

Public Health Genetics

Grundrechtliche Aspekte

Genetik im Dienste der Bevölkerungsgesundheit – Normative Tendenzen

Eindrücklich und anschaulich hat die deutsche Avantgarde der Idee von „Public Health Genetics“ wiederholt dargetan, in welcher Weise und in welchem Umfang genetische Daten unsere Kenntnis und Erkenntnis, die Ursachen und Wahrscheinlichkeit von Krankheiten betreffend, vermehren und dass diese Vermehrung nicht nur im Interesse des jeweiligen einzelnen Datenträgers, sondern womöglich der Bevölkerung insgesamt oder größerer Teile von ihr liegt und auch für sie nutzbar gemacht werden müsse [1].

Unvermeidlich schließt sich an dieses Plädoyer, das besonders im angelsächsischen Raum seit Jahren auf offene Ohren stößt, die – freilich wie immer zweitrangige – Frage an, wie sich das Recht, speziell das Verfassungsrecht, zur Gewinnung und Verwendung genetischer Daten im Dienste der Bevölkerungsgesundheit verhält. Sie teilt sich in zwei Unterfragen: Erstens, was sagt das Recht zur Erhebung genetischer Daten? Zweitens, was sagt es zu ihrem Einsatz im Bereich der Bevölkerungsgesundheit? Beide Unterfragen sind insofern auch miteinander verbunden, weil es sein könnte, dass die Absicht, Daten im Interesse der Bevölkerungsgesundheit zu verwenden, bereits ihre Erhebung auch dann legitimiert, wenn sonstige Erhebungsmotive nicht ausreichen oder nicht einschlagen.

Auch die staatlichen und überstaatlichen Normgeber scheinen sich zunehmend von der Aktualität und Dringlichkeit der damit zusammenhängenden Fragen zu überzeugen. Zwei Beispiele:

Erstens: Am 7. Mai 2008 hat das Ministerkomitee des Europarates ein Zusatzprotokoll zur Oviedo-Konvention von 1997 „Concerning Genetic Testing for Health Purposes“ verabschiedet [2]. Es liegt seit dem 27. November 2008 zur Unterzeichnung durch interessierte Staaten – zu denen die Bundesrepublik nicht gehören wird, nachdem sie die Oviedo-Konvention selbst nicht unterzeichnet hat – aus [3]. Sein Artikel 19 umschreibt die zusätzlichen Voraussetzungen, die „genetic screening programmes for health purposes“ erfüllen müssen.

Als zweites Beispiel darf der am 13. Oktober 2008 in den Bundestag eingebrachte Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über genetische Untersuchungen beim Menschen [4], eines Gendiagnostikgesetzes also, erwähnt werden. Er widmet sich zwar primär der im Interesse des betreffenden Datenträgers liegenden genetischen Untersuchung, streift aber doch auch in seinem § 16 die Reihenuntersuchung, deren Motiv nicht die individuelle Disposition, sondern das mutmaßliche erhöhte Risiko der Bevölkerung insgesamt oder eines Teiles von ihr ist [5].

Losgelöst von den eben genannten Beispielen sollen hier drei Aspekte thematisiert werden: erstens der grundrechtliche Ausgangspunkt einer Erhebung und Verwendung genetischer Daten, zweitens der verfassungsrechtliche Rang der Bevölkerungsgesundheit und drittens die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit einer public-health-motivierten Erhebung und Verwendung genetischer Daten auch gegen den Willen des Betroffenen.

Der grundrechtliche Ausgangspunkt einer Erhebung und Verwendung genetischer Daten

Das einschlägige Grundrecht

Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Erhebung und Verwendung genetischer Daten ist der grundrechtliche Datenschutz. Damit ist nicht gesagt, dass die individuelle Perspektive allein über Zulässigkeit und Grenzen der public-health-orientierten Datenerfassung entscheidet, wohl aber, dass sich Public Health Genetics – wenn nicht der informed consent des Daten-Trägers vorliegt – stets vor dem Grundrecht auf Datenschutz zu rechtfertigen hat.

Das Grundgesetz

Die Erhebung, Speicherung und Verwendung genetischer Daten berührt die vom Bundesverfassungsgericht [6] sogenannte informationelle Selbstbestimmung, deren grundrechtlichen Sitz das Gericht in der Kombination von freier Entfaltung der Persönlichkeit, Artikel 2 I Grundgesetz (GG), und Menschenwürde, Artikel 1 I GG, entdeckt hat. Als jüngerer Beleg für die inzwischen ständige Rechtsprechung darf die Entscheidung zum Vaterschaftstest [7] zitiert werden: „Das von Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 GG umfasste Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützt die Befugnis des Einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.... Zu diesen grundrechtlich geschützten Daten gehören auch solche, die Informa-

tionen über genetische Merkmale einer Person enthalten, aus denen sich in Abgleich mit den Daten einer anderen Person Rückschlüsse auf die Abstammung ziehen lassen....“

Die Landesverfassungen

Neun der 16 Landesverfassungen haben den Gedanken aufgegriffen und eine ausdrückliche Garantie des Datenschutzes in ihren Text aufgenommen. Sie vertrauen nicht darauf, dass die auch von ihnen geschützte freie Entfaltung der Persönlichkeit oder Handlungsfreiheit zusammen mit der Menschenwürde das Notwendige leistet, sondern schützen zusätzlich ausdrücklich die personenbezogenen Daten als Teil der Persönlichkeit und des privaten Lebensbereiches [8]. So heißt es etwa in Berlin – ungeachtet des Umstandes, dass die Verfassung in Artikel 6 und 7 Menschenwürde und freie Entfaltung zugesteht –: „Das Recht des einzelnen, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen, wird gewährleistet“ (Artikel 33 Satz 1). Inhaltlich sind solche Gewährleistungen zunächst kein Zugewinn gegenüber dem Grundgesetz, weil das zum Datenschutz schweigende Grundgesetz mit der Brille des Bundesverfassungsgerichts, also im Sinne der informationellen Selbstbestimmung, gelesen werden muss. Aber es vermittelt wie jede (zwar überflüssige, aber) spezielle Norm doch mehr Vertrauen und damit Sicherheit als das schiere Schweigen.

Einschränkbarkeit des Grundrechts

Die Landesverfassungen

Andererseits reicht dieser landesverfassungsrechtliche Schutz womöglich weniger weit als das vom Bundesverfassungsgericht erfundene Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung. Denn die Texte der Landesverfassungen stellen das Grundrecht sogleich unter Gesetzesvorbehalt, das heißt, sie lassen Einschränkungen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes zu. Wieder am Beispiel Berlin: „Einschränkungen dieses Rechts bedürfen eines Gesetzes. Sie sind nur im überwiegenden Allgemeininteresse zulässig“ (Artikel 33 Sätze 2 und 3).

Das Grundgesetz

Man sollte denken, dass demgegenüber das Bundesgrundrecht auf informationelle Selbstbestimmung, weil es doch vom Bundesverfassungsgericht auch auf die uneinschränkbare Menschenwürde gestützt wird, gegen jedwede Einschränkung gefeit ist, den Träger genetischer Daten also ungleich stärker schützt als die Landesverfassungen. Aber diese Vermutung trügt. Um wieder das Urteil zum Vaterschaftstest [9] zu zitieren: „Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ist jedoch nicht schrankenlos gewährleistet. Insbesondere muss der Einzelne Einschränkungen dieses Rechts hinnehmen, die im überwiegenden Interesse anderer oder der Allgemeinheit liegen. Solche Beschränkungen bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, aus der sich die Voraussetzungen und der Umfang der Beschränkungen ergeben und die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht....“

Folgerungen

Es erlauben also sowohl das Grundgesetz als auch die Landesverfassungen Einschränkungen des Datenschutzes, sofern nur drei Voraussetzungen erfüllt sind: Erstens, die Einschränkung bedarf eines Gesetzes. Ohne Gesetz kein Zugriff auf die Daten, jedenfalls nicht ohne Einwilligung des Datenträgers. Zweitens, das Gesetz muss im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit oder, wenn man dem Bundesverfassungsgericht folgt, auch eines Teils der Allgemeinheit („anderer“) liegen. Drittens, das Gesetz muss verhältnismäßig sein, also in geeigneter, erforderlicher und angemessener Weise das jeweils überwiegende Interesse verfolgen.

Das Zweite leitet über zu der konkreteren Frage, ob die Bevölkerungsgesundheit ein überwiegendes Interesse darstellen kann, das Dritte zu der anschließenden zu bedenkenden Frage, unter welchen Voraussetzungen Datenerhebung und -verwendung im Interesse der Bevölkerungsgesundheit verhältnismäßig sind.

Der rechtliche Rang der Bevölkerungsgesundheit

Der rechtliche Rang der Bevölkerungsgesundheit und damit auch ihre eventuelle Durchsetzungsfähigkeit gegenü-

ber grundrechtlicher Abwehr ergeben sich aus vier voneinander unabhängigen Überlegungen:

Legitimes Ziel von Grundrechtseinschränkungen

Erstens: Grundrechte, auch die informationelle Selbstbestimmung, dürfen durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes eingeschränkt werden, wenn die Einschränkung geeignet, erforderlich und angemessen ist, um ein sogenanntes legitimes Ziel zu verfolgen. Legitim ist ein Ziel, wenn die Verfassung es eigens benennt oder die Verfassungsgerichte es als legitim einstufen.

Die vom Bundesverfassungsgericht entfaltete grundgesetzliche Perspektive

Das Grundgesetz schweigt regelmäßig zu den Zielen, zu deren Gunsten Grundrechte sich verhältnismäßige Einschränkungen gefallen lassen müssen. Nur ganz gelegentlich privilegiert es Ziele grundrechtseinschränkender Gesetze, indem es sie ausdrücklich formuliert, so etwa, wenn es zum Beispiel in Artikel 11 II GG Einschränkungen der Freizügigkeit billigt, wenn es „zur Bekämpfung von Seuchengefahr... erforderlich ist“. Daraus lässt sich kein Umkehrschluss ziehen: Zu denselben Zwecken, aber auch zu anderen gesundheitspolitischen Zwecken dürfen auch andere Grundrechte eingeschränkt werden, selbst wenn der ihnen beigefügte Gesetzesvorbehalt davon nichts weiß, sogar dann, wenn sie gar nicht unter ausdrücklichem Gesetzesvorbehalt stehen.

So hat das Bundesverfassungsgericht öfter die „Volksgesundheit“, die „Gesundheit der Bevölkerung“ und die „Gesundheitsversorgung der Bevölkerung“ als Güter genannt und – bei Schweigen der Verfassung – anerkannt, die in der Lage sind, verhältnismäßige Grundrechtsbeeinträchtigungen zu rechtfertigen. Bereits vor mehr als einem halben Jahrhundert bezeichnete es die „Volksgesundheit“ als ein Gut, das es rechtfertigte, die grundsätzlich durch die Berufsfreiheit, Artikel 12 I GG, geschützte Niederlassungsfreiheit der Apotheker einzuschränken [10]. Vier Jahre später rechnete es die Volksgesundheit zu den „absoluten“, das heißt allgemein anerkannten und von der jeweiligen Poli-

tik des Gemeinwesens unabhängigen Gemeinschaftswerten [11]. Weitere Entscheidungen schlossen sich an [12]. Ähnliches Ansehen genießt die „Gesundheit der Bevölkerung“: Sie sei ein Gemeinschaftsgut von hohem Rang, das selbst empfindliche Eingriffe in die Berufsfreiheit rechtfertigen könne, befand das Bundesverfassungsgericht im Jahre 2003 [13]. Und ebenso verhält es sich mit der „Gesundheitsversorgung der Bevölkerung“: Sie sei ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut [14].

Ausdrückliche landesverfassungsrechtliche Erwähnungen

Auf die Rechtsprechung ist man zur Ermittlung des hohen Ranges der Gesundheit der Bevölkerung nicht angewiesen, wenn Verfassungstexte sie ausdrücklich als legitimen Grund von Grundrechtseinschränkungen benennen. Mustergültig geschieht dies in Bayern und Bremen. Artikel 98 Satz 1 der Bayerischen Verfassung statuiert: Grundrechte dürfen grundsätzlich nicht eingeschränkt werden. Und Satz 2 fügt hinzu: Einschränkungen durch Gesetz sind nur zulässig, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit und Wohlfahrt es zwingend erfordern. Und ähnlich sagt Artikel 3 II der Bremischen Verfassung: Die Freiheit kann nur durch Gesetz eingeschränkt werden, wenn die öffentliche Sicherheit, Sittlichkeit, Gesundheit oder Wohlfahrt es erfordert. Damit ist klargestellt, dass die öffentliche Gesundheit ein Verfassungsgut ist, das – falls (zwingend) erforderlich – die Einschränkung von Grundrechten, und zwar von Grundrechten jeder Art, damit auch der informationellen Selbstbestimmung, rechtfertigt.

Kerngarantie durch Gesetzgebungsermächtigungen

Den zweiten Beitrag zum Rang der Bevölkerungsgesundheit leisten, in freilich bescheidener Weise, die Vorschriften des Grundgesetzes über die Verteilung der Gesetzgebungszuständigkeiten zwischen Bund und Ländern.

Artikel 74 I Nr. 19 GG ermächtigt im Rahmen der sogenannten konkurrierenden Gesetzgebung zu „Maßnahmen gegen gemeingefährliche oder übertragbare Krankheiten bei Menschen und Tieren“. Dabei hängt das Gesetzgebungsrecht des Bundes

seit 2006 nicht mehr davon ab, dass seine diesbezügliche Regelung „erforderlich“ im Sinne des Artikels 72 II GG ist.

Diagnose, Therapie und Vorbeugung

„Maßnahmen gegen...“ sind nicht nur therapeutische, sondern auch präventive Maßnahmen. Nummer 19 thematisiert insofern auch den vorbeugenden Schutz. Die Adjektive „gemeingefährlich“ und „übertragbar“ weisen auf den überindividuellen Gehalt der Gesetzgebungsermächtigung hin, darauf also, dass es im Kern um Bevölkerungsgesundheit geht.

Begrenzter Garantiegehalt des Kompetenztitels

Nummer 19 ermächtigt nun nicht zu beliebigen Regelungen des Schutzes der Bevölkerungsgesundheit. Der Kompetenztitel ist hier – wie an allen anderen Stellen – kein Freibrief für den zuständigen Gesetzgeber. Inhaltliche Grenzen für ihn ergeben sich – zusätzlich zu denen, die aus der Deutung des jeweiligen Kompetenztitels folgen – aus anderen Teilen der Verfassung, insbesondere aus den Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber also mit seinen Maßnahmen im Sinne der Nummer 19 gehen darf, sagt Nummer 19 selbst nicht. Eines aber stellt Nummer 19 – wie jeder andere Kompetenztitel auch – klar: Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit und deren gesetzliche Regelung sind als solche legitim. Sie können, auch wenn sie in Grundrechte eingreifen sollten, nicht von Haus aus und grundsätzlich verfassungswidrig sein. Denn zu Verfassungswidrigem würde das Grundgesetz nicht ermächtigen. Jeder Kompetenznorm liegt die Aussage zugrunde, dass Regelungen, die sich in ihrem definitorischen Rahmen halten, grundsätzlich verfassungsgemäß sind. Wir sprechen in diesem Zusammenhang von einem – wenn auch begrenzten – Garantiegehalt der Kompetenznorm.

Ermächtigung, nicht Verpflichtung

Ein Weiteres ist zu beachten: Nummer 19 ermächtigt, verpflichtet aber nicht. Ob die Bevölkerungsgesundheit bestimmte Maßnahmen nicht nur nahelegt oder erlaubt, sondern sogar gebietet, ist der Nummer 19 nicht zu entnehmen. Auch dazu müssen andere Teile und Ideen der Verfassung befragt werden.

Bundesgesundheitsbl 2009
DOI 10.1007/s00103-009-0872-y
© Springer-Verlag 2009

C. Pestalozza (em.)

Public Health Genetics. Grundrechtliche Aspekte

Zusammenfassung

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Schutz personenbezogener Daten) schützt den Träger genetischer Daten grundsätzlich vor dem von ihm nicht gewollten staatlichen Zugriff auf diese Daten. Anliegen der Bevölkerungsgesundheit können einen solchen Zugriff jedoch erlauben oder sogar gebieten, wenn er im überwiegenden Allgemeininteresse liegt und zu dessen Umsetzung geeignet, erforderlich und angemessen ist.

Schlüsselwörter

Datenschutz · Grundrechtseinschränkungen · Gebot der Verhältnismäßigkeit

Public health genetics. Fundamental rights aspects

Abstract

The fundamental right of “informational self-determination” (protection of personal data) protects the individual against collection, storage, use and disclosure of her/his personal data – including genetic data – without her/his informed consent. However, in cases of overriding public interest, limitations of this right are deemed legitimate. Public health, expressly guaranteed in some German state constitutions, may constitute such overriding public interest and justify corresponding state measures as long as they respect the principle of proportionality.

Keywords

Data protection · Restricting data protection · Proportionality of restrictions

Kernaufgabe des Sozialstaats

Als dritte Säule, auf die sich der verfassungsrechtliche Rang der Bevölkerungsgesundheit stützen kann, bietet sich das Sozialstaatsgebot an.

Aussagen des Grundgesetzes

An zwei Stellen nennt das Grundgesetz die Bundesrepublik „sozial“. Artikel 20 I GG redet vom „sozialen“ Bundesstaat, Artikel 28 I 1 GG vom „sozialen“ Rechtsstaat. Wenige andere Stellen der Verfassung greifen das Wort auf [15]. Die Zurückhaltung hat nicht gehindert, aus den Adjektiven „sozial“ ein sogenanntes Sozialstaatsgebot zu formen. Zu seinen Kernbereichen zählt sicher [16] der Schutz der Gesundheit, speziell der Bevölkerungsgesundheit. Konkretes folgt daraus wohl nicht, aber es unterstreicht den Verfassungsrang der Bevölkerungsgesundheit.

Äußerungen der Landesverfassungen

Manche Landesverfassung bekennt sich nicht nur – wie das Grundgesetz – zum Sozialstaat, sondern stellt darüber hinaus einen konkreteren Bezug zwischen Sozialstaat und Gesundheit her, der die Rolle der Bevölkerungsgesundheit deutlicher als im Grundgesetz macht. So weist Artikel 35 II der Bremischen Verfassung der Sozialversicherung die Aufgabe zu, den Gesundheitszustand des Volkes, auch durch vorbeugende Maßnahmen, zu heben, und wenn die Verfassungen von Berlin (Artikel 22) und Brandenburg (Artikel 45) die „soziale Sicherung“ zur zentralen Aufgabe der beiden Länder erheben, schließt dies ersichtlich (wenngleich unausgesprochen) auch die Gesundheitsfürsorge ein. Sachsen und Thüringen schließlich stellen speziell die Kinder und Jugendlichen unter die vorbeugende Gesundheitsobhut des Landes [17].

Grundrechtlich ausgelöste Verpflichtung des Staates zum Schutz der Bevölkerungsgesundheit

Viertens sieht sich das hohe Gut der Bevölkerungsgesundheit je nach den Umständen zusätzlich abgesichert durch Schutzpflichten des Staates, die sich aus Grund-

rechten, in gesundheitlichen Zusammenhängen insbesondere aus dem grundgesetzlich verbürgten Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Artikel 2 II 1 GG, ergeben können. Das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung anerkannt, dass die eigentlich im Wesentlichen als Abwehr staatlicher Einmischung konzipierten Grundrechte die Verpflichtung des Staates begründen können, sich schützend vor die Grundrechtsträger zu stellen und ihre Gefährdung durch Dritte, also zum Beispiel auch durch andere Grundrechtsträger, zu verhindern oder auszugleichen [18]. Wie dieser Schutz im Einzelnen auszusehen hat, hängt von der Art, Aktualität und Intensität der Bedrohung ab; dem Gesetzgeber gesteht das Gericht regelmäßig einen weiten politischen Gestaltungsspielraum zu. Derartige Pflichten stärken den Rang der Bevölkerungsgesundheit zusätzlich. Sie können dazu führen, dass ihre Beachtung und Förderung – selbst wenn sie mit Grundrechten konfliktieren sollten – nicht nur erlaubt, sondern unter Umständen sogar geboten sind – jedenfalls, wenn es gilt, nicht nur einen oder wenige Grundrechtsträger vor gesundheitlichen Gefahren zu schützen, sondern alle oder einen namhaften Teil von ihnen. Wenn und soweit es also so liegt, dass der Schutz der Gesundheit anderer oder gar der Allgemeinheit die Preisgabe und Verwendung von genetischen Daten einzelner Individuen fordert oder doch dadurch gefördert wird, verleiht dies der Bevölkerungsgesundheit zusätzlich verfassungsrechtlichen Rang.

Überwiegen des Public-Health-Interesses?

Mit dem Bisherigen ist der verfassungsrechtliche Rang der Bevölkerungsgesundheit zwar vierfach zementiert, aber – außer in Bayern und Bremen – nicht nachgewiesen, dass und unter welchen Umständen sie mehr wiegt als das Datenschutzinteresse des Einzelnen, also nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts beziehungsweise den Texten der Landesverfassungen Datenschutz einschränkungen rechtfertigen kann. Auf diesen kommt es nur dann nicht an, wenn der Datenträger einwilligt und weiß, was er mit der Einwilligung tut, sie also nach sachgerechter Be-

ratung und Aufklärung erteilt. Umgekehrt muss das Übergewicht der Bevölkerungsgesundheit festgestellt worden sein, ehe daran gedacht werden kann, auch ohne Einwilligung auf das Grundrecht zuzugreifen.

Ein solches Übergewicht kann sich aus drei voneinander unabhängigen und allein zureichenden Gründen ergeben: Erstens und eindeutig, wenn Verfassungstexte (wie in Bayern und Bremen) der Bevölkerungsgesundheit den Vorrang vor allen Grundrechten einräumen. Zweitens dann, wenn die Maßnahme nicht nur der Bevölkerungsgesundheit, sondern zugleich dem einzelnen Grundrechtsträger dient; das wären etwa die von § 16 I des Entwurfs eines Gendiagnostikgesetzes gemeinten Situationen. Die Bevölkerungsgesundheit setzt sich durch, weil sie zugleich dem Individualinteresse dient, also ein Konflikt zwischen beiden in Wahrheit nicht besteht. Drittens dann, wenn der betroffene Grundrechtsträger in einer bestimmten Situation zugleich Grundpflichtenträger ist und diese Grundpflicht im Zusammenspiel mit der ohnehin ranghohen Bevölkerungsgesundheit eine gewisse Bescheidung der Grundrechtsansprüche fordert. Diese Situation wird nur selten eintreten, weil die Verfassungen derartige Grundpflichten überwiegend gar nicht kennen bzw. sie, wenn sie sie kennen, recht allgemein formulieren. Aber Ansätze in dieser Richtung gibt es; Beispiele liefern etwa die Bayerische, die Bremische und die Rheinland-pfälzische Verfassung [19]. Das Grundgesetz allerdings weiß von alledem nichts [20]; bei seiner fälligen Revision sollte an die Aufnahme von Aufopferungsverpflichtungen nach Art der §§ 73–75 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht für die preußischen Staaten gedacht werden.

Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit der public-health-motivierten Erhebung und Verwendung genetischer Daten

Die Voraussetzungen, unter denen genetische Daten für Zwecke der Bevölkerungsgesundheit, sollte sie überwiegen, erhoben und verwendet werden dürfen, ergeben sich im Wesentlichen aus dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundes-

verfassungsgerichts, der die Landesverfassungsgerichte folgen, ist eine Grundrechtseinschränkung verhältnismäßig, wenn sie zur Verfolgung des überwiegenden Interesses, hier: gegebenenfalls der Bevölkerungsgesundheit, geeignet, erforderlich und angemessen ist [21].

Die Eignung

Geeignet im Sinne der Verhältnismäßigkeit zur Förderung der Bevölkerungsgesundheit sind die Erhebung und Verwendung genetischer Daten dann, wenn sie erstens nicht nur individuell, sondern für die Bevölkerung insgesamt oder Teile davon relevant sein können [22]; wenn sie zweitens dem Stand der Wissenschaft und Technik entsprechen [23] und drittens, soweit es um Erkrankungen oder gesundheitliche Störungen des Datenträgers geht, hinreichende präventive oder therapeutische Maßnahmen zur Verfügung stehen [24].

In vergleichbarem Sinne, wenngleich in ganz anderem Zusammenhang, können die vier Voraussetzungen, die § 25 III Sozialgesetzbuch, Teil V (SGB V) für Gesundheitsuntersuchungen nach § 25 I und II SGB V benennt, als Anforderungen an die Eignung im Sinne der Verhältnismäßigkeit gelesen werden: Erstens, es handelt sich um Krankheiten, die wirksam behandelt werden können; zweitens, das Vor- oder Frühstadium dieser Krankheiten ist durch diagnostische Maßnahmen erfassbar; drittens, die Krankheitszeichen sind medizinisch-technisch genügend eindeutig zu erfassen; viertens, es sind genügend Ärzte und Einrichtungen vorhanden, um die aufgefundenen Verdachtsfälle eingehend zu diagnostizieren und zu behandeln.

Ungeeignet ist nach allen diesen Maßstäben zum Beispiel eine Erhebung genetischer Daten, die darauf hofft, sie einstmals im Dienste der Bevölkerungsgesundheit einsetzen zu können, obwohl es dafür derzeit keinen sicheren Anhalt gibt. Eine Datenerhebung auf Verdacht oder auf Vorrat ist ungeeignet; die Verhältnismäßigkeit stellt keine Wechsel auf die Zukunft aus.

Die Erforderlichkeit

Die geeignete Datenerhebung und -verwendung muss auch „erforderlich“ in dem Sinne sein, dass nicht auch andere, milde-

re, das heißt den Einzelnen, dessen Daten erhoben und verwendet werden sollen, weniger belastende Mittel gleicher Effektivität zur Verfügung stehen. Hier muss sich der Jurist überwiegend auf die Auskünfte der Fachleute verlassen. Aber auch der Laie kann erkennen: Es könnte zum Beispiel sein, dass es nicht „erforderlich“ ist, dem Datenträger selbst alle von ihm erhobenen Daten mitzuteilen, jedenfalls dann, wenn ihre Eigenart keine weiteren Maßnahmen zur Folge haben muss, oder Klar- oder Pseudonymisierter Daten zu verwenden oder Daten auch nach abschließender Auswertung gespeichert zu halten.

Die Angemessenheit

Auch eine an sich geeignete und erforderliche Maßnahme kann an der Hürde der Verhältnismäßigkeit noch scheitern, dann nämlich, wenn sie „unangemessen“ ist, weil sie den Datenträger ungebührlich hart trifft. Auch das „mildeste“ geeignete Mittel kann den Einzelnen in irgendeinem Sinne zugrunde richten. So würde zum Beispiel die Erhebung solcher Daten, auf die nach dem gegenwärtigen Stand von Wissenschaft und Technik nicht reagiert werden kann, unangemessen sein. Den Datenträgern sind die Preisgabe und ungewollte Kenntnis genetischer Daten, aus denen nichts folgt, nicht zuzumuten.

Nicht unangemessen sind derartige Erhebungen und Verwendungen allenfalls, wenn ihnen der Datenträger zugestimmt hat – vorausgesetzt, die Zustimmung ist nach kompetenter Beratung und ohne irgendeinen Druck zustande gekommen. Man könnte vielleicht auch, weiter gehend, sagen, dass es in solchen Fällen von Haus aus an einer Rechtfertigungsbedürftigen Einschränkung des Grundrechts fehle, so dass sich die Frage der Verhältnismäßigkeit insgesamt gar nicht stellt.

Korrespondenzadresse

Univ.-Prof. Dr. C. Pestalozza (em.) (em.)
Fachbereich Rechtswissenschaft,
Institut für Staatslehre,
Staats- und Verwaltungsrecht,
Freie Universität Berlin
Bayernallee 12, 14052 Berlin
c.pestalozza@fu-berlin.de

Literatur

1. Vgl. insbesondere A. Brand/Dabrock/Paul/Schröder, Gesundheitssicherung im Zeitalter der Genomforschung. Gutachten im Auftrag der Friedrich-Ebert-Stiftung, 2004 (<http://library.fes.de/pdf-files/stabsabteilung/02677.pdf>); A. Brand/H. Brand, Gesundheit in Gesundheitsforschung und Public Health, Bundesgesundheitsbl – Gesundheitsforsch – Gesundheitsschutz 2006. 49: 963; dies., Public Health Genomics, ebenda 2007. 50:135. Vgl. auch die Beiträge auf der Konferenz Public Health Genomics in Europe des Public Health Genomics European Network in Istanbul im November 2008, abrufbar über <http://www.public-health-genetics.org/>
2. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Treaties/Html/TestGen.htm>
3. <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/projets/v3Projets.asp>
4. BT-Drs. 16/10532. Unterdessen hat das Gesetzgebungsverfahren seinen Fortgang genommen (vgl. BT-Drs. 16/10582, 12713, 12719; BR-Drs. 633/1/08, 633/08 [B], 374/09, 374/1/09, zu 374/09, 374/09 [B]); nur Ausfertigung und Verkündung stehen (Stand 21. Mai 2009) noch aus
5. Man zögert, als drittes Beispiel die deutschen Bemühungen um ein Präventionsgesetz zu nennen. Anträge der Opposition haben im Sommer 2008 das Thema zwar wiederbelebt, und eine Anhörung im Gesundheitsausschuss des Bundestages am 23. Juni 2008 (<http://www.bundestag.de/ausschuesse/a14/anhoeungen/2008/089/index.html>) hat womöglich das Ihre dazu beigetragen, die politischen Widerstände zu verringern, aber noch spricht wenig dafür, dass – vielleicht auf der Grundlage des Referentenentwurfs der Bundesregierung vom 23. November 2007 (http://www.gesundheitberlin.de/download/Referentenentwurf_Praeventionsgesetz_11_2007.pdf) – neue, ernst gemeinte und durchsetzungsfähige Initiativen ergriffen würden. Vgl. nur BT-Ausschuss für Gesundheit, Beschlussempfehlung und Bericht vom 15. Mai 2009, BT-Drs. 16/13071
6. BVerfGE 65, 1 – Volkszählungsurteil; zuletzt etwa BVerfGE 120, 378 (397–399)
7. BVerfGE 117, 202 (228)
8. Art. 33 Berlin, Art. 11 Brandenburg, Art. 12 III Bremen, Art. 6 I Mecklenburg-Vorpommern, Art. 4 II Nordrhein-Westfalen, Art. 4a Rheinland-Pfalz, Art. 2 Sätze 2 und 3 Saarland, Art. 6 I Sachsen-Anhalt, Art. 6 II–IV Thüringen
9. BVerfGE 117, 202 (228)
10. BVerfGE 7, 377 (414f.)
11. BVerfGE 13, 97 (107); ebenso etwa BVerfGE 25, 236 (247)
12. Vgl. etwa 1997 BVerfGE 95, 173 (185f.): Warnungen vor den Gefahren des Rauchens dienen dem legitimen Ziel, die Volksgesundheit zu schützen; 2007 BVerfGE 119, 59 (88): Es handele sich um ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut; 2008: BVerfGE 121, 317 (349): Der Schutz der Bevölkerung vor Gesundheitsgefahren zählt zu den überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern..., die selbst objektive Berufszulassungsvoraussetzungen und damit erst recht auch Beschränkungen der Berufsausübung rechtfertigen können.
13. BVerfGE 107, 186 (196)
14. BVerfGE 103, 173 (184) unter Bezug auf BVerfGE 78, 179 (192); ähnlich BVerfGE 106, 62 (108)

15. Zur Gesetzgebung auf dem Felde der Sozialversicherung ermächtigt Art. 74 I Nr. 12 GG, und Art. 87 II GG erwähnt soziale Versicherungsträger. Soziale Anliegen thematisiert das Grundgesetz der Sache, nicht dem Worte nach auch etwa in Art. 6 GG (Ehe und Familie), Art. 14 GG (Eigentum) und Art. 15 GG (Gemeinwirtschaft)
16. Das Bundesverfassungsgericht hatte darüber, soweit ersichtlich, noch nicht zu richten
17. Art. 9 III Sachsen: Das Land fördert den vorbeugenden Gesundheitsschutz für Kinder und Jugendliche sowie Einrichtungen zu ihrer Betreuung; Art. 19 IV Thüringen: Das Land und seine Gebietskörperschaften fördern den vorbeugenden Gesundheitsschutz für Kinder und Jugendliche
18. Beispiele: BVerfGE 115, 320 (346f.); „Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG verpflichtet in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG den Staat dazu, das Leben und die körperliche Unversehrtheit des Einzelnen zu schützen, das heißt vor allem, auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren (stRspr; vgl. BVerfGE 90, 145 [195]; 115, 118 [152]). Dieser Schutzpflicht des Staates kommt ein hohes verfassungsrechtliches Gewicht zu.“ BVerfGE 115, 25 (49); „Übernimmt der Staat mit dem System der gesetzlichen Krankenversicherung Verantwortung für Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten, so gehört die Vorsorge in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung unter den genannten Voraussetzungen zum Kernbereich der Leistungspflicht und der von Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG geforderten Mindestvorsorge.“
19. Bayern Art. 101: Jedermann hat die Freiheit, innerhalb der Schranken der Gesetze und der guten Sitten alles zu tun, was anderen nicht schadet; Art. 117: Der ungestörte Genuss der Freiheit für jedermann hängt davon ab, dass alle ihre Treupflicht gegenüber Volk und Verfassung, Staat und Gesetzen erfüllen. Alle haben die Verfassung und die Gesetze zu achten und zu befolgen, an den öffentlichen Angelegenheiten Anteil zu nehmen und ihre körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es das Wohl der Gesamtheit erfordert; Art. 122: Bei Unglücksfällen, Notständen und Naturkatastrophen und im nachbarlichen Verkehr sind alle nach Maßgabe der Gesetze zur gegenseitigen Hilfe verpflichtet. Bremen: Art. 9: Jeder hat die Pflicht der Treue gegen Volk und Verfassung. Er hat die Pflicht, am öffentlichen Leben teilzunehmen und seine Kräfte zum Wohle der Allgemeinheit einzusetzen. Rheinland-Pfalz: Art. 20: Jeder Staatsbürger hat seine Treuepflicht gegenüber Staat und Verfassung zu erfüllen, die Gesetze zu befolgen und seine körperlichen und geistigen Kräfte so zu betätigen, wie es dem Gemeinwohl entspricht
20. Die sich aus Art. 14 II GG ergebende Sozialbindung des Eigentums wird im Zusammenhang mit der Gesundheit kaum ergiebig werden können
21. Vgl. zuletzt etwa BVerfGE 120, 224 (239–241); 120, 274 (318f.); 120, 378 (427)
22. Vgl. Art. 19 lit. a Zusatzprotokoll 2008 zur Oviedo-Konvention
23. Vgl. Art. 19 lit. b Zusatzprotokoll 2008 zur Oviedo-Konvention
24. Vgl. Art. 19 lit. c Zusatzprotokoll 2008 zur Oviedo-Konvention. Ähnlich, aber zu eng, weil die Anlagenträgerschaft ausschließend, § 16 I des Entwurfs eines Gendiagnostikgesetzes