

An das  
Bundesministerium für Gesundheit und Frauen

Per Mail:  
gabriele.satzinger@bmgf.gv.at

**Betrifft:** Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Gentechnikgesetz und das  
Versicherungsvertragsgesetz geändert werden  
**Stellungnahme des Datenschutzrates**

Der **Datenschutzrat** hat in seiner **230. Sitzung am 26. September 2016 ein-  
stimmig** beschlossen, zu der im Betreff genannten Thematik folgende Stellung-  
nahme abzugeben:

### **1) Allgemeines**

Laut den **Erläuterungen zum gegenständlichen Gesetzesentwurf** hat der VfGH mit Erkenntnis vom 8. Oktober 2015, G 20/2015-13, G 281/2015-8, einige Wortfolgen in § 67 GTG und in § 11a Abs. 1 VersVG mit der Begründung als verfassungswidrig aufgehoben, dass das in § 67 GTG normierte Verbot der Erhebung und Verwendung von **Ergebnissen genetischer Analysen des Typs 1** durch **Versicherer** nicht sachlich gerechtfertigt sei, weil sich solche Untersuchungsergebnisse nicht wesentlich von jenen aus „konventionellen“, d.h. nicht mit gentechnischen Methoden durchgeführten Untersuchungen unterscheiden. Aufgehoben wurden gemäß dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs die Wortfolgen „und Versicherern“ und „oder Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern“ in § 67 GTG, BGBl. Nr. 510/1994 idF BGBl. I Nr. 127/2005. Die Aufhebung tritt mit Ablauf des 31. Dezember 2016 in Kraft. **Es sollte daher § 67 GTG fristgerecht entsprechend geändert werden.**

Dieses Bundesgesetz diene gemäß den Ausführungen des BMGF der Herstellung der verfassungskonformen Rechtslage nach Aufhebung der Wortfolgen „und Versicherern“ und „oder Versicherungsnehmern oder Versicherungswerbern“ in § 67 GTG, BGBl. Nr. 510/1994 idF BGBl. I Nr. 127/2005, sowie des letzten Satzes in § 11a Abs. 1 VersVG, BGBl. 2/1959, idF BGBl. I Nr. 34/2012, durch den Verfassungsgerichtshof.

**Das gegenständliche Vorhaben umfasse nach Darstellung des BMGF hauptsächlich folgende Maßnahmen:**

Mit der vorliegenden Gesetzesnovelle soll entsprechend dem Erkenntnis des VfGH sichergestellt werden, dass die Weitergabe von Daten aus genetischen Analysen künftig verfassungskonform geregelt werde.

Das bisherige Verbot der Datenweitergabe in § 67 GTG habe sich nicht differenzierend auf alle Typen genetischer Analysen bezogen. Der VfGH habe jedoch im Hinblick auf genetische Analysen des Typs 1, die in ihrer Aussagekraft Daten aus konventionellen, also nicht mittels genetischer Methoden erhobenen Untersuchungen entsprechen, einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz erkannt und die Bestimmung hinsichtlich Versicherern in Bezug auf alle genetischen Analysen aufgehoben. **Mit der vorliegenden Gesetzesnovelle werde nun entsprechend dem differenzierenden Erkenntnis des VfGH die Weitergabe von Daten aus genetischen Analysen des Typs 1 vom ansonsten weiter aufrechten Verbot ausgenommen.** Gleichzeitig werde sichergestellt, dass die Weitergabe von Daten aus genetischen Analysen des Typs 2, 3 oder 4 an Versicherer, welche vom VfGH nicht als verfassungswidrig erkannt wurden, **weiterhin vollumfänglich verboten bleibt.**

Die als verfassungswidrig aufgehobenen Bestimmungen treten mit 31. Dezember 2016 außer Kraft. Diese Neuregelung soll nach Ansicht des BMGF die verfassungskonforme Rechtslage mit 1. Jänner 2017 sicherstellen.

## **2) Datenschutzrechtlich relevante Bestimmungen**

### **I. Artikel 1 (Änderung des Gentechnikgesetzes)**

**Der Datenschutzrat nimmt die Ausführungen der informierten Vertreterin des Bundesministeriums für Gesundheit und Frauen in der Sitzung des Datenschutzrates zur Kenntnis, dass der Entwurf überarbeitet und auf die Einbeziehung der Arbeitgeber – als mögliche Empfänger von Ergebnissen genetischer Analysen des Typs 1 wie im Begutachtungsentwurf vorgesehen – gänzlich verzichtet wird sowie eine klare Typenabgrenzung erfolgt.**

**Der Datenschutzrat erwartet sich vom Bundesministerium für Gesundheit und Frauen, dass aus Ergebnissen genetischer Analysen des Typs 1 nicht auf die anderen Typen 2, 3 und 4 geschlossen werden kann.**

Zu Z 1 (§ 67):

Nach der vorgeschlagenen Bestimmung soll es für Arbeitgeber und Versicherer einschließlich deren Beauftragten und Mitarbeitern verboten sein, „Ergebnisse genetischer Analysen des Typs 2, 3 und 4 [...] zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten“. Somit werden „Ergebnisse von genetischen Analysen“ des Typs 1 generell nicht mehr in das Verbot miteinbezogen. Das Verbot für Arbeitgeber und Versicherer, Ergebnisse von genetischen Analysen des Typs 1 zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten, **entfällt** im Vergleich zur bestehenden Rechtslage.

**Nach Auffassung des Datenschutzrates wird damit dem genannten Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes in zu undifferenzierter – und damit letztlich in mehrfach überschießender – Form Rechnung getragen.**

Wie eingangs ausgeführt erstreckt sich das Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs ausdrücklich nur auf die Aufhebung der Wortfolgen „und **Versicherern**“ und „oder **Versicherungsnehmern** oder **Versicherungswerbern**“ in § 67 GTG, BGBl. Nr. 510/1994 idF BGBl. I Nr. 127/2005 (Hervorhebungen nicht im Original). Das Wort „Arbeitgebern“ ist vom Erkenntnis nicht erfasst und wurde auch von den Beschwerdeführern nicht angefochten und somit vom Verfassungsgerichtshof gar nicht geprüft. Das Verbot, Ergebnisse von genetischen Analysen des Typs 1 zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten, **auch für Arbeitgeber aufzuheben** (wie im vorliegenden Entwurf vorgesehen), scheint daher im Lichte des Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes **keinesfalls geboten**.

Ein derartiger Ansatz **übersieht zudem auch den damit verbundenen arbeitsrechtlichen Aspekt**, dass es dem Arbeitgeber grundsätzlich nicht gestattet ist, (auf welche Art immer zustande gekommene) medizinische Diagnosen von seinen Arbeitnehmern und Arbeitssuchenden zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten. Er ist – abgesehen von bestimmten anzeigepflichtigen übertragbaren Krankheiten – nur berechtigt, mitgeteilt zu erhalten, ob eine Arbeitsunfähigkeit auf eine Krankheit, einen Arbeitsunfall oder eine Berufskrankheit zurückzuführen ist (zB OGH 9 ObA 236/89 RdW 1990, 56; *Kallab/Hauser*, Entgeltfortzahlungsgesetz, 5. Aufl [2012] § 4 Erl 7; *Drs in Neumayr/Reissner* [Hrsg], Zeller Kommentar zum Arbeitsrecht<sup>2</sup> [2011] § 8 AngG Rz 75).

Damit ist davon auszugehen, dass es dem Arbeitgeber datenschutzrechtlich untersagt ist, diese gem § 4 Z 2 DSG 2000 (bzw hinkünftig gem Art. 9 Abs. 1 EU-DSGVO 2016/679) sensiblen Gesundheitsdaten zu verwenden, zumal die datenschutzrechtlich geforderte Freiwilligkeit einer Zustimmung (iSd § 4 Z 14 DSG 2000) zur Verwendung dieser Daten vom Arbeitgeber kaum „freiwillig“ gegeben wird.

Es ist sohin schlüssig, dass es im Lichte des § 1 DSG 2000 bzw Art 8 EMRK sowie der dargelegten ständigen Rechtsprechung **weiterhin für Arbeitgeber verboten sein soll, Ergebnisse von genetischen Analysen des Typs 1 zu erheben, zu verlangen, anzunehmen oder sonst zu verwerten.**

Auch in einem **weiteren Punkt** scheint der gewählte Ansatz des Entwurfs zu weit zu gehen: Die Erläuterungen führen aus, dass die **Vergleichbarkeit mit konventionell erhobenen Daten nur bei der Ermittlung und Verwendung „der aus den Laborergebnissen abgeleiteten Diagnose“** gegeben sei, **nicht** aber bei der **Weitergabe der gesamten bei der Erhebung erzielten Analysedaten**, da nicht ausgeschlossen werden könne, dass anhand dieser Analysedaten in Zukunft weitere, zum Zeitpunkt der Erhebung noch nicht absehbare medizinische Aussagen getroffen werden können.

Insbesondere sollte daher klargestellt werden, ob sich die wiedergegebene Aussage in den Erläuterungen auf ein bestimmtes (eingeschränktes) Verständnis des Begriffes „Ergebnis einer genetischen Analyse“ in anderen Bestimmungen des GTG stützt (vgl. etwa § 66 Abs. 2 und § 71a GTG), wobei zu beachten wäre, dass ein solches Begriffsverständnis auch für den Umfang des Verbotes des § 67 GTG

hinsichtlich der „Ergebnisse von genetischen Analysen“ des Typs 2 bis 4 von Bedeutung sein könnte.

**Aus der Sicht des Datenschutzrates scheint daher eine Regelung erforderlich, wonach das Erheben etc. von Daten in Zusammenhang mit Analysen des Typs 1 durch Versicherer auf die Diagnose einer solchen Analyse beschränkt sein soll. Eine solche Beschränkung erscheint vor dem Hintergrund des genannten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes, wonach der Schutz der Versicherungswerber bzw. -nehmer vor einer (unfreiwilligen) Aufdeckung ihrer genetischen Disposition gegenüber dem Versicherer ein zu berücksichtigendes öffentliches Interesse darstellt, **prinzipiell zulässig. Es muss sichergestellt sein, dass aus Ergebnissen genetischer Analysen des Typs 1 nicht auf die anderen Typen 2, 3 und 4 geschlossen werden kann.****

Eine solche Regelung könnte etwa derart erfolgen, dass das bisher geltende Verbot des § 67 GTG unverändert neu erlassen wird und lediglich das Erheben etc. von **Diagnosen** aus genetischen Analysen des Typs 1 von diesem Verbot ausgenommen wird.

**Der Datenschutzrat regt daher zusammenfassend grundsätzlich an, dass das bisher geltende Verbot des § 67 GTG unverändert neu erlassen wird und lediglich das Erheben, das Verlangen, die Annahme und die sonstige Verwertung von Diagnosen aus genetischen Analysen des Typs 1 für Versicherer von diesem Verbot ausgenommen wird.**

**Da das Verbot für Arbeitgeber, Genanalysen – auch solche des Typs 1 – von Arbeitnehmern und Arbeitssuchenden zu verlangen, nicht angefochten wurde und auch nicht vom Spruch des Verfassungsgerichtshofes erfasst wurde, hat dieses Verbot – auch im Lichte der obigen arbeits- bzw. datenschutzrechtlichen Überlegungen – weiterhin in Geltung zu bleiben.**

## **II. Artikel 2 (Änderung des Versicherungsvertragsgesetzes)**

Zu Z 1 (§ 11a Abs. 1):

§ 11a Abs. 1 nimmt auf das Verbot der Erhebung und Verwendung von Daten aus genetischen Analysen gemäß § 67 GTG Bezug. In diesem Zusammenhang wird angemerkt, dass das „Verwenden von Daten“ (§ 4 Z 8 DSG 2000) jede Art der Handhabung von Daten und somit auch das „Ermitteln von Daten“ (§ 4 Z 9

DSG 2000) umfasst. Es sollte daher geprüft werden, ob die in § 11a Abs. 1 genannte „Erhebung“ von Daten nicht bereits von der „Verwendung von Daten“ mitumfasst ist und daher entfallen kann.

29. September 2016  
Für den Datenschutzrat  
Der Vorsitzende:  
MAIER

**Elektronisch gefertigt**