom 16.1.2017, 4 S. 394/15 (unveröff.), die allerdings auf die hier speziell interessierenden genetischen Aspekte im Wesentlichen nicht mehr einging.

angefertigt wurde. Diese hatte sie infolge einer mehrtägigen Flug- und Autoreise erlitten;<sup>17</sup> sie war jedoch folgenlos ausgeheilt.<sup>18</sup> In dem vorgelegten Attest wurde – gleichsam als «Nebenprodukt» der seinerzeitigen Untersuchung der akuten Erkrankung – eine allgemeine genetische Mutation diagnostiziert,<sup>19</sup> deren Trägerinnen ein geringfügig erhöhtes Risiko für die Ausbildung von sog. tiefen Venenthrombosen aufweisen. Wohlgemerkt: Es geht dabei um eine blosse *Disposition*; das Risiko selbst hatte sich bei der Bewerberin *nicht realisiert*. Und obwohl der Risikoerhöpfungsfaktor bei den Mutationsträgerinnen *nicht höher ist* als bei Nicht-Trägerinnen, sofern Letztere sich nur einem gängigen exogenen Risikofaktor wie bspw. der Einnahme östrogenhaltiger Kontrazeptiva aussetzen<sup>20</sup> und jene Nicht-Trägerinnen, die zusätzlich etwa noch rauchen sogar ein deutlich höheres Risiko aufweisen als die Mutationsträgerinnen,<sup>21</sup> wurde die Bewerberin als für den Polizeidienst *gesundheitlich ungeeignet* eingestuft. Es könne nämlich aufgrund der genetischen Disposition zu einem Wiederauftreten einer Thromboembolie kommen, was das Eintreten einer Polizeidienstunfähigkeit vor Erreichen der Altersgrenze nicht ausgeschlossen erscheinen lasse.<sup>22</sup> Ungeachtet der Tatsache, dass es der «sehnlichste Wunsch» der Bewerberin war, «der Familientradition entsprechend ihr Berufsleben im Polizeivollzugsdienst zu verbringen», sieht sie sich infolge der Ablehnung veranlasst, eine Ausbildung als Krankenschwester zu beginnen.<sup>23</sup>

Der Sachverhalt zeigt mustergültig typische Brennpunkte vergleichbarer Fälle auf: Diese reichen von der oft mangelnden Informiertheit hinsichtlich eigener Offenlegungspflichten über arbeitgeberseitig deutlich überschätzte Eintrittswahrscheinlichkeiten genbasierter Risiken bis hin zum Resultat der Stigmatisierung der Bewerber resp. des dauerhaften Ausschlusses von bestimmten Arbeitsmärkten aufgrund eines Gefahrenpotentials, das sich mitunter niemals realisiert. Hinzu kommt, was für arbeitgeberseitig verlangte Gesundheitstests allgemein gilt: Selbst wenn sie *in casu* widerrechtlich sind, dürfte das zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer bestehende Machtgefälle häufig dafür sorgen, dass Missbräuche gar nicht erst gerichtsanhängig werden.<sup>24</sup>

Anders im Ausgangsfall: Dort kam der Bewerberin schlussendlich zugute, dass das erstinstanzliche Gericht (u.a.) die Berücksichtigung der Information über die nachteilige genetische Disposition für unzulässig erklärte.<sup>25</sup> Doch obwohl auch der zweitinstanzliche

---

17 Siehe jeweils das Urteil des Verwaltungsgerichts Karlsruhe vom 31.7.2014, 2 K 1762/13 (unveröff.), N 2 f.

18 Vgl. Urteil (Fn. 17), N 37.

19 Konkret: Eine heterozygote Variante der sog. Faktor-V-Leiden-Mutation.

20 Vgl. Urteil (Fn. 17), N 44.

21 Vgl. Urteil (Fn. 17), N 47.

22 Vgl. jeweils Urteil (Fn. 17), N 8.

23 Vgl. Urteil (Fn. 17), N 37.

24 Siehe HUGENTOBLER, Arbeitgeberschreck Gesundheitscheck, AJP 2013, 1142, 1151.

25 Vgl. jeweils Urteil (Fn. 17), N 45; da es *in casu* um ein öffentlich-rechtliches Arbeitsverhältnis ging, war auf Bestimmungen des baden-württembergischen Landesbeamtengesetz (konkret: § 53 Abs. 4–6



Beschluss<sup>26</sup> (wenngleich mit anderer Begründung) die Ablehnung der Einstellung als widerrechtlich qualifizierte, bleibt völlig offen, ob die Bewerberin in den fünf Jahren, die seit der erstmaligen Ablehnung ins Land gezogen waren, ihre ursprünglichen beruflichen Ambitionen nicht längst begraben musste.

Die Gefährdung eines effektiven Rechtsschutzes durch die Verfahrensdauer in solchen Fällen ist kein spezifisches Problem genbasierter Diskriminierungen. Im Folgenden sollen deshalb solch allgemeine Fragen der Durchsetzung und Durchsetzbarkeit zugunsten einer kritischen Analyse des *Inhalts* der rechtlichen Rahmenbedingungen des Untersuchungsgegenstands in den Hintergrund treten.

### III. Vergleichbare Grundprobleme im arbeits- und versicherungsvertragsrechtlichen Kontext

Das wertungsmässige Unbehagen, das sich bei der Lektüre von Beispielen wie den obigen unweigerlich einstellt, weist bereits die Marschroute, der Gesetzgeber weltweit im Bereich des Arbeits- und Versicherungsrechts gefolgt sind. Hier wie dort soll *unerwünschtes Selektionsverhalten* unterbunden werden. Ein solches wird gemeinhin erwartet, sofern der ungehinderte Zugriff auf genetische Informationen, die den Menschen zunehmend als «gläsern»<sup>27</sup> oder «durchsichtig»<sup>28</sup> erscheinen lassen, zulässig wäre. Obwohl die zweifellos im Gang befindliche «biomedizinische Revolution»<sup>29</sup> zum gegenwärtigen Zeitpunkt in Wahrheit noch weit davon entfernt ist,<sup>30</sup> den menschlichen Organismus und seine Funktionsweise tatsächlich «entschlüsselt» zu haben<sup>31</sup> und selbst dann noch die Annahme eines generellen *genetischen Determinismus*<sup>32</sup> haltlos wäre, lassen sich die bestehenden Bedenken doch bereits heute nicht von der Hand weisen. Dementsprechend hat hinsichtlich des Versicherungssektors erst jüngst wieder der Europarat (dessen Mitglied die Schweiz seit 1963 ist) seine Mitgliedstaaten dazu aufgefordert,<sup>33</sup> ungerechtfertigter genetischer Diskriminierung auf den zunehmend internationalisierten Versicherungsmärkten ent-

---

LBG) zurückzugreifen, die eine Transformation der bundesrechtlichen GenDG-Vorgaben in das Landesrecht darstellen (vgl. Urteil, N 43).

26 Siehe Fn. 16.

27 Vgl. beispielhaft das Votum von Nationalrat GROSS in der Eintretensdebatte über das Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 11.3.2004, AB 2004, 305.

28 Siehe etwa den interdisziplinären Band von BARTRAM et al., *Der (un)durchsichtige Mensch*, 2012.

29 BARTRAM, *Aktuelle Aspekte der Humangenetik*, in: Bartram (Fn. 28), 153, 153.

30 Vgl. etwa SICARD, *Illusionen und Hoffnungen der Genetik*, in: Honnefelder et. al., *Das genetische Wissen um die Zukunft des Menschen*, 2003, 47 ff.

31 Vgl. zu solchen übertriebenen Erwartungen auch KNIPPERS, *Eine kurze Geschichte der Genetik*, 2. Aufl. 2017, 339 f. und passim.

32 Zu diesem etwa eingehend KAPLAN, *The Limits and Lies of Human Genetic Research*, 2000, 9 ff. und KELLER, *Genetischer Determinismus und das Jahrhundert des Gens*, in: Honnefelder et. al., *Das genetische Wissen um die Zukunft des Menschen*, 2003, 15 ff.

33 CM/Rec(2016)8 vom 26.10.2016.

schieden entgegen zu treten.<sup>34</sup> Und tatsächlich sind bei entsprechenden Informationsasymmetrien sowohl ökonomisch negative wie auch gesellschaftspolitisch unerwünschte Folgen für den Versicherungsmarkt naheliegend. Ein Zuviel an Information über das vertragsgegenständliche Risiko tut bei einem Vertrag, dessen zentrales Charakteristikum ein Mindestmass an beidseitiger Ungewissheit ist, weder der Anbieter- noch der Nachfragerseite gut. Wo es an diesem Mindestmass an Ungewissheit fehlt, drohen Fehlanreize zum Vertragsschluss, Antiselektionsmechanismen<sup>35</sup> und der faktische Ausschluss bestimmter Personengruppen vom Erwerb des (erschwinglichen) Versicherungsschutzes.

Im Vergleich zum Versicherungssektor haben die potentiellen Auswirkungen humangenetischer Erkenntnisfortschritte im Arbeitsbereich bisher geringere öffentliche Aufmerksamkeit erlangt.<sup>36</sup> Dennoch ist nicht zu übersehen, dass es ohne Regulierung auch dort zu unerwünschten Selektionsmechanismen kommen könnte, wenngleich hierbei nicht Fehlanreize zum Vertragsschluss oder Antiselektionsmechanismen im Vordergrund stehen, sondern die Vermeidung einer Art *Sozialdarwinismus* auf dem Arbeitsmarkt, die zu dem vielzitierten «*survival [only] of the fittest*» führen könnte.<sup>37</sup> Sogar von der drohenden Ausbildung einer «*genetic underclass*» ist die Rede.<sup>38</sup> Dass dies nicht erwünscht sein kann, liegt auf der Hand.<sup>39</sup> Es liefe diametral dem *allgemeinen arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot* entgegen,<sup>40</sup> das dem schweizerischen Recht mit gutem Grund zu eigen ist und wäre auch mit den vielfältigen heutigen *Inklusionsbemühungen* unvereinbar. Aus diesem Grund ist der schweizerische<sup>41</sup> Gesetzgeber *proaktiv*<sup>42</sup> geworden und hat spezial-

---

34 Siehe die entsprechende Presserklärung vom 26.10.2016 – DC168(2016).

35 Siehe dazu auch sub. IV. D.

36 EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS, Genetic information and testing in insurance and employment – technical, social and ethical issues, 2001, 36. Siehe aber zu jüngeren Entwicklungen BENSCHOP/DE VRIES, Work, Health and Genetics, in: de Vries/Horstman, Genetics from Laboratory to Society, 2008, 138 ff.

37 Siehe dazu auch die aktuelle Untersuchung des spezifischen Problems von Arbeitnehmern mit einer genetischen Veranlagung zu Geisteskrankheiten von DE PAOR/O'MAHONY, The need to protect employees with genetic predisposition to mental illness?, 45 Indus. L. J. 2016, 525 ff., insbesondere 553.

38 So DE PAOR, Employment practices in a new genomic area, in: Quinn et al., Genetic Discrimination, 2015, 160, 173.

39 Vgl. PÄRLI/STUDER, in: Naguib et al., Diskriminierungsrecht, 2014, N 319: «Wenn grundsätzlich arbeitsfähige Menschen wegen nicht veränderbaren [...] Persönlichkeitsmerkmalen beim Zugang zum Arbeitsmarkt benachteiligt werden oder im Arbeitsmarkt zu schlechteren Bedingungen arbeiten müssen oder ihre Stelle wegen Persönlichkeitsmerkmalen verlieren, ist die Rechtsordnung gefordert, hier mit geeigneten Mitteln Abhilfe zu schaffen.»

40 Zu diesem eingehend PÄRLI, Vertragsfreiheit, Gleichbehandlung und Diskriminierung im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2009, N 1565 ff. und passim.

41 Zur Parallelentwicklung in Deutschland etwa SCHNEIDER, Genetik im Versicherungs- und Arbeitsrecht, in: Duttge/Engel/Zoll, Genetische Individualität im Recht, 2012, 45, 54 ff.; FISCHINGER, Die arbeitsrechtlichen Regelungen des Gendiagnostikgesetzes, NZA 2010, 65, 66 ff.; WIESE, Gendiagnostik und Arbeitsleben, BB 2009, 2198 ff.

42 Zutreffend spricht angesichts der gegenwärtig zwar noch beschränkten, künftig aber u.U. wesentlich erweiterten Erkenntnismöglichkeiten auch KIESER, Genetische Untersuchungen, HILL 2005 II,

gesetzlich Rahmenbedingungen geschaffen, die vor genstatusbezogener Diskriminierung schützen sollen.<sup>43</sup> Unabhängig von der Frage nach der Angemessenheit einer derartigen rechtlichen Sonderbehandlung genetischer Untersuchungsmethoden (sog. *genetischer Exzeptionalismus*<sup>44</sup>) ist zu begrüßen, dass dem Gesetzgeber dabei insgesamt ersichtlich an einer *austarierten Lösung* gelegen war, die nicht generelle Verbote statuiert, sondern Ausnahmen für Fälle vorsieht, in denen eine genetische Untersuchung namentlich im Interesse des Untersuchten<sup>45</sup> und/oder schutzwürdiger Dritter liegen kann.<sup>46</sup>

## IV. GUMG: Regulierungstechnische Parallelen zwischen Arbeits- und Versicherungsvertrag

### A. Öffentlichrechtlicher Rahmen

Das mit 1. April 2007 in Kraft getretene GUMG<sup>47</sup> ist nicht im «luftleeren Raum» entstanden. Vielmehr sind die unter seinem Dach versammelten Normen ein sachspezifisches Destillat der gem. Art. 35 BV<sup>48</sup> in der gesamten Rechtsordnung zu verwirklichenden *Grundrechte*, vor allem des *verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes*.<sup>49</sup> Besonders im Vordergrund steht dabei jener Teilgehalt, den das deutsche Bundesverfassungsgericht in einer Grundsatzentscheidung aus den 1980er-Jahren als «*Recht auf informationelle Selbstbestimmung*»<sup>50</sup> bezeichnet hat. Mag man sich auch hierzulande bisweilen an

---

Nr. 2 (a.E.) davon, dass das GUMG «zu den *vorausblickenden* Gesetzen» gehöre. (Hervorhebung hinzugefügt)

43 Zum Verhältnis des Diskriminierungsschutzes im Bereich «erworbener» Krankheiten PÄRLI (Fn. 40), N 1589; ferner PÄRLI/STUDER (Fn. 39), N 430.

44 Dazu eingehend aus rechtlich-konzeptioneller Perspektive etwa DAMM/KÖNIG, *Rechtliche Regulierung prädiktiver Gesundheitsinformationen und genetischer «Exzeptionalismus»*, MedR 2008, 62 ff. Aus der schweizerischen Literatur siehe etwa die Kritik von WILDHABER, *Genetische und medizinische Informationen in der Arbeitswelt*, jusletter vom 6. 10. 2010, N 6 ff.

45 Dazu insbesondere VOS, *Genetic Risks and Justice in the Workplace*, in: de Vries/Horstman, *Genetics from Laboratory to Society*, 2008, 155, 156 ff.

46 Ein entsprechend ausgewogenes Vorgehen im arbeitsrechtlichen Bereich lag schon den frühen Empfehlungen der EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN GENETICS zugrunde, die im *European Journal of Human Genetics* 2003, Suppl. 2, 11 f. abgedruckt sind.

47 Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 8. Oktober 2004, SR 810.12.

48 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

49 Ein früher Überblick über die grundrechtlichen Aspekte der Gentechnologie findet sich bei SCHWEIZER, ZBl (90) 1989, 397, 491 ff. Aus heutiger Sicht (und auf den hier interessierenden Aspekt der postnatalen Humangenetik fokussiert) eingehend MUND, *Grundrechtsschutz und genetische Information*, 2005, 57 ff.

50 Siehe BVerfGE 65, 1, 43 = NJW 1984, 419.

dem Begriff stören,<sup>51</sup> und die dogmatische Klassifizierung bis heute umstritten sein<sup>52</sup> – durchgesetzt hat sich der Terminus mitsamt dem in ihm zum Ausdruck kommenden Gedanken des «Selbstbestimmungsrecht über personenbezogene Informationen»<sup>53</sup> mittlerweile auch in der Schweiz.<sup>54</sup>

Darüber hinaus ist in grundrechtlicher Hinsicht vor allem das Diskriminierungsverbot des Art. 8 Abs. 2 BV hervorzuheben.<sup>55</sup> Dieses benennt zwar genetische Merkmale nicht *explizit* als verpöntes bzw. sensibles<sup>56</sup> Diskriminierungskriterium. Dennoch spricht in Fällen, in denen die genetische Eigenschaft nicht (gleichzeitig) tatbestandlich explizit benannte Kriterien wie etwa Geschlecht oder Behinderung erfüllt, grundsätzlich nichts gegen eine *implizite* Erfassung<sup>57</sup> genstatusbasierter Ungleichbehandlungen. Dies folgt einerseits aus der Natur der bloss demonstrativen Aufzählung der in Art. 8 Abs. 2 BV genannten Kriterien<sup>58</sup> und andererseits aus der mit der offenen Grundrechtsformulierung verbundenen *Weiterentwicklungsmöglichkeit*.<sup>59</sup> Im Rahmen einer solchen *Evolution* kann Entwicklungen auf unionaler wie auf völkerrechtlicher Ebene Rechnung getragen werden. Hinsichtlich der Ersteren drängt sich vor allem Art. 21 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf,<sup>60</sup> der sich zwar an Art. 14 EMRK<sup>61</sup> anlehnt,<sup>62</sup> aber neu auch «genetische Merkmale» als verpöntes Kriterium benennt.<sup>63</sup> Mit Blick auf

51 Vgl. BSK BV-DIGGELMANN, 2015, Art. 13 N 32 («sprachlich unschön»).

52 Zu den diesbezüglichen Schwierigkeiten instruktiv BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 5; vergleichsweise kategorisch demgegenüber BSK BV-DIGGELMANN, Art. 13 N 10; zu Recht gegen eine verengende Fokussierung nur auf Art. 13 Abs. 2 BV MUND (Fn. 49), 87 ff.

53 VOGELSANG, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, 23.

54 Vgl. MUND (Fn. 49), 85 m.w.N. in den dortigen Fn. 301 und 302. In datenschutzrechtlichem Kontext zuletzt etwa BGer 1C\_214/2016 vom 22. 3. 2017, E. 4.3

55 Siehe dazu aus dem spezifischen Blickwinkel genetischer Diskriminierung die eingehende Analyse von MUND (Fn. 49), 131 ff.

56 Vgl. BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 65 ff.

57 Ebenso MUND (Fn. 49), 153.

58 BGE 126 II 377, 393; ferner etwa St. Galler Kommentar BV-SCHWEIZER, 3. Aufl. 2014, Art. 8 N 62; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 65 ff.

59 Siehe z.B. KLEY, ZBJV 1999, 301, 314.

60 Dieser lautet: «Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der Rasse, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung sind verboten.» (Hervorhebung hinzugefügt)

61 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950, SR 0.101.

62 JARASS, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 21 N 1.

63 Zu diesem Merkmal JARASS (Fn. 62), N 20; ferner St. Galler Kommentar BV-SCHWEIZER, Art. 8 N 82 und 62, der sich zu Recht für eine Weiterentwicklung des Art. 8 Abs. 2 BV (auch) im Lichte des Art. 21 Abs. 1 Grundrechte-Charta ausspricht.

die völkerrechtliche Ebene ist Art. 11 der Biomedizin-Konvention (BMK)<sup>64</sup> hervorzuheben, der dieses Kriterium schon früher kannte<sup>65</sup> und dem seit der Konventionsratifizierung durch die Schweiz *self-executing*-Charakter zuerkannt wird.<sup>66</sup> In Anbetracht der aus dieser Konvention erfließenden völkerrechtlichen Pflichten wäre es höchst seltsam, den Schutzbereich des Art. 8 Abs. 2 BV in diesem Punkt künstlich eng halten zu wollen. Mit Blick auf Art. 119 Abs. 2 BV muss das erst recht gelten.<sup>67</sup>

Mit dem Verweis auf die BMK ist bereits ein weiterer, wichtiger Eckpunkt des öffentlichrechtlichen Rahmens für das GUMG angesprochen. Obwohl die Konvention in der Schweiz erst ein Jahr nach dem GUMG formell in Kraft getreten ist, stand doch der gesamte Gesetzgebungsprozess besonders in ihrem Licht. Dementsprechend deutlich wurde in der Botschaft der Einklang des GUMG mit den Konventionsvorgaben betont.<sup>68</sup> Besonders augenfällig werden die Parallelen zwischen BMK und GUMG in den arbeits- und versicherungsvertragsrechtlichen Sonderbestimmungen des vierten und fünften Gesetzesabschnitts. Sie knüpfen – wie Art. 12 BMK – grundsätzlich<sup>69</sup> an *prädiktive* resp. (wie es der schweizerische Gesetzgeber vorzugswürdigerweise nennt) *präsymptomatische* genetische Untersuchungen an und lassen sonstige genetische Abklärungen aussen vor.<sup>70</sup>

Eine echte *helvetische Eigenheit* stellt schliesslich der Umstand dar, dass in Art. 119 der Bundesverfassung<sup>71</sup> ein eigener Schutzauftrag formuliert wurde, der dem Bund im Bereich der Humangenetik<sup>72</sup> einen *Regelungsauftrag* zum Erlass von «Vorschriften über den Umgang mit menschlichem Keim- und Erbgut» erteilt. Für die hier interessierende Thematik ist dabei vor allem der in Art. 119 Abs. 2 lit. f BV enthaltene Auftrag von Belang.<sup>73</sup> Mit seiner Verankerung ist das schon erwähnte<sup>74</sup> Recht auf informationelle Selbstbestim-

---

64 Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin vom 4. April 1997, SR 0.810.2.

65 Die Bestimmung lautet: «Jede Form von Diskriminierung einer Person wegen ihres genetischen Erbes ist verboten.»

66 Siehe Botschaft zur Biomedizin-Konvention vom 12. September 2001, 271, 286: «grundsätzlich direkt anwendbar».

67 Ebenso MUND (Fn. 49), 247. Zu Art. 119 Abs. 2 BV auch sogleich im Text oben.

68 Siehe Botschaft zum GUMG vom 11. September 2002, BBl 2002, 7361, 7470.

69 Die in den *versicherungsrechtlichen* Bestimmungen der Artikel 26 und 27 zusätzlich genannten pränatalen Untersuchungen dürften demgegenüber bisher von stark untergeordneter praktischer Relevanz sein. Zur Legaldefinition dieses Untersuchungstypus siehe Art. 3 lit. f GUMG. Im *arbeitsrechtlichen* Bereich stellt Art. 21 lit. c eine Besonderheit dar, indem er auf genetische Untersuchungen abstellt, die der Ermittlung von nicht-gesundheitsbezogenen persönlichen Eigenschaften dienen. Auch ihr Einsatz ist bisher faktisch vernachlässigbar.

70 Zu all dem sogleich sub. IV. B.

71 Die Bestimmung geht auf Art. 24<sup>novies</sup> aBV zurück; krit. zur Entstehungsgeschichte etwa St. Galler Kommentar BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 1 ff.; siehe auch MUND (Fn. 49), 180 f. m.w.N.

72 Für den (hier nicht gegenständlichen) Ausserhumanbereich siehe Art. 120 BV.

73 Dieser lautet: «Das Erbgut einer Person darf nur untersucht, registriert oder offenbart werden, wenn die betroffene Person zustimmt oder das Gesetz es vorschreibt.»

74 Siehe sub. IV. A. am Anfang.

mung (auf den Sonderfall genetischer Informationen beschränkt) in deutlicherer Form in der Bundesverfassung angekommen,<sup>75</sup> als dies zuvor der Fall war. Vor allem aber stellt der Schutzauftrag das Ergebnis einer vom Verfassungsgeber selbst vorgenommenen – wenn gleich noch relativ rudimentären<sup>76</sup> – Güterabwägung in dieser besonderen Frage dar, die für den einfachen Gesetzgeber bindend ist.<sup>77</sup> Dementsprechend stellt das GUMG die Ausführungsgesetzgebung dazu dar,<sup>78</sup> welche etwa das spezifische Recht auf Nichtwissen um die eigene genetische Veranlagung in Art. 6 GUMG spezialgesetzlich verankert.

In rechtsvergleichender Betrachtung sticht einmal mehr hervor, wie die *direkte Demokratie* (die Vorgängerbestimmung des heutigen Art. 119 BV geht auf eine Volksinitiative zurück<sup>79</sup>) selbst bei anerkannten Spezial- und Detailfragen zu einer – um es neutral zu formulieren – recht beachtlichen «Anreicherung» der höchsten staatlichen Rechtsquelle führt. Entsprechend erweisen sich gerade Volksinitiativen immer wieder als erhebliche Herausforderung für die Kohärenz der schweizerischen Verfassung,<sup>80</sup> will man nicht «verfassungskulturell den Rückgang zu einer *Flickenstruktur des Verfassungsdokuments* beschleunigen, wie sie mit der Totalrevision 1999 überwunden worden war.»<sup>81</sup> Andererseits zeigt sich auch, dass entsprechende Initiativen den Gesetzgeber bisweilen wesentlich früher zum Handeln veranlassen,<sup>82</sup> als dies sonst der Fall gewesen wäre – so ist bspw. die BMK erst zehn Jahre nach der seinerzeitigen schweizerischen Volksinitiative<sup>83</sup> überhaupt verabschiedet worden. Und wenn man es etwas zynisch formulieren wollte, könnte man sagen: Eine Verfassung, die dem Minarettverbot<sup>84</sup> ebenso Heimat bietet wie (beinahe<sup>85</sup>)

75 Vgl. Botschaft zum GUMG (Fn. 68) 7376 a.E. Ferner BSK BV-BELSER/MOLINARI, Art. 119 N 45.

76 Zum für den einfachen Gesetzgeber verbleibenden Gestaltungsspielraum vgl. St. Galler Kommentar BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 12 und MUND (Fn. 49), 186.

77 So treffend St. Galler Kommentar BV-REUSSER/SCHWEIZER, Art. 119 N 20. Dem folgend BIAGGINI, OFK-BV, Art. 119 N 10.

78 Vgl. allg. Botschaft zum GUMG (Fn. 68) 7377 f.; speziell zum Diskriminierungsverbot des Art. 4 GUMG MUND (Fn. 49), 247.

79 Siehe die Nachweise in Fn. 71.

80 Zu diesem Aspekt LEUPOLD/BESSON, Gefährden Volksinitiativen die «gesunde Ordnung» der Verfassung?, LeGes (22) 2011, 389, 392, die dem Instrument der Volksinitiative insgesamt freilich sehr positiv gegenüberstehen (402).

81 TSCHENTSCHER/BLOSNI/BAUMGARTNER, Direkte Demokratie in der Schweiz, in: Feld et al., Jahrbuch für direkte Demokratie 2012, 2013, 151, 156. (Hervorhebung hinzugefügt)

82 Vgl. allgemein zu diesem Aspekt RAUSCHER, Volksinitiativen als Motor der Gesetzgebung, ZSR 2008 I, 425 ff.

83 Siehe BBl 1987 II, 1208.

84 Vgl. Art. 72 Abs. 3 BV und dessen Beurteilung als «ganz besonders unsinnig» durch SCHEFER, Religionsfreiheit aus gemeineuropäischer Sicht, in: Ehrenzeller et al., Religionsfreiheit im Verfassungsstaat, 2011, 105, 108 (dortige Fn. 14).

85 Siehe die Volksinitiative «Wolf, Bär und Luchs» (BBl 2011, 7521), die schliesslich zugunsten der Volksinitiative «Für den Schutz der Grossraubtiere (Bär, Wolf und Luchs)» zurückgezogen wurde (vgl. TSCHENTSCHER/BLOSNI/BAUMGARTNER [Fn. 81], 161, dortige Fn. 26). Diese wiederum scheiterte im Sammelstadium (BBl 2014, 427).

dem expliziten Schutz von Wolf, Bär und Luchs,<sup>86</sup> kann mindestens ebenso gut Spezialbestimmungen zum Schutz des Menschen vor gentechnologischen Missbrauchsgefahren beherbergen – mag dies auf Verfassungsebene auch weltweit einzigartig<sup>87</sup> sein.

## B. Dichotomische Unterscheidung genetischer Untersuchungen

Es war bereits die Rede davon, dass sowohl die arbeits- wie auch die versicherungsrechtlichen Sonderbestimmungen des GUMG grundsätzlich<sup>88</sup> nur Anordnungen hinsichtlich *präsymptomatischer* genetischer Untersuchungen treffen.<sup>89</sup> Insofern liegt den beiden Gesetzesabschnitten im Grossen und Ganzen ein dichotomisches Konzept zugrunde, das den genannten Untersuchungstypus gegenüber anderen genetischen Untersuchungen abhebt.

Angelegt ist diese Dichotomie bereits in Art. 12 BMK, der im Übrigen die Zulässigkeit genetischer Untersuchungen davon abhängig macht, ob diese *Gesundheitszwecken* oder *gesundheitsbezogener wissenschaftlicher Forschung* dienen.<sup>90</sup> Untersuchungen zu Zwecken, die nicht eindeutig im Interesse der Gesundheit des Untersuchten liegen,<sup>91</sup> unterfallen demgegenüber einem – begründeten Ausnahmen zugänglichen – *Grundsatzverbot*. Dieses soll zwar seiner Überschrift nach nur auf «prädiiktive genetische Untersuchungen» anwendbar sein, allerdings zeigt eine genaue Lektüre der Bestimmung,<sup>92</sup> dass deren In-

---

86 Vorgesprochen wurde in der in Fn. 85 erstgenannten Initiative die Einfügung eines neuen Art. 80 Abs. 4 BV, der lauten sollte: «Wolf, Bär und Luchs zählen zu den streng geschützten Tierarten.» Die zweitgenannte Initiative hatte zum Ziel, Art. 79 BV u.a. einen neuen Abs. 2 hinzuzufügen, der lauten sollte: «Die Grossraubtiere Bär, Wolf und Luchs sind aufgrund ihrer biologischen und regulierenden Rolle auf dem gesamten Gebiet der Schweiz geschützt. Sie dürfen nicht getötet werden.»

87 So jedenfalls REUSSER, Die schweizerische Rechtsordnung: Ein Beispiel für Regelungsansätze in Etappen, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen und die Zukunft des Menschen, 2003, 237, 237.

88 Zu den beiden Sonderfällen siehe bereits Fn. 69.

89 Zu deren allgemeiner Sonderstellung DAMM, Prädiiktive genetische Tests, in: Honnefelder et al., Das genetische Wissen um die Zukunft des Menschen, 2003, 203 ff.

90 Die Bestimmung lautet: «Untersuchungen, die es ermöglichen, genetisch bedingte Krankheiten vorherzusagen oder bei einer Person entweder das Vorhandensein eines für eine Krankheit verantwortlichen Gens festzustellen oder eine genetische Prädisposition oder Anfälligkeit für eine Krankheit zu erkennen, dürfen nur für medizinische Zwecke oder für medizinische wissenschaftliche Forschung und nur unter der Voraussetzung einer angemessenen genetischen Beratung vorgenommen werden.»

91 Vgl. den *explanatory report* zur BMK vom 4. April 1997, N 85: «Therefore, it is forbidden to do predictive genetic testing as part of pre-employment medical examinations, whenever it does not serve a health purpose of the individual. This means that in particular circumstances, when the working environment could have prejudicial consequences on the health of an individual because of a genetic predisposition, predictive genetic testing may be offered without prejudice to the aim of improving working conditions.» Der *explanatory report* ist abrufbar unter <<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800ccde5>>.

92 Siehe Fn. 90.

halt nicht mit der in der Überschrift angekündigten Begrenzung übereinstimmt. Vielmehr erfasst Art. 2 der Norm auch Untersuchungen, die darauf abzielen «das Vorhandensein eines für eine Krankheit verantwortlichen Gens festzustellen».<sup>93</sup> Durch die so erfolgende Anknüpfung an eine *bereits bestehende Krankheit* wird jedoch der Boden der genetischen Untersuchung zu *Prognosezwecken* verlassen und jener der *Diagnostik* betreten. Diese Erweiterung wird wiederum rechtspolitisch bisweilen als sachlich nicht überzeugende Andersbehandlung genetischer gegenüber «konventionelleren» Diagnosemethoden kritisiert.<sup>94</sup> Die monierte Ungleichbehandlung führt jedenfalls dazu, dass bspw. die angeborene Rot-Grün-Sehschwäche eines Bewerbers (bei Vorliegen der entsprechenden sonstigen Voraussetzungen, insbesondere der Relevanz für die Erbringung der Arbeitsleistung<sup>95</sup>) im Zuge des Vertragsschlusses zwar mittels sog. Anomaloskop, also mittels eines optischen Verfahrens, nicht aber mittels genetischer Untersuchung abgeklärt werden darf.

Der bei Zugrundelegung dieser Kritik *sachlich überschüssende Anwendungsbereich* des Art. 12 BMK ist im Auslegungsweg entgegen anderer Ansicht auch nicht dadurch reduzierbar, indem auf die gem. Art. 38 (vorletzter Satz) BMK allein verbindliche englische oder französische Sprachfassung rekurriert würde.<sup>96</sup> Denn aus beiden folgt insofern nichts anderes als aus der deutschen Fassung, Abhilfe böte die Anbringung eines *Vorbehalts* gegenüber Art. 12 gem. Art. 36 BMK, was die Schweiz jedoch unterlassen hat.<sup>97</sup> Darüber hinaus besteht gem. Art. 26 Abs. 1 BMK die Möglichkeit einer Einschränkung des Art. 12 BMK durch autonomes nationales Recht, sofern dieses insbesondere «zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer notwendig ist.» Da insofern allerdings rein ökonomische Aspekte (hier vor allem solche zugunsten des Arbeitgebers) ausser Betracht fallen müssen,<sup>98</sup> bleibt zweifelhaft, ob eine *Ausklammerung diagnostischer Gentests*<sup>99</sup> im Rahmen nationaler (hier: arbeitsrechtlicher) Schutzbestimmungen – so wie es in den Art. 21 ff. GUMG geschehen ist – völkerrechtlich unbedenklich ist.<sup>100</sup> Daran ändert selbst

---

93 Vgl. auch ALBERS, Die rechtlichen Standards der Biomedizin-Konvention der Europarates, EuR 2002, 801, 817. Ebenso RADAU, Die Biomedizin-Konvention des Europarates, 2006, 177, dortige Fn. 883 m.w.N.

94 Siehe schon TAUPITZ, Wie regeln wir den Gebrauch der Gendiagnostik?, in: Honnefelder et al. (Fn. 87), 244, 246, 264: «unverständlich».

95 Dazu sogleich im Text.

96 A.A. MUND (Fn. 49), 305 dortige Fn. 1087.

97 Zu den von der Schweiz erklärten Vorbehalten siehe AS 2008, 5137, 5151.

98 Vgl. den *explanatory report* (Fn. 91), N 157 a.E.

99 Hinweis: Untersuchungen i.S.d. Art. 21 lit. c GUMG (dazu Fn. 69) werden von Art. 12 BMK von vornherein nicht erfasst, da sie *per se* nicht auf die Eintrittswahrscheinlichkeit oder das Bestehen von *Krankheiten* gerichtet sind.

100 TAUPITZ, Die Biomedizin-Konvention und das Verbot der Verwendung genetischer Informationen für Versicherungszwecke, in: Sturma/Honnefelder/Fuchs, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik VI, 2001, 123, 164 empfiehlt vor diesem Hintergrund im Falle einer (bis heute unterbliebenen) Ratifizierung der BMK durch Deutschland die Anbringung einer Art. 12 BMK einschränkenden *Interpretationserklärung*. [Anmerkung: Der Unterschied einer solchen Erklärung gegenüber



die (unstrittige) Anwendbarkeit der allgemeinen, d.h. nicht-arbeitsrechtlichen Bestimmungen des GUMG auf diagnostische Gentests wenig. Gleichzeitig spricht manches dafür, dass die Verfasser der BMK selbst nicht beabsichtigten, auch diagnostische Tests mit Art. 12 BMK zu erfassen.<sup>101</sup> So ist – abgesehen von der eindeutigen Textierung der Überschrift – auch im *explanatory report* zur Konvention in arbeitsrechtlichem Kontext durchgängig nur von «prädiktiven Tests» sowie von «genetischer Disposition» die Rede.<sup>102</sup> Daran mag sich eine teleologische Reduktion anknüpfen lassen, wobei sie angesichts ihres *contra verbum*-Ergebnisses gerade im völkerrechtlichen Kontext (Art. 31 Abs. 1 WVK<sup>103</sup>) ihrerseits naturgemäss nicht unproblematisch sein kann.<sup>104</sup>

Angesichts der solcherart weiten Fassung des Art. 12 BMK ist umso auffälliger, dass sich die Bestimmung ausschliesslich zur *Vornahme* genetischer Untersuchungen äussert resp. ein *Vornahmeverbot* ausserhalb medizinischer (Forschungs-)Zwecke normiert. Damit ist zwar etwa das Verlangen einer solchen Untersuchung durch den Arbeitgeber oder Versicherer *aus Anlass* des Vertragsabschlusses klar unzulässig, aber noch nichts zur *Verwertung* einer bereits existierenden Untersuchung gesagt, die früher einmal zu medizinischen Zwecken erfolgte. Die mit der Nicht-Erfassung dieses praktisch zentralen Aspekts<sup>105</sup> durch Art. 12 BMK<sup>106</sup> verbundene Engführung des Tatbestands wird von den

---

dem eigentlichen *Vorbehalt* besteht nach herrschendem Verständnis darin, dass sich Erstere im Unterschied zu Zweiterem noch innerhalb des Auslegungsrahmens bewegt und darum keine (auch keine konkludente) Annahmewendigkeit besteht. Im konkreten Fall würde es sich freilich um eine Auslegung *contra verbum* handeln. Dies wird im spezifisch völkerrechtlichen Kontext mit Blick auf die an Treu und Glauben anknüpfende Auslegungsbestimmung des Art. 31 Abs. 1 WVK traditionell überaus skeptisch gesehen – vgl. für viele DELBRÜCK/WOLFRUM, Völkerrecht I/3, 2002, 644, dortige Fn. 64 m.w.N.

101 Siehe TAUPITZ (Fn. 100), 164.

102 Siehe *explanatory report* (Fn. 91), N 85: «Therefore, it is forbidden to *do predictive genetic testing* as part of pre-employment medical examinations, whenever it does not serve a health purpose of the individual. This means that in particular circumstances, when the working environment could have prejudicial consequences on the health of an individual because of a *genetic predisposition*, *predictive genetic testing* may be offered without prejudice to the aim of improving working conditions.» (Hervorhebungen hinzugefügt)

103 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge, SR 0.111.

104 Vgl. Fn. 100 a.E.

105 Ein zur Schliessung dieser «Lücke» ursprünglich vorgesehenes (vgl. ALBERS [Fn. 93], 817, dortige Fn. 68) Zusatzprotokoll über Humangenetik wurde letztlich sachlich stark eingeschränkt (s. Protokoll CETS Nr. 203 zur BMK) und von der Schweiz nicht unterzeichnet. Das in Aussicht genomene Zusatzprotokoll für den Arbeits- und Versicherungssektor (s. *explanatory report* zu Protokoll CETS Nr. 203 vom 27. Dezember 2008, N 14) wurde bisher nicht einmal verabschiedet.

106 Dessen ungeachtet sind hinsichtlich der Verwertbarkeit bereits vorhandener genetischer Informationen die Zulässigkeitschranken des allgemeinen Diskriminierungsverbots in Art. 11 BMK zu beachten – dazu TAUPITZ (Fn. 100), 126.

einen generell als «Unzulänglichkeit»<sup>107</sup> kritisiert, von anderen als geradezu notwendig begrusst, um «Vertragsparität durch Informationsparität zu erreichen.»<sup>108</sup>

Letzterem wird man sich für den *Personenversicherungssektor* anschliessen können. Auf *Arbeitsverhältnisse*, bei denen die gesundheitliche Verfassung des Betroffenen weder einen Hauptaspekt des Vertrages darstellt noch die Gefahr nachteiliger Auswirkungen auf ein Versicherten-Kollektiv besteht, kann dies hingegen nicht übertragen werden. Wie bereits angedeutet,<sup>109</sup> hat sich der schweizerische Gesetzgeber bewusst entschieden,<sup>110</sup> auch in diesem (wie gesehen: von Art. 12 BMK nicht erfassten) Bereich der *Verwertungsfragen* einen dichotomischen Ansatz zu verfolgen: Dementsprechend gelten die arbeitsbezogenen Sonderbestimmungen der Art. 21 ff. GUMG grundsätzlich<sup>111</sup> eben nur für *präsymptomatische genetische Untersuchungen*, also solche, die der Identifikation von Krankheitsdispositionen vor dem Auftreten klinischer Symptome zum Gegenstand haben.<sup>112</sup> Auf andere, insbesondere *diagnostische genetische Untersuchungen* in arbeitsrechtlichem Kontext sind wie erwähnt – immerhin – die *allgemeinen Grundsätze des GUMG* anwendbar.<sup>113</sup> Besondere Bedeutung kommt dabei vor allem dem *Zustimmungserfordernis des Untersuchten* (Art. 5) sowie dem *allgemeinen Diskriminierungsverbot* (Art. 4) zu.<sup>114</sup>

Diese Grundsätze werden allerdings nur dann schlagend, wenn das Informationsinteresse des Arbeitgebers überhaupt legitim ist. Ein solches (wohlgemerkt bei *allen*<sup>115</sup> genetischen Untersuchungsarten gesondert zu prüfendes) legitimes Informationsinteresse wird man schon im Grundsatz auf das beschränken müssen, was für andere medizinische Untersuchungen auch gilt, nämlich dass bspw. eine Abklärung bzw. Abfrage des *ganz allgemeinen Gesundheitszustands* unzulässig ist<sup>116</sup> und Fragerechte sowie Auskunftspflich-

---

107 ALBERS (Fn. 93), 818.

108 TAUPITZ (Fn. 100), 170. (Hervorhebungen im Original)

109 Vgl. den Beginn dieses Abschnitts.

110 Siehe PÄRLI, Die arbeits- und versicherungsrechtlichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über genetische Untersuchungen (GUMG), AJP 2007, 79, 82.

111 Zum Sonderfall des Art. 21 lit. c GUMG siehe bereits Fn. 69.

112 Siehe die Legaldefinition in Art. 3 lit. d GUMG.

113 Vgl. GÄCHTER/RÜTSCHKE, Gesundheitsrecht, 3. Aufl. 2013, N 534; ferner MUND (Fn. 49), 253.

114 Die Botschaft (Fn. 68), 7430 unterstreicht ferner, dass auch im diagnostischen Bereich «dem Arbeitgeber nie eine Diagnose mitgeteilt werden darf, sondern [...] er nur über die aktuelle Eignung oder Nichteignung infolge Krankheit unterrichtet werden darf.» Dies ist freilich schon für konventionelle Untersuchungsmethoden unbestritten (siehe nur REHBINDER/STÖCKLI, Berner Kommentar zu den Art. 319–330b OR, 2010, Art. 320 N 5). Innerhalb des vierten GUMG-Abschnitts wird es indessen nur für präsymptomatische Untersuchungen klargestellt (siehe Art. 24 Abs. 1 i.V.m. Art. 22 GUMG).

115 Siehe VON KAENEL, Das neue Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen, ARV 2007, 145, 146.

116 So (ausserhalb des Gen-Kontexts) für entsprechend weit gehaltene Arbeitgeber-Fragen nach *schweizerischem Recht* etwa RIESSELMANN-SAXER, Datenschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, 2002, 99 und allg. LICCI, Bewerbungsverfahren: Fragerecht und Auskunftspflicht zu Krankheit, recht 2015, 98, 100 ff. Für das *deutsche Recht* TAUPITZ (Fn. 94), 262.

ten auf das beschränkt sind, was sich namentlich aus Art. 382b OR in Konkretisierung<sup>117</sup> des Art. 4 Abs. 2 DSG<sup>118</sup> ergibt, d.h., was mit Blick auf die *Eignung für das Arbeitsverhältnis* und die *Durchführung des Arbeitsvertrags* erforderlich ist.<sup>119</sup> Davon abgesehen kommt für eine arbeitnehmerseitige Mitteilungspflicht<sup>120</sup> als Grundlage die Treuepflicht i.S.d. Art. 321a OR<sup>121</sup> in Betracht.<sup>122</sup>

Wie auch immer man zu der geschilderten *Einschränkung des sachlichen Anwendungsbereichs* der besonderen Arbeitnehmer-Schutzbestimmungen in den Art. 21 ff. GUMG stehen mag, zumindest drei Dinge liegen auf der Hand: Erstens ist der schweizerische Rechtsrahmen in diesem Punkt *wesentlich weniger arbeitnehmerfreundlich* als etwa der deutsche, der im Arbeitsbereich<sup>123</sup> diagnostische genetische Untersuchungen gerade *nicht* ausklammert und so deutlicher etwa «über das [...] [allgemeine] Frageverbot für den Arbeitgeber bzw. [das] Recht zur Lüge des Arbeitnehmers hinaus[geht]»;<sup>124</sup> im Übrigen ist nach deutschem Recht<sup>125</sup> selbst die Berücksichtigung *freiwillig* vorgelegter, *diagnostischer*<sup>126</sup> Genuntersuchungsergebnisse generell unzulässig.<sup>127</sup> Zweitens legt der schweizerische Gesetzgeber mit seinem dichotomischen Konzept eine Trennlinie zugrunde, die von medizinischer Warte aus betrachtet übersimplifizierend und deshalb kei-

---

117 Vgl. auch die Botschaft zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 23. März 1988, BBl 1988 II, 413, 488. Zum Verhältnis zwischen Art. 328b OR und dem DSG ferner VON KAENEL (Fn. 10), 95 ff., der in diesem Zusammenhang zu Recht auch auf den aus dem DSG erfließenden und für den Arbeitgeber verbindlichen *Grundsatz der Zweckbindung* hinweist.

118 Daten über die Gesundheit sind gem. Art. 3 lit. c Z 2 DSG «besonders schützenswerte Personendaten» – vgl. dazu mit arbeitsrechtlichem Fokus RIESELMANN-SAXER (Fn. 116), 15 f.

119 Vgl. nur RIESELMANN-SAXER (Fn. 116), 98 ff.

120 Zum allgemeinen Parallelproblem der Herleitung einer vertrauensärztlichen Konsultationspflicht des Arbeitnehmers aus dessen Treuepflicht STENGEL, *Der Vertrauensarzt im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, 2014, 163 ff.

121 Vgl. etwa BGer 4C.192/2001 vom 17. Oktober 2001, E. 2b/aa = PORTMANN/STÖCKLI, *Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts* 2002, 2002, 171: Mitteilungspflicht hinsichtlich einer Krankheit des Arbeitnehmers nur, wenn eine Gefahr für die Gesundheit des Arbeitgebers oder Dritter besteht.

122 Zur mit guten Gründen geübten Zurückhaltung bei der Annahme von *frageunabhängigen Offenbarungspflichten* von Bewerbern etwa BGer vom 22. Februar 1996 = JAR 1997, 193, 196 f. (E. 5a: Offenbarung nur hinsichtlich dessen, «was den Bewerber zur Übernahme der Stelle als ungeeignet erscheinen lässt») und BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, 6. Aufl. 2015, Art. 320 N 13.

123 Vgl. §§ 19 ff. GenDG.

124 Siehe jeweils FISCHINGER (Fn. 41), 66.

125 Vgl. § 19 Z 2 GenDG.

126 Erfasst werden von § 19 GenDG (wie erwähnt) zwar nicht nur *diagnostische* genetische Untersuchungen, doch werden diese in Anbetracht der Nichterfassung durch die schweizerischen Pendant-Bestimmungen hier besonders hervorgehoben (zur Unbeachtlichkeit einer freiwilligen Offenlegung – nur – präsymptomatischer Untersuchungsergebnisse siehe Botschaft zum GUMG [Fn. 68], 7431).

127 Vgl. FISCHINGER (Fn. 41), 68, der zu Recht darauf hinweist, dass dadurch auch die Erlangung von Wettbewerbsvorteilen von Offenlegungswilligen gegenüber anderen Beschäftigten bzw. Bewerbern unterbunden wird. Ferner etwa LINCK, in: *Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch*, 16. Aufl. 2015, § 26 N 15.

neswegs restlos überzeugend ist; einen zumindest behelfsmässigen Anknüpfungspunkt bietet sie indessen. Klar zu begrüssen ist schliesslich drittens eine allgemein-terminologische Entscheidung des schweizerischen Gesetzgebers: Er hat sich (anders als etwa der deutsche Gesetzgeber<sup>128</sup> oder die BMK<sup>129</sup>, die jeweils von *prädiktiven* Untersuchungen sprechen) dazu entschlossen, den klareren und begrifflich engeren Terminus der *präsymptomatischen* Untersuchungen zu verwenden. Dies erweist sich im Übrigen auch schon deshalb als vorzugswürdig, weil der Begriff der *prädiktiven* Gentests in der medizinischen Praxis typischerweise verwendet wird, wenn es um die Abschätzung des Erfolgs einer bestimmten Behandlung einer *bereits erkrankten Person* geht.<sup>130</sup> Das wiederum entspricht regelmässig gerade nicht dem, was der Gesetzgeber mit seiner Einschränkung beabsichtigt. Das Adjektiv «präsymptomatisch» schliesst insofern Vermengungen aus. Über die *inhaltliche* Tauglichkeit und Angemessenheit als Abgrenzungskriterium im arbeitsrechtlichen Zusammenhang ist damit freilich nichts gesagt.

Festzuhalten bleibt, dass das GUMG ungeachtet der beschriebenen Dichotomie nur solche Untersuchungen als seinem sachlichen Anwendungsbereich unterfallend ansieht, die auf die Abklärung *ererbter* oder *noch während der Embryonalphase erworbener* Eigenschaften abzielen.<sup>131</sup> Demgegenüber werden genetische Untersuchungen, die «während des Lebens» entwickelte Mutationen zum Gegenstand haben, nicht erfasst. Dies soll künftig geändert werden.<sup>132</sup>

### C. Dreifache Verbotsausprägung

Je nach Zählweise enthält Art. 21 GUMG *zwei* oder *drei* Grundsatzverbote, die sich an den Arbeitgeber resp. an den für ihn tätig werdenden Arzt<sup>133</sup> richten: Sie zielen entweder auf das *Durchführen* präsymptomatischer genetischer Untersuchungen<sup>134</sup> ab (sofern solche noch nicht vorliegen) oder auf den *Zugriff* und die *Nutzung* eben dieser Untersuchungen (sofern sie aus anderem Grund bereits vorliegen). Die Vertreter des zweifachen Ansatzes fassen die beiden Aspekte des Zugriffs und der Nutzung unter einem Sammelbegriff zusammen, der jedoch einen der beiden Aspekte tendenziell vernachlässigt. So impliziert etwa der Verweis auf ein blosses «Nachforschungsverbot»<sup>135</sup> noch nicht wirklich die (sich anschliessende) Verwertungsfrage. Gleiches gilt für die Bezeichnung als

---

128 Vgl. § 3 Z 8 GenDG.

129 Vgl. Art. 12 BMK.

130 So GUTZWILLER/BLANK, *Gentests in der Schweiz*, Schweizerische Ärztezeitung (94) 2013, 629, 630.

131 Siehe Art. 3 lit. a GUMG.

132 Dazu sub. VI.

133 Die tatbestandliche Bezeichnung als «Vertrauensarzt» ist in einem untechnischen Sinn zu verstehen – siehe Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7431.

134 Nicht näher eingegangen wird im Rahmen dieses Beitrags auf Untersuchungen i.S.d. Art. 21 lit. c GUMG – siehe bereits Fn. 69.

135 So GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 113), N 552 a.E.

blosse «Offenlegung»<sup>136</sup>, die noch dazu den ungewollten Eindruck vermitteln kann, das entsprechende *Verbot* richte sich an die Auskunft gebende Person, also im vorliegenden Zusammenhang an den Arbeitnehmer.<sup>137</sup> Aus Gründen der besseren Unterscheidbarkeit wird deshalb an dieser Stelle vorgeschlagen, dem Art. 21 GUMG einen *dreifachen Verbot* zu entnehmen, und zwar eines *Untersuchungs-*, eines *Nachfrage-* und eines *Verwertungsverbot*s der vom Tatbestand sachlich erfassten genetischen Untersuchungen.

Klar zu begrüssen ist, dass der Gesetzgeber den *zeitlichen Anwendungsbereich* des arbeitsbezogenen Abschnitts des GUMG explizit auf das Stadium *vor* Vertragsschluss und *während* der Vertragslaufzeit erstreckt.<sup>138</sup> Im versicherungsrechtlichen Abschnitt ist dies nämlich bedauerlicherweise nicht geschehen, sondern der Wortlaut legt dort eindeutig eine Beschränkung auf das rein vorvertragliche Stadium nahe.<sup>139</sup> Eine solche Interpretation wäre allerdings reichlich misslich, ermöglichte sie doch ein einfaches Umgehen der entsprechenden Verbote, indem die verpönten Verhaltensweisen schlicht *nach* Vertragsschluss «nachgeholt» werden könnten. Da die Dinge jedoch vor und nach Vertragsschluss wertungsmässig völlig gleich liegen,<sup>140</sup> spricht im Versicherungskontext alles für die *Miterfassung nach Vertragsschluss angesiedelter, paralleler Verhaltensweisen* im Wege teleologischer Extension. Rechtsvergleichend bleibt insofern anzumerken, dass der deutsche Gesetzgeber bei der Schaffung der Pendant-Bestimmung<sup>141</sup> zwar bei deren Überschrift in kritikwürdiger Weise<sup>142</sup> ebenfalls nur von Verhaltensweisen «im Zusammenhang mit dem Abschluss eines Versicherungsvertrages» spricht, er allerdings die sonst gegebene Umgehungsgefahr erkannt hat<sup>143</sup> und deshalb im Tatbestand zu Recht auf den Zeitraum *vor und nach* dem Vertragsschluss abstellt. Im Ergebnis sollte für den fünften GUMG-Abschnitt nichts anderes gelten.

---

136 So FUHRER, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 2011, N 22.94, der zwischen «Ausforschung» und «Offenlegung» unterscheidet. Allerdings lässt er an anderer Stelle keinen Zweifel daran, dass es dabei nicht um ein Offenlegungsverbot gehen kann – vgl. FUHRER, Von der Schwierigkeit, den Wolf an den Ohren zu packen, HAVE 2003, 181, 185 dortige Fn. 24.

137 So ist etwa in der Überschrift bei PÄRLI, Daten- und Diskriminierungsschutz im neuen Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen: ein Vorbild?, in: Schaffhauser/Horschik, Datenschutz im Gesundheits- und Versicherungswesen, 2008, 55, 64 von einem *Offenlegungsverbot* die Rede.

138 Siehe jeweils S. 1 von Art. 21 und 22 GUMG.

139 Siehe Art. 26 («als Voraussetzung für die Begründung eines Versicherungsverhältnisses»); Art. 27 («von der antragstellenden Person»); Art. 28 («vor dem Abschluss einer Privatversicherung»).

140 Vgl. insofern (zwar mit arbeitsrechtlichem Fokus, doch inhaltlich ohne weiteres auf den Versicherungsvertrag übertragbar) MUND (Fn. 49), nach der das Bestehen eines Verhältnisses grundsätzlich nichts an der informationellen Interessenlage der Parteien ändert (209) und deshalb die mit den jeweiligen genetischen Untersuchungen verbundenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte während des aufrechten Verhältnisses nicht weiter gehen dürfen als im vorvertraglichen Stadium (216).

141 Vgl. § 18 GenDG.

142 Siehe nur TAUPITZ, Genetischer Exzeptionalismus und Methodendiskriminierung als Grundprobleme des Gendiagnostikgesetzes, in: Bartram et al., Der (un)durchsichtige Mensch, 2012, 299, 300.

143 Vgl. BT-Drucks. 16/10532 vom 13. Oktober 2008, 1, 36.

Die in Art. 21 GUMG normierten Verbote der *Nachfrage* nach und der *Verwertung* von bestehenden Ergebnissen aus präsymptomatischen genetischen Untersuchungen gelten uneingeschränkt, stellen also absolute Verbote dar. Demgegenüber ist das Verbot der *Durchführung solcher Untersuchungen* ein relatives, weil es unter einem Erlaubnisvorbehalt steht. Er ist in Art. 22 GUMG normiert und legt die Kriterien für eine Verbotsausnahme fest. Sie sollen im Folgenden thematisiert werden.

## D. Erlaubnisvorbehalt

Die im arbeitsbezogenen Kapitel des GUMG angelegte *Relativierung des Untersuchungsverbots* bei gleichzeitiger *Fixierung des Nachfrage- und Verwertungsverbots* stellt einen markanten Unterschied zum versicherungsbezogenen Abschnitt des Gesetzes dar. Dort wird nämlich umgekehrt das Untersuchungsverbot absolut ausgestaltet und die anderen beiden Verbote werden einer Relativierung zugänglich gemacht.<sup>144</sup>

Dieser jeweils spiegelverkehrte Ansatz macht Sinn, weil bei einem genuin risikozentrierten Vertragstypus wie dem Versicherungsvertrag das Bestehen von Informationsasymmetrien<sup>145</sup> weitaus problematischer sein kann als eben beim Arbeitsvertrag (wenngleich Asymmetrien auch dort bestehen<sup>146</sup>). Schlagwortartig sei insofern nur das versicherungsrechtliche (Dauer-)Problem der *adverse selection* hervorgehoben,<sup>147</sup> das droht, wenn genetische «*high-risks*» im Wissen um diese Eigenschaft überproportional stark in den Vertragsbeständen repräsentiert sind und *à la longue* Träger geringerer Risiken verdrängen.<sup>148</sup>

Das Potential eines Arbeitnehmers, künftig Krankheiten zu entwickeln, die der arbeitsvertraglich vereinbarten Tätigkeit abträglich sein können, kann man in informationeller Hinsicht dem zuordnen, was Ökonomen als *hidden characteristics*<sup>149</sup> klassifizieren. Gerade präsymptomatische genetische Untersuchungen könnten dazu beitragen, dass sich die damit verbundenen Qualitätsunsicherheiten aus Arbeitgebersicht verringern.<sup>150</sup> Das damit intensiv in die schutzwürdigen Interessen von Arbeitssuchenden und Arbeitnehmern eingegriffen würde und deshalb besondere Zurückhaltung geboten ist, liegt auf der Hand. Umgekehrt ist nicht minder offensichtlich, dass objektive Gründe *für* eine aus-

---

144 Vgl. insbesondere Art. 28 GUMG.

145 Insofern statt aller FLEISCHER, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, 2001, 497 ff.

146 Vgl. etwa JACOBSEN/SKILLMANN, Labor Markets and Employment Relationships, 2004, 229 ff.

147 Dazu im schweizerischen Schrifttum zuletzt eingehend LANZ, Adverse Selection und Moral Hazard in der Privat- und Sozialversicherung, 2014, insbesondere 14 ff. und (mit Blick auf das GUMG) 23 f.

148 Zum Ganzen instruktiv FENGER/SCHÖFFSKI, Gentests und Lebensversicherung, NVersZ 2000, 449, 452 ff.; LANZ (Fn. 147), passim; aus ökonomischer Perspektive ferner SCHÖFFSKI, Genomanalyse, ZVersWiss 1999, 265, 273 ff.

149 Dazu mit generellem Blick auf Arbeitsverhältnisse JACOBSEN/SKILLMANN (Fn. 146), 229 ff. und 312.

150 Vgl. etwa RADAU (Fn. 93), 179.

nahmsweise Erschliessung der «Erkenntnisquelle Gentest» sprechen können. Im Vordergrund stehen dabei der (*gesundheitliche*) *Schutz des Arbeitnehmers* sowie der *legitime Schutz von Interessen Dritter*.<sup>151</sup>

Sowohl Art. 12 BMK als auch der in Art. 22 GUMG enthaltene Erlaubnisvorbehalt versuchen, den gegenläufigen Interessen der am Arbeitsverhältnis beteiligten Personen sowie der potentiell ausserhalb davon Betroffenen Rechnung zu tragen. Gerade im Fall des Art. 22 GUMG kommt so eine *wertende Güterabwägung* des schweizerischen Gesetzgebers zum Ausdruck, die den Vorgaben des *Verhältnismässigkeitsprinzips* verpflichtet ist.<sup>152</sup> Sofern in dieser Bestimmung Ausnahmen vom Untersuchungsverbot mit Blick auf die eigenen (Gesundheits-)Interessen des Arbeitnehmers oder begründete Schutzbedürfnisse Dritter vorgesehen werden, erscheint dies aus grundrechtlicher Perspektive unbedenklich.<sup>153</sup> Aus völkerrechtlicher Sicht gilt dasselbe, denn im *explanatory report* zur BMK werden einerseits (wie schon erwähnt<sup>154</sup>) nachteilige Gesundheitsfolgen aufgrund der genetischen Veranlagung des Arbeitnehmers ausdrücklich als möglicher *Rechtfertigungsgrund* benannt. Und andererseits wird dort<sup>155</sup> eigens die – für den Schutz von Drittinteressen bedeutsame – *Eingriffsmöglichkeit des nationalen Gesetzgebers* nach Art. 26 Abs. 1 BMK hervorgehoben.<sup>156</sup>

Die *konkreten Kriterien* für eine Ausnahme vom Untersuchungsverbot sind dem Art. 22 GUMG selbst zu entnehmen und letztlich selbsterklärend. Entscheidend ist, dass nur das *kumulative Vorliegen aller fünf Kriterien* in lit. a–e eine Ausnahme zu begründen vermag.<sup>157</sup> Dementsprechend muss

(i) *entweder* der Arbeitsplatz infolge SUVA-Verfügung gem. Art. 70 VUV der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt *oder* für die Arbeitstätigkeit eine verpflichtende Eigenuntersuchung nach Bundesrecht durchzuführen sein;

(ii) die Arbeitssicherheit trotz Einhaltung der arbeitgeberseitigen Schutzpflichten nicht gewährleistet werden können (Bezug genommen wird dabei in Art. 22 GUMG zwar nur auf Art. 82 UVG, doch enthalten bspw. auch Art. 328 Abs. 2 OR und Art. 6 Abs. 1 ArG im Wesentlichen identische Anforderungen, indem sie bei der Beurteilung arbeitgeberseitiger Schutzmassnahmen ebenfalls auf die *erfahrungsbasierte Notwendigkeit, den Stand der Technik* und die *Verhältnismässigkeit i.e.S.* abstellen<sup>158</sup>);

---

151 Treffend zusammengefasst bei MUND (Fn. 49), 194 f.

152 So statt aller MUND (Fn. 49), 279 f.

153 Vgl. die eingehende Analyse bei MUND (Fn. 49), 277 ff., allerdings mit Kritik an der Ausgestaltung des Art. 22 lit. d GUMG (287 f.); ebenso DIES., Genetische Informationen und Grundrechtsschutz, *digma* 2005, 118, 120.

154 Vgl. schon sub. IV. B. samt Nachweis in Fn. 91.

155 Siehe *explanatory report* (Fn. 91), N 87.

156 Dazu auch schon sub. IV. B.

157 Vgl. Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7432.

158 Zum Ganzen jüngst eingehend ANDRES, Die Normen der Arbeitssicherheit, 2016, N 276 ff., 321 ff. und passim.

(iii) die ohne Untersuchung drohende Gefahr *im Zusammenhang* mit einer spezifischen genetischen Veranlagung des Arbeitnehmers stehen;

(iv) der eben genannte Zusammenhang *wissenschaftlich bestätigt* und die gewählte *Untersuchungsart als sicher und zuverlässig* eingestuft worden sein – und zwar jeweils durch die gem. Art. 35 GUMG eingesetzte, ausserparlamentarische Expertenkommission (GUMEK)<sup>159</sup> und

(v) der Arbeitnehmer nach fachkundiger und dokumentationspflichtiger *Beratung*<sup>160</sup> gem. Art. 14 GUMG der Untersuchung *schriftlich zugestimmt* haben (über das aus einer Verweigerung folgende *Beschäftigungsverbot* soll er dabei zu belehren sein<sup>161</sup>).

Obwohl demnach präsymptomatische genetische Untersuchungen insofern unter einem *Subsidiaritätsvorbehalt* stehen,<sup>162</sup> als der sonst drohenden Gefahr nicht anderweitig, d.h. durch vom Arbeitgeber ohnehin gesetzlich geschuldete Schutzmassnahmen<sup>163</sup> begegnet werden kann,<sup>164</sup> stellen solche Untersuchungen jedoch *keine ultima ratio* gegenüber anderen medizinischen (Vorsorge-)Untersuchungstechniken dar.<sup>165</sup> In diesem spezifischen Bereich und unter den genannten fünf Voraussetzungen kommt es daher für einmal *nicht* zur methodischen Diskriminierung eines spezifischen Untersuchungsverfahrens.

Im Übrigen normieren die Art. 23 und 24 GUMG verbindliche Standards für die *Durchführung* einer ausnahmsweise zulässigen Untersuchung und konkretisieren die Vorgaben des Verhältnismässigkeitsprinzips i.w.S. Insbesondere werden die *Auskunftspflichten* des untersuchenden Arztes entsprechend dem eingeschränkt, was schon für vertrauensärztliche Untersuchungen jenseits der Humangenetik allgemein gilt: Dem Arbeitgeber gegenüber offengelegt werden darf jeweils nur die in Frage stehende (Nicht-)Eignung, niemals jedoch eine konkrete Diagnose o.Ä. Warum daraus in der Botschaft gefolgert wird, die ärztliche Auskunft könne notwendig nur in einem «Ja» oder «Nein» bestehen, erschliesst sich nach hier vertretener Auffassung nicht. Vielmehr sollte es – entsprechend dem sonstigen arbeitsrechtlichen Verständnis<sup>166</sup> – auch möglich sein, eine Eignung mit bestimmten Einschränkungen zu kommunizieren. Obwohl von den Vorgaben des Art. 24 GUMG sachlich nicht erfasst, gilt insofern für *diagnostische* genetische Untersuchungen dasselbe

---

159 Zur Forderung nach einer Normierung der GUMEK-Feststellungen im Verordnungsweg siehe den Nachw. in Fn. 153.

160 Vgl. Art. 23 Abs. 2 GUMG.

161 Siehe Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7433.

162 Vgl. auch MUND (Fn. 49), 255 die von einer «sekundären Schutzmassnahme» spricht.

163 Namentlich zu deren Einschränkung durch den Aspekt der «wirtschaftlichen Tragbarkeit» ANDRES (Fn. 158), N 401 ff.

164 Vgl. zur insofern übereinstimmenden deutschen Rechtslage § 20 Abs. 2 S. 2 GenDG: «Als Bestandteil arbeitsmedizinischer Vorsorgeuntersuchungen sind genetische Untersuchungen nachrangig zu anderen Massnahmen des Arbeitsschutzes». Dazu WIESE (Fn. 41), 2204.

165 Dazu und zum insofern abweichenden Vorentwurf Botschaft zum GUMG (Fn. 68), 7433.

166 Vgl. zuletzt LICCI (Fn. 116), 101 f.



wie für präsymptomatische.<sup>167</sup> Es kommt deshalb in punkto ärztlicher Kommunikation gegenüber dem Arbeitgeber mit Blick auf alle genetischen wie auch «konventionellen» Untersuchungsverfahren zu einem ergebnisbezogenen Gleichlauf.

## E. Fokussierung auf strafrechtliche Sanktionen

Dem arbeitsrechtlichen GUMG-Abschnitt ist mit dem versicherungsrechtlichen gemein, dass im Gesetz selbst für Verstösse ausschliesslich *strafrechtliche Sanktionen* angelegt sind (Art. 36 ff. GUMG<sup>168</sup>). Als Sanktionsadressaten kommen Arbeitgeber wie involvierte Vertrauensärzte<sup>169</sup> gleichermassen in Betracht.<sup>170</sup> Dabei ist offen, ob gerade den Letzteren in der Realität immer hinreichend bewusst ist, dass etwa bereits die überschüssende Ermittlung von nicht unmittelbar arbeitsplatzrelevanten genetischen Eigenschaften strafrechtlich bewehrt<sup>171</sup> sein kann. Begründet wird die generelle Notwendigkeit strafrechtlicher Sanktionierung insbesondere mit der Notwendigkeit, dem sozialen Druck entgegenzuwirken, welchem der Arbeitnehmer ansonsten mit dem Ziel ausgesetzt werden könnte, entsprechende Eingriffe in seine Interessensphäre – vermeintlich freiwillig – zu erdulden.<sup>172</sup>

Keine strafrechtliche Sanktionierung ist für Verstösse gegen das *allgemeine Diskriminierungsverbot* gem. Art. 4 GUMG vorgesehen.

Bei sämtlichen GUMG-Verstössen sind jedoch Rechtsfolgen im Blick zu behalten, die ihre Grundlage ausserhalb des GUMG haben. Im arbeitsrechtlichen Kontext ist bspw. an *lauterkeitsrechtliche Konsequenzen* wegen Verstosses gegen Art. 2 und/oder Art. 7 UWG zu denken, ferner an *datenschutzrechtliche Rechtsbehelfe*<sup>173</sup> (Art. 15 sowie 34 f. DSGVO) und – verstossunabhängig – an entsprechende *Auskunftsansprüche*<sup>174</sup> (Art. 8 DSGVO i.V.m. Art. 1 f. VDSG). Vor allem aber sind verschiedene *zivilrechtliche Rechtsfolgen* zu bedenken, von denen die praktisch wichtigsten im Folgenden angesprochen werden sollen.

---

167 Siehe schon Fn. 114.

168 Für Einzelheiten siehe MUND (Fn. 49), 261 ff.

169 Zur untechnischen Verwendung dieser Bezeichnung durch das GUMG siehe bereits Fn. 133.

170 Vgl. PÄRLI (Fn. 110), 83.

171 Vgl. Botschaft GUMG (Fn. 68), 7457.

172 Vgl. Botschaft GUMG (Fn. 68), 7459. Zu diesem Problem aus der Perspektive der Arbeitsmarktspraxis BUDRAS, Schikanierte Bewerber, FAZ vom 29. 10. 2009, 11.

173 Siehe zum Ganzen die Übersicht bei PORTMANN/STÖCKLI, Schweizerisches Arbeitsrecht, 3. Aufl. 2013, N 458 ff.

174 Dazu etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328b N 32.

## V. Ausgewählte Rechtsfolgen ausserhalb des GUMG

### A. «Recht zur Lüge»

Im Versicherungs-<sup>175</sup> wie im Arbeitskontext<sup>176</sup> ist gleichermaßen unbestritten, dass es keinen Anspruch auf *wahre Beantwortung unzulässiger Fragen* des Versicherers resp. Arbeitgebers geben kann. Fragen und Nachforschungen, die nach dem GUMG unzulässig sind, verletzen regelmässig gleichzeitig die Persönlichkeitsrechte gem. Art. 27 ff. ZGB und (in spezifisch arbeitsrechtlichem Zusammenhang) den Schutz der Arbeitnehmerpersönlichkeit gem. Art. 328 OR.<sup>177</sup> Wenn sie dennoch gestellt werden, soll dem Adressaten kein Nachteil aus einer unrichtigen Antwort entstehen.<sup>178</sup> Geschützte Persönlichkeitsrechte markieren insofern die natürliche Grenze jedes Auskunftsbegehens. D.h. insbesondere, dass entsprechende Falschangaben weder zur *fristlosen Entlassung*<sup>179</sup> noch zur *Vertragsanfechtung*<sup>180</sup> wegen Irrtums oder Täuschung berechtigen.<sup>181</sup> Dogmatisch lässt sich dieses Ergebnis wahlweise über ein *Notwehrrecht zur Lüge*<sup>182</sup> oder im Fall der auf die Falschbeantwortung unzulässiger Fragen gestützten Anfechtung über deren *Rechtsmissbräuchlichkeit* (bei Irrtumsanfechtung gem. Art. 25 Abs. 1 OR; bei Täuschungsanfechtung gem. Art. 2 ZGB)<sup>183</sup> herleiten.<sup>184</sup>

Zu ergänzen bleibt zweierlei: Mit dem Vorstehenden ist nichts darüber gesagt, ob sich in besonders gelagerten Fällen (man denke etwa an eine dem Arbeitnehmer im Zuge eines diagnostischen Gentests bekannt gewordene, ansteckende Erkrankung, die eine Gefährdung Dritter impliziert oder die entsprechend diagnostizierte Erkrankung, die einer Ver-

175 Vgl. SCHAER, *Modernes Versicherungsrecht*, 2007, 323 f.; FUHRER, *Anzeigepflichtverletzung*, in: SVV, *Medinfo* 1/2008, 6, 24 f.

176 Vgl. etwa ZK OR-STAHEHLIN, 4. Aufl. 2014, Art. 337 N 12; eingehend ferner HAUNREITER, *Zulässige und unzulässige Fragen beim Anstellungsgespräch*, in: DERS., *Kommunikation in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft*, 2010, 278 ff.

177 Zum genetischen Status als Teil der Arbeitnehmerpersönlichkeit PÄRLI (Fn. 137), 64 m.w.N. in der dortigen Fn. 31.

178 Vgl. mit Blick auf die Anzeigepflichten des VVG FUHRER (Fn. 175), 24.

179 BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH (Fn. 122), Art. 320 N 9.

180 Für viele REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 114), Art. 320 N 42 a.E.

181 Umgekehrt erscheint es nach hier vertretener Auffassung denkbar, dass in Konstellationen, in denen arbeitgeberseitig während aufrechten Arbeitsverhältnisses mit unzulässigen Fragen nachhaltiger Druck ausgeübt wird, ein fristloses Kündigungsrecht des Arbeitnehmers in Betracht kommt. Gestützt werden könnte ein solches auf die durch das anhaltend widerrechtliche Frageverhalten des Arbeitgebers verwirklichte Fürsorgepflichtverletzung (dazu in allg. datenschutzrechtlichem Zusammenhang BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 N 30).

182 Vgl. etwa BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 N 9; ZK OR-STAHEHLIN, Art. 337 N 12; WILDHABER (Fn. 44), N 43.

183 Vgl. REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 114), Art. 329 N 42.

184 Siehe etwa auch UEBERSCHLAG, *Die Anstellungsdiskriminierung aufgrund des Geschlechts im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis*, 2009, N 486 f. (mit Fokussierung auf schwangerschaftsbezogene Fragen).

tragserfüllung von vornherein entgegensteht) eine Mitteilungspflicht aus der Treuepflicht gem. Art. 321a OR ergeben kann.<sup>185</sup> Im Übrigen wird die Position des Arbeitnehmers faktisch natürlich erheblich dadurch abgeschwächt, dass dem Arbeitgeber, der die «Lüge» erkennt, in aller Regel die ordentliche Kündigung offensteht.<sup>186</sup> Für den Versicherungsnehmer gilt mit Blick auf die Kündigungsoptionen des Versicherers nichts anderes. Immerhin ist in systematischen Fällen an die Möglichkeit der Einschaltung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Art. 29 DSGVO) zu denken<sup>187</sup> und bei Verstössen im Arbeitsbereich sind generell die ArG/UVG-Durchführungsorgane amtswegig zuständig (Art. 25 GUMG); im Versicherungsbereich ist das Vorliegen eines Missbrauchs i.S.d. Art. 46 Abs. 1 lit. f i.V.m. Art. 117 AVO<sup>188</sup> zu prüfen, gegen den die FINMA einzuschreiten hat.

## B. Zivilrechtliche Folgen vorvertraglicher Rechtsverstösse, insbesondere unzulässiger Diskriminierung

Einigkeit besteht zunächst darin, dass die (halbzwingend ausgestalteten<sup>189</sup>) Arbeitgeber-Pflichten hinsichtlich der Bearbeitung von Personendaten des Arbeitnehmers gem. Art. 328b OR über dessen Wortlaut hinaus auch auf *Bewerber* zu erstrecken sind.<sup>190</sup> Es gibt also einen spezifisch arbeitsrechtlichen Persönlichkeitsschutz auch für Stellenbewerber.<sup>191</sup>

Werden gegenüber einem Bewerber die Vorschriften des GUMG verletzt oder wird ihm infolgedessen die Einstellung verweigert, kommen für die damit einhergehende *Persönlichkeitsrechtsverletzung* – neben den hier schon angesprochenen<sup>192</sup> Rechtsbehelfen und den *negatorischen Klagen* i.S.d. Art. 28a Abs. 1 ZGB – vor allem *Ansprüche auf Schadenersatz* in Betracht. Diese können insbesondere<sup>193</sup> auf Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 41 OR gestützt werden.<sup>194</sup> Im Übrigen sind *Genugtuungsansprüche* denkbar,<sup>195</sup> die

---

185 Siehe dazu bereits sub. IV. B. sowie die Nachweise in Fn. 121 und 122.

186 Vgl. BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 N 9.

187 Siehe BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 320 N 9.

188 Dazu instruktiv FUHRER (Fn. 136), N 26.37 ff.

189 Vgl. Art. 362 Abs. 1 OR.

190 Für viele etwa CHK-EMMEL, Art. 328b OR N 1; KuKO OR-PIETRUSZAK, Art. 328b N 2; GÄCHTER/RÜTSCHKE (Fn. 113), N 551; UEBERSCHLAG (Fn. 184), N 449 – jeweils m.w.N.

191 PÄRLI, Der Persönlichkeitsschutz im privatrechtlichen Arbeitsverhältnis, ARV 2005, 225, 229.

192 Vgl. sub. IV. E. a.E.

193 Zu einer Herleitung aus *culpa in contrahendo* UEBERSCHLAG (Fn. 184) N 926 (illustriert am Beispiel der geschlechtsbezogenen Anstellungsdiskriminierung) und PÄRLI (Fn. 191), 229.

194 Vgl. allg. PÄRLI (Fn. 110), AJP 2007, 79, 84; DENS. (Fn. 137), 68; WILDHABER (Fn. 44), N 42; VON KAENEL (Fn. 115), 147; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Arbeitsvertrag, 7. Aufl. 2012, Art. 328b N 10a; HUGENTOBLER (Fn. 24), 1148.

195 Siehe dazu in arbeitsrechtlichem Zusammenhang die Systematisierung der Gerichtspraxis bei PORTMANN, Genugtuungsbegründende Persönlichkeitsverletzungen im Arbeitsverhältnis, recht 2010, 1, 6 ff. sowie bei PÄRLI (Fn. 191), 225 ff.

aus Art. 28a Abs. 3 ZGB i.V.m. Art. 49 OR ableitbar sind.<sup>196</sup> Dabei nimmt ein Teil der Lehre<sup>197</sup> an, GUMG-Verstöße würden *generell* die für den Zuspruch von Genugtuung erforderliche *schwere Persönlichkeitsrechtsverletzung* implizieren, während andere dies als zu weitgehend erachten.<sup>198</sup> Mit Blick auf das dem Richter nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung<sup>199</sup> zukommende *weite Ermessen* bei der Beurteilung der nötigen objektiven wie subjektiven Schwere einer Persönlichkeitsverletzung und der *hohen Einzelfallabhängigkeit* dieser Beurteilung mag man sich dogmatisch durchaus gegen eine solche Generalisierung wenden; allerdings sind nach hier vertretener Auffassung praktisch kaum Konstellationen vorstellbar, in denen es dem mit einer widerrechtlichen genetischen Untersuchung oder der widerrechtlichen Verwertung ihrer Ergebnisse verbundenen Eingriff tatsächlich an der entsprechenden Schwere fehlen würde.

Die eben getätigten Ausführungen hinsichtlich der Rechtsansprüche von *Stellenbewerbern*, die im vorvertraglichen Stadium aufgrund genetischer Eigenschaften widerrechtlich diskriminiert werden, sind auf die Situation von potentiellen *Versicherungsnehmern* ohne weiteres übertragbar. Dementsprechend stehen auch Personen, die im Zuge des Abschlusses des Versicherungsvertrags mit GUMG-Verstößen konfrontiert wurden, grundsätzlich Ansprüche auf Schadenersatz und Genugtuung offen.

Allerdings besteht ein *wesentlicher Unterschied* dahingehend, als nach hier vertretener Auffassung im Versicherungsbereich Antragstellern, deren Antrag infolge eines GUMG-Verstosses entweder gänzlich abgelehnt oder nur unter ungünstigen Auflagen angenommen wurde, ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages zu nicht-diskriminierenden Bedingungen zugestanden werden sollte (*Kontrahierungszwang*).<sup>200</sup> Es ist nun im Rahmen einer auf Arbeitsverhältnisse bezogenen Untersuchung nicht der Ort, um auf die verschiedenen dogmatischen Herleitungsmöglichkeiten eines allgemeinen privatrechtlichen Kontrahierungszwangs näher einzugehen.<sup>201</sup> Stattdessen soll hier nur als Ergebnis vorgewonnen werden, dass nach Auffassung des Verfassers nicht der Schadenersatzanspruch, sondern nur der Anspruch auf den diskriminierungsfreien Vertragsabschluss die widerrechtliche Beeinträchtigung der gerade geschützten *Rechtsausübungsfreiheit* durch den Versicherer effektiv beseitigen<sup>202</sup> und ein solcher Anspruch gegenüber dem Versicherer deshalb jedenfalls auf Art. 28 Abs. 2, 28a Abs. 1 Z 2 ZGB gestützt werden kann.<sup>203</sup>

---

196 Siehe die Nachweise in Fn. 194.

197 Siehe PÄRLI (Fn. 110), 84 sowie DENS. (Fn. 137), 68.

198 So STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 198), Art. 328b N 10a.

199 Vgl. BGE 129 III 715, 725 a.E. (m.w.N.).

200 Ebenso PÄRLI (Fn. 110), 86 sowie DERS. (Fn. 137), 74.

201 Dazu statt aller die wegweisende Basler Habilitationsschrift von ARNET, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, 2008, N 321 ff. und passim.

202 Ebenso schon (wenngleich mit Blick auf § 1004 Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. § 4 GenDG) REUTER, in: Kern, Gendiagnostikgesetz-Kommentar, 2012, § 4 N 195.

203 Instrukтив zum Kontrahierungszwang, der sich aus dem persönlichkeitsverletzungsbasierten Beseitigungsanspruch des ZGB ableitet GAUCH/SCHLUEP/SCHMID, Schweizerisches Obligationenrecht I, 10. Aufl. 2014, N 1111 ff.; im Detail ARNET (Fn. 201), N 351 ff.

Wie bereits angedeutet, erfolgte die Erwähnung des Kontrahierungszwangs im Bereich der *standardisierten Massenversicherungsverträge* an dieser Stelle zum Zweck der *Kontrastierung* gegenüber dem Arbeitsbereich, zu dem ansonsten manche Parallele besteht.<sup>204</sup> Denn für Arbeitsverträge als klassische *ad personam*-Verträge muss ein Erzwingen des Vertragsschlusses schon aufgrund des naturgemäss besonders wichtigen Nahe- und Vertrauensverhältnisses zwischen den Vertragsparteien<sup>205</sup> i.d.R. «von vornherein als unfruchtbar erscheinen».<sup>206</sup> Dafür spricht auch die von ARNET<sup>207</sup> zu Recht angestellte Überlegung, dass der schweizerische Gesetzgeber selbst bei der spezialgesetzlichen Normierung des Verbots *geschlechtsbezogener Anstellungsdiskriminierung* eine Vertragserzwingung ausgeschlossen hat (Art. 5 Abs. 2 GlG<sup>208</sup>) und nichts anderes gelten sollte, nur weil die Verweigerung auf Grundlage einer anderen widerrechtlichen Diskriminierung (als der aufgrund des Merkmals «Geschlecht») erfolgte. GUMG-Verstösse jedweder Art sollten deshalb *keinen Anspruch* auf Abschluss eines Arbeitsvertrags (ohne genetische Diskriminierung) begründen können.<sup>209</sup>

### C. Zivilrechtliche Folgen von Rechtsverstössen und unzulässiger Diskriminierung nach Vertragsschluss

Der arbeitsbezogene Abschnitt des GUMG stellt hinsichtlich seiner zeitlichen Anwendbarkeit unmissverständlich klar, dass er sich sowohl auf das vorvertragliche Stadium der Begründung als auch auf die Laufzeit des eigentlichen Arbeitsverhältnisses erstreckt.<sup>210</sup> In diesem Punkt ist die gesetzliche Ausgestaltung damit besser gelungen als im versicherungsbezogenen Kapitel, dessen Normen wie gezeigt<sup>211</sup> eine Beschränkung auf den vorvertraglichen Zeitraum suggerieren.

Trotz dieser begrüssenswerten Klarstellung lassen sich hinsichtlich zivilrechtlicher Rechtsfolgen dem GUMG keine Vorgaben für Verstösse *während des aufrechten Arbeitsverhältnisses* entnehmen. Die Situation ist insofern vergleichbar mit dem vorvertraglichen Stadium, sodass im Grundsatz auf die dortigen Überlegungen verwiesen werden kann.<sup>212</sup> Freilich können die im praktischen Vordergrund stehenden Ansprüche auf *Schadener-*

---

204 Siehe bereits sub. IV. A.

205 Siehe für die entsprechende Überlegung im Bereich der missbräuchlichen Kündigung etwa REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 114), Art. 336a N 1.

206 ARNET (Fn. 201), N 412. Siehe aber auch die differenzierende allgemeine Darstellung zum Beschäftigungsanspruch bei PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 426 ff.

207 ARNET (Fn. 201), N 412 (samt Hinweis auf abweichende Positionen in der dortigen Fn. 147).

208 Zu den stattdessen bestehenden Rechtsansprüchen PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 479 ff.

209 Für weitere Gründe gegen einen Kontrahierungszwang im arbeitsrechtlichen Kontext PÄRLI (Fn. 40), N 1440.

210 Siehe die gleichlautenden Einleitungswendungen in Art. 21 und 22 GUMG. Zu Pflichten *nach Beendigung* des Arbeitsverhältnisses schweigt der 4. GUMG-Abschnitt. Soweit sich diese auf die Datenbearbeitung beziehen, wird hierfür Art. 328b OR einschlägig sein.

211 Siehe sub. IV. C.

212 Siehe sub. V. B.

satz und *Genugtuung* nach wirksamem Zustandekommen des Arbeitsverhältnisses insofern auf der günstigeren *vertraglichen Grundlage* geltend gemacht werden.<sup>213</sup> Konkret können sie auf Art. 97 Abs. 1, 99 Abs. 3 i.V.m. Art. 328 OR (der das arbeitsvertragliche Pendant zu Art. 28 ZGB darstellt<sup>214</sup>) gestützt werden.<sup>215</sup> Denn GUMG-Verstöße gegenüber Arbeitnehmern stellen eine Verletzung der Fürsorgepflicht des Arbeitgebers<sup>216</sup> dar,<sup>217</sup> wie sie eben (auch<sup>218</sup>) in der Pflicht zum allgemeinen Schutz der Arbeitnehmerpersönlichkeit gem. Art. 328 OR zum Ausdruck gelangt.

Dementsprechend wird etwa ein während des Arbeitsverhältnisses unzulässig genetisch diskriminierter Arbeitnehmer den Ersatz des damit einhergehenden Schadens wegen *Schlechterfüllung*<sup>219</sup> beanspruchen können.<sup>220</sup>

Der im vorvertraglichen Stadium zu beantwortenden Frage nach dem *Kontrahierungszwang* entspricht während des Arbeitsverhältnisses funktional jene nach der Gültigkeit einer auf unzulässiger genetischer Diskriminierung basierenden *Kündigung*: Wenngleich unter umgekehrten Vorzeichen, steht nämlich im gegebenen Zusammenhang in beiden Konstellationen letztlich die *Erzwingbarkeit des Arbeitsvertrages* durch den Arbeitnehmer im Fokus. Um die Antwort vorwegzunehmen: Nach hier vertretener Auffassung kommt eine Erzwingung in beiden Fällen *nicht* in Betracht.

Die Begründung dafür wurde für den vorvertraglichen Bereich bereits dargetan,<sup>221</sup> für den wirksam zustande gekommenen Arbeitsvertrag lautet sie wie folgt: Eine Kündigung, die gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 4 GUMG oder gegen die Vorgaben der Art. 21 ff. GUMG verstösst, ist nach hier vertretener Ansicht *missbräuchlich* i.S.d. Art. 336 Abs. 1 OR. Für die zweitgenannte Fallgruppe ist dies, soweit ersichtlich, unstrittig.<sup>222</sup> Für Verstöße gegen das allgemeine Diskriminierungsverbot, denen vor allem im Bereich der *diagnostischen* genetischen Untersuchungen Bedeutung zukommt,<sup>223</sup> sollte nichts anderes gelten, da hier wie dort eine «Eigenschaft, die der anderen Partei

---

213 Vgl. etwa PÄRLI, in: Baeriswyl/Pärli, Datenschutzgesetz, 2015, Art. 328b OR N 39.

214 PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 414.

215 Vgl. allg. PÄRLI (Fn. 110), 84; DENS. (Fn. 137), 68; WILDHABER (Fn. 44), N 42; VON KAENEL (Fn. 115), 147; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 198), Art. 328b N 10a; HUGENTOBler (Fn. 24), 1148.

216 Zum Begriff eingehend PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 405 ff.

217 Vgl. PÄRLI (Fn. 110), 84 und BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 28a.

218 Zu weiteren Ausprägungen PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 406.

219 Siehe HUGENTOBler (Fn. 24), 1148.

220 Siehe im Übrigen generell zu dem aus Art. 328 Abs. 1 OR abgeleiteten, *allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz* im Arbeitsrecht PORTMANN/STÖCKLI (Fn. 173), N 423 ff. sowie eingehend PÄRLI (Fn. 40), N 1441 ff.

221 Dazu sub V. B. a.E.

222 Vgl. etwa WILDHABER (Fn. 44), N 42; VON KAENEL (Fn. 115), 147; STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 198), Art. 328b OR N 10a; PÄRLI (Fn. 110), 84; DENS. (Fn. 137), 69; BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 28a.

223 Dazu sub. IV. B.

kraft ihrer Persönlichkeit zusteht»,<sup>224</sup> den verpönten Kündigungsgrund darstellt. Ein Unterschied besteht jedoch insofern, als die Rechtfertigungsgründe des Art. 336 Abs. 1 lit. a OR nur im Bereich der ersten Fallgruppe in Betracht kommen. Im Bereich der zweiten, d.h. bei *präsymptomatischen* genetischen Untersuchungen, werden diese Rechtfertigungsgründe durch die spezialgesetzlichen Vorgaben des GUMG verdrängt.<sup>225</sup>

Erfolgt die Kündigung, weil die *Zustimmung* des Arbeitnehmers zur Durchführung der zuletzt genannten Untersuchung unterblieben ist, muss unterschieden werden: War die unterlassene Zustimmung insbesondere aufgrund der Nichteröffnung des Erlaubnisvorbehalts gem. Art. 22 GUMG *begründet*, so wird man eine dennoch deswegen erfolgte Kündigung als missbräuchlich gem. Art. 336 Abs. 1 lit. d oder b OR qualifizieren.<sup>226</sup> Im umgekehrten Fall, in dem die *Voraussetzungen des Erlaubnisvorbehalts* verwirklicht sind, wird eine unterbliebene Zustimmung des Arbeitnehmers die deshalb erfolgende Kündigung des Arbeitgebers hingegen nicht missbräuchlich machen.<sup>227</sup> Dies stellt im Übrigen eine Art Pendant zum vorvertraglichen Stadium dar, wo die Verweigerung trotz gegebener Untersuchungsvoraussetzungen ein Beschäftigungsverbot nach sich zieht.<sup>228</sup>

Ist die aufgrund genetischer Arbeitnehmereigenschaften erfolgte Kündigung als missbräuchlich i.S.d. Art. 336 OR zu qualifizieren, so greift die in Art. 336a OR<sup>229</sup> angelegte Besonderheit, wonach entgegen des sonstigen Grundsatzes (Art. 2 Abs. 2 ZGB) nicht *Nichtigkeit*, sondern bloss *Unzulässigkeit* des Rechtsakts vorliegt, die an dessen Wirksamkeit nichts ändert.<sup>230</sup> Die Gründe *gegen* ein Festhalten am Arbeitsvertrag sind dieselben, die gegen einen Kontrahierungszwang sprechen.<sup>231</sup> Es herrscht der *Grundsatz der Kündigungsfreiheit*.<sup>232</sup> Was dem Arbeitnehmer statt einem Anspruch auf Vertragsfortführung – und im Wesentlichen<sup>233</sup> auch anstelle von Schadenersatz und Genugtuung – als Kompensation gewährt wird, ist eine *Entschädigungsleistung*<sup>234</sup> des Arbeitgebers, deren

---

224 Siehe Art. 336 Abs. 1 lit. a OR.

225 Treffend PÄRLI (Fn. 110), 84; ihm folgend STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 198), Art. 328b OR N 10a.

226 So VON KAENEL (Fn. 115), 147; ihm folgend BSK OR I-PORTMANN/RUDOLPH, Art. 328 N 28b.

227 Siehe STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH (Fn. 198), Art. 328b OR N 10a.

228 Dazu schon sub. IV. D. samt Nachweis in Fn. 161.

229 Zu dessen Entstehungsgeschichte zuletzt eingehend HEIZMANN, Strafe im schweizerischen Privatrecht, 2015, N 268 ff.

230 So statt aller REHBINDER/STÖCKLI (Fn. 114), Art. 336a N 1.

231 Dazu sub. IV. B. a.E.

232 Vgl. etwa HEIZMANN (Fn. 229), N 268 m.w.N.

233 Zum Gehalt der umstrittenen Wendung in Art. 336a Abs. 2 S. 2 OR («Schadenersatzansprüche aus einem anderen Rechtstitel sind vorbehalten.») PORTMANN, Das Verhältnis der «Entschädigung» zu Schadenersatz und Genugtuung, ArbR 2008, 15, 16 ff.

234 Zu deren pöner Funktion zuletzt HEIZMANN (Fn. 229), N 318 ff.

richterlicher Zuspruch nach hier vertretener Auffassung eine *Billigkeitsentscheidung* i.S.d. Art. 4 ZGB darstellt.<sup>235</sup>

## VI. Ausblick: Totalrevision des GUMG

Zum Zeitpunkt des Manuskriptabschlusses (Mai 2017) befindet sich das GUMG in Totalrevision; die Vernehmlassung ist abgeschlossen,<sup>236</sup> ein Vorentwurf (dessen arbeitsbezogene Vorschriften der geltenden GUMG-Fassung im Anhang dieses Beitrags gegenübergestellt sind) liegt vor, der Gesetzesentwurf des EDI wird zeitnah erwartet.

Zu den wesentlichsten der erwartbaren Neuerungen der Totalrevision zählt einerseits die Lockerung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die umstrittenen und bisher primär im Internet angebotenen, sog. *direct-to-consumer (DTC) Tests*<sup>237</sup> sowie die generelle<sup>238</sup> Erstreckung des GUMG-Anwendungsbereichs auf sog. genetische *Life-Style-Untersuchungen*,<sup>239</sup> die Aussagen ausserhalb des Gesundheitszustands des Untersuchten enthalten. Demgegenüber bleiben die Änderungen im arbeitsbezogenen Kapitel (Art. 36–41 VE) bisher überschaubar. So wird insbesondere die im Schrifttum bisweilen unter Rechtsstaatsgesichtspunkten kritisierte<sup>240</sup> *ausschliessliche Zuständigkeit* der ausserparlamentarischen Expertenkommission (GUMEK) für die Beurteilung der Relevanz der genetischen Disposition des Arbeitnehmers und die Verlässlichkeit der auf die Dispositionsfeststellung gerichteten Untersuchungsart aufrechterhalten (neu: Art. 38 lit. d VE). Konzeptionell wünschenswert wäre die Involvierung der GUMEK freilich auch hinsichtlich der Zuverlässigkeitsbeurteilung im Versicherungsbereich – das entsprechende Kapitel des VE enthält jedoch de facto keine Novellierungen gegenüber der geltenden Rechtslage. Dies könnte im erwarteten EDI-Entwurf noch geändert und in beiden Abschnitten der rechtsstaatlich motivierten Forderung der Festschreibung der GUMEK-Entscheidungen auf *Verordnungsstufe* Rechnung getragen werden. Ansätze dazu enthält der VE bereits in anderen Regelungsbereichen.<sup>241</sup>

---

235 Entsprechend charakteristisch ist denn auch die Möglichkeit der Berücksichtigung der wirtschaftlichen Lage auf beiden Seiten des Vertragsverhältnisses – dazu ZK-STAEHELIN, Art. 336a OR N 7 m.w.N.

236 Vgl. Vernehmlassungsbericht vom 17. 2. 2016; abrufbar unter <<https://www.bag.admin.ch/dam/bag/de/dokumente/biomed/genetischeuntersuchung/aktuelle-rechtsetzungsprojekte/vernehmlassungsbericht-gen-untersuchungen.pdf.download.pdf/vl-bericht-de-17-02-2016.pdf>>.

237 Dazu eingehend TAVEL, Informationspflicht des Anbieters von direct-to-consumer Gentests nach dem Vorentwurf zum GUMG, Jusletter vom 30. 1. 2017, N 2 ff. und 59 ff.

238 Im Arbeitsbereich siehe bereits bisher Art. 21 lit. c GUMG.

239 Siehe dazu die Erläuterungen zum VE vom 18. 2. 2015, 9. Die Erläuterungen sind abrufbar unter <[https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2374/GUMG\\_Erl.-Bericht\\_de.pdf](https://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/2374/GUMG_Erl.-Bericht_de.pdf)>.

240 Siehe die Nachw. in Fn. 153.

241 Vgl. etwa die Art. 2 Abs. 3 S. 2, 17 Abs. 2 und Art. 31 Abs. 2 VE. Siehe dazu auch die Erläuterungen zum VE (Fn. 239), 3.



Ein Novum des VE stellt die Einfügung des Art. 36 dar, der ein *Untersuchungs-, Nachfrage- und Verwertungsverbot* hinsichtlich der erstmals vom allgemeinen Geltungsbereich erfassten, nicht-medizinischen genetischen Untersuchungen enthält. Darunter können insbesondere die schon erwähnten *Life-Style-Untersuchungen* fallen, an deren Ergebnis der Arbeitgeber durchaus ein Interesse haben kann, wenn es bspw. um Aussagen zur sportlichen Fitness eines (u.U.: potentiellen) Arbeitnehmers geht. Der – Ausnahmen unzugängliche – dreifache Verbotsschutz<sup>242</sup> der Bestimmung ist zu begrüßen, da legitime Informationsinteressen des Arbeitgebers im aussermedizinischen Bereich nicht ersichtlich sind.<sup>243</sup> Bisher ist hierfür Art. 21 lit. c GUMG einschlägig.

Auswirkungen auf den Arbeitsbereich kann auch die geänderte Definition des Oberbegriffs der «genetischen Untersuchungen» in Art. 3 lit. a zeitigen: Neu sollen künftig nämlich auch *erst nach* der Embryonalphase erworbene genetische Eigenschaften vom GUMG erfasst werden. Damit würde eine Einschränkung des Art. 3 lit. a in der geltenden GUMG-Fassung beseitigt.<sup>244</sup> Allerdings soll durch den VE insofern eine *neue Trennlinie* eingeführt werden, als *innerhalb* der Gruppe der im Lebensverlauf erworbenen Geneigenschaften nur jene umfassend informationell geschützt werden sollen, die ihrerseits tatsächlich *vererbbar* sind. Demgegenüber wird für jene, die bloss *somatisch* sind, also nur Körper- und nicht (auf Nachkommen übertragbare) Keimzellen betreffen, ein geringeres Schutzniveau etabliert.<sup>245</sup> Auf diese Weise wird der bisherige methodenbezogene genetische Exzeptionalismus in einem Teilbereich (nämlich entstehungszeitbezogen) etwas erweitert und in einem anderen (nämlich zellartbezogen) sogleich zurückgenommen. Im Arbeitskontext hat dies insbesondere zu Folge, dass weder Art. 36 VE noch der gesamte 4. Abschnitt des VE auf solche Untersuchungen somatischer Zelleigenschaften anwendbar sind, solange dabei nicht (insbesondere zufällig) *Überschussinformationen* hinsichtlich erbter oder vererbbarer Zellmutationen gewonnen werden.<sup>246</sup>

Ob diese in hohem Masse *subtile Differenzierung* – die unabhängig vom Bestehen oder Nichtbestehen einer Krankheit eingreift<sup>247</sup> – den Bedürfnissen und Realitäten der medizinischen Praxis gerecht wird, mögen andere beurteilen. Dem Verfasser scheint die ersatzlose Eliminierung der bisherigen zeitlichen Grenze «Embryonalphase» jedenfalls hinsichtlich der *Keimzellen* folgenlos, da dort Veränderungen *nach* dieser Phase nicht denkbar sind.<sup>248</sup> Es gibt schlicht keine Mutationen, die erst «im Verlauf des Lebens» erst-

---

242 Dazu schon sub. IV. C.

243 Vgl. auch die Erläuterungen zum VE (Fn. 239), 87.

244 Siehe dazu N 26.

245 Vgl. Art. 2 Abs. 3 VE.

246 Siehe Erläuterungen zum VE (Fn. 239), 87.

247 Vgl. demgegenüber etwa die Kategorisierung in § 65 Abs. 1 Z 1 und 2 des österreichischen Gentechnikgesetzes (GTG).

248 Gegenteiliges scheinen jedoch die Erläuterungen zum VE (Fn. 239) zu suggerieren, indem sie von «während der Embryonalphase bzw. später stattfindende[n] Neumutationen [...] in Keimzellen» sprechen (44).

mals erworben würden und dennoch vererblich wären.<sup>249</sup> Der besondere informationelle Schutz hinsichtlich dieser Eigenschaften bleibt deshalb von der geplanten zeitlichen Ausweitung des GUMG-Anwendungsbereichs unberührt. Auch die dafür ins Treffen geführte Absicht der *Gleichstellung ererbter und vererbbarer Eigenschaften*<sup>250</sup> rechtfertigt die Ausweitung nicht, da nach hier vertretenem Verständnis beide Kategorien schon von der geltenden Fassung des Art. 3 lit. a GUMG (mit seiner Embryonalphasen-Grenze) erfasst werden. Der einzig überzeugende Grund für dessen Änderung ist deshalb der künftig gewünschte informationelle Schutz (auch) *von nach der Embryonalphase erworbenen, somatischen Zelleigenschaften*. Dieser fällt jedoch wesentlich geringer aus als jener hinsichtlich ererbter oder vererbbarer Merkmale.

Der juristische Praktiker mag sich gegenüber all dem i.d.R. mit der Feststellung begnügen, dass der arbeitsbezogene 4. Abschnitt des GUMG (in der Ausgestaltung des VE) wie bisher nur auf *präsymptomatische* genetische Untersuchungen anwendbar ist.

Eine letzte Änderung betrifft die *Durchführungsbestimmungen* hinsichtlich ausnahmsweise zulässiger präsymptomatischer Untersuchungen: Die bisher in Art. 23 Abs. 3 GUMG enthaltene, explizite *Vernichtungspflicht* der gewonnenen Probe nach Untersuchungsabschluss soll nach dem VE entfallen, weil die Interessen des Untersuchten schon durch andere Bestimmungen sowie die Bewilligungs- und Beaufsichtigungspflicht der involvierten Laboratorien hinreichend sichergestellt sei und eine generelle Vernichtungspflicht der Qualitätskontrolle entgegenstehen könne.<sup>251</sup> Weitere Gründe sind denkbar.<sup>252</sup> Dennoch wurde die Streichung der expliziten Vernichtungspflicht in der Vernehmlassung von verschiedenen Seiten stark kritisiert.<sup>253</sup> Nach hier vertretener Auffassung ergibt sich eine solche Pflicht – ungeachtet einer Verankerung im GUMG – schon aus den aus Art. 4 Abs. 2 DSG erfließenden zeitlichen Vorgaben<sup>254</sup> des *datenschutzrechtlichen Verhältnismässigkeitsprinzips*.<sup>255</sup> Eine ergebnisbezogene Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage stünde deshalb selbst bei Streichung der derzeit noch in Art. 23 Abs. 3 GUMG normierten Vernichtungspflicht durch den angekündigten Entwurf des EDI nicht zu befürchten.

---

249 Zu in jüngster Zeit jedoch aufgetretenen Hinweisen auf die mögliche Vererbbarkeit zumindest epigenetischer Mechanismen (also nicht genetischer Merkmale i.e.S.) siehe etwas ZENK et al., *Germ line-inherited H3K27me3 restricts enhancer function during maternal-to-zygotic transition*, *Science* 2017, 212 ff.

250 Siehe die Erläuterungen zum VE (Fn. 239), 22.

251 Erläuterungen zum VE (Fn. 239), 91.

252 Siehe BARTRAM (Fn. 29), 168 f.

253 Siehe Vernehmlassungsbericht (Fn. 236), 6 und 34.

254 Ebenso schon MUND, (Fn. 49), 120 und 290.

255 Dazu BAERISWYL, in: Baeriswyl/Pärli, *Datenschutzgesetz*, 2015, Art. 4 DSG N 20 ff.

## VII. Anhang: Synopse arbeitsrechtlicher GUMG-Bestimmungen *de lege lata* und *de lege ferenda*

### Vorentwurf 2015 zur Totalrevision des GUMG    Geltendes GUMG (SR 810.12)

#### Art. 36 [ohne Titel]

Sowohl von Arbeitgebern und Versicherungseinrichtungen als auch in Haftpflichtfällen darf die Durchführung genetischer Untersuchungen oder die Offenlegung oder Verwertung von Ergebnissen früherer solcher Untersuchungen nicht verlangt werden, wenn es sich um Untersuchungen ausserhalb des medizinischen Bereichs handelt.

– vgl. aber Art. 21 lit. c

#### Art. 37 Grundsatz

Bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen der Arbeitgeber und seine Vertrauensärztin oder sein Vertrauensarzt:

- a. keine präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen;
- b. weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen noch solche Ergebnisse verwerten.

#### Art. 21 Grundsatz

Bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen der Arbeitgeber und seine Vertrauensärztin oder sein Vertrauensarzt:

- a. keine präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen;
- b. weder die Offenlegung von Ergebnissen aus früheren präsymptomatischen genetischen Untersuchungen verlangen noch solche Ergebnisse verwerten;
- c. keine genetischen Untersuchungen verlangen, mit denen persönliche Eigenschaften einer Arbeitnehmerin oder eines Arbeitnehmers erkannt werden sollen, die nicht die Gesundheit betreffen.

**Vorentwurf 2015 zur Totalrevision des GUMG    Geltendes GUMG (SR 810.12)**

**Art. 38 Ausnahmen für präsymptomatische genetische Untersuchungen zur Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen**

Bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen sowohl die Arbeitsmedizinerin oder der Arbeitsmediziner als auch die beauftragte Ärztin oder der beauftragte Arzt eine präsymptomatische genetische Untersuchung veranlassen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Der Arbeitsplatz ist durch Verfügung der Schweizerischen Unfallversicherungsanstalt (SUVA) der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt, oder für die betreffende Tätigkeit muss aufgrund anderer bundesrechtlicher Vorschriften eine medizinische Eignungsuntersuchung durchgeführt werden, weil die Gefahr einer Berufskrankheit oder einer schwerwiegenden Umweltschädigung oder eine schwerwiegende Unfall- oder Gesundheitsgefahr für Drittpersonen bestehen.
- b. Massnahmen am Arbeitsplatz im Sinne von Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung oder anderen gesetzlichen Bestimmungen reichen nicht aus, um diese Gefahren auszuschliessen.
- c. Nach dem Stand der Wissenschaft hängen die Berufskrankheit, die Gefahr der Umweltschädigung oder die Unfall- oder Gesundheitsgefahr für Drittpersonen mit einer bestimmten genetischen Veranlagung der Person, die den Arbeitsplatz innehat, zusammen.
- d. Die Expertenkommission hat diesen Zusammenhang bestätigt und die Untersuchungsart als zuverlässig bezeichnet, um die entsprechende genetische Veranlagung zu erkennen.
- e. Die betroffene Person hat der Untersuchung schriftlich zugestimmt.

**Art. 22 Ausnahmen für präsymptomatische genetische Untersuchungen zur Verhütung von Berufskrankheiten und Unfällen**

Bei der Begründung oder während der Dauer des Arbeitsverhältnisses dürfen sowohl die Arbeitsmedizinerin oder der Arbeitsmediziner als auch die beauftragte Ärztin oder der beauftragte Arzt eine präsymptomatische genetische Untersuchung veranlassen, wenn die folgenden Voraussetzungen erfüllt sind:

- a. Der Arbeitsplatz ist durch Verfügung der SUVA der arbeitsmedizinischen Vorsorge unterstellt, oder auf Grund anderer bundesrechtlicher Vorschriften muss für die betreffende Tätigkeit eine medizinische Eignungsuntersuchung durchgeführt werden, weil die Gefahr einer Berufskrankheit oder einer schwerwiegenden Umweltschädigung oder schwerwiegende Unfall- oder Gesundheitsgefahren für Drittpersonen bestehen.
- b. Massnahmen am Arbeitsplatz im Sinne von Artikel 82 des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung oder anderen gesetzlichen Bestimmungen reichen nicht aus, um diese Gefahren auszuschliessen.
- c. Nach dem Stand der Wissenschaft hängen die Berufskrankheit, die Gefahr der Umweltschädigung oder die Unfall- oder Gesundheitsgefahren für Drittpersonen mit einer bestimmten genetischen Veranlagung der Person, die den Arbeitsplatz innehat, zusammen.
- d. Die Expertenkommission für genetische Untersuchungen beim Menschen hat diesen Zusammenhang bestätigt und die Untersuchungsart als zuverlässig bezeichnet, um die entsprechende genetische Veranlagung zu erkennen.
- e. Die betroffene Person hat der Untersuchung schriftlich zugestimmt.

**Vorentwurf 2015 zur Totalrevision des GUMG    Geltendes GUMG (SR 810.12)**

**Art. 39 Durchführung der Untersuchung**

1 Die Untersuchung muss sich auf die bestimmte genetische Veranlagung beschränken, die am Arbeitsplatz relevant ist. Weitere genetische Eigenschaften dürfen nicht abgeklärt werden.

2 Für die genetische Beratung gilt Artikel 18.

**Art. 40 Mitteilung des Untersuchungsergebnisses und Übernahme der Kosten**

1 Die Ärztin oder der Arzt teilt das Ergebnis der Untersuchung der betroffenen Person mit. Dem Arbeitgeber wird lediglich mitgeteilt, ob die betroffene Person für die vorgesehene Tätigkeit in Frage kommt.

2 Wird die arbeitsmedizinische Vorsorge gestützt auf eine Verfügung der SUVA durchgeführt, so trägt diese die Kosten, in den übrigen Fällen der Arbeitgeber.

**Art. 41 Einschreiten von Amtes wegen**

Stellen die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 oder des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung Verstösse gegen die Artikel 36–40 fest, so müssen sie von Amtes wegen einschreiten.

**Art. 23 Durchführung der Untersuchung**

1 Die Untersuchung muss sich auf die bestimmte genetische Veranlagung beschränken, die am Arbeitsplatz relevant ist. Nach weiteren genetischen Daten darf nicht geforscht werden.

2 Vor und nach der Untersuchung muss die genetische Beratung nach Artikel 14 durchgeführt werden.

3 Nach Abschluss der Untersuchung ist die Probe zu vernichten.

**Art. 24 Mitteilung des Untersuchungsergebnisses und Übernahme der Kosten**

1 Die Ärztin oder der Arzt teilt das Ergebnis der Untersuchung der betroffenen Person mit. Dem Arbeitgeber wird lediglich mitgeteilt, ob die betroffene Person für die vorgesehene Tätigkeit in Frage kommt.

2 Wird die arbeitsmedizinische Vorsorge gestützt auf eine Verfügung der SUVA durchgeführt, so trägt diese die Kosten, in den übrigen Fällen der Arbeitgeber.

**Art. 25 Einschreiten von Amtes wegen**

Stellen die Durchführungsorgane des Arbeitsgesetzes vom 13. März 1964 oder des Bundesgesetzes vom 20. März 1981 über die Unfallversicherung Verstösse gegen die Artikel 21–24 fest, so müssen sie von Amtes wegen einschreiten.