

Patientenrechte in Österreich

20. November 2000
Parlament

Herausgeber

Österreichische Juristenkommission
Sektion der Internationalen Juristenkommission, Genf



Recht
Wien 2001

Verfassungsfragen des Patientenschutzes

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Vor etwas mehr als zehn Jahren hat sich die Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission in Weissenbach am Attersee bereits eingehend mit „Patientenrechten“ befasst. Da ich damals ebenfalls ein Referat halten durfte, möchte ich heute – neben den eigentlichen verfassungsrechtlichen Fragestellungen meines Themas – auch einen kurzen Seitenblick auf das vergangene Jahrzehnt miteinschließen und der Frage nachgehen, ob und in welche Richtung sich der Zug des Patientenrechtsschutzes inzwischen weiterbewegt hat.

Zunächst zu einigen spezifischen Verfassungsfragen: Verfassungsrechtliche Aspekte des Patientenschutzes ergeben sich im wesentlichen aus der Kompetenzverteilung und der Grundrechtsordnung:

1. Aus kompetenzrechtlicher Sicht ist der „Patientenschutz“ eine typische Querschnittsmaterie. Je nach Regelungskontext und Regelungsgesichtspunkt besteht daher eine (quantitativ weitaus überwiegende) Bundeskompetenz nach Art 10 Abs 1 Z 12 (Gesundheitswesen), eine Bundesgrundsatz- und Landesausführungskompetenz nach Art 12 Abs 1 Z 1 (Heil- und Pflegeanstalten, Heilvorkommen etc) bzw eine Landeskompetenz nach Art 15 B-VG (Leichen- und Bestattungswesen, Gemeindegemeinschaftsdienst, Rettungswesen). Dieser verfassungsrechtliche Befund ist nicht nur für die beträchtliche Rechtszersplitterung im Gesundheitswesen (mit)verantwortlich, er steht auch einer – politisch wiederholt geforderten und im Dienste der Übersichtlichkeit sicher erstrebenswerten – systematischen und umfassenden Kodifikation der Patientenrechte entgegen. In manchen Teilbereichen wie dem Gemeindegemeinschaftsdienst oder dem Bestattungswesen hat diese Föderalisierung sicher eine Berechtigung; in anderen Bereichen – insb auf dem Gebiet der Krankenanstalten – ist es eher ein historisch gewachsener Anachronismus, dass sich ein kleines Land wie Österreich in Zeiten der Internationalisierung des Medizinrechts neun unterschiedliche Krankenanstaltengesetze und damit beispielsweise auch neun unterschiedlich ausgestaltete Regelungen über die Einsicht in die Krankengeschichte leistet. Ein verlässliches Heilmittel gegen diesen bundesstaatlichen Wildwuchs gibt es jenseits einer Bundesstaatsreform kaum. Die aus guten Gründen immer wieder diskutierte Schaffung einer bundeseinheitlichen kompetenzrechtlichen Grundlage für den Patientenschutz wird durch die neuere Rechtsentwicklung – ich denke nur an den Konsultationsmechanismus – gewiss auch nicht begünstigt.

Dennoch (oder gerade deshalb) scheint es aber lohnend, nach entsprechenden Gegenstrategien Ausschau zu halten, um auf dem Boden der geltenden Kompetenzlage eine größere Einheitlichkeit der Patientenrechte zu erzielen. In der jüngeren Vergangenheit lassen sich im wesentlichen drei Tendenzen erkennen: Der Abschluss von Art 15a-Verträgen, die

interpretative Ausdehnung bestehender Bundeskompetenzen sowie die Kompetenzüberschreitung.

a) Die mit Abstand erfolgversprechendste Harmonisierungsstrategie ist wohl der Einsatz von **Gliedsstaatsverträgen** gem Art 15a B-VG auf dem Gebiet der Patientenrechte, sofern diese Verträge nur – worauf ich noch zurückkommen werde – den entsprechenden Grad an Präzision und Gestaltungswillen aufweisen würden. Von der derzeit vorliegenden, zwischen dem Bund und den Ländern Kärnten, Oberösterreich und Burgenland abgeschlossenen Patientencharta kann man das nicht behaupten, und da sich in Zukunft nur mehr die Frage des Beitritts weiterer Länder zu diesem inhaltlich bereits fixierten Dokument, nicht hingegen die Frage der inhaltlichen Modifikation stellen wird, dürfte sich daran auch nicht so bald etwas ändern.

b) Wenig überzeugend scheinen mir hingegen alle Versuche, durch eine extensive Auslegung des Kompetenztatbestandes „**Zivilrechtswesen**“ eine Art Generalkompetenz des Bundes im Bereich des Patientenschutzes zu konstruieren. Denn erstens zählen nicht alle zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zugleich zum „Zivilrechtswesen“ im kompetenzrechtlichen Sinn, weil es auch in anderen Kompetenztatbeständen eingeschlossene Zivilrechtsenklaven gibt. Und zweitens gehört schon die beharrlich vorgetragene These, wonach Patientenrechte im wesentlichen dem Privatrecht zugehören, zu den zwar unausrottbaren, nichtsdestoweniger aber unhaltbaren Legenden des Gesundheitswesens. Im Grunde wird hier aus der ebenso herrschenden wie zweifelhaften Vorstellung, dass jede medizinische Behandlung auf einem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag beruhe, eine voreilige kompetenzrechtliche Schlussfolgerung gezogen. In Wahrheit jedoch teilen auch die Rechte und Pflichten der Patienten das kompetenzrechtliche Schicksal jener Materie, in deren systematischen Kontext sie eingebunden sind, und das bedeutet für den Bereich des Krankenanstaltenwesens beispielsweise, dass die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Patienten und der Krankenanstalten durchwegs dem Art 12 B-VG (und nicht dem Art 10 B-VG) zuzuordnen sind, und zwar ganz unabhängig davon, wie man die Rechtsbeziehungen im Anstaltsverhältnis dogmatisch einordnet. Der VfGH hat dies übrigens schon lange judiziert. Das kommt dem Streben nach einer möglichst einheitlichen Gestaltung des Patientenschutzes sicher nicht entgegen, lässt sich aber auf dem Boden der geltenden Verfassungslage nicht einfach weginterpretieren. Umso näher läge es allerdings, wenn der Bund seine Grundsatzkompetenz nach Art 12 etwas weniger zögernd ausüben würde: So hätte man etwa im Patientenrechtskatalog des § 5a KAG sehr wohl echte, subjektive Patientenrechte vorgeben können, anstatt sich unter Hinweis auf eine angebliche Zivilrechtskompetenz darauf zu beschränken, den Anstaltsträgern die Beachtung anderweitig normierter Patientenrechte in Erinnerung zu rufen.

c) Nicht sinnvoll wäre es hingegen, das Rechtsinstitut der **sanitären Aufsicht** für eine Stärkung des Bundeseinflusses und eine Vereinheitlichung der Vollziehungssancen in den Dienst zu nehmen. Bei der derzeitigen Rechtslage, wo wir neben der verfassungsrechtlichen Grundlage in Art 10 B-VG und zwei eher rudimentären Regelungen im KAG sowie in

einer fast vergessenen Durchführungs-Verordnung aus dem Jahr 1937 keine klaren Aussagen über die Instrumente, die Intensität und die Maßstäbe dieses Rechtsinstituts vorfinden, sehe ich eher die Gefahr, dass damit die Verantwortungsstrukturen zwischen dem Anstaltsträger, dem Land als Träger der Vollziehung im Krankenanstaltenbereich und dem Bund unter dem Titel der sanitären Aufsicht oder auch der nicht minder unklaren Bundesaufsicht nach Art 15 Abs 8 B-VG noch weiter verwischt werden. Wenn man politisch eine ernsthafte Stärkung des Bundeseinflusses im Bereich der Krankenanstalten will, dann sollte man meines Erachtens die Krankenanstalten aus dem Art 12 in den Art 11 oder 10 B-VG verschieben, statt die verstaubte und nur historisch erklärbare Bundesaufsicht zu revitalisieren.

d) Nur der Vollständigkeit halber erwähnen möchte ich, dass natürlich auch die **Missachtung von kompetenzrechtlichen Barrieren** zu sinnvollen Ergebnissen führen kann, die sich dann allerdings nur politisch und nicht dogmatisch diskutieren lassen. Als ein Beispiel – das freilich in die Gegenrichtung der Stärkung von Landesbefugnissen wirkt – sei etwa die in einigen Ländern vorgesehene Zuständigkeit der Patientenanwälte für bundesrechtliche Aspekte des Gesundheitswesens erwähnt, obwohl den Ländern eine über die Ausführung des Krankenanstaltenwesens und das bloße Organisationsrecht hinausgehende Kompetenz zur Schaffung von Kontrollsystemen im Bundesbereich fehlt.

2. In der Frage der Vereinheitlichung des Patientenschutzes hat sich also am zentralen Hindernis der mangelnden Bundeskompetenz nichts geändert. Abgesehen davon ist man auch in jenen Gebieten, wo es eine solche Bundeskompetenz gibt, von einem Mehr an Einheitlichkeit weiter entfernt denn je. Im Gegenteil: Jede neu hinzutretende Rechtsquelle führt durch potentielle Derogationsverhältnisse, unvorhersehbare und zumindest unvorhergesehene intersystematische Querbezüge oder durch je und je abweichende Terminologien eher zur Verwirrung als zur Vereinheitlichung. Wer will, mache etwa die Probe aufs Exempel anhand jüngerer Regelungen der Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf die Behandlungszustimmung, und er wird staunen, in welcher bunten Vielfalt hier ein und derselbe Sachverhalt normiert wird.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive scheint dieser Befund auf den ersten Blick unergiebig, denn wie auch immer man die Sinnhaftigkeit einer Patientenrechtskodifikation aus rechtspolitischer Sicht einschätzt – verfassungsrechtlich geboten ist ein solcher Schritt gewiss nicht. Die Systematisierung und zusammenfassende Darstellung verstreuter Einzelregelungen ist – wie in anderen Rechtsgebieten auch – in erster Linie Aufgabe der Lehre. Ich glaube auch nicht, dass die unbestreitbaren Mängel bei der praktischen Umsetzung von Patientenrechten jenes Problem darstellen, auf welches ein Gesetz die richtige Antwort ist und sein kann. Zumeist liegt die Wurzel eher in mangelnder Rechtsumsetzung und vielleicht auch mangelnder Rechtskenntnis. Es ist unerfindlich, weshalb gerade die Ereignisse in Lainz und Freistadt besonders starke Impulse für die Diskussion um legistische Reformen entfaltet haben, obwohl die Missstände in beiden Fällen sicher nicht primär auf der gesetzlichen Ebene ihre Wurzeln hatten.

Bei näherer Betrachtung scheinen mir aber doch einige verfassungsrechtliche Bezüge dieser rechtspolitischen Diskussion über die **Patientenrechtskodifikation** erwähnenswert: Aus rechtsstaatlicher und (zumindest) verfassungspolitischer Sicht kann vom Gesetzgeber nämlich gefordert werden, dass seine Regelungen insgesamt einigermaßen klar formuliert, ohne unverhältnismäßigen Interpretationsaufwand erkennbar, praktisch vollziehbar und effektiv durchsetzbar sowie in sich widerspruchsfrei sind. All dies hat im Kern mit dem Konzept von Rechtsstaatlichkeit zu tun, wie es der österreichischen Bundesverfassung zu Grunde liegt. Gerade in diesen – für eine entwickelte Rechtskultur nicht unerheblichen – Punkten weist die jüngere Patientenrechtsgesetzgebung freilich eine recht problematische Tendenz auf: Indem sie zwar einerseits die erwünschte Gesamtkodifikation nicht leisten kann, andererseits aber auch auf die Einlösung unrealistischer politischer Versprechungen nicht verzichten will, flüchtet sie immer mehr in eine **symbolische Beschwichtigungsgesetzgebung**, die einerseits den rechtlichen Wildwuchs und die Heterogenität der Vorschriften noch weiter verschärft, ohne andererseits die gewünschte Vereinheitlichung sicherstellen zu können.

Ich möchte das an zwei – zwanglos vermehrbaren – Beispielen verdeutlichen, die der neuen **Patientencharta** entnommen sind: Dort heißt es etwa in Art 17, dass Patienten und Patientinnen nur mit ihrer **Zustimmung** behandelt werden dürfen. Die in den folgenden Absätzen beschriebenen Ausnahmen betreffen ausschließlich die zustimmungslose Behandlung bei Gefahr im Verzug zum Schutz des einwilligungsunfähigen Patienten selbst vor Lebens- und schwerer Gesundheitsgefahr. Das entspricht den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ebenso wie dem § 110 StGB und erscheint daher zunächst unverdächtig – wer wollte diesem Grundsatz nicht beipflichten, zumal sich dieser auch im Zivil- und Strafrecht findet? Beim näheren Hinsehen fällt allerdings auf, dass die derzeitige Gesetzeslage eine Fülle von (meist öffentlichrechtlichen) Einschränkungen dieses Autonomieprinzips kennt, angefangen von Untersuchungs- und Behandlungspflichten im Bereich der sanitätspolizeilichen Bekämpfung ansteckender Krankheiten bis hin zu ausgeprägten Zwangsbefugnissen bei der ärztlichen Behandlung von Häftlingen. Da die Patientencharta keine Vorbehaltsklauseln kennt, scheint die einfachgesetzliche Rechtslage im Widerspruch zu den Bestimmungen der Charta zu stehen.

Ähnliche Konflikte bestehen im Zusammenhang mit der **Heranziehung von Patienten zu Lehr- und Forschungszwecken**. Art 20 der Patientencharta ist unmissverständlich und legt fest, dass „niemand ... ohne seine ausdrückliche Zustimmung zu klinischen Prüfungen und zu Forschungs- und Unterrichtszwecken herangezogen werden“ darf. Das ist klar und nicht weiter auslegungsbedürftig: Keine Heranziehung zu Lehre und Forschung ohne ausdrückliche Zustimmung. Und daher auch: Keine Lehre und Forschung bei jenen Patienten, die mangels Alter oder psychischem Zustand nicht einwilligungsfähig sind. Ein Blick in die österreichischen Gesetze führt freilich zu ganz anderen Ergebnissen: Selbstverständlich gibt es auch dort keine zwangsweise und insb keine fremdnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, was weder verfassungs- noch völkerrechtlich hinzunehmen wäre. Sehr wohl aber gibt es gewisse Einschrän-

kungen, wie etwa die Einbeziehung Bewusstloser in klinische Prüfungen nach § 39 AMG. Besonders auffällig ist die Divergenz zwischen der Charta und dem Gesetz beim klinischen Unterricht: Nach dem vor kurzem novellierten § 44 KAG ist nämlich eine Einbeziehung in klinische Demonstrationen bei Einwilligungsunfähigen auch dann zulässig, wenn kein Widerspruch vorliegt. Das ist durchaus sinnvoll, weil man andererseits darauf verzichten müsste, den Medizinstudenten narkotisierte oder sonst bewusstlose Patienten zu demonstrieren. Mit Art 20 der Patientencharta ist es aber nicht zu vereinbaren, weil dieser keine Ausnahme vom Zustimmungsprinzip zulässt.

Löst man sich von diesen konkreten Beispielen, so folgt daraus: Wir haben auf der einen Seite eine Patientencharta, in der an sich unstrittige Grundsätze auf recht hoher Abstraktionsebene apodiktisch festgeschrieben werden, nicht jedoch deren Durchbrechungen und Schranken. Und auf der anderen Seite bestehen vielfältige Gesetze und Verordnungen, die die nötigen Güterabwägungen und Grenzziehungen in detaillierterer und bereichsspezifischer unterschiedlicher Weise vornehmen. Was mich dabei aus rechtsstaatlicher Sicht irritiert, ist der Widerspruch zwischen beiden Rechtsquellen. Würde es sich um gleichrangige Normen handeln, hätte man es wohl mit einer Derogation durch die jüngere Patientencharta zu tun. Die Patientencharta stellt aber einen Gliedstaatsvertrag nach Art 15a B-VG dar, der nach völlig herrschender Lehre und Rechtsprechung nur die beteiligten Gebietskörperschaften bindet und daher für die Rechte und Pflichten der Ärzte und Patienten keinerlei wie immer geartete unmittelbare Auswirkung hat. Der Widerspruch zwischen Gesetz und Charta ändert daher nicht das geringste daran, dass für die Praxis de iure weiterhin ausschließlich das jeweilige – abweichende – Gesetz maßgebend ist, nicht hingegen der überschneidende Grundsatz in der Charta.

Für die **Auflösung dieser Widersprüche** gibt es zwei Szenarien, ein theoretisches und ein realistisches: Entweder die Anpassung der Gesetze an die in der Charta übernommenen vertraglichen Verpflichtungen, gegebenenfalls erzwungen durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nach Art 138a B-VG. Oder, was ich für weitaus realistischer und vom inhaltlichen Ergebnis auch näherliegend halte: Man gelangt zum Ergebnis, dass die Grundsätze der Charta nicht ganz wörtlich gemeint sind, oder juristischer formuliert: dass es sich nur um allgemeine Prinzipien handelt, die nach Maßgabe ungeschriebener Abwägungs- und Rechtfertigungsdiskurse mehr oder weniger weit zurückgedrängt werden können.

Im Klartext heißt das, dass hier verschiedene Normsetzer mit gespaltener Zunge sprechen. Auf der einen Seite eine Patientenrechtscharta, die einem augenzwinkernden Rigorismus huldigt, die aber offenbar gar nicht auf konsequente Umsetzung angelegt ist. Und auf der anderen Seite die weiterhin fortbestehende und weiterhin komplizierte und zersplitterte Rechtslage, aus der einzig und allein die verlässlichen (weil verbindlichen) rechtlichen Antworten für Ärzte und Patienten zu gewinnen sind. Das ist nach meiner Einschätzung ein fragwürdiges Beispiel von **austrischer Patientenrechtslyrik**, deren Ziel offenbar nur die Beruhigung des Laienpublikums, die Erfüllung medialer Erwartungen sowie eine vage „Bewusst-

seinsbildung“ ist, während die Recht suchenden Patienten bei nüchterner Betrachtung nicht das bekommen, was man ihnen immer wieder versprochen hat: nämlich Klarheit und Rechtssicherheit. Denn einem Patient, der sich auf die Ankündigung der Presseaussendungen verlässt, wonach in der Patientencharta – ich zitiere – „die wesentlichsten Patientenrechte in einem Stück Bundesgesetzblatt zusammengefasst“ seien und eine „übersichtliche und vollständige Information“ ermöglicht werde, muss im Konfliktfall mit einem jähren Erwachen rechnen. Er wird nämlich ernüchtert feststellen müssen, dass die Patientencharta weder formell noch inhaltlich das einlösen kann, was sie vorgibt – von einer wie auch immer gearteten Durchsetzbarkeit ganz zu schweigen.

Was folgt daraus aus rechtsstaatlicher Sicht? Wäre es ein Einzelfall, so sollte man ihn gewiss nicht überbetonen. Das trifft aber nicht zu. Ähnliche Argumente wie gegen die Patientencharta wurden nämlich schon früher gegen die – normativ ebenso fragwürdigen – **Patientenrechtskataloge im KAG** vorgebracht, ohne dass sich an der Richtung des Trends etwas geändert hätte. Wir haben es also offenbar mit einer Tendenz zu tun, die auf einen grundlegenden **Funktionswandel des Rechts im Gesundheitswesen** hinausläuft. Der Zuwachs an nicht oder halbverbindlichen Grundsatzbekenntnissen, an bioethischem soft law, verbunden mit der parallel und zeitgleich verlaufenden Verabschiedung klassischer Verantwortungs- und Haftungsstrukturen markiert eine gewisse Zurückdrängung herkömmlicher Bilder von Rechtsstaatlichkeit. Unterm Strich meine ich, dass durch eine zunehmende Inflation von Patientenrechtsdokumenten sowie die Degeneration von operationablen Rechtsnormen in bloße „Bewusstseinsappelle“ mit zweifelhaftem Geltungsanspruch das Vertrauen in die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit des Rechts beschädigt und dem Patientenschutz insgesamt ein schlechter Dienst erwiesen wird. Das Gesetz als Appell an wohlmeinende Entscheidungsträger statt als Grundlage subjektiver Rechte, das Bundesgesetzblatt als „Infofolder“ und Werbeprospekt der Politik, die Rechtsdurchsetzung durch beratende Kommissionen und freiwillige Gewährung von Gnadenleistungen – all das ist, überspitzt formuliert, ein Schritt zurück vom entwickelten Rechtsstaat hin zu einem aufgeklärten Absolutismus der josephinischen Ära.

3. Nun einige Anmerkungen zur Funktion der **Grundrechte**: Es gibt kaum einen Aspekt im Medizinbetrieb, der nicht von grundrechtlicher Relevanz ist. Die Palette möglicher Grundrechtsberührungen reicht von ganz elementaren Rechten wie dem Recht auf Leben und körperliche Integrität über das weite Feld des Datenschutzes bis hin zu Verfahrens- und Rechtsweggarantien im Schadensfall. Im Kernbereich handelt es sich freilich meist um Variationen auf das Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK, das – als Ansatzpunkt eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – schon wegen der Körperbezogenheit der Medizin im Mittelpunkt der meisten Überlegungen steht. Die zentralen Grundsätze der medizinischen Ethik wie das Autonomieprinzip, das Fürsorgeprinzip oder das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ sind auf diese Weise zweifellos auch grundrechtlich abgesichert.

Aus der Vagheit dieser Garantien und der Zulässigkeit von Beschränkungen aufgrund von Gesetzesvorbehalten folgt freilich auch, dass die

meisten Ableitungen aus Grundrechten – insb aus dem Grundrecht auf Privatleben – von **außerordentlich hoher Unbestimmtheit** sind. Viel mehr als die neuerliche Bekräftigung der genannten Grundprinzipien sowie die grundrechtsdogmatische Steuerung des Abwägungsprozesses ist daraus selten zu gewinnen. In den für den praktischen Alltag entscheidenden Detailfragen und in der – nur nach Maßgabe einfachgesetzlicher Konkretisierung zu leistenden – „Feinsteuerung“ des Medizinbetriebes vermag die Verfassung hingegen nur selten klare verhaltensleitende Wegweiser zu geben, zumal sich heikle Entscheidungssituationen typischerweise im Spannungsfeld gegenläufiger und konkurrierenden Grundrechtspositionen abspielen, deren Abwägung und Ausgleich verfassungsrechtlich nur gering vorstrukturiert ist. Ausnahmen bei Grundrechten mit hoher Detaildichte wie dem Recht auf persönliche Freiheit mögen die Regel bestätigen.

Dazu kommt noch, dass sich die Ausübung der Medizin immer seltener im Verhältnis der Bürger zum Staat bewegt. Wenn die Ausgliederungen ihr Tempo fortsetzen, wird dies künftig überhaupt die Ausnahme sein. Das bedeutet aber auch, dass der Geltungsanspruch der Grundrechte für die Medizin mit heiklen Fragen der **Drittwirkung** und der staatlichen **Schutzpflicht** behaftet ist, was die Unsicherheiten weiter verstärkt. Die gebotene einfachgesetzliche Ausgestaltung der Patientenrechte und die in ihrem Vorfeld zu führende rechtsethische und gesundheitspolitische Diskussion kann man sich daher durch den Rückgriff auf die Grundrechte nicht ersparen, weil deren Steuerungskraft nicht oder nur selten ausreicht, um eine einzige Lösung als die grundrechtlich „richtige“ zu legitimieren. Das gilt in ganz besonderem Maß für den Grundsatz der Menschenwürde, dessen emotionale und ethische Aufgeladenheit zu seiner juristischen Brauchbarkeit in deutlichem Kontrast steht. Der in der deutschen Diskussion verbreitete Ansatz, so gut wie alle zentralen Fragen der Biomedizin kahlschlagartig über die **Menschenwürdegarantie** des Grundgesetzes lösen zu wollen, ist ein – wegen seiner Beliebigkeit – eher abschreckendes Unterfangen. Bei nüchternen Betrachtung vermögen derart unbestimmte Klauseln überhaupt nur dann eine Leitfunktion zu entfalten, wenn es ein zuständiges Grenzorgan gibt, das im Streitfall zur verbindlichen Konkretisierung legitimiert ist. Im Medizinbetrieb fehlt es aber schon daran, weil es keine einheitliches formalisiertes Rechtsschutzverfahren gibt.

4. Ich komme damit zu einem weiteren Punkt, der in der bisherigen Auseinandersetzung wenig beachtet wird, nämlich zu **verfahrensrechtlichen Positionen** und allgemeinen **Rechtsschutzgarantien**. So wirft etwa die Diskussion um neuartige Entschädigungsmodelle Fragen nach der Vereinbarkeit mit Art 6 EMRK auf, wenn und sofern der traditionelle Haftungsweg durch informelle und rechtlich schwach abgesicherte Lösungen nicht bloß ergänzt, sondern tendenziell verdrängt werden würde. Zwar präjudiziert die Verfassung meines Erachtens weder die Entscheidung für ein bestimmtes Modell der Arzthaftung, noch steht sie vorgeschalteten Schlichtungseinrichtungen auch nur ansatzweise entgegen. Am Ende muss aber immer der freie Zugang zu einem unabhängigen Gericht stehen, der durch einen klaren Rechtsweganspruch abgesichert ist, wobei mit den Worten „freier Zugang“ und „unabhängiges Gericht“ nicht nur formale sondern effektive, jedermann gleich zugängliche und dem Grundsatz der

„sichtbaren Gerechtigkeit“ verpflichtete Garantien gemeint sind, nicht jedoch gradenweise Ausschüttungen nach Maßgabe des good wills der Verpflichteten.

Verstehen Sie mich bitte nicht falsch: Zweifellos haben neuartige Rechtsschutzkonzepte wie Patientenanwaltschaften und Schlichtungsstellen einen ganz entscheidenden Beitrag zur Kommunikationsförderung und zur Befriedung von Interessenkonflikten geleistet und werden dies auch weiterhin tun. Der Rechtsstaat muss sich letztlich aber auch in solchen Konstellationen bewähren, die sich auf weichem Wege nicht mehr schlichten lassen. An solchen Rechtsschutzwegen fehlt es aber – abgesehen von der Psychiatrie mit ihrem außerstreitigen Unterbringungsverfahren – weitgehend, weshalb sich das unbefriedigte Rechtsschutzbedürfnis der Patienten so gut wie ausschließlich über das Arzthaftungsrecht und hier wieder bevorzugt über die Ausreizung des Vorwurfes der Aufklärungsmangels artikuliert. Wenn wir die Grundrechte auch im Verhältnis von Ärzten und Patienten tatsächlich ernst nehmen wollen – und sei es erst nach Vermittlung über staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten –, dann müsste man auch darüber nachdenken, ob hier zur Zeit wirklich ein dem Art 13 MRK entsprechender Rechtsschutz gewährleistet ist. Die vorschnelle **Identifizierung von Rechtsschutz und Arzthaftung** gehört jedenfalls zu den unglücklichen Ideologien der aktuellen Diskussion, und es erstaunt immer wieder, wenn nach jedem Medizinskandal zunächst einmal eine Reform des Haftungsrechts diskutiert wird, als bestünde zwischen dem Haftungssystem und den Ursachen des jeweiligen Missstandes irgendein maßgeblicher Zusammenhang.

Unter dem Kapitel Verfahrensgrundrechte und Rechtsstaatlichkeit sollte man auch die Ethikkommissionen erwähnen. Auch hier gilt, dass ihre Funktion bei der Evaluierung und Kontrolle der Forschung nicht mehr wegzudenken ist, dass aber eine weitere Inflation ihrer Befugnisse irgendwann auf rechtsstaatliche Bedenken stoßen muss. Denn es ist offenkundig, dass die faktische Entscheidungsmacht dieser Kommissionen im Forschungsbereich und die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Grundrechtssphäre sowohl der Forscher als auch der Patienten im Kontrast zu ihrer rechtsstaatlichen Einbindung steht. Verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten wie eine halbwegs nachvollziehbare materielle Entscheidungsgrundlage, ein Verfahrensrecht, eine Parteistellung der Betroffenen oder einen Rechtsschutz gibt es hier nicht, weil die Kommissionen mit Gutachten regieren, die erst kraft diverser Anknüpfungen und informeller Strukturen zu Quasientscheidungen erstarken. Bevor man aus lauter Verlegenheit und zur Verschleierung des Mangels klarer inhaltlicher Entscheidungskriterien den Ethikkommissionen immer schwerwiegendere ethische und rechtliche Entscheidungen – wie möglicherweise die Zulassung einer Präimplantationsdiagnose oder die Genehmigung des „therapeutischen Klonens“ – überträgt, sollte man die Ethikkommissionen daher wieder etwas an das Verfassungssystem anbinden.

Einen letzten grundrechtlichen Aspekt möchte ich noch ansprechen: Er betrifft die Funktion der Grundrechte angesichts neuer **biotechnologischer Möglichkeiten** wie etwa dem Klonieren von Menschen, der Züchtung menschlicher Stammzellen aus Frühembryonen zu Therapiezwe-

cken, der Keimbahntherapie oder der Präimplantationsdiagnose. Solange man keine dogmatischen Kapriolen schlägt, muss man mit Ermüchterung feststellen, dass sich diese Phänomene mit dem herkömmlichen Grundrechtsbestand nicht oder nur sehr locker in den Griff bekommen lassen. Als grundrechtliche Schutzgüter werden – sofern Embryonen im Spiel sind – zwar das Lebensrecht des Ungeborenen und der Menschenwürdegrundsatz strapaziert. Entkleidet man dieser Rechte von den sie umgebenden rechtspolitischen Wunschvorstellungen, dann bleibt freilich kaum ein normativer Gehalt übrig, weil nach meinem Dafürhalten weder das Recht auf Leben noch das Verbot unmenschlicher Behandlung auf Entwicklungsphasen vor den Nidation ernsthaft anwendbar sind. Der jüngst verlautete Versuch, Forschungseingriffe an der Blastozyste mit den Massenmorden in Auschwitz in eine gedankliche Verbindung zu bringen, ist kein brauchbarer Beitrag zur Diskussion, sondern eine zynische Verhöhnung der Holocaust-Opfer.

Wir werden diese drängenden rechtspolitischen Entscheidungen daher weitgehend ohne grundrechtliche Schützenhilfe treffen, oder aber – was weitaus zielführender wäre – den **Grundrechtskatalog um entsprechende inhaltliche Ergänzungen bereichern** müssen. Ausländische Entwicklungen, etwa in der Schweiz oder auch die EU-Grundrechtscharta, haben bereits erste zaghafte Schritte in diese Richtung gesetzt. Wir werden diese verfassungspolitische Diskussion auch deshalb führen müssen, weil es nach geltendem Recht viel leichter fällt, grundrechtlicher Argumente für als gegen die Freigabe gewisser Biotechnologien zu finden, nämlich namentlich die Forschungsfreiheit der beteiligten Wissenschaftler sowie die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Entwicklung künftiger Therapiemöglichkeiten. Besonders interessant scheint mir dabei auch die Frage zu sein, inwieweit kollektive Interessen der Menschheit – zB die Integrität des menschlichen Genoms als Ganzes – sinnvollerweise unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt werden könnten. Mit Sicherheit kann man allerdings schon jetzt sagen, dass ein solcher Schutz – soll er einigermaßen effektiv sein – nur ein internationaler und somit ein völkerrechtlicher wird sein können.

5. Mit dem Stichwort „Völkerrecht“ komme ich zum letzten Punkt meines Streifzuges. De constitutione ferenda könnte das Verfassungsrecht nämlich einen wesentlich intensiveren Beitrag zum Patientenschutz leisten: In Gestalt des **Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin** hat der Europarat eine beträchtliche Verfeinerung und Konkretisierung des Grundrechtsschutzes in der Medizin vorgelegt, der immerhin als erster Ansatz für einen europäischen grundrechtlichen Mindeststandard der Biomedizin gelten kann und der international auch als solcher gewürdigt wird. Die bisherigen Dokumente gehörten mangels Verbindlichkeit eher zum völkerrechtlichen soft law, und die Europäische Union hat bekanntlich keine Harmonisierungsbefugnis auf dem Gebiet des Gesundheitswesens. Im europäischen Kontext muss man die Bedeutung dieses Übereinkommens auch darin sehen, dass es – bei aller Lückenhaftigkeit und Kompromisshaftigkeit – ganz klar den Grundwerten der EMRK und dem Primat des Individuums gegenüber Forschungs- und Wirtschaftsinteressen ver-

pflichtet ist, was bei der gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzung vielleicht doch nicht immer in gleicher Weise der Fall ist.

Die in der Biomedizinkonvention getroffenen Regelungen betreffen etwa die Patientenautonomie, den Zugang zu Informationen, die biomedizinische Forschung, prädiktive Genanalysen, die Organtransplantation oder die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen. Inhaltlich geht dieses Dokument in seiner Detailnähe nicht nur weit über Art 8 EMRK hinaus; es setzt durch seinen übernationalen Geltungsbereich auch einen entscheidenden Schritt zur Internationalisierung des Medizinrechts, was wegen der grenzüberschreitenden Bedeutung vieler Probleme künftig unabdingbar sein wird. Kaum eine der brennenden Fragen der Biotechnologie – von der prädiktiven Genanalyse über die Präimplantationsdiagnose bis hin zum reproduktiven Klonen – wird sich durch nationale Alleingänge lösen lassen.

Diese Konvention liegt sei 1997 zur Ratifikation auf und wurde inzwischen von 29 Staaten des Europarates unterzeichnet, von einigen auch bereits ratifiziert. Völkerrechtlich trat die Konvention am 1. Dezember 1999 in Kraft. Mittlerweile sind auch mehrere Zusatzprotokolle in Vorbereitung, unter anderem zur Organtransplantation, zur humanmedizinischen Forschung, zum Embryonenschutz und zur Humangenetik; das erste Zusatzprotokoll zum Verbot des Klonens von Menschen ist bereits verabschiedet und am 1. März 2001 in Kraft getreten.

Wo liegt nun die mögliche künftige Bedeutung dieser Konvention für Österreich? Ich sehe diese Bedeutung zunächst einmal darin, dass die Konvention – nimmt man den Art 50 B-VG ernst – im Verfassungsrang zu transformieren wäre, weil es sich angesichts ihres intendierten Charakters als Spezifizierung des Art 8 EMRK sicher um einen **verfassungsergänzenden Staatsvertrag** handeln würde. Als solcher würde er jene Fortentwicklung der Grundrechte beschleunigen, von der ich vorhin gesprochen habe, und zwar unabhängig davon, ob man eine generelle oder eine spezielle Transformation wählt. In jedem Fall wäre der Beitritt zu dieser Konvention nicht nur eine Bereicherung des Grundrechtsbestandes mit einer neuen Gruppe von Rechten, denen man die Drittwirkung oder zumindest weitgehende staatliche Gewährleistungspflichten kaum mehr absprechen könnte; er wäre auch ein zentraler Impuls zur Durchforstung, Angleichung und Verfeinerung des Medizin- und Patientenrechtsbereichs. In einigen Punkten bestünde für den österreichischen Gesetzgeber auch Handlungsbedarf zur Anpassung des nationalen Rechts an eine mitunter deutlich strengere Rechtslage nach der Konvention bzw des Zusatzprotokolls, etwa was das in Österreich nur unzureichend abgesicherte Verbot des reproduktiven Klonens oder auch die Verwertung von menschlichen Körpersubstanzen betrifft. In jenen Punkten, wo die österreichische Rechtslage jetzt schon strenger ist als jene nach der Konvention – etwa bei der Forschung an Einwilligungsunfähigen oder der fremdnützigen Gewebentnahme – entstünde hingegen kein Anpassungsdruck, weil auch die Biomedizinkonvention in ihrem Art 27 die aus der EMRK bekannte Klausel enthält, wonach höhere innerstaatliche Schutzstandards unberührt bleiben.

Durch die in der Biomedizinkonvention explizit verankerte Verpflichtung der Staaten zur gesetzlichen und hinreichend bestimmten Konkretisierung von grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten sowie durch die Verpflichtung zur effektiven Umsetzung und zur Gewährung von effektivem Rechtsschutz würde überdies ein Schub in Richtung klarerer und bestimmterer Rechtsgrundlagen sowie in Richtung eines umfassenden Patientenrechtsschutzes entstehen. Im Ergebnis kann man die Prognose wagen, dass ein Beitritt zur Biomedizinkonvention für das Medizinrecht und den Patientenschutz eine langfristig vergleichbare Schubwirkung nach sich ziehen würde wie seinerzeit der österreichische Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention.

Umso bedauerlicher ist allerdings, dass Österreich – ebenso wie die BRD – die Biomedizinkonvention bisher weder unterzeichnet noch ratifiziert hat, und auch keine konkreten Anzeichen erkennbar sind, dass sich dies in nächster Zukunft ändern könnte. Von wenigen Ausnahmen abgesehen fehlt es auch an einer breiten Auseinandersetzung, sei es aus ethischer, rechtlicher oder rechtspolitischer Perspektive. Der oft recht aufgelegte und fast nur ablehnende Diskurs wird – wenn überhaupt – eher von den Medien und verschiedenen Interessenverbänden dominiert, deren Bandbreite von den Grünen über Behindertenorganisationen bis zur katholischen Theologie reicht, was für sich genommen schon ein bemerkenswertes Phänomen ist. Auf bundespolitischer Ebene ist eine vorsichtig abwartende bis kritische Haltung festzustellen, während sich mehrere Bundesländer bereits eindeutig negativ gegen einen Beitritt ausgesprochen haben.

Die Ursachen für dieses gespannte Verhältnis sind vielfältig und rational nicht immer leicht nachvollziehbar. Vordergründig geht es dabei um den gelegentlich an Hysterie grenzenden Vorwurf eines zu wenig weitgehenden Schutzes in den Bereichen Embryonenforschung sowie bei der Forschung und Gewebentnahme an Einwilligungsunfähigen. Bei Licht besehen beruht diese Ablehnung freilich durchwegs auf gravierenden Missverständnissen eines mit juristischen Texten nicht vertrauten Publikums über den spezifisch normativen Gehalt der Konvention – zB was die Aufrechterhaltung eines höheren innerstaatlichen Schutzniveaus gem Art 27 betrifft – oder auf der Unkenntnis über die Eigentümlichkeiten einer notwendig kompromisshaften völkerrechtlichen Rechtssetzung insgesamt – etwa im Hinblick auf den Vorwurf der Lückenhaftigkeit. Ähnliche Widerstände und Bedenken, wie sie heute gegen die Biomedizinkonvention vorgebracht werden, hätte man vor einem halben Jahrhundert schon gegen die Europäische Menschenrechtskonvention richten können, die in ihrem Stammdokument beispielsweise noch die Todesstrafe zuließ und gewisse Rechte wie das Eigentum gänzlich aussparte, ohne dass Österreich deshalb aus lauter Angst vor der Erosion eines tatsächlich oder vermeintlich höheren nationalen Standards nicht beigetreten wäre. Es ist eine Ironie der Geschichte, dass wir seinerzeit der EMRK nur mit allen möglichen – und inzwischen weitgehend obsoleten – Vorbehalten beigetreten sind, während wir heute nicht ohne eine gewisse moralische Überheblichkeit einem international richtungweisenden Menschenrechtsdokument die Akzeptanz nur deswegen versagen, weil es nicht in allen Details

unseren Idealvorstellungen vom „richtigen“ Schutzniveau entspricht. Bei aller Einsicht in die Unterschiede zwischen den beiden Dokumenten – insb in Bezug auf das in der Biomedizinkonvention nur rudimentär ausgeprägte supranationale Kontrollsystem – zeigt doch gerade die Geschichte des Europäischen Menschenrechtsschutzes das Entwicklungspotential und die enormen Chancen eines solchen „normativen“ völkerrechtlichen Vertrages auf der Ebene des Europarates. Würden alle Staaten so agieren wie Österreich, dann wäre dies das Ende des internationalen Menschenrechtsschutzes, und es bleibt daher zu hoffen, dass sich die Politik und der künftige Verfassungsgeber dieser Herausforderung nicht weiter verschließen.

Patientenrechte in Österreich

20. November 2000
Parlament

Herausgeber

Österreichische Juristenkommission
Sektion der Internationalen Juristenkommission, Genf



Recht
Wien 2001

Verfassungsfragen des Patientenschutzes

Meine sehr geehrten Damen und Herren!

Vor etwas mehr als zehn Jahren hat sich die Frühjahrstagung der Österreichischen Juristenkommission in Weissenbach am Attersee bereits eingehend mit „Patientenrechten“ befasst. Da ich damals ebenfalls ein Referat halten durfte, möchte ich heute – neben den eigentlichen verfassungsrechtlichen Fragestellungen meines Themas – auch einen kurzen Seitenblick auf das vergangene Jahrzehnt miteinschließen und der Frage nachgehen, ob und in welche Richtung sich der Zug des Patientenrechtsschutzes inzwischen weiterbewegt hat.

Zunächst zu einigen spezifischen Verfassungsfragen: Verfassungsrechtliche Aspekte des Patientenschutzes ergeben sich im wesentlichen aus der Kompetenzverteilung und der Grundrechtsordnung:

1. Aus **kompetenzrechtlicher Sicht** ist der „Patientenschutz“ eine typische **Querschnittsmaterie**. Je nach Regelungskontext und Regelungsgesichtspunkt besteht daher eine (quantitativ weitaus überwiegende) Bundeskompetenz nach Art 10 Abs 1 Z 12 (Gesundheitswesen), eine Bundesgrundsatz- und Landesausführungskompetenz nach Art 12 Abs 1 Z 1 (Heil- und Pflegeanstalten, Heilvorkommen etc) bzw eine Landeskompetenz nach Art 15 B-VG (Leichen- und Bestattungswesen, Gemeindegesundheitsdienst, Rettungswesen). Dieser verfassungsrechtliche Befund ist nicht nur für die beträchtliche Rechtszersplitterung im Gesundheitswesen (mit)verantwortlich, er steht auch einer – politisch wiederholt geforderten und im Dienste der Übersichtlichkeit sicher erstrebenswerten – systematischen und umfassenden Kodifikation der Patientenrechte entgegen. In manchen Teilbereichen wie dem Gemeindegesundheitsdienst oder dem Bestattungswesen hat diese Föderalisierung sicher eine Berechtigung; in anderen Bereichen – insb auf dem Gebiet der Krankenanstalten – ist es eher ein historisch gewachsener Anachronismus, dass sich ein kleines Land wie Österreich in Zeiten der Internationalisierung des Medizinrechts neun unterschiedliche Krankenanstaltengesetze und damit beispielsweise auch neun unterschiedlich ausgestaltete Regelungen über die Einsicht in die Krankengeschichte leistet. Ein verlässliches Heilmittel gegen diesen bundesstaatlichen Wildwuchs gibt es jenseits einer Bundesstaatsreform kaum. Die aus guten Gründen immer wieder diskutierte Schaffung einer bundeseinheitlichen kompetenzrechtlichen Grundlage für den Patientenschutz wird durch die neuere Rechtsentwicklung – ich denke nur an den Konsultationsmechanismus – gewiss auch nicht begünstigt.

Dennoch (oder gerade deshalb) scheint es aber lohnend, nach entsprechenden **Gegenstrategien** Ausschau zu halten, um auf dem Boden der geltenden Kompetenzlage eine größere Einheitlichkeit der Patientenrechte zu erzielen. In der jüngeren Vergangenheit lassen sich im wesentlichen drei Tendenzen erkennen: Der Abschluss von Art 15a-Verträgen, die

interpretative Ausdehnung bestehender Bundeskompetenzen sowie die Kompetenzüberschreitung.

a) Die mit Abstand erfolgversprechendste Harmonisierungsstrategie ist wohl der Einsatz von **Gliedsstaatsverträgen** gem Art 15a B-VG auf dem Gebiet der Patientenrechte, sofern diese Verträge nur – worauf ich noch zurückkommen werde – den entsprechenden Grad an Präzision und Gestaltungswillen aufweisen würden. Von der derzeit vorliegenden, zwischen dem Bund und den Ländern Kärnten, Oberösterreich und Burgenland abgeschlossenen Patientencharta kann man das nicht behaupten, und da sich in Zukunft nur mehr die Frage des Beitritts weiterer Länder zu diesem inhaltlich bereits fixierten Dokument, nicht hingegen die Frage der inhaltlichen Modifikation stellen wird, dürfte sich daran auch nicht so bald etwas ändern.

b) Wenig überzeugend scheinen mir hingegen alle Versuche, durch eine extensive Auslegung des Kompetenztatbestandes „**Zivilrechtswesen**“ eine Art Generalkompetenz des Bundes im Bereich des Patientenschutzes zu konstruieren. Denn erstens zählen nicht alle zivilrechtlichen Rechtsbeziehungen zugleich zum „Zivilrechtswesen“ im kompetenzrechtlichen Sinn, weil es auch in anderen Kompetenztatbeständen eingeschlossene Zivilrechtsenklaven gibt. Und zweitens gehört schon die beharrlich vorgetragene These, wonach Patientenrechte im wesentlichen dem Privatrecht zugehören, zu den zwar unausrottbaren, nichtsdestoweniger aber unhaltbaren Lehren des Gesundheitswesens. Im Grunde wird hier aus der ebenso herrschenden wie zweifelhaften Vorstellung, dass jede medizinische Behandlung auf einem zivilrechtlichen Behandlungsvertrag beruhe, eine voreilige kompetenzrechtliche Schlussfolgerung gezogen. In Wahrheit jedoch teilen auch die Rechte und Pflichten der Patienten das kompetenzrechtliche Schicksal jener Materie, in deren systematischen Kontext sie eingebunden sind, und dass bedeutet für den Bereich des Krankenanstaltenwesens beispielsweise, dass die Regelung der Rechtsbeziehungen zwischen Patienten und der Krankenanstalten durchwegs dem Art 12 B-VG (und nicht dem Art 10 B-VG) zuzuordnen sind, und zwar ganz unabhängig davon, wie man die Rechtsbeziehungen im Anstaltsverhältnis dogmatisch einordnet. Der VfGH hat dies übrigens schon lange judiziert. Das kommt dem Streben nach einer möglichst einheitlichen Gestaltung des Patientenschutzes sicher nicht entgegen, lässt sich aber auf dem Boden der geltenden Verfassungslage nicht einfach weginterpretieren. Umso näher läge es allerdings, wenn der Bund seine Grundsatzkompetenz nach Art 12 etwas weniger zögernd ausüben würde: So hätte man etwa im Patientenrechtskatalog des § 5a KAG sehr wohl echte, subjektive Patientenrechte vorgeben können, anstatt sich unter Hinweis auf eine angebliche Zivilrechtskompetenz darauf zu beschränken, den Anstaltssträgern die Beachtung anderweitig normierter Patientenrechte in Erinnerung zu rufen.

c) Nicht sinnvoll wäre es hingegen, das Rechtsinstitut der **sanitären Aufsicht** für eine Stärkung des Bundeseinflusses und eine Vereinheitlichung der Vollziehungssancen in den Dienst zu nehmen. Bei der derzeitigen Rechtslage, wo wir neben der verfassungsrechtlichen Grundlage in Art 10 B-VG und zwei eher rudimentären Regelungen im KAG sowie in

einer fast vergessenen Durchführungs-Verordnung aus dem Jahr 1937 keine klaren Aussagen über die Instrumente, die Intensität und die Maßstäbe dieses Rechtsinstituts vorfinden, sehe ich eher die Gefahr, dass damit die Verantwortungsstrukturen zwischen dem Anstaltssträger, dem Land als Träger der Vollziehung im Krankenanstaltenbereich und dem Bund unter dem Titel der sanitären Aufsicht oder auch der nicht minder unklaren Bundesaufsicht nach Art 15 Abs 8 B-VG noch weiter verwischt werden. Wenn man politisch eine ernsthafte Stärkung des Bundeseinflusses im Bereich der Krankenanstalten will, dann sollte man meines Erachtens die Krankenanstalten aus dem Art 12 in den Art 11 oder 10 B-VG verschieben, statt die verstaubte und nur historisch erklärbare Bundesaufsicht zu revitalisieren.

d) Nur der Vollständigkeit halber erwähnen möchte ich, dass natürlich auch die **Missachtung von kompetenzrechtlichen Barrieren** zu sinnvollen Ergebnissen führen kann, die sich dann allerdings nur politisch und nicht dogmatisch diskutieren lassen. Als ein Beispiel – das freilich in die Gegenrichtung der Stärkung von Landesbefugnissen wirkt – sei etwa die in einigen Ländern vorgesehene Zuständigkeit der Patientenanwälte für bundesrechtliche Aspekte des Gesundheitswesens erwähnt, obwohl den Ländern eine über die Ausführung des Krankenanstaltenwesens und das bloße Organisationsrecht hinausgehende Kompetenz zur Schaffung von Kontrollsystemen im Bundesbereich fehlt.

2. In der Frage der Vereinheitlichung des Patientenschutzes hat sich also am zentralen Hindernis der mangelnden Bundeskompetenz nichts geändert. Abgesehen davon ist man auch in jenen Gebieten, wo es eine solche Bundeskompetenz gibt, von einem Mehr an Einheitlichkeit weiter entfernt denn je. Im Gegenteil: Jede neu hinzutretende Rechtsquelle führt durch potentielle Derogationsverhältnisse, unvorhersehbare oder zumindest unvorhergesehene intersystematische Querbezüge oder durch je und je abweichende Terminologien eher zur Verwirrung als zur Vereinheitlichung. Wer will, mache etwa die Probe aufs Exempel anhand jüngerer Regelungen der Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf die Behandlungszustimmung, und er wird staunen, in welcher bunten Vielfalt hier ein und derselbe Sachverhalt normiert wird.

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive scheint dieser Befund auf den ersten Blick unergiebig, denn wie auch immer man die Sinnhaftigkeit einer Patientenrechtskodifikation aus rechtspolitischer Sicht einschätzt – verfassungsrechtlich geboten ist ein solcher Schritt gewiss nicht. Die Systematisierung und zusammenfassende Darstellung verstreuter Einzelregelungen ist – wie in anderen Rechtsgebieten auch – in erster Linie Aufgabe der Lehre. Ich glaube auch nicht, dass die unbestreitbaren Mängel bei der praktischen Umsetzung von Patientenrechten jenes Problem darstellen, auf welches ein Gesetz die richtige Antwort ist und sein kann. Zumeist liegt die Wurzel eher in mangelnder Rechtsumsetzung und vielleicht auch mangelnder Rechtskenntnis. Es ist unerfindlich, weshalb gerade die Ereignisse in Lainz und Freistadt besonders starke Impulse für die Diskussion um legisistische Reformen entfaltet haben, obwohl die Missstände in beiden Fällen sicher nicht primär auf der gesetzlichen Ebene ihre Wurzeln hatten.

Bei näherer Betrachtung scheinen mir aber doch einige verfassungsrechtliche Bezüge dieser rechtspolitischen Diskussion über die **Patientenrechtskodifikation** erwähnenswert: Aus rechtsstaatlicher und (zumindest) verfassungspolitischer Sicht kann vom Gesetzgeber nämlich gefordert werden, dass seine Regelungen insgesamt einigermaßen klar formuliert, ohne unverhältnismäßigen Interpretationsaufwand erkennbar, praktisch vollziehbar und effektiv durchsetzbar sowie in sich widerspruchsfrei sind. All dies hat im Kern mit dem Konzept von Rechtsstaatlichkeit zu tun, wie es der österreichischen Bundesverfassung zu Grunde liegt. Gerade in diesen – für eine entwickelte Rechtskultur nicht unerheblichen – Punkten weist die jüngere Patientenrechtsgesetzgebung freilich eine recht problematische Tendenz auf: Indem sie zwar einerseits die erwünschte Gesamtkodifikation nicht leisten kann, andererseits aber auch auf die Einlösung unrealistischer politischer Versprechungen nicht verzichten will, flüchtet sie immer mehr in eine **symbolische Beschwichtigungsgesetzgebung**, die einerseits den rechtlichen Wildwuchs und die Heterogenität der Vorschriften noch weiter verschärft, ohne andererseits die gewünschte Vereinheitlichung sicherstellen zu können.

Ich möchte das an zwei – zwanglos vermehrbaren – Beispielen verdeutlichen, die der neuen **Patientencharta** entnommen sind: Dort heißt es etwa in Art 17, dass Patienten und Patientinnen nur mit ihrer **Zustimmung** behandelt werden dürfen. Die in den folgenden Absätzen beschriebenen Ausnahmen betreffen ausschließlich die zustimmungslose Behandlung bei Gefahr im Verzug zum Schutz des einwilligungsunfähigen Patienten selbst vor Lebens- und schwerer Gesundheitsgefahr. Das entspricht den allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen ebenso wie dem § 110 StGB und erscheint daher zunächst unverdächtig – wer wollte diesem Grundsatz nicht beipflichten, zumal sich dieser auch im Zivil- und Strafrecht findet? Beim näheren Hinsehen fällt allerdings auf, dass die derzeitige Gesetzeslage eine Fülle von (meist öffentlichrechtlichen) Einschränkungen dieses Autonomieprinzips kennt, angefangen von Untersuchungs- und Behandlungspflichten im Bereich der sanitätspolizeilichen Bekämpfung ansteckender Krankheiten bis hin zu ausgeprägten Zwangsbefugnissen bei der ärztlichen Behandlung von Häftlingen. Da die Patientencharta keine Vorbehaltsklauseln kennt, scheint die einfachgesetzliche Rechtslage im Widerspruch zu den Bestimmungen der Charta zu stehen.

Ähnliche Konflikte bestehen im Zusammenhang mit der **Heranziehung von Patienten zu Lehr- und Forschungszwecken**. Art 20 der Patientencharta ist unmissverständlich und legt fest, dass „niemand ... ohne seine ausdrückliche Zustimmung zu klinischen Prüfungen und zu Forschungs- und Unterrichtszwecken herangezogen werden“ darf. Das ist klar und nicht weiter auslegungsbedürftig: Keine Heranziehung zu Lehre und Forschung ohne ausdrückliche Zustimmung. Und daher auch: Keine Lehre und Forschung bei jenen Patienten, die mangels Alter oder psychischem Zustand nicht einwilligungsfähig sind. Ein Blick in die österreichischen Gesetze führt freilich zu ganz anderen Ergebnissen: Selbstverständlich gibt es auch dort keine zwangsweise und insb keine fremdnützige Forschung an Einwilligungsunfähigen, was weder verfassungs- noch völkerrechtlich hinzunehmen wäre. Sehr wohl aber gibt es gewisse Einschrän-

kungen, wie etwa die Einbeziehung Bewusstloser in klinische Prüfungen nach § 39 AMG. Besonders auffällig ist die Divergenz zwischen der Charta und dem Gesetz beim klinischen Unterricht: Nach dem vor kurzem novellierten § 44 KAG ist nämlich eine Einbeziehung in klinische Demonstrationen bei Einwilligungsunfähigen auch dann zulässig, wenn kein Widerspruch vorliegt. Das ist durchaus sinnvoll, weil man andererseits darauf verzichten müsste, den Medizinstudenten narkotisierte oder sonst bewusstlose Patienten zu demonstrieren. Mit Art 20 der Patientencharta ist es aber nicht zu vereinbaren, weil dieser keine Ausnahme vom Zustimmungsprinzip zulässt.

Löst man sich von diesen konkreten Beispielen, so folgt daraus: Wir haben auf der einen Seite eine Patientencharta, in der an sich unstrittige Grundsätze auf recht hoher Abstraktionsebene apodiktisch festgeschrieben werden, nicht jedoch deren Durchbrechungen und Schranken. Und auf der anderen Seite bestehen vielfältige Gesetze und Verordnungen, die die nötigen Güterabwägungen und Grenzziehungen in detaillierterer und bereichsspezifischer unterschiedlicher Weise vornehmen. Was mich dabei aus rechtsstaatlicher Sicht irritiert, ist der Widerspruch zwischen beiden Rechtsquellen. Würde es sich um gleichrangige Normen handeln, hätte man es wohl mit einer Derogation durch die jüngere Patientencharta zu tun. Die Patientencharta stellt aber einen Gliedstaatsvertrag nach Art 15a B-VG dar, der nach völlig herrschender Lehre und Rechtsprechung nur die beteiligten Gebietskörperschaften bindet und daher für die Rechte und Pflichten der Ärzte und Patienten keinerlei wie immer geartete unmittelbare Auswirkung hat. Der Widerspruch zwischen Gesetz und Charta ändert daher nicht das geringste daran, dass für die Praxis de iure weiterhin ausschließlich das jeweilige – abweichende – Gesetz maßgebend ist, nicht hingegen der überschneidende Grundsatz in der Charta.

Für die **Auflösung dieser Widersprüche** gibt es zwei Szenarien, ein theoretisches und eine realistische: Entweder die Anpassung der Gesetze an die in der Charta übernommenen vertraglichen Verpflichtungen, gegebenenfalls erzwungen durch ein Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes nach Art 138a B-VG. Oder, was ich für weitaus realistischer und vom inhaltlichen Ergebnis auch näherliegend halte: Man gelangt zum Ergebnis, dass die Grundsätze der Charta nicht ganz wörtlich gemeint sind, oder juristischer formuliert: dass es sich nur um allgemeine Prinzipien handelt, die nach Maßgabe ungeschriebener Abwägungs- und Rechtfertigungsdiskurse mehr oder weniger weit zurückgedrängt werden können.

Im Klartext heißt das, dass hier verschiedene Normsetzer mit gespaltener Zunge sprechen. Auf der einen Seite eine Patientenrechtscharta, die einem augenzwinkernden Rigorismus huldigt, die aber offenbar gar nicht auf konsequente Umsetzung angelegt ist. Und auf der anderen Seite die weiterhin fortbestehende und weiterhin komplizierte und zersplitterte Rechtslage, aus der einzig und allein die verlässlichen (weil verbindlichen) rechtlichen Antworten für Ärzte und Patienten zu gewinnen sind. Das ist nach meiner Einschätzung ein fragwürdiges Beispiel von **austriakischer Patientenrechtslyrik**, deren Ziel offenbar nur die Beruhigung des Laienpublikums, die Erfüllung medialer Erwartungen sowie eine vage „Bewusst-

seinsbildung“ ist, während die Recht suchenden Patienten bei nüchterner Betrachtung nicht das bekommen, was man ihnen immer wieder versprochen hat: nämlich Klarheit und Rechtssicherheit. Denn einem Patient, der sich auf die Ankündigung der Presseaussendungen verlässt, wonach in der Patientencharta – ich zitiere – „die wesentlichsten Patientenrechte in einem Stück Bundesgesetzblatt zusammengefasst“ seien und eine „übersichtliche und vollständige Information“ ermöglicht werde, muss im Konfliktfall mit einem jähren Erwachen rechnen. Er wird nämlich ernüchtert feststellen müssen, dass die Patientencharta weder formell noch inhaltlich das einlösen kann, was sie vorgibt – von einer wie auch immer gearteten Durchsetzbarkeit ganz zu schweigen.

Was folgt daraus aus rechtsstaatlicher Sicht? Wäre es ein Einzelfall, so sollte man ihn gewiss nicht überbetonen. Das trifft aber nicht zu. Ähnliche Argumente wie gegen die Patientencharta wurden nämlich schon früher gegen die – normativ ebenso fragwürdigen – **Patientenrechtskataloge im KAG** vorgebracht, ohne dass sich an der Richtung des Trends etwas geändert hätte. Wir haben es also offenbar mit einer Tendenz zu tun, die auf einen grundlegenden **Funktionswandel des Rechts im Gesundheitswesen** hinausläuft. Der Zuwachs an nicht oder halbverbindlichen Grundsatzbekenntnissen, an bioethischem soft law, verbunden mit der parallel und zeitgleich verlaufenden Verabschiedung klassischer Verantwortungs- und Haftungsstrukturen markiert eine gewisse Zurückdrängung herkömmlicher Bilder von Rechtsstaatlichkeit. Unterm Strich meine ich, dass durch eine zunehmende Inflation von Patientenrechtsdokumenten sowie die Degeneration von operationablen Rechtsnormen in bloße „Bewusstseinsappelle“ mit zweifelhaftem Geltungsanspruch das Vertrauen in die Verbindlichkeit und Durchsetzbarkeit des Rechts beschädigt und dem Patientenschutz insgesamt ein schlechter Dienst erwiesen wird. Das Gesetz als Appell an wohlmeinende Entscheidungsträger statt als Grundlage subjektiver Rechte, das Bundesgesetzblatt als „Infofolder“ und Werbeprospekt der Politik, die Rechtsdurchsetzung durch beratende Kommissionen und freiwillige Gewährung von Gnadenleistungen – all das ist, überspitzt formuliert, ein Schritt zurück vom entwickelten Rechtsstaat hin zu einem aufgeklärten Absolutismus der josephinischen Ära.

3. Nun einige Anmerkungen zur Funktion der **Grundrechte**: Es gibt kaum einen Aspekt im Medizinbetrieb, der nicht von grundrechtlicher Relevanz ist. Die Palette möglicher Grundrechtsberührungen reicht von ganz elementaren Rechten wie dem Recht auf Leben und körperliche Integrität über das weite Feld des Datenschutzes bis hin zu Verfahrens- und Rechtsweggarantien im Schadensfall. Im Kernbereich handelt es sich freilich meist um Variationen auf das Recht auf Privatleben gem Art 8 EMRK, das – als Ansatzpunkt eines allgemeinen verfassungsrechtlichen Persönlichkeitsschutzes – schon wegen der Körperbezogenheit der Medizin im Mittelpunkt der meisten Überlegungen steht. Die zentralen Grundsätze der medizinischen Ethik wie das Autonomieprinzip, das Fürsorgeprinzip oder das Recht auf „informationelle Selbstbestimmung“ sind auf diese Weise zweifellos auch grundrechtlich abgesichert.

Aus der Vagheit dieser Garantien und der Zulässigkeit von Beschränkungen aufgrund von Gesetzesvorbehalten folgt freilich auch, dass die

meisten Ableitungen aus Grundrechten – insb aus dem Grundrecht auf Privatleben – von **außerordentlich hoher Unbestimmtheit** sind. Viel mehr als die neuerliche Bekräftigung der genannten Grundprinzipien sowie die grundrechtsdogmatische Steuerung des Abwägungsprozesses ist daraus selten zu gewinnen. In den für den praktischen Alltag entscheidenden Detailfragen und in der – nur nach Maßgabe einfachgesetzlicher Konkretisierung zu leistenden – „Feinsteuerung“ des Medizinbetriebes vermag die Verfassung hingegen nur selten klare verhaltensleitende Wegweiser zu geben, zumal sich heikle Entscheidungssituationen typischerweise im Spannungsfeld gegenläufiger und konkurrierenden Grundrechtspositionen abspielen, deren Abwägung und Ausgleich verfassungsrechtlich nur gering vorstrukturiert ist. Ausnahmen bei Grundrechten mit hoher Detaildichte wie dem Recht auf persönliche Freiheit mögen die Regel bestätigen.

Dazu kommt noch, dass sich die Ausübung der Medizin immer seltener im Verhältnis der Bürger zum Staat bewegt. Wenn die Ausgliederungen ihr Tempo fortsetzen, wird dies künftig überhaupt die Ausnahme sein. Das bedeutet aber auch, dass der Geltungsanspruch der Grundrechte für die Medizin mit heiklen Fragen der **Drittwirkung** und der staatlichen **Schutzpflicht** behaftet ist, was die Unsicherheiten weiter verstärkt. Die gebotene einfachgesetzliche Ausgestaltung der Patientenrechte und die in ihrem Vorfeld zu führende rechtsethische und gesundheitspolitische Diskussion kann man sich daher durch den Rückgriff auf die Grundrechte nicht ersparen, weil deren Steuerungskraft nicht oder nur selten ausreicht, um eine einzige Lösung als die grundrechtlich „richtige“ zu legitimieren. Das gilt in ganz besonderem Maß für den Grundsatz der Menschenwürde, dessen emotionale und ethische Aufgeladenheit zu seiner juristischen Brauchbarkeit in deutlichem Kontrast steht. Der in der deutschen Diskussion verbreitete Ansatz, so gut wie alle zentralen Fragen der Biomedizin kahlschlagartig über die **Menschenwürdegarantie** des Grundgesetzes lösen zu wollen, ist ein – wegen seiner Beliebigkeit– eher abschreckendes Unterfangen. Bei nüchterem Betrachtung vermögen derart unbestimmte Klauseln überhaupt nur dann eine Leitfunktion zu entfalten, wenn es ein zuständiges Grenzorgan gibt, das im Streitfall zur verbindlichen Konkretisierung legitimiert ist. Im Medizinbetrieb fehlt es aber schon daran, weil es keine einheitliches formalisiertes Rechtsschutzverfahren gibt.

4. Ich komme damit zu einem weiteren Punkt, der in der bisherigen Auseinandersetzung wenig beachtet wird, nämlich zu **verfahrensrechtlichen** Positionen und allgemeinen **Rechtsschutzgarantien**. So wirft etwa die Diskussion um neuartige Entschädigungsmodelle Fragen nach der Vereinbarkeit mit Art 6 EMRK auf, wenn und sofern der traditionelle Haftungsweg durch informelle und rechtlich schwach abgesicherte Lösungen nicht bloß ergänzt, sondern tendenziell verdrängt werden würde. Zwar präjudiziert die Verfassung meines Erachtens weder die Entscheidung für ein bestimmtes Modell der Arzthaftung, noch steht sie vorgeschalteten Schlichtungseinrichtungen auch nur ansatzweise entgegen. Am Ende muss aber immer der freie Zugang zu einem unabhängigen Gericht stehen, der durch einen klaren Rechtsweganspruch abgesichert ist, wobei mit den Worten „freier Zugang“ und „unabhängiges Gericht“ nicht nur formale sondern effektive, jedermann gleich zugängliche und dem Grundsatz der

„sichtbaren Gerechtigkeit“ verpflichtete Garantien gemeint sind, nicht jedoch gnadenweise Ausschüttungen nach Maßgabe des good wills der Verpflichteten.

Verstehen Sie mich bitte nicht falsch: Zweifellos haben neuartige Rechtsschutzkonzepte wie Patientenanwaltschaften und Schlichtungsstellen einen ganz entscheidenden Beitrag zur Kommunikationsförderung und zur Befriedung von Interessenkonflikten geleistet und werden dies auch weiterhin tun. Der Rechtsstaat muss sich letztlich aber auch in solchen Konstellationen bewähren, die sich auf weichem Wege nicht mehr schlichten lassen. An solchen Rechtsschutzwegen fehlt es aber – abgesehen von der Psychiatrie mit ihrem außerstreitigen Unterbringungsverfahren – weitgehend, weshalb sich das unbefriedigte Rechtsschutzbedürfnis der Patienten so gut wie ausschließlich über das Arzthaftungsrecht und hier wieder bevorzugt über die Ausreizung des Vorwurfes der Aufklärungsmangels artikuliert. Wenn wir die Grundrechte auch im Verhältnis von Ärzten und Patienten tatsächlich ernst nehmen wollen – und sei es erst nach Vermittlung über staatliche Schutz- und Gewährleistungspflichten –, dann müsste man auch darüber nachdenken, ob hier zur Zeit wirklich ein dem Art 13 MRK entsprechender Rechtsschutz gewährleistet ist. Die vor schnelle Identifizierung von Rechtsschutz und Arzthaftung gehört jedenfalls zu den unglücklichen Ideologien der aktuellen Diskussion, und es erstaut immer wieder, wenn nach jedem Medizinskandal zunächst einmal eine Reform des Haftungssystems diskutiert wird, als bestünde zwischen dem Haftungssystem und den Ursachen des jeweiligen Missstandes irgendein maßgeblicher Zusammenhang.

Unter dem Kapitel Verfahrensgrundrechte und Rechtsstaatlichkeit sollte man auch die Ethikkommissionen erwähnen. Auch hier gilt, dass ihre Funktion bei der Evaluierung und Kontrolle der Forschung nicht mehr wegzudenken ist, dass aber eine weitere Inflation ihrer Befugnisse irgendwann auf rechtsstaatliche Bedenken stoßen muss. Denn es ist offenkundig, dass die faktische Entscheidungsmacht dieser Kommissionen im Forschungsbereich und die Auswirkungen ihrer Entscheidungen auf die Grundrechtssphäre sowohl der Forscher als auch der Patienten im Kontrast zu ihrer rechtsstaatlichen Einbindung steht. Verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeiten wie eine halbwegs nachvollziehbare materielle Entscheidungsgrundlage, ein Verfahrensrecht, eine Parteistellung der Betroffenen oder einen Rechtsschutz gibt es hier nicht, weil die Kommissionen mit Gutachten regieren, die erst kraft diverser Anknüpfungen und informeller Strukturen zu Quasientscheidungen erstarken. Bevor man aus lauter Verlegenheit und zur Verschleierung des Mangels klarer inhaltlicher Entscheidungskriterien den Ethikkommissionen immer schwerwiegendere ethische und rechtliche Entscheidungen – wie möglicherweise die Zulassung einer Präimplantationsdiagnose oder die Genehmigung des „therapeutischen Klonens“ – überträgt, sollte man die Ethikkommissionen daher wieder etwas an das Verfassungssystem anbinden.

Einen letzten grundrechtlichen Aspekt möchte ich noch ansprechen: Er betrifft die Funktion der Grundrechte angesichts neuer **biotechnologischer Möglichkeiten** wie etwa dem Klonieren von Menschen, der Züchtung menschlicher Stammzellen aus Frühembryonen zu Therapiezwe-

cken, der Keimbahntherapie oder der Präimplantationsdiagnose. Solange man keine dogmatischen Kapriolen schlägt, muss man mit Ernüchterung feststellen, dass sich diese Phänomene mit dem herkömmlichen Grundrechtsbestand nicht oder nur sehr locker in den Griff bekommen lassen. Als grundrechtliche Schutzgüter werden – sofern Embryonen im Spiel sind – zwar das Lebensrecht des Ungeborenen und der Menschenwürdegrundsatz strapaziert. Entkleidet man dieser Rechte von den sie umgebenden rechtspolitischen Wunschvorstellungen, dann bleibt freilich kaum ein normativer Gehalt übrig, weil nach meinem Dafürhalten weder das Recht auf Leben noch das Verbot unmenschlicher Behandlung auf Entwicklungsphasen vor den Nidation ernsthaft anwendbar sind. Der jüngst verlaute Versuch, Forschungseingriffe an der Blastozyste mit den Massenmorden in Auschwitz in eine gedankliche Verbindung zu bringen, ist kein brauchbarer Beitrag zur Diskussion, sondern eine zynische Verhöhnung der Holocaust-Opfer.

Wir werden diese drängenden rechtspolitischen Entscheidungen daher weitgehend ohne grundrechtliche Schützenhilfe treffen, oder aber – was weitaus zielführender wäre – den **Grundrechtskatalog um entsprechende inhaltliche Ergänzungen bereichern** müssen. Ausländische Entwicklungen, etwa in der Schweiz oder auch die EU-Grundrechtscharta, haben bereits erste zaghafte Schritte in diese Richtung gesetzt. Wir werden diese verfassungspolitische Diskussion auch deshalb führen müssen, weil es nach geltendem Recht viel leichter fällt, grundrechtlicher Argumente für als gegen die Freigabe gewisser Biotechnologien zu finden, nämlich namentlich die Forschungsfreiheit der beteiligten Wissenschaftler sowie die staatliche Schutzpflicht zugunsten der Entwicklung künftiger Therapiemöglichkeiten. Besonders interessant scheint mir dabei auch die Frage zu sein, inwieweit kollektive Interessen der Menschheit – zB die Integrität des menschlichen Genoms als Ganzes – sinnvollerweise unter verfassungsrechtlichen Schutz gestellt werden könnten. Mit Sicherheit kann man allerdings schon jetzt sagen, dass ein solcher Schutz – soll er einigermaßen effektiv sein – nur ein internationaler und somit ein völkerrechtlicher wird sein können.

5. Mit dem Stichwort „Völkerrecht“ komme ich zum letzten Punkt meines Streifzuges. De constitutione ferenda könnte das Verfassungsrecht nämlich einen wesentlich intensiveren Beitrag zum Patientenschutz leisten: In Gestalt des **Menschenrechtsübereinkommens zur Biomedizin** hat der Europarat eine beträchtliche Verfeinerung und Konkretisierung des Grundrechtsschutzes in der Medizin vorgelegt, der immerhin als erster Ansatz für einen europäischen grundrechtlichen Mindeststandard der Biomedizin gelten kann und der international auch als solcher gewürdigt wird. Die bisherigen Dokumente gehörten mangels Verbindlichkeit eher zum völkerrechtlichen soft law, und die Europäische Union hat bekanntlich keine Harmonisierungsbefugnis auf dem Gebiet des Gesundheitswesens. Im europäischen Kontext muss man die Bedeutung dieses Übereinkommens auch darin sehen, dass es – bei aller Lückenhaftigkeit und Kompromisshaftigkeit – ganz klar den Grundwerten der EMRK und dem Primat des Individuums gegenüber Forschungs- und Wirtschaftsinteressen ver-

pflichtet ist, was bei der gemeinschaftsrechtlichen Rechtssetzung vielleicht doch nicht immer in gleicher Weise der Fall ist.

Die in der Biomedizinkonvention getroffenen Regelungen betreffen etwa die Patientenautonomie, den Zugang zu Informationen, die biomedizinische Forschung, prädiktive Genanalysen, die Organtransplantation oder die Verwendung menschlicher Körpersubstanzen. Inhaltlich geht dieses Dokument in seiner Detailnähe nicht nur weit über Art 8 EMRK hinaus; es setzt durch seinen übernationalen Geltungsbereich auch einen entscheidenden Schritt zur Internationalisierung des Medizinrechts, was wegen der grenzüberschreitenden Bedeutung vieler Probleme künftig unabdingbar sein wird. Kaum eine der brennenden Fragen der Biotechnologie – von der prädiktiven Genanalyse über die Präimplantationsdiagnose bis hin zum reproduktiven Klonen – wird sich durch nationale Alleingänge lösen lassen.

Diese Konvention liegt sei 1997 zur Ratifikation auf und wurde inzwischen von 29 Staaten des Europarates unterzeichnet, von einigen auch bereits ratifiziert. Völkerrechtlich trat die Konvention am 1. Dezember 1999 in Kraft. Mittlerweile sind auch mehrere Zusatzprotokolle in Vorbereitung, unter anderem zur Organtransplantation, zur humanmedizinischen Forschung, zum Embryonenschutz und zur Humangenetik; das erste Zusatzprotokoll zum Verbot des Klonens von Menschen ist bereits verabschiedet und am 1. März 2001 in Kraft getreten.

Wo liegt nun die mögliche künftige Bedeutung dieser Konvention für Österreich? Ich sehe diese Bedeutung zunächst einmal darin, dass die Konvention – nimmt man den Art 50 B-VG ernst – im Verfassungsrang zu transformieren wäre, weil es sich angesichts ihres intendierten Charakters als Spezifizierung des Art 8 EMRK sicher um einen **verfassungsergänzenden Staatsvertrag** handeln würde. Als solcher würde er jene Fortentwicklung der Grundrechte beschleunigen, von der ich vorhin gesprochen habe, und zwar unabhängig davon, ob man eine generelle oder eine spezielle Transformation wählt. In jedem Fall wäre der Beitritt zu dieser Konvention nicht nur eine Bereicherung des Grundrechtsbestandes mit einer neuen Gruppe von Rechten, denen man die Drittwirkung oder zumindest weitgehende staatliche Gewährleistungspflichten kaum mehr absprechen könnte; er wäre auch ein zentraler Impuls zur Durchforstung, Angleichung und Verfeinerung des Medizin- und Patientenrechtsbereichs. In einigen Punkten bestünde für den österreichischen Gesetzgeber auch Handlungsbedarf zur Anpassung des nationalen Rechts an eine mitunter deutlich strengere Rechtslage nach der Konvention bzw des Zusatzprotokolls, etwa was das in Österreich nur unzureichend abgesicherte Verbot des reproduktiven Klonens oder auch die Verwertung von menschlichen Körpersubstanzen betrifft. In jenen Punkten, wo die österreichische Rechtslage jetzt schon strenger ist als jene nach der Konvention – etwa bei der Forschung an Einwilligungsunfähigen oder der fremdnützigen Gewebentnahme – entstünde hingegen kein Anpassungsruck, weil auch die Biomedizinkonvention in ihrem Art 27 die aus der EMRK bekannte Klausel enthält, wonach höhere innerstaatliche Schutzstandards unberührt bleiben.

Durch die in der Biomedizinkonvention explizit verankerte Verpflichtung der Staaten zur gesetzlichen und hinreichend bestimmten Konkretisierung von grundrechtlichen Gesetzesvorbehalten sowie durch die Verpflichtung zur effektiven Umsetzung und zur Gewährung von effektivem Rechtsschutz würde überdies ein Schub in Richtung klarerer und bestimmterer Rechtsgrundlagen sowie in Richtung eines umfassenden Patientenrechtsschutzes entstehen. Im Ergebnis kann man die Prognose wagen, dass ein Beitritt zur Biomedizinkonvention für das Medizinrecht und den Patientenschutz eine langfristig vergleichbare Schubwirkung nach sich ziehen würde wie seinerzeit der österreichische Beitritt zur Europäischen Menschenrechtskonvention.

Umso bedauerlicher ist allerdings, dass Österreich – ebenso wie die BRD – die Biomedizinkonvention bisher **weder unterzeichnet noch ratifiziert** hat, und auch keine konkreten Anzeichen erkennbar sind, dass sich dies in nächster Zukunft ändern könnte. Von wenigen Ausnahmen abgesehen fehlt es auch an einer breiten Auseinandersetzung, sei es aus ethischer, rechtlicher oder rechtspolitischer Perspektive. Der oft recht aufgelegte und fast nur ablehnende Diskurs wird – wenn überhaupt – eher von den Medien und verschiedenen Interessenverbänden dominiert, deren Bandbreite von den Grünen über Behindertenorganisationen bis zur katholischen Theologie reicht, was für sich genommen schon ein bemerkenswertes Phänomen ist. Auf bundespolitischer Ebene ist eine vorsichtig abwartende bis kritische Haltung festzustellen, während sich mehrere Bundesländer bereits eindeutig negativ gegen einen Beitritt ausgesprochen haben.

Die Ursachen für dieses gespannte Verhältnis sind vielfältig und rational nicht immer leicht nachvollziehbar. Vordergründig geht es dabei um den gelegentlich an Hysterie grenzenden Vorwurf eines zu wenig weitgehenden Schutzes in den Bereichen Embryonenforschung sowie bei der Forschung und Gewebentnahme an Einwilligungsunfähigen. Bei Licht besehen beruht diese Ablehnung freilich durchwegs auf gravierenden Missverständnissen eines mit juristischen Texten nicht vertrauten Publikums über den spezifisch normativen Gehalt der Konvention – zB was die Aufrechterhaltung eines höheren innerstaatlichen Schutzniveaus gem Art 27 betrifft – oder auf der Unkenntnis über die Eigentümlichkeiten einer notwendig kompromisshaften völkerrechtlichen Rechtssetzung insgesamt – etwa im Hinblick auf den Vorwurf der Lückenhaftigkeit. Ähnliche Widerstände und Bedenken, wie sie heute gegen die Biomedizinkonvention vorgebracht werden, hätte man vor einem halben Jahrhundert schon gegen die Europäische Menschenrechtskonvention richten können, die in ihrem Stammdokument beispielsweise noch die Todesstrafe zuließ und gewisse Rechte wie das Eigentum gänzlich aussparte, ohne dass Österreich deshalb aus lauter Angst vor der Erosion eines tatsächlich oder vermeintlich höheren nationalen Standards nicht beigetreten wäre. Es ist eine Ironie der Geschichte, dass wir seinerzeit der EMRK nur mit allen möglichen – und inzwischen weitgehend obsoleten – Vorbehalten beigetreten sind, während wir heute nicht ohne eine gewisse moralische Überheblichkeit einem international richtungweisenden Menschenrechtsdokument die Akzeptanz nur deswegen versagen, weil es nicht in allen Details

unseren Idealvorstellungen vom „richtigen“ Schutzniveau entspricht. Bei aller Einsicht in die Unterschiede zwischen den beiden Dokumenten – insb in Bezug auf das in der Biomedizinkonvention nur rudimentär ausgeprägte supranationale Kontrollsystem – zeigt doch gerade die Geschichte des Europäischen Menschenrechtsschutzes das Entwicklungspotential und die enormen Chancen eines solchen „normativen“ völkerrechtlichen Vertrages auf der Ebene des Europarates. Würden alle Staaten so agieren wie Österreich, dann wäre dies das Ende des internationalen Menschenrechtsschutzes, und es bleibt daher zu hoffen, dass sich die Politik und der künftige Verfassungsgeber dieser Herausforderung nicht weiter verschließen.

Sektionschef Univ.Doz. Dr. Gerhart H. J. SCHNEIDER
Präsident der Österreichischen Juristenvereinigung

Ich danke Herrn Prof. Kopetzki für seine Ausführungen zur Frage, was das geltende Verfassungsrecht im Rahmen der angesprochenen Thematik leisten kann, und bitte nun Herrn MR Dr. Algrin vom Bundesministerium für soziale Sicherheit und Generationen um seine Rückmeldung. Es wird sich mit der Situation der Patientenrechte in Österreich beschäftigen. Dabei geht es aufbauend auf dem verfassungsrechtlichen Rahmen um eine Darstellung des Status quo der Patientenrechte in Österreich. Bitte Herr Ministerialrat!