

Wieviel Kommunikation braucht die Medizin?

Florian Menz

Missverständnisse sind der Normalfall in der Kommunikation. Mit diesem erkenntnistheoretisch begründbaren Satz trifft man bei der Analyse unterschiedlicher Interaktionsformen in der Regel ins Schwarze – nicht zuletzt auch in der Arzt-Patient-Kommunikation. Dies ist einerseits beruhigend, andererseits problematisch, denn die meisten Ärzte und Ärztinnen verbringen den Großteil ihrer Arbeitszeit im Gespräch mit PatientInnen – im niedergelassenen Bereich bis zu 80%. Dabei lässt sich eine grundlegende Beobachtung festhalten: Es häufen sich „Missverständnisse“ bei bestimmten gesellschaftlichen Gruppen, die dadurch systematisch benachteiligt sind. Forschungen im Rahmen der kritischen Diskursanalyse haben solche Benachteiligungen für Frauen, MigrantInnen, Angehörige von bildungsfernen Milieus, Kinder und ältere Menschen nachgewiesen.

Die (quantitative) Frage, wieviel Kommunikation die Medizin brauche, muss daher ergänzt werden durch eine qualitative: Welche Art von Kommunikation ist notwendig, um gelingende Kommunikation für alle Beteiligten zu ermöglichen? Der Vortrag wird am Beispiel von exemplarischen Analysen Antworten auf diese beiden Fragen vorschlagen.

Der vergessene Zahnwurzelrest und seine Rechtsfolgen

Friedrich Spitzauer

I. Aus dem festgestellten Sachverhalt:

An einem 28.1. sucht die Klägerin die beklagte Zahnärztin wegen wackelnder provisorischer Brücken im rechten Oberkiefer und im rechten Unterkiefer auf. Die Beklagte erstellte einen Heilkostenplan für eine fixe Lösung der Brücken und überwies sie zu einem Panoramaröntgen. Für den darauf folgenden 7.3. wurde ein Termin zur Durchführung der nötigen Arbeiten vereinbart. Anlässlich dieses Termins stellte die Beklagte nach Studium des Röntgenbildes fest, dass der Zahn Nr. 14 nicht mehr als Brückenpfeiler verwendet werden kann, da er bereits einen Stiftaufbau hatte. Der Zahn sollte entfernt werden und der Zahn Nr. 13 als Brückenpfeiler herangezogen werden. Die Klägerin zögerte wegen der Entfernung des Zahnes, die Beklagte und der ebenfalls beigezogene Zahntechniker redeten auf sie ein, dass dies allerdings die einzige sinnvolle und richtige Lösung sei. Die Beklagte meinte, die Klägerin solle ihr vertrauen, stellte den Behandlungsstuhl in Liegestellung und die Klägerin fügte sich.

Nach den Feststellungen (im zivilgerichtlichen Verfahren) klärte die Klägerin die Beklagte nicht darüber auf, welche Komplikationen bei der Extraktion des Zahnes auftreten könnten, insbesondere auch nicht darüber, dass der Zahn abbrechen könne und diesfalls operativ entfernt werden müsste.

Tatsächlich gestaltete sich die Extraktion äußerst schwierig, der Zahn konnte nicht in einem gezogen werden, es wurde notwendig, die Knochenlamelle seitlich zu öffnen, um zur Zahnwurzel zu gelangen. Während der Behandlung erläuterte die Klägerin der Beklagten jeden Behandlungsschritt. Die Klägerin wurde zunehmend unruhiger, es kam auch vor, dass sie der Beklagten die Hand griff. In dieser angespannten Situation übersah die Beklagte, dass nicht alle Teile entfernt wurden, es verblieb ein Wurzelrest in der Wunde. Das Nähen der Wunde war aufgrund der zunehmenden Nervosität und des Widerstandes der Klägerin nur mit Mühe möglich. Dennoch wurde der Zahn 13 geschliffen, der als Brückenpfeiler für die neue Brücke dienen sollte. Der Zahntechniker fertigte inzwischen ein Provisorium an, dass der Klägerin eingesetzt wurde. Sie wurde für den 14.3. zur Nahtentfernung bestellt. An diesem Tag sollte auch die fixe Brücke bereits provisorisch eingesetzt werden.

Die gesamte Sitzung dauerte länger als 3 Stunden. Zum Schluss wurde kein Kontrollröntgen angefertigt. Die Klägerin verlies nach 3 ½ Stunden entnervt und fertig die Ordination. Sie hatte schon mehrere Extraktionen erlebt und erwartete, dass die Schmerzen über das Wochenende abklingen würden. Diese wurden stärker, sie rief deswegen bereits am Montag

die Beklagte an und ersuchte vorbeikommen zu dürfen. Die Beklagte beruhigte sie und riet ihr, etwas Schmerzstillendes zu nehmen.

Am 14.3. (zu diesem Termin war die Klägerin wiederbestellt) schilderte sie ihre Zustände und Schmerzen, die Beklagte meinte wiederum, es werde besser werden, sie solle nicht so wehleidig sein.

Die Beklagte wollte die Nähte noch nicht entfernen, weil ihr die Wundheilung nicht gefiel, dennoch setzte sie gemeinsam mit dem Zahntechniker die fixe Brücke ein und vereinbarte für den 21.3. einen Termin zur Nahtentfernung bei ihrem Kollegen (einem Universitätsprofessor und gerichtlich beeideten Sachverständigen), da sie in der Woche des 21.3. ihren Skiurlaub geplant hatte.

Die Schmerzen ließen nicht nach, der von der Beklagten fernmündlich empfohlene Peru-Balsam brannte fürchterlich und die Apothekerin äußerte Bedenken, ob dieses Mittel überhaupt im Mund angewendet werden könne. Die Klägerin trug es einmal auf, es brannte fürchterlich, sie verwendete es in weiterer Folge nicht mehr.

Am 21.3. suchte die Klägerin den Kollegen der Beklagten auf, dem sie ihre Schmerzen klagte. Dieser entfernte zwar die Nähte, sah aber keine Veranlassung für ein Röntgen oder eine weitergehende Behandlung.

Am 27.3. suchte die Klägerin das Ambulatorium der Wiener Gebietskrankenkasse zur Abklärung ihrer Beschwerden auf. Ein Panoramaröntgen wurde angefertigt und eine Verschattung festgestellt, die als Wurzelrest oder Knochensplitter diagnostiziert wurde. Die Klägerin wurde an das AKH weiterüberwiesen, wo ein Operationstermin für den 1.4. zugesagt wurde. Die Ärzte des AKH vereinbarten jedoch mit der Beklagten, dass diese die Klägerin vor dem Termin am 1.4. nochmals aufsuchen sollte, um die Brücke abnehmen zu lassen.

Das Gespräch am 1.4. mit der Beklagten gestaltete sich unfreundlich, die Klägerin warf der Beklagten lautstark und erregt Behandlungsfehler vor, die Beklagte bestritt jegliches Fehlverhalten. Die Klägerin verlies daraufhin unversorgter Dinge die Ordination der Beklagten und fuhr ins AKH, wo die Brücke abgenommen und der Wurzelrest operativ entfernt wurde. Die nach der Operation verordneten Antibiotika verursachten Magenschmerzen und Durchfall, die Klägerin erhielt daher in den folgenden Tagen Antibiotika-Infusionen. Am 17.4. war die Klägerin schmerzfrei. An diesem Tag wurden im AKH auch die letzten Nähte entfernt.

II. Die weitere Entwicklung

1. Zum ursprünglichen anwaltlichen Vertreter der Klägerin

Am 12.6. konsultierte die Beklagte ihren ersten Anwalt. Die gesamte Korrespondenz mit diesem Kollegen wurde von der Beklagten den beteiligten Gerichten übergeben.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Bereits am 2.9. hält sie dem bisher noch mit „Sehr geehrten Herrn Dr.“ angesprochenen Kollegen – jedoch ab diesem Zeitpunkt offenbar nur mehr mit der Anrede „Doktor“ versehen – folgendes vor:

„Wenn Sie nicht gerade auf „Tauchstation“ waren, wurde ich telefonisch mit fadenscheinigen Ausreden vertröstet, wobei Sie sich anlässlich unseres Telefonates am 29.8. gewaltig im Ton vergriffen und obendrein die Dreistigkeit hatten, mir falsche Rechtsauskünfte im Bezug auf eine Wiederaufnahme der Behandlung und der Kostensituation im Prozessfalle zu erteilen....“

„Für den Normalbürger sieht es mit der Durchsetzung von Rechtsansprüchen freilich nicht so gut aus, denn welcher arrivierter Anwalt lässt schon gerne seine Beziehungen spielen, um irgendeinen dahergelaufenen Würstchen Recht zu verschaffen, da sei Gott vor, denn christlich ist man zwar in dieser Branche allemal alibi mäßig durch Erziehung, aber freilich sparsam dotiert und vor allem überaus selektiv. Geht es ans kassieren, gibt man sich volkstümlich und greift auch dem 08/15 Klienten gerne und reichlich in die Tasche, mit einem Wort man kehrt gediegene, humanistische Bildung hervor und“

„Es genügt halt, im Lodenmantel mit einem forschenden „Küss die Hand“ auf den Lippen und dem Götzzeitalter auf dem Herzen in die soziale Maske des allzeit vertrauenserweckenden Ehrenmanns zu schlüpfen und sich analog der Radfahrermentalität durch die Mühsal eines an echter Arbeit armen Lebens zu lavieren.“

Das einseitig 4 Seiten lange, geschriebene Schreiben vom 2.9. endet wie folgt:

„Sollten Sie die Geschmacklosigkeit besitzen für Ihr Nichttätigwerden und die daraus resultierende Verzögerung von einem viertel Jahr eine Honorarforderung zu stellen, rate ich Ihnen bereits jetzt zur Einbringung einer Mahnklage. Zur ersten Tagsatzung bestelle ich Pressevertreter, welche den guten Ruf Ihrer Kanzlei gerechtfertigter Weise an ein breites Publikum bringen werde.“

Eine Medienbegleitung kündigte sich also bereits im Vorfeld an.

2. Die Klägerin schreitet selbst zur Tat

Am 9.9. erstattet die Klägerin selbst zwei Strafanzeigen bei der Staatsanwaltschaft Wien, und zwar einmal gegen die Beklagte wegen § 88 Abs 1 und Abs 4 StGB und einmal gegen den die Nähte entfernenden Kollegen wegen „Unterlassung der Hilfeleistung“ nach § 95 StGB. Letzteres Verfahren wird nach Einvernahmen vor der Polizei von der Staatsanwaltschaft Wien eingestellt.

Zuvor waren natürlich Zuständigkeiten im Rahmen der Justizverwaltung zu klären:

Die Anzeige gegen den die Naht entfernenden Kollegen enthielt dessen Dienstadresse in einem Spital in Niederösterreich. „Tatort“ war aber seine Wiener Ordination. Die Polizei machte den Bezirksanwalt des niederösterreichischen Bezirksgerichtes nach ihren

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

telefonischen Erhebungen auf diesen Umstand aufmerksam, weswegen der Akt nach Wien gelangte.

Bei dem für die Beklagte zuständige Bezirksgericht Innere Stadt Wien erklären sich zunächst die Abteilungen 8 U und 13 U für unzuständig, die Richterin der Abteilung 14 U hat offenbar gesunde Zähne und verbeißt sich in den Sachverhalt.

3. Ein neuer Klagevertreter tritt auf:

Parallel dazu wird gegen die Beklagte ein zivilgerichtliches Verfahren auf Zahlung von Schmerzensgeld und einem Feststellungsbegehren angestrengt; dies durch einen neuen Anwalt.

Im Strafverfahren wird ein Sachverständiger aus dem Gebiet der Mund-, Zahn- und Kieferheilkunde bestellt.

Im Zivilverfahren gestaltete sich die Suche nach einem Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde schon schwieriger. Die Klägerin verlangt einen Sachverständigen aus einem anderen OLG Sprengel, da sie die Befangenheit sämtlicher Sachverständiger in Wien, Niederösterreich und dem Burgenland befürchtet.

Das Zivilgericht lehnt ihre diesbezüglichen Anträge ab; tatsächlich erklären sich aber die bestellten Sachverständigen aus dem Oberlandesgerichtsprengel Wien selbst für befangen, weswegen es dann schlussendlich zu einer Bestellung eines Sachverständigen aus Oberösterreich, nämlich aus Wels kommt.

Das Strafgericht beschäftigt neben dem ursprünglich bestellten Sachverständigen in weiterer Folge auch den zahnärztlichen Sachverständigen des Zivilgerichts. Darüber hinaus wird auch ein Gerichtsmediziner bestellt.

Die ersten Hauptverhandlungen werden von regem medialen Interesse begleitet. Insbesondere Ricardo Peyrl vom Kurier widmet dem Wurzelrest eine ganze halbe Seite.

Nach einer Verfahrensdauer von rund drei Jahren, besteht der Akt im Strafverfahren bereits aus 32 Ordnungsnummern bzw 385 Seiten.

Nach diesen drei Jahren sind sich allerdings im Strafverfahren sämtliche drei Sachverständige dahingehend einig, dass das Übersehen des alles auslösenden Wurzelrestes als zahnärztliche Sorgfaltswidrigkeit einzustufen ist, ein schweres ärztliches Verschulden aus gutachterlicher Hinsicht jedoch nicht zu erkennen ist.

Einig ist man sich auch dahingehend, dass die Klägerin in der Zeit von 7.3. bis 1.4. Beschwerden gehabt hat, jedoch nicht zu erkennen ist, dass diese für die Dauer von mehr 14 Tagen ein Ausmaß erreicht hätten, das dem Begriff der Gesundheitsschädigung im Sinne der einschlägigen Bestimmungen des Strafgesetzbuches gleichkommen würde. Eine mehr als 14-tägige Berufsunfähigkeit sei ebenfalls nicht eingetreten.

Nur von diesen Gutachten ausgehend, sollte nun der persönliche Strafausschließungsgrund des § 88 Abs 2 Z 2 StGB („Ärzteprivileg“) zur Anwendung kommen.

Dies ruft den Bezirksanwalt auf den Plan, der sich auf den Standpunkt stellt, dass die Operation vom 1.4., die durch das Verbleiben des Wurzelrestes notwendig wurde, an sich schon eine schwere Verletzung darstelle und daher eine Bestrafung nach § 88 Abs 4 zu erfolgen habe.

Daher zurück zum Start.

Die beteiligten sachverständigen Zahnärzte bitten um Abstandnahme von einer weiteren Befassung im Zusammenhang mit der Beurteilung, ob die notwendig gewordene nachträgliche Operation eine schwere Verletzung sei, oder nicht. Dies mit dem Hinweis darauf, dass sie bisher nur in Zivilverfahren tätig waren. So lautete insbesondere ein Aktenvermerk der Richterin im vierten Verfahrensjahr:

„SV Dr. H. hätte keinen Einwand, wenn er nicht zur Frage der Einstufung der V als schwer ein GA erstatten müsste, zumal er hauptsächlich in Zivilsachen tätig ist. Allenfalls soll Prof. R mit ihm Kontakt aufnehmen.“

Der Sachverständige Prof. R (Gerichtsmediziner) wird zur Hauptverhandlung geladen und gibt ein Gutachten dahingehend ab, dass die Operation vom 1.4., die durch das Verbleiben des Wurzelrestes notwendig wurde, keine schwere Verletzung im Sinne des § 88 Abs 4 StGB sein kann.

Ohne mediale Begleitung erfolgte ein Freispruch nahezu genau vier Jahre nach der Erstkonsultation der Beklagten bzw drei Jahre, zehn Monate und drei Wochen nach dem Vergessen des Zahnwurzelrestes.

4. Das Zivilverfahren gerät ins Stocken

Ganze zehn Monate nach Klagseinbringung gibt der Klagevertreter bekannt, dass das Vollmachtsverhältnis zur Klägerin aufgelöst wurde. Zwei Monate später gibt er bekannt, dass die Klägerin wiederum ihn mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt hat.

Das Zivilverfahren geht also weiter.

Es kommt zu Uneinigkeiten zwischen den beiden zahnärztlichen Sachverständigen.

Einig sind sie sich nur in einem Punkt, dass die Schmerzen der Patientin offensichtlich auf einen „dolor post extractionem“ zurückzuführen seien und dass ein Verstoß gegen die Regeln der ärztlichen Kunst vorliegt, wenn ein Wurzelteil nach der Extraktion in der sogenannten Alveole verbleibt.

Die Geister scheiden sich allerdings zu der Frage, ob die Schmerzen nun (auch) ursächlich auf den verbliebenen Wurzelrest zurückzuführen sind, oder nicht.

Der Wiener Sachverständige äußert sich mit keinem Wort zu allfälligen Schmerzperioden, jener aus Wels schon. Letzterer wortwörtlich:

„Wäre schon am 14.3. (geplante Nahtentfernung), als die Entzündung für die Beklagte erstmals sichtbar war, ein Kontrollröntgen angefertigt worden, so wäre dabei der Wurzelrest erkannt und die entsprechende Therapie (wie sie am 1.4. durchgeführt wurde) eingeleitet worden.“

Und weiter:

„Das Nichterkennen einer unvollständigen Zahnentfernung stelle einen ärztlichen Behandlungsfehler dar. Die damit kausal zusammenhängenden Schmerzperioden sind nach Ansicht des SV mit 5 Tagen mittelstarken Schmerzen und 11 Tagen leichten Schmerzen zusammen zu fassen.“

5. Der Wurzelrest verlässt die Bühne

Im erstinstanzlichen Urteil des Zivilgerichtes verkommt der vor nunmehr nahezu vier Jahren vergessene Wurzelrest zum Statisten.

Es wird zwar als erwiesen angenommen, dass er vorhanden war und (offensichtlich) eine Entzündung verursacht hat, an der die Klägerin bis zu seiner Entfernung litt.

All dies war aber nach Auffassung der erstinstanzlichen Entscheidung praktisch vernachlässigbar war, denn vorrangig wäre gewesen, dass die Zustimmung der Klägerin zur Zahnextraktion selbst nicht vorlag, weil die Klägerin weder ausdrücklich noch schlüssig der Extraktion des Zahnes 14 im rechten Oberkiefer zugestimmt habe. Dass die Klägerin die Behandlung trotz ihrer Einwände aufgrund des Drängens der Beklagten und des Zahntechnikers allerdings über sich ergehen lies, könne nicht als schlüssige Zustimmung gewertet werden, weil für die Beklagte schon aufgrund des Verhaltens der Klägerin aber auch nach ihren bisherigen Erfahrungen mit dieser Patientin erkennbar gewesen wäre, dass die Klägerin große Bedenken hatte und jedenfalls zu diesen Zeitpunkt eine Extraktion nicht wollte.

Eine Verfolgung der Beklagten wegen des Verdachtes des Vergehens nach § 110 StGB unterblieb.

Sekundär wurde das (klagstattgebende) erstinstanzliche Urteil damit begründet, dass die Klägerin in keiner Weise über mögliche Komplikationen, die ja auch eingetreten waren, aufgeklärt worden ist.

Das erstinstanzliche Urteil schließt damit, dass die Beklagte der Klägerin für alle aus dieser ohne wirksamen Einwilligung vorgenommen Behandlung resultierenden nachteiligen Folgen haftet.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Die zugesprochene Schmerzensgeldforderung in der Höhe von ATS 60.000,00 wurde damit begründet, dass die Behandlung selbst äußerst schmerzhaft gewesen sei; auch das Einsetzen der Brücke und die Tatsache, dass die Klägerin bis zur Entfernung des Wurzelrestes, also für einen Zeitraum von 3 ½ Wochen ständig unter nicht bloß leichten Schmerzen litt, die sie bis 27.3. nur geringfügig durch ein rezeptfreies Schmerzmittel mildern konnte, schließlich von den Medikamenten wiederum Durchfall und Magenbeschwerden bekam und die Schmerzen letztendlich erst über einen Zeitraum von 2 ½ Wochen (von 1. bis 17.4. nach Entfernen des Zahnwurzelrestes) allmählich abklagen, wurden als Begründung herangezogen. Als pauschale Abgeltung sonstiger Unkosten erschien ein Betrag von ATS 1.000,00 im Sinne der Bestimmung des § 273 ZPO als angemessen.

Das Oberlandesgericht Wien bestätigte vier Jahre und neun Monate nach Vergessen des Zahnwurzelrestes die erstinstanzliche Entscheidung, führt aber in seiner Begründung aus, dass entgegen der Auffassung des Erstgerichtes zwar die Zustimmung der Klägerin zur Zahnextraktion vorlag, diese sei aber ohne ausreichende Aufklärung nicht geeignet, nach herrschender Rechtsprechung die Rechtswidrigkeit des Verhaltens selbst bei lege artis vorgenommenen Korpereingriffen zu beseitigen. Der Auffassung des Erstgerichtes, die Klägerin wäre quasi "willenloses Opfer einer ärztlichen Zwangsbehandlung" geworden, vermochte sich das Berufungsgericht nicht anzuschließen.

Im Ergebnis sei das Erstgericht – so das Oberlandesgericht Wien – aber frei von Rechtsirrtum zur Klagstattgebung gelangt, zumal sich die Zuerkennung eines Schmerzensgeldbetrages in der Höhe von ATS 60.000,00 durchaus im Rahmen der für ähnliche Schmerzperioden zuerkannten Beträge bewege (§ 273 ZPO).

6. Der Wurzelrest war drei Millimeter groß:

Er war aber im Zivilverfahren groß genug folgendes entstehen zu lassen:

- Die Anzahl der Ordnungsnummern belief sich auf 57
- Die Anzahl der Urkunden belief sich auf 26
- Die Anzahl der Zeugen belief sich auf 7
- Die Anzahl der Gutachter belief sich einschließlich des auch noch hinzugezogenen Gerichtsmediziners auf 3

Im Strafverfahren brachte er es auf:

- 421 Seiten
- 37 Ordnungsnummern
- ebenfalls drei Sachverständige

Umgang mit Behandlungsfehlern aus rechtsvergleichender Sicht

Barbara C. Steininger

Einleitend wird ein kurzer Überblick über die in den verschiedenen europäischen Rechtsordnungen gewählten Grundansätze zum Ausgleich von durch Behandlungsfehler erlittenen Schäden gegeben. Anschließend wird aus rechtsvergleichender Sicht auf ausgewählte Sachprobleme im Zusammenhang mit dem in Arzthaftungsfällen typischerweise schwierigen Nachweis der Kausalität des betreffenden Behandlungsfehlers für den eingetretenen Schaden eingegangen. Dabei werden für ausgewählte europäische Rechtsordnungen beweis- aber auch materiellrechtliche Methoden untersucht, den strukturellen Beweisschwierigkeiten geschädigter Patienten zu begegnen..

Grundrecht auf Gesundheitsschutz

Meinrad Handstanger

1. Art 35 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRC)
2. Gesundheitsschutz im Kontext der Grundrechte
3. Gesundheitsschutz im Kontext des Unionsrechts
4. Art 35 GRC – Präzisierungen
5. Dynamik des Grundrechtsschutzes

GRC:

TITEL IV

SOLIDARITÄT

Artikel 35

Gesundheitsschutz

Jeder Mensch hat das Recht auf Zugang zur Gesundheitsvorsorge und auf ärztliche Versorgung nach Maßgabe der einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten. Bei der Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Bereichen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

Titel VII

ALLGEMEINE BESTIMMUNGEN ÜBER DIE AUSLEGUNG UND ANWENDUNG DER CHARTA

Artikel 51

Anwendungsbereich

(1) Diese Charta gilt für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen

Zuständigkeiten und unter Achtung der Grenzen der Zuständigkeiten, die der Union in den Verträgen übertragen werden.

(2) Diese Charta dehnt den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.

Artikel 52

Tragweite und Auslegung der Rechte und Grundsätze

(1) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muss gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie erforderlich sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.

(2) Die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Verträgen geregelt sind, erfolgt im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Bedingungen und Grenzen.

(3) Soweit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, dass das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.

(4) Soweit in dieser Charta Grundrechte anerkannt werden, wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, werden sie im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt.

(5) Die Bestimmungen dieser Charta, in denen Grundsätze festgelegt sind, können durch Akte der Gesetzgebung und der Ausführung der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union sowie durch Akte der Mitgliedstaaten zur Durchführung des Rechts der Union in Ausübung ihrer jeweiligen Zuständigkeiten umgesetzt werden. Sie können vor Gericht nur bei der Auslegung dieser Akte und bei Entscheidungen über deren Rechtmäßigkeit herangezogen werden.

(6) Den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten ist, wie es in dieser Charta bestimmt ist, in vollem Umfang Rechnung zu tragen.

(7) Die Erläuterungen, die als Anleitung für die Auslegung dieser Charta verfasst wurden, sind von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten gebührend zu berücksichtigen.

¹ Bericht des Rechnungshofes „Effektivität der behördlichen Ermittlungsmaßnahmen“, 244, TZ 19.3.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Artikel 53

Schutzniveau

Keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkünfte, bei denen die Union oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.

Artikel 54

Verbot des Missbrauchs der Rechte

Keine Bestimmung dieser Charta ist so auszulegen, als begründe sie das Recht, eine Tätigkeit auszuüben oder eine Handlung vorzunehmen, die darauf abzielt, die in der Charta anerkannten Rechte und Freiheiten abzuschaffen oder sie stärker einzuschränken, als dies in der Charta vorgesehen ist.

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV):

TITEL XIV

GESUNDHEITSWESEN

Artikel 168

(ex-Artikel 152 EGV)

(1) Bei der Festlegung und Durchführung aller Unionspolitiken und -maßnahmen wird ein hohes Gesundheitsschutzniveau sichergestellt.

Die Tätigkeit der Union ergänzt die Politik der Mitgliedstaaten und ist auf die Verbesserung der Gesundheit der Bevölkerung, die Verhütung von Humankrankheiten und die Beseitigung von Ursachen für die Gefährdung der körperlichen und geistigen Gesundheit gerichtet. Sie umfasst die Bekämpfung der weit verbreiteten schweren Krankheiten, wobei die Erforschung der Ursachen, der Übertragung und der Verhütung dieser Krankheiten sowie Gesundheitsinformation und -erziehung gefördert werden; außerdem umfasst sie die Beobachtung, frühzeitige Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Die Union ergänzt die Maßnahmen der Mitgliedstaaten zur Verringerung drogenkonsumbedingter Gesundheitsschäden einschließlich der Informations- und Vorbeugungsmaßnahmen.

(2) Die Union fördert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in den in diesem Artikel genannten Bereichen und unterstützt erforderlichenfalls deren Tätigkeit. Sie fördert insbesondere die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, die darauf abzielt, die Komplementarität ihrer Gesundheitsdienste in den Grenzgebieten zu verbessern.

Die Mitgliedstaaten koordinieren untereinander im Benehmen mit der Kommission ihre Politiken und Programme in den in Absatz 1 genannten Bereichen. Die Kommission kann in enger Verbindung mit den Mitgliedstaaten alle Initiativen ergreifen, die dieser Koordinierung förderlich sind, insbesondere Initiativen, die darauf abzielen, Leitlinien und Indikatoren festzulegen, den Austausch bewährter Verfahren durchzuführen und die erforderlichen Elemente für eine regelmäßige Überwachung und Bewertung auszuarbeiten. Das Europäische Parlament wird in vollem Umfang unterrichtet.

(3) Die Union und die Mitgliedstaaten fördern die Zusammenarbeit mit dritten Ländern und den für das Gesundheitswesen zuständigen internationalen Organisationen.

(4) Abweichend von Artikel 2 Absatz 5 und Artikel 6 Buchstabe a tragen das Europäische Parlament und der Rat nach Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe k gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen mit folgenden Maßnahmen zur Verwirklichung der Ziele dieses Artikels bei, um den gemeinsamen Sicherheitsanliegen Rechnung zu tragen:

a) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Organe und Substanzen menschlichen Ursprungs sowie für Blut und Blutderivate; diese Maßnahmen hindern die Mitgliedstaaten nicht daran, strengere Schutzmaßnahmen beizubehalten oder einzuführen;

b) Maßnahmen in den Bereichen Veterinärwesen und Pflanzenschutz, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung zum Ziel haben;

c) Maßnahmen zur Festlegung hoher Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Arzneimittel und Medizinprodukte.

(5) Das Europäische Parlament und der Rat können unter Ausschluss jeglicher Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten gemäß dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren und nach Anhörung des Wirtschafts- und Sozialausschusses und des Ausschusses der Regionen auch Fördermaßnahmen zum Schutz und zur Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie insbesondere zur Bekämpfung der weit verbreiteten

² ÖJZ 2008, 672

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

schweren grenzüberschreitenden Krankheiten, Maßnahmen zur Beobachtung, frühzeitigen Meldung und Bekämpfung schwerwiegender grenzüberschreitender Gesundheitsgefahren sowie Maßnahmen, die unmittelbar den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung vor Tabakkonsum und Alkoholmissbrauch zum Ziel haben, erlassen.

(6) Der Rat kann ferner auf Vorschlag der Kommission für die in diesem Artikel genannten Zwecke Empfehlungen erlassen.

(7) Bei der Tätigkeit der Union wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt. Die Verantwortung der Mitgliedstaaten umfasst die Verwaltung des Gesundheitswesens und der medizinischen Versorgung sowie die Zuweisung der dafür bereitgestellten Mittel. Die Maßnahmen nach Absatz 4 Buchstabe a lassen die einzelstaatlichen Regelungen über die Spende oder die medizinische Verwendung von Organen und Blut unberührt.

Transparenzmängel sind weit offene Einfallstore für Zwei-Klassenmedizin und Korruption

Gerald Bachinger

Im Gesundheitswesen sind enorm hohe öffentliche Mittel im Umlauf. Die große Anzahl an Akteuren, der hohe Grad an Komplexität und die Trennung zwischen Patienten (in diesem Sinn: Konsumenten) und Zahlern (SV Trägern) sowie Empfängern der finanziellen Leistungen (Gesundheitseinrichtungen, Gesundheitspersonal, Ärzten) machen dieses System besonders anfällig für Korruption; dazu kommt, dass ein hoher Grad an Intransparenz unser öffentliches Gesundheitssystem besonders anfällig macht für „Absprachen“ und Mechanismen auf Kosten des Dritten (= öffentliche Hand). Internationale Studien zeigen, dass im Gesundheitswesen viele Milliarden Euro in dunklen Kanälen versickern und nicht den eigentlichen Nutznießern eines öffentlichen Gesundheitssystems, nämlich den PatientInnen, zu Gute kommen. Dieses Geld fehlt zunehmend in der öffentlichen Gesundheitsversorgung; damit bekommt der immer wieder zu hörende Ruf nach zusätzlichen Finanzmitteln im österr. Gesundheitswesen eine neue Bedeutung.

Österreich gilt zwar – so wie in vielen anderen Bereichen – auch im Gesundheitswesen als Insel der Seligen. Aber auch hier werden die Mittel sichtbar knapper und diejenigen, die das Geld verteilen, sind zunehmend bemüht, „Selbstbedienungsläden“ zu schließen. Das Thema Korruption ist im Gesundheitswesen allerdings nach wie vor tabu. Schnell werden Vorwürfe entrüstet abgetan, indem Kritikern die Verunglimpfung einzelner Berufsgruppen vorgeworfen und jede Kritik als „Pauschalverunglimpfung“ bezeichnet wird.

Hinter vorgehaltener Hand weiß aber fast jede Bürgerin und jeder Bürger von Beispielen zu berichten, die zumindest ethisch fragwürdig sind. Dazu gehört unter anderem die verbreitete Praxis, Operationstermine nicht alleine aus Gründen der medizinischen Indikation zu vergeben, sondern ganz andere Zuteilungskriterien, wie etwa „Sonderzahlungen“ oder der Bestand einer privaten Krankenversicherung ausschlaggebend sind.

Keine Zwei-Klassenmedizin in Österreich?

oder: manche sind gleicher?

Immer wieder wird von den Entscheidungsträgern im Gesundheitswesen beteuert, dass es keine „Zwei Klassen- Medizin“ gäbe. Das mag zwar vom politischen Anspruch und vom gesundheitspolitischem Ziel richtig sein, aber in der Praxis zeigen sich immer wieder einzelne Phänomene, wie etwa die **bevorzugte Vergabe von Operationsterminen**.

Transparency International bezeichnet als Korruption den Missbrauch von (anvertrauter) Macht zum persönlichen Nutzen. Der Begriff der Korruption umfasst somit u.a. politische, juristische, wirtschaftliche und moralische Aspekte. Wo Korruption im System angelegt ist, spricht TI von struktureller Korruption. Es handelt sich dabei nicht nur um strafbare Delikte der Bestechung oder Vorteils-gewährung von Amtsträgern oder Bestechung und Bestechlichkeit im Geschäftsverkehr.

„Im Gesundheitswesen soll ein Verhalten dann „korruptiv“ genannt werden, wenn zugunsten eines Einzelnen bzw. einer bestimmten Gruppe der im Gesundheitsmarkt Agierenden missbräuchlich Vorteile zu Lasten anderer Gruppen, beziehungsweise der Allgemeinheit bewirkt werden.“ **Eine bevorzugte Vergabe von Operationsterminen, falls eine private Krankenversicherung besteht, erfüllt ohne Zweifel diese Definition.**

Eine jüngst durchgeführte Aktion des Vereines für Konsumenteninformation („Privat hat Vorrang“, Konsument 8/2010) hat bewiesen, dass eine bevorzugte Vergabe von Operationsterminen kein unbewiesenes Gerücht und kein Einzelfall ist, sonder ein ernstzunehmendes strukturelles Problem in unserem öffentlichen und solidarischem Gesundheitswesen darstellt.

In den gesetzlichen Bestimmungen, die die Rahmenbedingungen für unser öffentliches Gesundheitswesen und für öffentlich/gemeinnützige Krankenanstalten vorgeben ist klar festgelegt, dass Unterschiede bloß im Rahmen der sogenannten Hotelkomponente zulässig sind:

„...für die ärztliche Behandlung einschließlich der Pflege sowie, unbeschadet einer Aufnahme in die Sonderklasse, für Verpflegung und Unterbringung **ausschließlich der Gesundheitszustand** der Pfleglinge maßgeblich ist und die Sonderklasse durch ihre besondere Ausstattung höheren Ansprüchen hinsichtlich Verpflegung und Unterbringung zu entsprechen hat“ (§ 16 KAKuG).

Einige private Krankenversicherungen werben ganz offen mit den „Unterschieden“, die man sich als PrivatpatientIn erkaufen kann (und hier sind eben nicht die Unterschiede in der bloßen „Hotelkomponente“ gemeint), wie die beiden plakatierten Beispiele zeigen:

Es gibt keine Unterschiede zwischen normalen Patienten und Privatversicherten. Und die Erde ist eine Scheibe.

Die private Krankenversicherung der Wiener Städtischen.

Nähere Informationen über freie Arzt- und Krankenhausausswahl erhalten Sie unter 050 350 350 oder www.wienerstaedtische.at

WIENER STÄDTISCHE
VIENNA INSURANCE GROUP

IHRE SORGEN MÖCHTEN WIR HABEN

OP-TERMINE SOFORT!

Mit der neuen Krankenversicherung geht das.

allianz
Krankenversicherung

Der Missbrauch von öffentlichen Mitteln und Korruption im Gesundheitswesen können nur durch lückenlose Transparenz und durch strukturelle Maßnahmen, die die Einfallstore für die Korruption möglichst gut verschließen, bekämpft werden.

Forderungen

1. Transparentes Wartezeitenmanagement

Transparenz ist ein präventiver Schlüsselfaktor gegen ungerechtfertigte Bevorzugungen in einem öffentlichen Gesundheitssystem. Bestimmte ausgewählte Eingriffsgruppen sollten unter das Regime eines Wartezeitenmanagements gestellt werden. Beispiele aus der Steiermark und aus Wien (Krankenanstaltenverbund: System „Opera“) zeigen, dass dies möglich ist. Damit sollte aber nicht nur „interne Transparenz“, die vor allem für den Rechtsträger wichtig ist (Mißbrauchskontrolle und bessere Planung und Auslastung der Operationskapazitäten) sondern auch „externe Transparenz“ für den interessierten Patienten bzw. Bürger verbunden sein.

2. Strikte und glasklare Trennung zwischen dem öffentlichen und dem privaten Bereich im Gesundheitswesen

Die Kontrollen über „Nebentätigkeiten“ von Spitalsärzten müssen intensiviert werden; dies betrifft sowohl die lückenlose Erfassung solcher Nebentätigkeiten (Betreiben einer Privatordination durch einen Spitalsarzt) als auch die Überprüfung und Kontrolle, ob die PatientInnen allfällige Bevorzugungen, wie etwa raschere Operationstermine, erhalten. Die offenbar da und dort gehandhabte Praxis, dass mittels der Vorbehandlung bzw. Nachsorge in Privatordinationen von Spitalsärzten, medizinische Vorteile in der stationären Behandlung im Krankenhaus erkaufte werden können, muss unterbunden werden.

Sonderklassevereinbarungen dürfen nur zwischen den PatientInnen und dem Rechtsträger einer öffentlichen Krankenanstalt bestehen.

3. Einführung von modernen Methoden der Korruptionsbekämpfung (whistleblower System)

Mißstände in einem öffentlichen Gesundheitssystem sind unter anderem deshalb so schwer zu bekämpfen, weil es scheinbar bloß zwei Gewinner gibt. Der „Nehmer“ als Empfänger einer zusätzlichen finanziellen Leistung und der „Geber“, der im Gesundheitswesen unter einer besonderen Abhängigkeit steht und sich dadurch einen Vorteil („bessere medizinische Behandlung“) erkaufte. Beide haben kein Interesse, dass diese Vorgangsweisen bekannt werden. Dabei wird aber übersehen, dass die Grundelemente eines öffentlichen

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

solidarischen Gesundheitswesens (gleiche Behandlung und Zuteilung der öffentlichen Ressourcen nach dem Grundsatz der medizinischen Indikation) untergraben wird.

Ein adäquates Werkzeug, das vor allem auch präventive Wirkung zeigt, ist ein „whistleblower“ System. Hier besteht die Möglichkeit in anonymer Art und Weise wahrgenommene Mißstände bekanntzugeben. (Wikipedia: Hinweisgeber oder Whistleblower ist jemand, der Missstände, illegales Handeln (z. B. Korruption, Insiderhandel) oder allgemeine Gefahren, von denen er an seinem Arbeitsplatz oder auch beispielsweise bei einer medizinischen Behandlung erfährt, an die Öffentlichkeit bringt.)

4. Offener Umgang mit Transparenzmängeln

Nulltoleranz und das offene Ansprechen und Eingehen auf wahrgenommene Probleme ist die Voraussetzung für konstruktive Lösungen im Interesse der PatientInnen und des gesamten öffentlichen Gesundheitswesens. Die immer wieder erfolgenden Reaktionen der reflexhaften Abwehr („Ärztebashing“, „es handelt sich ja nur um Einzelfälle“, etc.) sind der Nährboden, auf dem Scheinheiligkeit und Doppelmoral gedeihen. Fehlendes Unrechtsbewusstsein beim Gesundheitspersonal und bei den PatientInnen ist die Folge.



Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Reformbedarf aus verfassungsrechtlicher Sicht

Christian Kopetzki

1. Während sich der Gesetzgeber im Medizinrecht üblicherweise auf die Festlegung allgemeiner „Spielregeln“ beschränkt und die Auswahl medizinischer Methoden dem „Stand der Wissenschaft“ und dem Einvernehmen zwischen Arzt und Patient überlässt, dringt die Regulationsintensität auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin weit in die Detailfragen der Methodenwahl ein. Das Fortpflanzungsmedizingesetz (FMedG) folgt dabei – auch im europäischen Vergleich – einem **sehr restriktiven Konzept**: Die Freiheit der Personen, sich außerhalb der „normalen“ Wege fortzupflanzen und dazu auch die Hilfe der Reproduktionsmedizin in Anspruch zu nehmen, wird auf wenige Methoden (künstliche Insemination, In-vitro-Fertilisation - IVF) beschränkt, deren Zulässigkeit wieder an eine Vielzahl einengender Bedingungen gebunden ist (zB Subsidiarität, Beschränkung auf verschiedengeschlechtliche Paare, keine Keimzellenspende Dritter außer bei der Samenspende zum Zweck der Insemination; keine IVF mit gespendetem Samen; keine postmortale künstliche Befruchtung; begrenzte Aufbewahrungsdauer von extrakorporalen Embryonen; weitgehendes Verbot der Präimplantationsdiagnose an In-vitro-Embryonen uam).

2. Die **verfassungsrechtlichen Bedenken** gegen das FMedG sind so alt wie das Gesetz selbst. Wiederholte Versuche, einzelne Bestimmungen des FMedG (Verbot der Eizellspende und der heterologen IVF) vor VfGH und EGMR (S.H./Österreich) zu Fall zu bringen, waren bislang ohne Erfolg. Die Begründungen der beiden Höchstgerichte waren allerdings weniger durch die Überzeugungskraft der Argumente zugunsten der geltenden Verbote geprägt als durch einen sehr großen Respekt gegenüber dem „Beurteilungsspielraum“ des demokratischen Gesetzgebers.

3. Den verfassungsrechtlichen **Beurteilungsrahmen** für das Fortpflanzungsmedizinrecht bilden insb das Recht auf Privat- und Familienleben (Art 8 EMRK) sowie der Gleichheitssatz (Art 7 B-VG, Art 14 EMRK). Darüber hinaus können – je nach Problemstellung – eine Reihe anderer verfassungsgesetzlich gewährleisteter Rechte ins Spiel kommen, etwa das Recht, eine Familie zu gründen (Art 12 EMRK) oder die Wissenschaftsfreiheit (Art 17 StGG). Anders als in Deutschland spielt der Aspekt des Embryonenschutzes auf verfassungsrechtlicher Ebene hingegen keine Rolle: Befruchtete Eizellen stehen nicht unter dem Schutz des Rechts auf Leben (Art 2 EMRK). Auch eine spezifische (über den Gewährleistungsbereich der anderen Grundrechte hinausgehende) „Menschenwürdeklausel“, aus der sich mancherlei ableiten ließe, gibt es in Österreich nicht.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

4. Das Recht, genetisch eigene Kinder zu bekommen und sich zu diesem Zweck auch der Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin zu bedienen, fällt als Ausdruck des Privat- und Familienlebens in den **Schutzbereich des Art 8 EMRK** fällt. Höchstpersönliche Entscheidungen im Bereich der Fortpflanzung sind daher auch und gerade dann, wenn diese moralisch unterschiedlich bewertet werden können, Gegenstand grundrechtlichen Schutzes, der erst nach Maßgabe des jeweiligen Gesetzesvorbehalts eingeschränkt werden darf. Dabei geht es nicht um ein „Recht auf ein Kind“, sondern ausschließlich um eine abwehrrechtliche Dimension, nämlich: ob und inwieweit der Staat die Inanspruchnahme verfügbarer medizinischer Methoden verbieten darf.

5. Dieser Abwehranspruch ist nicht absolut, sondern kann zugunsten anderer Rechtsgüter eingeschränkt werden. Solche **Einschränkungen unterliegen aber spezifisch grundrechtlichen Anforderungen**. Sie müssen im Schutzzielkatalog des Art 8 Abs 2 EMRK gedeckt sein, die gewählten rechtlichen Instrumente müssen zur Erreichung dieser Ziele verhältnismäßig (Eignung, Erforderlichkeit im Sinne des Fehlens weniger eingreifender Alternativen, Angemessenheit) sein und auch sonst den Anforderungen des Gleichheitssatzes entsprechen. Das impliziert, dass jene Gefahren, die durch die einschränkenden Regeln des FMedG bekämpft werden sollen, nicht nur behauptet, sondern hinreichend plausibel und durch empirische Daten konkretisiert werden. Und schließlich müssen die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Fortpflanzungsmedizin in kohärenter Weise und unter Vermeidung von Wertungswidersprüchen ausgestaltet sein.

6. Das **FMedG** wird diesen Anforderungen **nicht gerecht**: Weder das Verbot der **Eizellspende** (in Relation zur erlaubten Samenspende) noch jenes der **heterologen IVF** mit dem Samen Dritter (in Relation zur erlaubten heterologen Insemination) hält einer grundrechtlichen Prüfung stand. Daran ändert auch das abweisende Urteil des EGMR im Fall S.H. nichts: Der EGMR hat keine Aussage über die Verfassungskonformität des FMedG getroffen, sondern eine Verletzung der EMRK im Zeitpunkt der letzten innerstaatlichen Entscheidung (1999) verneint. Dazu kommt, dass für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit noch andere Determinanten maßgeblich sind, über die der EGMR nicht zu entscheiden hatte. Außerdem könnte sich der VfGH (und erst recht der Gesetzgeber) nicht auf jene judizielle Selbstbeschränkung zurückziehen, die der EGMR primär mit der subsidiären Kontrollfunktion eines europäischen Gerichts und dem großen nationalen „Beurteilungsspielraum“ begründet hat.

7. Verfassungsrechtlich nicht minder bedenklich sind insb die – zur Zeit vor dem VfGH anhängige – Beschränkung medizinisch unterstützter Fortpflanzung auf **verschiedengeschlechtliche Paare**, das Verbot der **Embryonenspende** und der Gewinnung embryonaler Stammzellen zu **Forschungszwecken** (selbst bei ohnehin eintretender Vernichtung des Embryos) sowie die Beschränkung auf **aufrechte Partnerschaften** (selbst wenn sich die Wunscheltern erst nach der Befruchtung in vitro trennen oder einer von ihnen stirbt).

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

8. Das weitgehende Verbot der **Präimplantationsdiagnostik** (PID) an der Blastozyste ist nach ganz überwiegender Auffassung gleichheitswidrig. Das FMedG überlässt der Frau zwar die freie Entscheidung über die Implantation, versagt ihr aber den Zugang zu diagnostischen Informationen über den Gesundheitszustand des Embryos in vitro. Nach Beginn der Schwangerschaft steht ihr hingegen das gesamte Spektrum der Pränataldiagnostik bis hin zum erlaubten Schwangerschaftsabbruch aus embryopathischer Indikation offen. Die Kombination eines abso-luten „Diagnoseschutzes“ des Embryos in vitro mit den wesentlich größeren Handlungsspielräumen während der Schwangerschaft beruht auf einem evidenten Wertungswider-spruch.

9. Der Vorwurf, die Zulassung der PID verstieße gegen das Verbot der **Diskriminierung** behinderter Menschen, ist nicht begründet. Die spezifischen Gleichbehandlungsgebote des Art 7 B-VG sind auf vorgeburtliche Phasen nicht anwendbar. Im Übrigen müsste man – träfe der Dis-kriminierungsvorwurf zu – dann umso mehr die Pränataldiagnostik während der Schwangerschaft sowie die embryopathische Indikation zum Schwangerschaftsabbruch beseitigen.

10. Die Bedingungen, unter denen ein liberaler Rechtsstaat die Handlungsfreiheiten seiner Bürger einschränken darf, ergeben sich nicht unmittelbar aus Moral und Ethik, sondern aus der Verfassung, insb den Grundrechten. Ethisch und/oder religiös begründete Einwände genügen hierfür nicht (mehr). Vor dem Hintergrund der Weltanschauungsfreiheit und des „ethischen Pluralismus“ fällt den Grundrechten auch die Funktion zu, **die Freiheit des Einzelnen vor moralischen Anmaßungen jener zu schützen**, die ihre partikulären Wertauffassungen und absoluten ethischen „Wahrheiten“ gern zur rechtsverbindlichen Richtschnur für Andersdenkende machen möchten.

Medizinisch unterstützte Fortpflanzung: Reformbedarf aus rechtsethischer Sicht

Erwin Bernat

1. Die Grundrechte sind kein deus ex machina zur Bewältigung all der Probleme, die i.Z.m. den Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung auftreten. Sie sind nur grobe Wertvorgaben, die es den politisch Verantwortlichen regelmäßig nicht erspart, moralische Wertungen in den Diskurs einzubringen. So sagt uns beispielsweise weder der Text des Art. 2 EMRK, ob der Ungeborene ein Recht auf Leben hat, noch trägt Art. 8 EMRK zur Klärung der Frage, ob Paare oder Einzelpersonen die Freiheit haben, die Methoden der Fortpflanzungsmedizin unbehindert von staatlicher Intervention in Anspruch zu nehmen, Hinreichendes bei.
2. Die Entscheidung sog. „hard cases“ erfordert daher nicht nur juristischen, sondern auch ethischen Sachverstand. Freilich: Welche Moral soll bzw. darf der Gesetzgeber seinen Entscheidungen zugrunde legen, wenn er gezwungen ist, die in der Verfassung verankerten Basiswertungen teleologisch weiter- und zu Ende zu denken?
3. Eine Moral, die Handlungsgebote und -verbote ausschließlich deontologisch, also losgelöst von ihren Folgen, für angemessen hält, ist im weltanschaulich weitgehend neutralen, demokratischen Verfassungsstaat nicht geeignet, die Mehrheit aller Normunterworfenen zu überzeugen. Das gilt im Speziellen für eine religiös fundierte Moral, deren Normen nur metaphysisch (etwa durch göttliche Offenbarung) begründbar sind.
4. Die Fortpflanzungsmedizin verschafft Menschen, die kraft medizinischer oder sozialer Umstände kein Kind auf „natürlichem Wege“ bekommen können oder wollen, Handlungsmöglichkeiten, die conditio sine qua für die Zeugung und Geburt eines Wunschkindes sind.
5. Verbieht die Rechtsordnung (siehe bspw. §§ 2 f. FMedG) die Mitwirkung des Arztes am Zeugungsakt, so verletzt sie die Interessen von Menschen, die aus medizinischen oder sozialen Gründen auf die Errungenschaften der Fortpflanzungsmedizin angewiesen sind, um sich den Kinderwunsch zu erfüllen. Zeugungsverbote schaden hingegen niemals jenen Menschen, die es möglicherweise gäbe, wenn die Rechtsordnung jene Methoden der Fortpflanzungsmedizin freistellte, die sie tatsächlich verbietet: Das Wunschkind, das mit Hilfe der Reproduktionsmedizin gezeugt werden könnte – aber nicht gezeugt werden darf –, wartet in keinem metaphysischen Limbo darauf, in die Welt geholt zu werden.
6. Die Zeugungsverbote des FMedG erschienen zweifelsohne dann legitim, wenn bewiesen werden könnte, dass Kinder, die qua Reproduktionsmedizin gezeugt werden könnten, besser

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

nicht gezeugt werden sollten, weil es ihr eigenes Interesse gebiete, nicht zu leben. Dieser Beweis ist bislang noch nicht erbracht worden. Er wäre erst dann erbracht, wenn wahr wäre, dass Menschen, die durch heute verbotene Praktiken der Fortpflanzungsmedizin gezeugt werden könnten, ein für sie nicht lebenswertes Leben führen müssten.

7. Die Zeugungsverbote des FMedG erschienen unter kollektiven Nutzen- oder Gemeinwohlüberlegungen allenfalls dann legitim, wenn bewiesen werden könnte, dass gewisse Methoden der medizinisch unterstützten Fortpflanzung, die die Einschaltung einer oder eines „Dritten“ erfordern, der Gesellschaft (als Ganzes betrachtet) mehr schaden als nützen. Das bedeutet konkret: Der Gesetzgeber muss prüfen, ob die „Verdinglichung“ von Samenspendern, Eispenderinnen und Leihmüttern à la longue tatsächlich – wie die Kritiker der Fortpflanzungsmedizin überwiegend vortragen – derart sozialschädliche Folgen nach sich zieht, dass es angemessen erscheint, die Spende von Samen und Eizellen oder die Dienstleistungen einer Leihmutter (kategorisch) zu verbieten.

8. Im freiheitlichen Rechtsstaat gilt der Satz „In dubio pro libertate“. Im Lichte der vorliegenden empirischen Studien gibt es freilich keinen Grund, an der Hypothese zu zweifeln, dass die Gesellschaft durch die Zulassung der zurzeit in Österreich verbotenen Methoden der Fortpflanzungsmedizin einen klaren Gewinn ziehen würde. Zudem verstößt weder die „Verdinglichung“ von Samenspendern und Eispenderinnen noch die „Instrumentalisierung“ von Leihmüttern gegen tragende Werte unserer Gesellschaft. All dies gilt mutatis mutandis auch für den Einsatz der Fortpflanzungsmedizin im Dienste von gleichgeschlechtlichen Paaren und Einzelpersonen.

„Embryopathie“ und „wrongful birth“

Matthias Neumayr

*Life is so terrible; it would be better never to have been conceived.
– Yes, but who is so fortunate? Not one in a thousand.
– Jüdischer Witz –*

1. Aktuelles ...

OGH 27. 2. 2012, 7 Ob 214/11p (Zurückweisung einer außerordentlichen Revision des behandelnden Arztes mangels erheblicher Rechtsfrage; Klage beider Eltern; „Alles in bester Ordnung. Wollen Sie durch eine Fruchtwasseruntersuchung ein gesundes Kind verlieren?“):

- Die pränatale Diagnostik dient nicht zuletzt der Ermittlung von Entwicklungsstörungen und Fehlbildungen des ungeborenen Kindes und soll damit auch der Mutter (den Eltern) im Fall, dass dabei drohende schwerwiegende Behinderungen des Kindes erkannt werden, die sachgerechte Entscheidung über einen gesetzlich zulässigen Schwangerschaftsabbruch ermöglichen. Dass in einem solchen Fall die Entscheidung für einen Schwangerschaftsabbruch auch wegen der erheblichen finanziellen Aufwendungen für ein behindertes Kind erfolgen kann, ist objektiv voraussehbar, weshalb auch die **finanziellen Interessen der Mutter** (der Eltern) noch vom Schutzzweck des ärztlichen Behandlungsvertrags umfasst sind (RIS-Justiz RS0123136, vgl RS0112111).
- Der Beklagte schuldete nicht die Durchführung einer Fruchtwasser-/Plazentapunktion. Ob eine solche Untersuchung vorgenommen werden soll, muss die Frau selbst entscheiden. Er schuldete aber eine **umfassende neutrale Beratung** über die Untersuchungsmethoden, die zur Feststellung einer Trisomie 21 geeignet sind, samt deren Vor- und Nachteilen, sodass der Frau eine sachgerechte Entscheidung über die Art der Abklärung und einen allfälligen, gesetzlich zulässigen Schwangerschaftsabbruch ermöglicht wird.
- Der Beklagte hat (nach Übergabe von Aufklärungsunterlagen) trotz der festgestellten **besonderen Ängste der Kläger, ein behindertes Kind zu bekommen**, auf die Frage der Erstklägerin nach einer Fruchtwasseruntersuchung damit reagiert, dass (nach seinen Untersuchungen) alles in bester Ordnung sei und sie gefragt, ob sie Gefahr laufen wolle, durch eine Fruchtwasseruntersuchung ein gesundes Kind zu verlieren, was diese verneinte. Die Rechtsansicht der Vorinstanzen, der Beklagte habe die Beratung der Erstklägerin **tendenziös und suggestiv** durchgeführt und die Erstklägerin damit von einer Entscheidung für die Fruchtwasseruntersuchung abgehalten, ist im Einzelfall nicht zu beanstanden. Der Beklagte hob das Fehlgeburtsrisiko hervor, ohne auf dessen Wahrscheinlichkeit von 1 % hinzuweisen. Gleichzeitig unterließ er es darauf hinzuweisen, dass bei den von ihm bisher durchgeführten Untersuchungen eine Unsicherheit von 25 % verbleibt, also eine Trisomie 21 nicht entdeckt wird. Nur bei einer neutralen und umfassenden Aufklärung und Beratung wäre die Erstklägerin in der Lage gewesen, eine sachgerechte Entscheidung zu treffen.

- ... Hätte der Beklagte hier aber die Klägerin ordnungsgemäß aufgeklärt und beraten, so hätte sie eine 100%ige Klarheit über das Vorliegen der Trisomie 21 erlangt und das Kind rechtmäßig abgetrieben. Dass der Fötus eine Trisomie 21 hatte, ereignete sich zwar schicksalhaft im Bereich der Kläger, der Beklagte war aber ausschließlich **kausal dafür, dass die Trisomie 21 nicht erkannt und das Kind geboren wurde.**

2. Kurzer Überblick über die Rsp in Österreich ...

2.1. wrongful birth

Von diesem Begriff erfasst sind Fälle, in denen den Eltern **durch ein rechtswidriges Verhalten die Möglichkeit eines legalen Schwangerschaftsabbruchs genommen wird.** Hauptsächlich ist an die Fälle zu denken, dass bei einer vorgeburtlichen Untersuchung eine schwere Behinderung übersehen wird, weshalb die Schwangere nicht die Möglichkeit hat, einen Schwangerschaftsabbruch **wegen embryopathischer Indikation** (§ 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB) vornehmen zu lassen. Denkbar wäre auch der Fall, dass durch eine fehlerhafte Schwangerschaftsuntersuchung die Frist für einen Schwangerschaftsabbruch nach § 97 Abs 1 Z 1 StGB (Fristenlösung) verstreicht.¹

Straflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs

§ 97. (1) Die Tat ist nach § 96 nicht strafbar,

1. wenn der Schwangerschaftsabbruch innerhalb der ersten drei Monate nach Beginn der Schwangerschaft nach vorhergehender ärztlicher Beratung von einem Arzt vorgenommen wird; oder
2. wenn der Schwangerschaftsabbruch zur Abwendung einer nicht anders abwendbaren ersten Gefahr für das Leben oder eines schweren Schadens für die körperliche oder seelische Gesundheit der Schwangeren erforderlich ist oder eine ernste Gefahr besteht, daß das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde, oder die Schwangere zur Zeit der Schwängerung unmündig gewesen ist und in allen diesen Fällen der Abbruch von einem Arzt vorgenommen wird; oder
3. wenn der Schwangerschaftsabbruch zur Rettung der Schwangeren aus einer unmittelbaren, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr unter Umständen vorgenommen wird, unter denen ärztliche Hilfe nicht rechtzeitig zu erlangen ist.

(2) Kein Arzt ist verpflichtet, einen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen oder an ihm mitzuwirken, es sei denn, daß der Abbruch ohne Aufschub notwendig ist, um die Schwangere aus einer unmittelbar drohenden, nicht anders abwendbaren Lebensgefahr zu retten. Dies gilt auch für die im Krankenpflegefachdienst, in medizinisch-technischen Diensten oder im Sanitätshilfsdienst tätigen Personen.

(3) Niemand darf wegen der Durchführung eines straflosen Schwangerschaftsabbruchs oder der Mitwirkung daran oder wegen der Weigerung, einen solchen Schwangerschaftsabbruch durchzuführen oder daran mitzuwirken, in welcher Art immer benachteiligt werden.

¹ Zusammenfassend *Kletečka*, Wrongful birth, wrongful conception. Zur aktuellen Diskussion über den Familienplanungsschaden, JBI 2011, 749 (750).

Der OGH hatte bisher **nur** Sachverhalte von wrongful birth zu entscheiden, bei denen es um **Fehler bei der pränatalen Diagnostik** ging, auf Grund derer die Eltern nicht über die zu erwartende **Behinderung ihres Kindes** informiert wurden.

- OGH 25. 5. 1999, **1 Ob 91/99k**, SZ 72/91: Der **behinderungsbedingte Mehraufwand** der Eltern ist ersatzfähig. Ob auch der sogenannte Basisunterhalt, also jener Unterhalt, der auch ohne Behinderung zu bestreiten gewesen wäre, zu ersetzen ist, war vom OGH nicht zu prüfen, weil dieser nicht eingeklagt war.
- OGH 7. 3. 2006, **5 Ob 165/05h** („*Sie gehen mir jetzt in die Risikoambulanz!*“): Wenn der Arzt erkennt, dass bestimmte ärztliche Maßnahmen oder weitere Untersuchungen erforderlich sind, hat er den Patienten auf diese Notwendigkeit und die Risiken der Unterlassung hinzuweisen. Dazu gehört, dass der Patient über die nur dem Fachmann erkennbaren Gefahren aufgeklärt wird, weil er andernfalls die Tragweite seiner Handlung oder Unterlassung nicht überschauen und daher sein Selbstbestimmungsrecht nicht in zurechenbarer Eigenverantwortung wahrnehmen kann.
- OGH 11. 12. 2007, **5 Ob 148/07m**: Eine auf der Verletzung des Behandlungsvertrags beruhende Vereitelung eines möglichen Schwangerschaftsabbruchs kann nur dann Grundlage für einen vertraglichen Schadenersatzanspruch der Eltern auf Ersatz des Unterhaltsaufwands sein, wenn der Schwangerschaftsabbruch rechtmäßig gewesen wäre. Ist den Eltern durch eine fehlerhafte Pränataldiagnostik die Möglichkeit eines rechtmäßigen Schwangerschaftsabbruchs aufgrund der Behinderung des Kindes entzogen worden, so ist **der gesamte Unterhaltsaufwand und nicht nur der behinderungsbedingte Mehraufwand** zu ersetzen.

Die Rechtsprechungslinie zu wrongful birth kommt nicht ohne Divergenzen aus. Im ersten Urteil aus 1999 machte der OGH den Ersatz noch davon abhängig, dass den Eltern eine „außergewöhnliche Belastung“ entstanden sei. Eine Entscheidung aus 2003 (6 Ob 303/02f) scheint eine Haftung nur bei einem „krassen ärztlichen Fehlverhalten“ bejahen zu wollen.

Zuletzt lehnte es der OGH hingegen ausdrücklich ab, auf eine wirtschaftliche Notlage der Geschädigten oder auf ein krasses Fehlverhalten des Arztes abzustellen.²

2.2. wrongful conception (wrongful pregnancy)

Bei „wrongful conception“ kommt es auf Grund eines rechtswidrigen Verhaltens, zB durch eine fehlerhafte Sterilisation, zu einer Schwangerschaft und letztlich zur Geburt eines Kindes.³

In den Entscheidungen zu wrongful conception – in den zu entscheidenden Fällen ging es immer um gesunde Kinder – schloss sich der OGH der sog „Einheitsthese“⁴ an und verneint

² OGH 11. 12. 2007, 5 Ob 148/07m, JBI 2008, 490 (zust *Pletzer*); Zusammenfassend *Kletečka*, JBI 2011, 750.

³ *Kletečka*, JBI 2011, 750.

⁴ Demnach seien alle Aspekte des Daseins eines Kindes, also auch jene, die mit dem Unterhaltsaufwand verbunden sind, abschließend im Familienrecht geregelt.

einen Schadenersatzanspruch; eine Ausnahme hält er bei besonders angespannten finanziellen Verhältnissen für möglich.

- OGH 14. 9. 2006, **6 Ob 101/06f**, SZ 2006/133: Die Geburt eines gesunden, wenn auch unerwünschten Kindes ist **kein Schaden im Rechtssinn**. Das Schadenersatzprinzip könnte gegenüber dem Persönlichkeitsprinzip dann durchschlagen, wenn die Unterhaltspflicht die Eltern wegen besonders geringer Mittel besonders stark treffen würde. Hätte die Unterhaltsbelastung ungewöhnliche und geradezu existenzielle Erschwerungen wegen zu geringer verfügbarer Unterhaltsmittel für das Kind und die Eltern zur Folge, kann nämlich nicht mehr davon die Rede sein, dass die Eltern ihre ganz normalen elterlichen Unterhaltsbelastungen durch ein Kind von sich auf einen Dritten abwälzen wollen; in derartigen Fällen geht es vielmehr um Abhilfe in einer ihrerseits im Ergebnis personal-existentiellen Notsituation. Eine derartige Notsituation liegt im vorliegenden Fall in Anbetracht des Nettoeinkommens des Erstklägers von rund 2.600 Euro monatlich jedenfalls nicht vor.
- OGH 30. 11. 2006, **2 Ob 172/06t**: Geburt eines gesunden Kindes trotz Koagulation der Tube (elektrische Verschweißung der Eileiter).
- OGH 7. 8. 2008, **6 Ob 148/08w** (Verstoß des behandelnden Arztes gegen die zur Verringerung der Wahrscheinlichkeit einer Mehrlingsschwangerschaft ausdrückliche Vereinbarung, nur zwei Embryonen einzusetzen. Geburt gesunder Drillinge nach Implantation dreier Embryonen): Bei der Geburt eines gesunden Kindes und bei der Geburt eines behinderten Kindes handelt es sich um unterschiedliche, nicht vergleichbare Sachverhalte.

2.3. wrongful life

Bei „wrongful life“ geht es um die Frage, ob ein Mensch, der ohne ein rechtswidriges Verhalten nicht geboren worden wäre, aus seiner ihm unerwünschten Existenz heraus Schadenersatzansprüche ableiten kann.

- OGH 25. 5. 1999, **1 Ob 91/99k**, SZ 72/91: Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und er hat **keinen Anspruch auf dessen Verhütung oder Vernichtung durch andere**. Soweit der Mutter von der Rechtsordnung gleichwohl die Möglichkeit der Entscheidung zur Abtreibung eingeräumt wird, kann daraus dem Kind ihr gegenüber **kein Anspruch auf dessen Nichtexistenz** erwachsen.

3. Ein kurzer Blick über die österreichischen Staatsgrenzen ...

Speziell Fragen von Schadenersatz wegen **wrongful conception** sind im internationalen Rechtsvergleich recht umstritten. Zugesprochen wird Schadenersatz beispielsweise in

Deutschland, der Schweiz und den Niederlanden, während – neben Österreich – in England, in Ungarn und den meisten amerikanischen Bundesstaaten ein Anspruch verneint wird.⁵

Der BGH hat in seinem Leiturtel vom 18. 3. 1980, VI ZR 105/78, BGHZ 76, 249 – in Abänderung einer zweitinstanzlichen Entscheidung des OLG Bamberg – den Eltern eines infolge einer misslungenen Sterilisation ungewollten Kindes einen Schadenersatzanspruch gegen den verantwortlichen Arzt auf Zahlung des erforderlichen Kindesunterhalts zuerkannt. Dem trat der 2. Senat des BVerfG in einem Erkenntnis vom 28. Mai 1993, 2 BvF 2/90 und 4, 5/92, obiter entgegen, worauf der BGH auf seiner bisherigen Rsp beharrte. In der Folge stellte sich der 1. Senat des BVerfG in seiner Entscheidung vom 12. 11. 1997, 1 BvR 479/92 und 307/94, auf die Seite des BGH.

Das Schweizer Bundesgericht hat in seiner Entscheidung 4C.178/2005 – unter ausdrücklicher Ablehnung der OGH-Entscheidung 1 Ob 91/99k – bei einem „Sterilisationsfehler“ den Ersatz des durchschnittlichen Geldunterhalts für ein Kind zugesprochen („*Das Großziehen eines Kindes wird auch in anderen Lebensbereichen, zB bei Scheidungen und Unterhaltsverfahren, in Geld berechnet und insofern kommerzialisiert*“), während das englische House of Lords in der Sache *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* (2003/UKHL 52) mit Mehrheitsentscheidung einen Ersatzanspruch für ein gesundes Kind verneint hat.⁶

3.1. Frankreich und die Große Kammer des EGMR: wrongful life und wrongful birth

So wie zuvor der *Conseil d'Etat* im Jahr 1997⁷ hat die französische *Cour de Cassation* in der in der berühmt gewordenen *Perruche*-Entscheidung vom 17. 11. 2000 einen Ersatzanspruch des Kindes wegen „wrongful life“ bejaht. Unter massivem Druck der Öffentlichkeit kam es in der Folge zum Gesetz Nr 2002-303 vom 4. 3. 2002 (besser bekannt als „Kouchner-Gesetz“ oder „Anti-Perruche-Gesetz“), dessen § 1 die Haftung von Ärzten und medizinischen Einrichtungen gegenüber Eltern, deren Kinder mit einer aufgrund grober Fahrlässigkeit nicht pränatal diagnostizierten Behinderung geboren wurden, insofern einschränkte, als die Haftung für besondere Aufwendungen, die sich aus der Behinderung ergeben, ausgeschlossen wurde (ebenso ausgeschlossen wurde Schadenersatz für „wrongful life“). Damit setzte der Gesetzgeber der Rsp der *Cour de Cassation* und des *Conseil d'Etat* ein Ende, die diese besonderen Aufwendungen zugesprochen hatten. Das Gesetz trat am 7. 3. 2002 in Kraft und war auch auf bereits anhängige Verfahren, so auch auf die Verfahren der Eltern *Draon* und der Eltern *Maurice* gegen den Krankenhausträger AP-HP, anzuwenden. Mit Urteilen vom 2. 9. 2003 bzw 25. 11. 2003 stellte das erstinstanzliche Verwaltungsgericht

⁵ S die Hinweise bei *Henninger*, Europäisches Privatrecht und Methode (2009) 3 (unter Fn 16).

⁶ Die E 6 Ob 101/06f nimmt dies anders wahr: „So besteht nach englischem Recht ein Anspruch der Eltern auf Schadenersatz in allen Fällen planwidriger Geburt ..., während dies nach schottischem Recht nicht der Fall ist.“ S dazu auch *Kozio/Steininger*, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 138 (143).

⁷ S Urteil vom 14. 2. 1997 im Fall *Centre hospitalier de Nice c. Quarez*.

in beiden Fällen fest, dass das Übersehen der chromosomalen Defekte der Föten auf grobe Fahrlässigkeit des Krankenhausträgers zurückzuführen sei, durch die die Eltern der Möglichkeit beraubt worden seien, eine Abtreibung aus medizinischen Gründen durchführen zu lassen. Daher stehe ihnen nach § 1 des Gesetzes vom 4. 3. 2002 Schadenersatz zu. Allerdings sei der Krankenhausträger nach diesem Gesetz nicht für die aus der Behinderung des Kindes erwachsenden besonderen Kosten – etwa für die Adaptierung des Wohnhauses oder die Anschaffung eines geeigneten Fahrzeugs – haftbar. Für den immateriellen Schaden und die Beeinträchtigung der Lebensführung sprach das Gericht den Ehegatten Draon 180.000 Euro und den Ehegatten Maurice 220.000 Euro zu.

In der Folge wurde der EGMR in den Sachen Draon gegen Frankreich und Maurice gegen Frankreich mit dem Fall befasst. In ihrer Entscheidung vom 6. 10. 2005⁸ bejahte die Große Kammer des EGMR eine Verletzung des Rechts auf Achtung des Eigentums (Art 1 1. ZProt EMRK): Ethische Überlegungen sowie Gründe der Gleichbehandlung und der zweckmäßigen Organisation des Gesundheitswesens könnten das rückwirkende Handeln des französischen Gesetzgebers nicht rechtfertigen. Dadurch seien die Eltern ohne ausreichende Entschädigung eines wesentlichen Bestandteils ihrer Schadenersatzansprüche beraubt worden, wodurch ihnen eine individuelle und exzessive Last aufgebürdet worden sei. Ein derart grundlegender Eingriff in die Rechte der Beschwerdeführer verletze den gerechten Ausgleich, der zwischen den Erfordernissen des öffentlichen Interesses auf der einen Seite und den Anforderungen an den Schutz des Rechts auf Achtung des Eigentums auf der anderen Seite getroffen werden müsse. Daraus ist zu schließen, dass es der EMRK widerspricht, wenn es keinen Ersatz bzw keine Abgeltung für den behinderungsbedingten Mehraufwand gibt.

Für Fälle iZm Geburten ab 7. 3. 2002 akzeptiert die französische höchstgerichtliche Rechtsprechung die mit der „loi Kouchner“ geschaffene Rechtslage (nun Art L 114-5 des Sozial- und Familiengesetzes).

3.2. Schadenersatz im Fall von wrongful birth?

International betrachtet sind Schadenersatzansprüche in wrongful birth-Fällen weitgehend anerkannt.⁹ Nur wenige Rechtsordnungen billigen dem Kind Ansprüche wegen wrongful life zu, etwa die niederländische und die ungarische.¹⁰

Auch die Gerichte in der Mehrzahl der US-Bundesstaaten akzeptiert auf wrongful birth gestützte Klagen. Einige Bundesstaaten haben solche Klagen eingeschränkt oder ausgeschlossen, zB Idaho.¹¹

⁸ Bsw 1513/03 und 11810/03.

⁹ S die Hinweise bei Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode (2009) 4 (unter Fn 17).

¹⁰ Henninger, Europäisches Privatrecht und Methode (2009) 4 (unter Fn 18).

¹¹ Idaho Code §5-334(1): „A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted.“

In einigen Staaten bestehen Patienten-Versicherungssysteme, die zwar das Schadenersatzrecht aufrecht erhalten, aber den Fokus auf die Versicherungsleistung verschieben. Für Europa sind hier die skandinavischen Staaten zu nennen.

3.3. Wrongful birth: Voller Ersatz (einschließlich Basisunterhalt) oder nur Differenz?

Einige Beispiele:¹²

Österreich	Voller Ersatz	5 Ob 165/05h, 5 Ob 148/07m
Deutschland	Voller Ersatz	BGH 22.11.1983 - VI ZR 85/82, BGHZ 89, 95
Schweiz	Voller Ersatz	obiter BG 20.12.2005, BGE 132 III 359
Italien	Mehraufwand	Corte di Cassazione 10. 5. 2002, No 6735
Frankreich	Kein Ersatz	Lediglich Leistungen nach Art L 114-5 des Sozial- und Familiengesetzes
England und Wales	Differenz	Parkinson v St James & Seacroft University Hospital NHS Trust [2002] QB 266
USA	unterschiedlich nach Bundesstaaten, überwiegend nur Mehraufwand	

4. Zusammenfassende Stellungnahme

- Eine konsistente Lösung des Problems des Schadenersatzes in den wrongful-Fällen ist aus juristischer Sicht nicht gänzlich möglich.¹³ „Jedes Argument führt notwendigerweise zu einem Gegenargument.“ Ein Ausweg wäre am ehesten in einer sozialrechtlichen Lösung zu finden.¹⁴
- Der schadenersatzrechtlich orientierte Lösungsansatz der österreichischen Rechtsprechung für Fälle von wrongful birth beruht auf der (zutreffenden) Ansicht, dass der Schwangerschaftsabbruch unter den in § 97 Abs 1 StGB genannten Prämissen rechtmäßig ist, also auch bei embryopathischer Indikation nach § 97 Abs 1 Z 1 2. Fall StGB.¹⁵ Es mag unbefriedigend erscheinen, dass ein Anreiz bestehen könnte, die Aufklärung eher in Richtung Schwangerschaftsabbruch zu lenken;¹⁶ das ist aber letztlich eine Folge der Rechtmäßigkeit des Schwangerschaftsabbruchs.

¹² S auch *Koziol/Steininger*, Schadenersatz bei ungeplanter Geburt eines Kindes, RZ 2008, 138.

¹³ *Neumayr*, EAnm zu 6 Ob 101/06f, FamZ 2006/70, 198 (199).

¹⁴ Anstatt vieler *Memmer*, Die Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs zum „Familienplanungsschaden“, *Imago hominis* 2007, 195 (211).

¹⁵ Ausführlich *Kletečka*, JBI 2011, 752 f.

¹⁶ Vgl etwa *Reischauer*, Ersatz wegen Geburt? Haftungsrisiko führt zu Abtreibungsdruck, *Die Presse* 3.3.2011.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

- Ähnlich wie eine postnatale Verletzung eines Kindes und der dadurch bedingte Unterhaltsmehrbedarf einen Ersatzanspruch gegen den Schädiger begründet, kann auch das Entstehen einer Unterhaltspflicht schadenersatzrechtliche Folgen haben.¹⁷ Die Familienfürsorge wird durch die Zuerkennung von Schadenersatz nicht berührt. Das Familienrecht regelt sozusagen das Innenverhältnis und nicht die schadenersatzrechtliche Haftung Dritter.¹⁸
- Maßgeblich für den Anspruch auf Schadenersatz ist der Inhalt des Behandlungsvertrags als Anspruchsgrundlage und dessen Schutzzweck. Die Rsp geht seit der grundlegenden Entscheidung vom 25. 5. 1999, 1 Ob 91/99k, davon aus, dass der Vertrag bei pränatalen Untersuchungen auch verpflichtet, die Vertragspartnerin (und deren in den Schutzbereich einbezogenen Partner) vor finanziellen Nachteilen zu schützen. Dem Arzt muss klar sein, dass die Frau durch Abschluss eines Behandlungsvertrags, der entsprechende Untersuchungen beinhaltet, die Mutterschaft zu einem schwer behinderten Kind verhindern will.
- Die Lehre folgt mehrheitlich der Ansicht des OGH, dass außer dem behinderungsbedingten Mehraufwand auch der „Basisunterhalt“ zu ersetzen ist.¹⁹ Dafür spricht, dass der Arzt durch seine Fehldiagnose auch diesen verursacht hat. Dagegen spricht allerdings, dass der Behandlungszweck – anders als bei wrongful conception – nicht den Zweck hat, die Belastung mit dem Basisunterhalt zu vermeiden. Die Eltern wollten ja ein Kind (wenn auch nicht ein behindertes).²⁰ Auch § 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB will eine Möglichkeit schaffen, die Folgen einer schweren Behinderung zu vermeiden, nicht aber die Geburt eines Kindes an sich. Außerdem trägt der Ersatz auch des Basisunterhalts den Nimbus des Unwerts des Lebens einer behinderten Person in sich.

¹⁷ Kletečka, JBI 2011, 755.

¹⁸ Rebhahn, Ersatz des vollen Unterhalts bei „wrongful birth“! Zak 2006, 206.

¹⁹ Etwa Pletzer, „Recht auf kein Kind? – Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidung des OGH zu „wrongful birth“, JBI 2008, 490. S auch Bernat, Wrongful Birth und Wrongful Conception. Der Ersatz des Familienplanungsschadens auf dem Prüfstand des OGH, in Kopetzki et al (Hrsg), Körper-Codes. Moderne Medizin, individuelle Handlungsfreiheiten und die Grundrechte (2010) 109 ff.

²⁰ Kletečka, JBI 2011, 759.

Zwischen Kinderschutz und Kinderwunsch

Ernst Wolner

In-vitro-Fertilisation: Bei der Enquete der Bioethikkommission wird unter anderem über die Verhinderung von Mehrlingsschwangerschaften und Frühgeburten diskutiert

Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz zwischen Kinderschutz und -wunsch: Im Vorlauf zu einer zweitägigen Enquete der Bioethikkommission des Bundeskanzleramtes forderte am Montag die Österreichische Liga für Kinder- und Jugendgesundheit Maßnahmen zur Reduktion von Frühgeburtslichkeit und von Mehrlingsschwangerschaften bei In-vitro-Fertilisation (IVF).

Um diffizilere Themen wie Eizellspende, Präimplantationsdiagnostik (PID) und IVF und die Konsequenzen für das Familienrecht geht es bei der Enquete selbst. Der Hintergrund: Das österreichische Fortpflanzungsmedizingesetz steht in Prüfung durch der Verfassungsgerichtshof. Umstritten sind Eizellspende, PID, künstliche Befruchtung bei Kinderwunsch von lesbischen Paaren sowie mehrere andere Themen.

Die wohl dringendsten und wahrscheinlich auch rechtlich ohne große ideologische Auseinandersetzungen durchsetzbaren Reformen in Sachen IVF und hormonelle Stimulation zur Erhöhung der Schwangerschaftswahrscheinlichkeit forderte die Liga für Kindergesundheit. Klaus Vavrik, Kinderarzt und Präsident des Dachverbandes: "Was technisch möglich ist, wird auch verwendet. Die unlimitierte Fortpflanzungsmedizin 'produziert' eine zunehmende Zahl an Mehrlingsgeburten. Das ist möglicherweise 'gut für's Geschäft' der Institute, weil die erzeugte Schwangerschaftsrate ein Aushängeschild des 'Erfolgs' ist. Aber es ist nachteilig, für die so gezeugten Kinder, weil es zu deutlich erhöhten Frühgeburten- und Fehlbildungsraten führt." Die PID bzw. die Pränataldiagnostik würden die werdenden Eltern in falsche Sicherheit wiegen, während dabei in Kauf genommen werde, dass man Embryos selektiere.

Mehrlingsschwangerschaften nach Hormonbehandlung

Ein brennendes Problem sind die Mehrlingsschwangerschaften bei der IVF bzw. nach einer Hormonbehandlung der Frau. Dies bedeutet mehr Frühgeburten und lässt Fehlbildungsraten auf das bis zu Vierfache steigen, ebenso die Häufigkeit von Langzeitkomplikationen. Barbara Maier, Salzburger Gynäkologin und Leiterin der Arbeitsgruppe Reproduktionsmedizin des Gesundheitsministeriums: "In einer retrospektiven Analyse aller Geburten vom Jahr 2000 bis zum Jahr 2009 an der Universitätsklinik für Frauenheilkunde und Geburtshilfe in Salzburg ergab, dass 48,5 Prozent aller Kinder nach assistierter Befruchtung (IVF, Insemination, hormonelle Stimulation, Anm.) Mehrlingskinder waren."

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Die Wiener Neonatologin Angelika Berger verwies dabei auf die enormen Probleme, welche diese Risikoentbindungen dann für die Neonatalabteilungen darstellten. Dies sei vor allem durch die Frühgeburtslichkeit bedingt: "Wir haben in Österreich eine extrem hohe Frühgeburtslichkeit von 11,1 Prozent. Wir sind da ein europäischer Vergleich 'Spitze' gewesen. Der europäische Durchschnitt beträgt 7,1 Prozent, in Schweden mit der niedrigsten Rate waren es 5,9 Prozent."

Die Forderungen der Liga, die sich ziemlich mit einem Positionspapier des Obersten Sanitätsrates (OSR) decken, wie OSRVorsitzender Ernst Wolner erklärte: Gesetzliche Beschränkung der Anzahl der maximal implantierbaren befruchteten Eizellen bei der IVF (primär Ein-Embryo-Transfer bis auf besondere medizinische Indikationen). Berücksichtigung der Baby-Take-Home-Rate und nicht

nur der Schwangerschaftsrate bei der Teilfinanzierung der IVF durch den staatlichen Fonds in Österreich. Nachunteruntersuchung und Register der per IVF etc. entstandenen Kinder, um eventuelle Probleme besser dokumentieren und später verhindern zu können. Mehr Ressourcen für die Neonatologie und Kinder- Intensivmedizin inklusive mehr speziell ausgebildetes Personal.

Neue Regeln für das beginnende Leben

Der Chirurg und Bioethiker Ernst Wolner wiegt die Möglichkeiten und Gefahren der Pränatalmedizin ab – Ein Plädoyer für Lösungen zum Wohl der Betroffenen und gegen eine Zweiklassenmedizin

Seit dem verunglückten Vorschlag der Justizministerin, die Ärzte/Ärztinnen aus der Haftung für Fehler der Pränataldiagnostik herauszunehmen, ist die Aufregung groß.

Es begann damit, dass vor zwei Wochen in der Diskussionssendung Im Zentrum des ORF zwei Ministerinnen auftraten und zu Recht vom Vorstand der Wiener Universitätsfrauenklinik, Prof. Husslein geradezu am Nasenring herum- und abgeführt wurden. Die Aktion Leben und andere katholische Vereinigungen sind in der Hoffnung, dass durch Schadenfreistellung die Abtreibungsrate sinken könnte, sofort auf den Zug der Justizministerin aufgesprungen. Die Ärztekammer sah die Möglichkeit, sich bei ihren beitragszahlenden Mitgliedern zu profilieren, wenn sie das Haftungsrisiko der pränatalmedizinisch tätigen Ärzte senkt.

Umgekehrt haben sich prominente JuristInnen, Frauenärzte/-ärztinnen, aber auch die Bioethikkommission heftig gegen die Entlassung der Pränatalmediziner aus der Schadenshaftung ausgesprochen. Tatsächlich liegt das Problem viel tiefer. Bei der Diskussion wird völlig außer Acht gelassen, dass die Pränatalmedizin einerseits eine segensreiche, andererseits eine sehr schwierige Methode ist. Sie rettet gar nicht so wenigen Kindern das Leben, wenn eine lebensbedrohliche Fehlbildung, ein großer Defekt des Zwerchfells, ein Herzfehler bereits im Mutterleib entdeckt wird, die Geburt in einem entsprechenden Zentrum erfolgt und das Neugeborene unmittelbar in entsprechende Behandlung kommt.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Umgekehrt erspart Pränatalmedizin Eltern großes Leid und Schock, wenn ein Kind fast ohne Gehirn zur Welt kommen würde und die Schwangerschaft rechtzeitig beendet wird. Es ist aber eine besondere Herausforderung, auch emotionell, für Eltern und die behandelnden Ärzte, wenn eine schwere Fehlbildung relativ spät im Schwangerschaftsverlauf entdeckt wird und nach reiflicher Überlegung ein Kind, dass etwa im sechsten Schwangerschaftsmonat schon wie ein Kind aussieht, im Mutterleib getötet werden muss. Sollte man den Arzt/die Ärztin klagen, weil er/sie das Problem erst im sechsten Schwangerschaftsmonat erkannt hat und so vielleicht größeren seelischen Schmerz bei der Mutter hervorgerufen hat?

Schwammige Rechtsprechung

Tatsächlich ist die derzeitige Rechtslage bzw. sind die medizinischen Standards, an denen sich die Rechtsprechung zu orientieren hat, sehr schwammig. So sind auch die divergierenden Urteile der Höchstgerichte zu diesem Thema zu erklären. Hier sind vorerst die Fachgesellschaften und die Ärztekammer gefragt. Den Kopf in den Sand zu stecken, in den meist privaten Pränatalinstituten gutes Geld zu verdienen und, wenn es nicht nach Wunsch läuft, wehleidig aufzuschreiben genügt nicht. Vorschläge für die Lösung dieses sicher sehr komplexen Themas sollten von dieser Seite kommen. So wäre es höchste Zeit, dass die Fachgesellschaften definieren, welche Fehlbildungen man vor der Geburt unbedingt erkennen muss (ihr Übersehen wird weiterhin selbstverständlich eine Haftung bedingen), welche Fehlbildungen man erkennen und zur Absicherung der Diagnose eine zweite Meinung einholen sollte und welche auch bei großer Erfahrung übersehen werden können und damit keinesfalls in die Schadenshaftung miteinbezogen werden sollten. Mit der werdenden Mutter sollte vor Beginn der Untersuchung besprochen werden, ob sie eine solche Untersuchung überhaupt will - viele Frauen lehnen sie aus ethischen Überlegungen ab. Dies ist zu dokumentieren. Stimmt die Frau einer solchen Untersuchung zu, so ist sie über die Möglichkeiten und Grenzen der Pränatalmedizin auf Basis der Richtlinien der Fachgesellschaften aufzuklären. Ein solches Vorgehen würde für alle Beteiligten mehr Klarheit und Rechtssicherheit schaffen und den Auslegungsspielraum der Gerichte stark einschränken. Diesen Zugang zur Schadenshaftung besser juristisch zu unterlegen und einen entsprechenden Vorschlag auszuarbeiten, würde es auch der Justizministerin ermöglichen, ohne Gesichtsverlust aus der ganzen Diskussion auszusteigen. Tatsächlich gibt es in der Reproduktions- und Geburtsmedizin viel schwierigere ethische, juristische und medizinische Probleme, welche in die Novellierung des Fortpflanzungsmedizingesetzes einfließen müssen.

Wie gehen wir in Zukunft mit der Präimplantationstechnik und der Eizellspende um? Beide Methoden sind in Österreich verboten. In Bratislava werden sie, noch dazu mit österreichischer Beteiligung, gegen gutes Geld angeboten. Das ist echte Zweiklassenmedizin: Wer sich's leisten kann, bekommt einen genetisch intakten Embryo implantiert; wer nicht (und genetisch vorbelastet ist), kann nur hoffen.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Neue Partnerschaften

Österreich hat in erster Instanz vor dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Straßburg eine Klage gegen das Verbot der Eizellspende verloren. Warum benötigen wir zur Lösung dieser Probleme Straßburg, nur weil einige, wählerstimmenmäßig völlig unbedeutende Gruppen die Politik vor sich hertreiben und eine sinnvolle Lösung verhindern? Mit der zunehmenden Zahl an eingetragenen gleichgeschlechtlichen Partnerschaften wird man auch die rechtliche Stellung von Kindern, die ihre Existenz einem der beiden gleichgeschlechtlichen Partner verdanken oder adoptiert werden, neu überdenken müssen. Warum sollen Kinder in einer solchen Partnerschaft nicht genau so liebevoll wie in der traditionellen Familie aufwachsen können, noch dazu wenn heute fast die Hälfte aller Ehen früher oder später geschieden wird? Auch die künstliche Befruchtung benötigt neue Regulative. In Österreich ist der Anteil von Mehrlingsschwangerschaften nach künstlicher Befruchtung viel zu hoch, der Schwangerschaftsverlauf manchmal kompliziert, die Kinder kommen oft zu früh auf die Welt, blockieren wochenlang die neonatologischen Intensivstationen und haben gar nicht so selten auch Entwicklungsstörungen. Hier den legitimen Kinderwunsch der Eltern gegen das Recht des Kindes, gesund zur Welt zu kommen, auszubalancieren, ist nicht nur eine medizinische, sondern auch eine zutiefst ethische Frage.

Eine Arbeitsgruppe des Obersten Sanitätsrates hat dem Gesundheitsminister sehr sinnvolle Vorschläge unterbreitet. Es ist zu hoffen, dass Minister Stöger, der an die Dinge wenig öffentlichkeitswirksam, dafür aber sehr effizient herangeht, in der Regierung genügend Rückhalt findet, um manche der hier aufgezeigten Probleme im Sinne der Betroffenen, aber auch der Gesellschaft einer Lösung zuzuführen.

Unglückliche Politisierung einer fundamentalen Frage

Replik. Warum ich in der Bioethikkommission für künstliche Befruchtung von alleinstehenden und lesbischen Frauen gestimmt habe.

Die Bioethikkommission hat in ihrer letzten Sitzung mit deutlicher Mehrheit dafür gestimmt, dass alleinstehende und lesbische Frauen eine künstliche Befruchtung zur Erfüllung ihres Kinderwunsches in Anspruch nehmen dürfen. Bisher ist dies nur verheirateten Frauen oder solchen, die nachweislich in einer eheähnlichen Beziehung leben, erlaubt. Gleichzeitig hat die Bioethikkommission es abgelehnt, dass homosexuelle Männer über den Weg einer Leihmutter alleinerziehende Väter werden können.

Dieser Entscheidung ist eine Anfrage des Verfassungsgerichtshofs zu diesem Thema vorausgegangen. Sie hat auch beträchtliche mediale und politische Aufmerksamkeit erfahren. Es war zu erwarten, dass ÖVP und FPÖ und deren Ableger BZÖ dagegen und SPÖ und Grüne dafür sein werden. Aufgrund dieser politischen Polarisierung wird sofort vermutet, dass der Beschluss der Bioethikkommission deren politische Zusammensetzung widerspiegelt. Natürlich sind Fragen, bei deren Beantwortung Weltanschauung und Moral

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

eine Rolle spielen, nicht frei von politischen Einflüssen. Sie haben jedoch wenig mit Parteipolitik zu tun.

Monatelange Diskussionen

Wie die dem Entscheid vorangegangene Diskussion in der Bioethikkommission ergeben hat, waren zwei Hauptmotive bei der Entscheidungsfindung zu erkennen. Die Gegner einer Freigabe befürchten vor allem eine weitere Schwächung der traditionellen Familienstruktur durch den Gesetzgeber; die Befürworter sehen in dem Beschluss eine pragmatische Angleichung an bereits geltende Gesetze – wie die eingetragene Partnerschaft oder das Diskriminierungsverbot gleichgeschlechtlicher Partnerschaften.

Professor Mathias Beck, Moralthologe und Mitglied der Bioethikkommission, hat in einem Gastkommentar in der „Presse“ (24.4). kritisiert, dass seiner Meinung über dieses Thema in der Kommission zu wenig diskutiert worden sei. Tatsächlich beschäftigt dieses Thema die Kommission schon seit Monaten. Es lag auch ein sehr ausgewogener Vorschlag einer Antwort an den Verfassungsgerichtshof vor. Einige wenige Mitglieder der Kommission konnten sich mit diesem Vorschlag nicht identifizieren und wurden ersucht, ein Minderheitsvotum zu erstellen. Hierin wird der Status quo verteidigt, es soll alles so verboten bleiben wie bisher. Kinder benötigen unbedingt Mutter und Vater, daher soll eine künstliche Befruchtung nur bei verheirateten Frauen oder Frauen gestattet sein, die nachweislich in einer eheähnlichen, stabilen Partnerschaft leben und bei denen aus medizinischen Gründen ein Kind auf natürliche Weise nicht gezeugt werden kann.

All dies wurde ausführlich diskutiert. Aber letztlich musste eine Entscheidung fallen, wobei eine große Mehrheit für eine liberalere Lösung eingetreten ist; beide Voten werden selbstverständlich dem Verfassungsgerichtshof übermittelt.

Ohne andere Mitglieder der Bioethikkommission zu bevormunden, möchte ich erklären, warum ich für die Freigabe gestimmt habe.

- Erstens: Natürlich wird die traditionelle Familie noch immer von einer Mehrheit der Bevölkerung angestrebt. Die Realität aber sieht anders aus, wenn man die große Zahl alleinerziehender Frauen und die gar nicht so geringe alleinerziehender Männer in Betracht zieht. Diese Tatsache, die hohe Scheidungsrate, Patchworkfamilien und andere Formen des Zusammenlebens haben mich dazu bewogen, das Argument der intakten Familie für die gegenständliche Entscheidungsfindung zu verwerfen.
- Zweitens: Viele Alleinerzieherinnen und Alleinerzieher, die oft ungewollt in diese Situation gekommen sind, leisten Hervorragendes. Warum soll man Frauen, die alleinerziehen wollen, dies vorenthalten?
- Drittens: Die Erfüllung des Kinderwunsches erfolgt bei lesbischen beziehungsweise alleinstehenden Frauen, auch wenn der männliche Samen oder die in vitro befruchtete Eizelle durch eine medizinische Manipulation in die Gebärmutter kommt, letztlich auf natürliche Weise. Die Bindung zum Kind wird schon während der Schwangerschaft aufgebaut und hält üblicherweise das ganze Leben an, egal ob mit oder ohne Vater.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Neue Regeln aufstellen

Diese besondere Bindung gilt für homosexuelle Männer, die ihren Samen einer Leihmutter zur Verfügung stellen, nicht. Ich bin daher in diesen Fällen gegen eine Freigabe, zumal mit der Leihmutterschaft viele geschäftliche Interessen verbunden sein können und weil die Herausgabe des Kindes für die Leihmutter zu größeren Problemen führen könnte.

- Viertens: Sollte der Gesetzgeber nicht nur die Insemination, sondern auch die künstliche Befruchtung bei alleinstehenden und lesbischen Frauen erlauben, so sollte für sie alternativ oder hintereinander auch die Adoption offenstehen. Es gibt viele sehr besorgte alleinerziehende Väter, man könnte daher die Adoption bei homosexuellen Männern in eingetragener Partnerschaft erlauben – allein, um die gleichgeschlechtlichen Männer nicht zu sehr zu diskriminieren. Allerdings müssten dann auch Regeln aufgestellt werden, welche Rechte der/die andere Partner/in einer eingetragenen Partnerschaft in Hinblick auf das Kindeswohl hat.

Angebracht wäre Barmherzigkeit

- Fünftens: Letztlich hat mich aber ein sehr pragmatischer Zugang bestimmt, zumindest teilweise für die Freigabe zu sein: Niemand kann eine lesbische Frau darin hindern, nach Bratislava oder Brunn zu fahren und sich dort befruchten zu lassen. Niemand kann einem homosexuellen Mann verbieten, für seinen Samen in Rumänien oder Spanien eine Leihmutter zu finden.

Mir kommt die ganze Diskussion wie das Verbot des Schwangerschaftsabbruchs vor Einführung der Fristenlösung vor. Jeder wusste damals, dass es viele verbotene Abbrüche gegeben hat. Viele Frauen haben großes Leid erlitten, trotzdem wollen es manche bis heute nicht wahrhaben.

Die dargelegten Überlegungen haben nichts mit Parteipolitik zu tun. Ich bin daher unglücklich, dass der Entscheid dafür/dagegen von einzelnen politischen Parteien vereinnahmt wird. Zu denken geben sollte uns allen auch der Umstand, dass die Nazis und der politische Islam die gleichgeschlechtlichen Menschen nicht nur schwer diskriminiert, sondern ihnen auch nach dem Leben getrachtet haben und es in manchen islamischen Gottesstaaten noch immer tun.

Dass auch die katholische Amtskirche in dieser Frage nicht frei von Diskriminierung ist, kränkt mich als brav Kirchensteuer zahlender Katholik. Vielleicht sollte sich die katholische Kirche nicht nur in dieser Frage mehr an der Meinung der schweigenden liberalen Mehrheit orientieren und sich nicht immer von einer kleinen radikalen Minderheit vor sich hertreiben lassen. Barmherzigkeit wäre in Anbetracht eigener Fehlleistungen angebracht. Mich wird die Kirche sicher nicht fragen, und so bin ich froh, dass ich wenigstens in der Bioethikkommission einen kleinen Beitrag zur Meinungsbildung leisten durfte.

Menschenrechtliches Monitoring im Gesundheits- und Heimbereich

Reinhard Klaushofer

Inhaltsübersicht

- I. Entwicklung
- II. Vorbilder und Vorgaben
 - A. Menschenrechtsbeirat gem § 15a SPG
 - B. Fakultativprotokoll zur Antifolterkonvention (OPCAT)
 - C. Behindertenrechtskonvention (CRPD)
- III. Aufgabenstellung des menschenrechtlichen Monitorings (Art 148a Abs 3 B-VG)
- IV. Anwendungsbereich der Art 148a und 148i Abs 3 B-VG
 - A. Verwaltung des Bundes und der Länder, einschließlich der Privatwirtschaftsverwaltung
 - B. Zu Akten verwaltungsbehördlicher Befehls- und Zwangsgewalt ermächtigte Organe
 - C. Orte der Freiheitsentziehung (Art 4 OPCAT)
 - D. Für Menschen mit Behinderungen bestimmte Einrichtungen und Programme
- V. Monitoringstandards
 - A. Verfassungs- und völkerrechtlicher Rahmen
 - B. Arbeitsmethoden
 - C. Prüfkriterien
 - D. Verbesserungsvorschläge
- VI. Abgrenzung zu anderen Rechtsschutz-/Kontrolleinrichtungen
 - A. Gerichte und UVS
 - B. Gesetzliche Vertreter (Patientenanwälte und Bewohnervertreter)
- VII. Praktische Umsetzung
 - A. Organisationsaufbau
 - B. Wissens- und Kommunikationsaufbau
 - C. Besuchs- und Berichtstätigkeit

Mittel zur Hilfe und Überwachung (technisch/pharmazeutisch)

Ursula Frohner

Der Bedarf an innovativen Produkten und Dienstleistungen für Menschen mit krankheitsbedingten Selbstversorgungsdefiziten wird in den kommenden Jahren enorm anwachsen.

Begründet wird dies einerseits durch die erfreuliche Tatsache, dass immer mehr Menschen ihre Erkrankungen und Unfälle länger überleben können. So wird der Anteil der über 65-Jährigen im Jahr 2050 auf über dreißig Prozent ansteigen, Menschen die im Jahr 2012 geboren werden, haben an die 50 Prozent Chance über 100 Jahre alt zu werden.

Andererseits stehen immer weniger Personen zur Verfügung, die Menschen in der Bewältigung ihres Alltages unterstützen und pflegen. Wurden im Jahr 1999 noch durchschnittlich neun Pflegebedürftige von einer Pflegefachkraft versorgt, so wird sich dieses Verhältnis bis zum Jahr 2025 auf 1:17 verschieben. Die Kombination aus steigender Lebenserwartung und geringer Geburtenrate ist bereits heute eine große Herausforderung an das Sozialsystem.

So widmen Forschungsprojekte und Industrie vermehrt jenen Technologien, welche sich mit den Themen

- Rehabilitation
- Sicherheit
- Kommunikation
- Mobilität
- Kompensation von sensiblen Defiziten

im Zusammenhang mit Pflegebedürftigkeit beschäftigen.

Wichtig ist es, die Vorteile für primäre und sekundäre Nutzer zu definieren. Wobei hier die Bedarfslagen, je nach Krankheitsbild, wechselnd sein können. Pflegende Angehörige bedürfen einer besonderen Aufklärung und sind in die Anwendung prozessorientiert mit ein zu beziehen. So dienen Überwachungssysteme, wie beispielsweise Bewegungssensoren mit Identitätssignalen, der besseren Lebensqualität und der Orientierung für Menschen die an Demenz oder an Störungen ihrer Bewegungskoordination leiden.

Insbesondere in den Bereichen Sicherheit und Kommunikation haben sich in den letzten Jahren verschiedenste Angebote, wie etwa die Ausstattung mit entsprechenden IT Systemen für Menschen mit sensiblen Defiziten, etwa für blinde oder taube Menschen, weiterentwickelt.

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

Im Fokus aller Innovationen muss das Selbstbestimmungsrecht der pflegebedürftigen Menschen stehen. Pflegefachpersonen haben die Aufgabe die krankheitsbedingte Gefahreneigtheit und die Ressourcen der Kranken zu erkennen, sowie beim Einsatz der entsprechenden Technologien am tatsächlichen Bedarf des zu pflegenden Menschen und seines Umfeldes abzustimmen.

Alle technischen Angebote können das tägliche Leben erleichtern, eine persönliche, individuelle Unterstützung und Motivation von Pflegebedürftigen und deren Angehörige jedoch nie ersetzen.

Pflege und Psychiatrie – Grundrechte, Autonomie und Fremdbestimmung

Mittel zur Hilfe und Überwachung – technisch / pharmazeutisch

Verena Stühlinger

Der demographische Wandel, der sich in europäischen Gesellschaften vollzieht, stellt den Rechtsstaat vor große Herausforderungen. Es gilt das Recht auf persönliche Freiheit und das Recht auf Selbstbestimmung vor dem Hintergrund einer zusehends alternden und pflegebedürftigen Gesellschaft abzusichern. Dazu kommt ein bereits spürbarer Mangel an qualifizierten Pflegekräften und eine Gesellschaft, in der nahe Angehörige zusehends nicht mehr als Wegbegleiter und Unterstützer zur Verfügung stehen.

Die Rechtsordnung würdigt die persönliche Freiheit in erster Linie dahingehend, dass das Individuum vor staatlichen Eingriffen geschützt wird und Eingriffe anderer unter Strafe gestellt werden. Unter dem Aspekt des – der Rechtsordnung immanenten – Prinzips der Menschenwürde beinhaltet das Recht auf persönliche Freiheit darüber hinaus ein Recht auf Aufrechterhaltung der Selbstbestimmungs- und Selbsterhaltungsfähigkeit. In diesem Zusammenhang zeigen rezente Studien, dass ein Fortschreiten der Pflegebedürftigkeit verlangsamt werden kann, indem die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Kontrolle gefördert, ermöglicht und aufrechterhalten wird. Auch wurde in Studien mit Demenz-Kranken nachgewiesen, dass diese ihre Erkrankung deutlich besser verarbeiten, wenn ihre verbleibenden Fähigkeiten und Möglichkeiten respektiert werden. Das Ziel jeglicher Hilfeleistung für pflegebedürftige Menschen sollte daher sein, die Selbstbestimmungsfähigkeit im Sinne einer „assistierten Selbstbestimmung“ möglichst lange aufrecht zu erhalten sowie – im Sinne einer „Milieuthherapie“ – das Umfeld von pflegebedürftigen Personen an veränderte Fähigkeiten und Bedürfnisse anzupassen, sodass ein Leben zu Hause priorisiert werden kann.

Technische Mittel zur Hilfe und Überwachung pflegebedürftiger Personen könnten in diesem Zusammenhang künftig einen nicht unwesentlichen Beitrag leisten. Zahlreiche Anwendungen verfolgen das Ziel, die Selbstständigkeit von Personen möglichst lange aufrechtzuerhalten. Unter anderem wird auch an elektronischen Notfallassistenten geforscht, die auf ambienter Computerintelligenz beruhen. Durch die Koppelung von Computern mit Bild-, Temperatur- oder Ultraschallsensoren sowie Bewegungsmeldern soll es künftig möglich sein, eine Umgebung zu interpretieren, zu bewerten sowie erforderliche Reaktionen einzuleiten. Diese Systeme basieren wesentlich auf einer automatischen Erfassung und Interpretation. Sie sind

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

weitgehend frei von manuellen Bedienungen und daher für Personen mit sensorischen und kognitiven Defiziten besonders geeignet.

Derartige Anwendungen sind ohne Einwilligung der pflegebedürftigen Person nicht möglich und stehen unter dem Gebot der Verhältnismäßigkeit. Individuelle Erfahrungen und Studien zeigen jedoch, dass gefährdete Personen ein hohes Sicherheitsbedürfnis haben und auch telemedizinischen Anwendungen bzw. einer damit einhergehenden (medizinischen) Überwachung – etwa im Rahmen einer Überwachung mittels Langzeit-EKG - eher aufgeschlossen sind.

Ob derartige Anwendungen Freiheitsbeschränkungen darstellen, hängt von den näheren Umständen ab. Nach HeimAufG wäre bereits die Anordnung, eine geortete Person zurückzuholen eine Freiheitsbeschränkung. Das HeimAufG findet allerdings nur Anwendung für Pflegeheime, Behindertenheime sowie für Einrichtungen, „in denen wenigstens drei psychisch kranke oder geistig behinderte Menschen ständig betreut oder gepflegt werden können.“ Auch findet dieses auf Personen in Krankenanstalten Anwendung, „die dort wegen ihrer psychischen Krankheit oder geistigen Behinderung der ständigen Pflege und Betreuung bedürfen“.

Darüber hinaus werden aus rechtlicher Sicht durch derartige Hilfsmittel personen- und gesundheitsbezogene Daten erfasst, gespeichert, interpretiert, übertragen und möglicherweise für therapeutische und diagnostische Zwecke verwendet. Es sind neben den Regelungen des Datenschutzgesetzes im Besonderen auch jene des Gesundheitstelematik-Gesetzes, des Telekommunikationsgesetzes sowie des Medizinproduktegesetzes relevant und die entsprechenden Voraussetzungen zu erfüllen.

Technische Mittel zur Hilfe und Überwachung und die damit einhergehenden Eingriffe werden im Einzelfall nur dem Gebot der Verhältnismäßigkeit entsprechen, wenn der Zweck des Einsatzes im Verhältnis zum Eingriff steht bzw. wenn es sich um angemessene Mittel handelt. Die Angemessenheit möglicher zum Einsatz kommender technischer Hilfsmittel hängt wesentlich vom Zustand der betroffenen Person sowie den individuellen Bedürfnissen und Fähigkeiten der Person ab. Diese individuellen Bedürfnisse und Fähigkeiten variieren wesentlich – abhängig vom Individuum, der Persönlichkeit, dem sozialen Umfeld und einem zugrundeliegenden Krankheitsbild und erfordern flexible Systeme. Hierfür ist interdisziplinäre Forschung notwendig, die sämtliche Beteiligte in die Erforschung mit einbezieht. Eine breite Anwendung und Akzeptanz werden technische Hilfsmittel letztendlich nur finden, wenn – im Sinne einer Evidenz-basierten Medizin (EbM) – der Nachweis erbracht werden kann, dass diese pflegebedürftigen Menschen wesentliche Erleichterungen und Vorteile bringen, die mögliche Gefahren überwiegen und gegenüber bewährten Verfahren überlegen sind.

Rauchverbote zwischen Nichtraucherschutz und Paternalismus

Peter Koller

1. Problemstellung: Rauchen und seine rechtliche Regulierung

Empirische Befunde:

- Rauchen war lange Zeit (17.-20. Jhdt) nicht nur verbreitete, sondern geduldete, ja geschätzte Praxis der Stimulierung rauschhaften Genusserlebens: Sucht, Passion, Kommunikationsmedium, Lebensstil, Selbstdarstellung
- Rauchen schädigt die Gesundheit nicht nur der Raucher, sondern auch der ‚mitrauchenden‘ Personen, die es häufig auch als Beeinträchtigung ihres Wohlbefindens oder Belästigung empfinden, und überdies verursacht es nicht unerhebliche sozial Kosten (zB Gesundheitswesen, Müllentsorgung)

⇒ Forderung nach rechtlichen Beschränkungen des Rauchens

Formen der Verhaltenssteuerung durch rechtliche Normen:

- Zwingende Verhaltensgebote/-verbote verbunden mit negativen Sanktionen/Strafen und/oder informellen Reaktionen sozialen Drucks
- Nichtzwingende Regelungen verbunden mit negativen und/oder positiven Anreizen, zB Steuern, Nachteilen vs Begünstigungen, Gratifikationen
- Indirekte Behinderungen unerwünschten Verhaltens durch zwingende und/oder nichtzwingende Normen, zB Angebotsbeschränkungen, Zugangshindernisse
- Sanfte, dh die Entscheidungsfreiheit nicht beschränkende Maßnahmen der Verhaltensbeeinflussung („Nudges“), zB Warnungen, Informationspflichten

⇒ Frage nach rechtlichen Möglichkeiten der Einschränkung des Rauchens

Varianten von Verboten, Beschränkungen oder Behinderungen des Rauchens:

- Rauchverbot in Räumen im Beisein besonders verletzlicher Personen (zB Kinder)
- Rauchverbot in Räumen, die der Allgemeinheit offen stehen (zB Amtsgebäude)
- Rauchverbot an Arbeitsstätten in Räumen, wo sich Nichtraucher aufhalten
- Rauchverbot in allgemein zugänglichen Räumen außer separierten Raucherzonen
- Gebot der Bereitstellung von Nichtraucher-Zimmern in Beherbergungsbetrieben

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

- Gebot, Rauchwaren mit entsprechenden Warnungen über Gefahren zu versehen
 - Hohe Besteuerung der Produktion und/oder des Vertriebs von Rauchwaren
 - Verbot der Werbung für Rauchwaren in Massenmedien und im öffentlichen Raum
 - Förderung von Maßnahmen und/oder Einrichtungen zur Raucherentwöhnung
 - Verbot allgemein zugänglicher Automaten von Rauchwaren zwecks Jugendschutz
 - Begrenzung des Vertriebs von Rauchwaren durch stark limitierte Handelslizenzen
 - Ausnahmsloses Rauchverbot in öff Gebäuden und allgemein zugänglichen Räumen
 - Generelles Rauchverbot auf öffentlichen Plätzen und in geschlossenen Räumen
 - Absolutes Verbot der Produktion, des Vertriebs und des Konsums von Rauchwaren
- ⇒ Zunahme der Beschränkungen der individuellen Handlungsfreiheit: wachsende Begründungslast

2. Rechtfertigungsgründe für rechtliche Beschränkungen

Grundsätze der Rechtfertigung von Handlungsbeschränkungen:

- Schädigungsprinzip: rechtliche Beschränkungen individuellen Handelns sind legitim, ja meist geboten, wenn sie dazu dienen, die Schädigung einzelner Menschen oder der Gesellschaft durch Andere abzuwehren, wenn sie also erforderlich und geeignet sind, wesentliche Interessen der Individuen gegen fremde Übergriffe oder wichtige öffentliche Interessen gegen negative Folgen unregulierten Handelns zu schützen
 - Paternalismus: Beschränkungen der individuellen Freiheit sind unter Umständen zulässig, wenn sie zum Selbstschutz von Menschen gegen oder ohne deren Willen dienen, dh wenn sie erforderlich und geeignet sind, Menschen davon abzuhalten, gegen ihre wohlverstandenen bzw fundamentalen Interessen zu handeln
- ⇒ Verhältnis der Grundsätze: Asymmetrie (stark vs problematisch) — Konflikt (aus radikal-liberaler Sicht) – Überlappungen (in vielen praktischen Fällen)

Schädigungsprinzip:

- Allgemeines: voraussetzungs- und interpretationsbedürftig, aber grundsätzlich unkontrovers; nach radikal-liberaler Auffassung (W.v. Humboldt, J.St. Mill) sogar alleiniger Grund für Beschränkungen der Freiheit mündiger Personen
- Voraussetzung: allgemein akzeptable Konzeption der legitimen Interessen, die rechtlichen Schutz erfordern (bei Beschränkungen des Rauchens wohl erfüllt)

Gesundheit und Recht – Recht auf Gesundheit?

Frühjahrstagung in Haibach/Donau, 7.– 9. Juni 2012

- Erfordernisse: angemessene Interpretation relevanter Schädigungen, deren Abwehr erforderlich scheint; Verhältnismäßigkeit der rechtlichen Beschränkungen
- ⇒ Anwendungsregel: Prinzip rechtfertigt rechtliche Beschränkungen von Aktivitäten, die Andere oder die Allgemeinheit schädigen oder beeinträchtigen, auf den Umfang, bei dem die externen Grenzkosten (Nachteile, Unannehmlichkeiten) der Aktivitäten durch die Grenzkosten ihrer weitergehenden Beschränkung für die Handelnden und die Allgemeinheit überwogen werden (oft schwierige Kosten-Nutzen-Abwägungen)

Paternalismus:

- Allgemeines: nicht nur voraussetzungsvoll und interpretationsbedürftig, sondern auch sehr umstritten; aus radikal-liberaler Sicht nur bei unmündigen Menschen (zB Kindern) und gegenüber mündigen Personen nur in besonderen Ausnahmefällen zulässig (zB Mills Brückenbeispiel) ⇒ Unterscheidung zwischen schwachem (zulässigem) und starkem (unzulässigem) Paternalismus
- Voraussetzung: offenkundige Mängel der für die Kenntnis und Verfolgung der wohlverstandenen Interessen von Menschen erforderlichen Fähigkeiten (Wissen, Rationalität, Willensstärke, hinreichende Verhandlungsmacht); umgekehrt setzt die radikal-liberale Ablehnung paternalistischer Beschränkungen das Vorliegen jener Fähigkeiten in ausreichendem Umfang voraus (was oft nicht zutrifft)
- Erfordernis: begründete Annahme wohlverstandener Interessen der Individuen, die diese bei rechter Erwägung akzeptieren und verfolgen würden, ev im Wege ihrer Selbstbindung durch Akzeptanz entsprechender sozialer Zwangsnormen
- ⇒ Anwendungsregel: Paternalismus rechtfertigt rechtliche Beschränkungen des Handelns von Personen in ihrem wohlverstandenen Interesse, wenn und soweit die Beschränkungen erforderlich und geeignet sind, erheblichen Mängeln der rationalen Entscheidungsbildung jener Personen auf eine deren Selbstbestimmung möglichst wenig einschränkende Weise entgegenzuwirken (vgl Anne van Aakens Prinzip des schonendsten Paternalismus)

3. Rechtspolitische Thesen zur rechtlichen Regulierung des Rauchens

Allgemeine Beobachtungen:

- Gründe für Beschränkungen des Rauchens (Schädigungsprinzip + Paternalismus) überlappen sich: Gesundheitsschäden der Raucher fallen nicht nur diesen zur Last, sondern bedingen soziale Kosten, deren Minderung im allgemeinen Interesse liegt
- Uneindeutigkeit der Kosten von Beschränkungen des Rauchens: Beschränkungen sind für passionierte Raucher ärgerlich, aber auch ein Anreiz, das Rauchen einzuschränken oder damit aufzuhören oder damit gar nicht erst anzufangen

Offenbar gerechtfertigte Beschränkungen des Rauchens:

- Rauchverbote in Gegenwart verletzlicher Personen, in allgemein zugänglichen Räumen, an Arbeitsplätzen, wo Nichtraucher arbeiten, und in größeren Gaststätten ohne getrennte Raucherräume; ferner Gebot der Bereitstellung von Nichtraucherzimmern in Beherbergungsbetrieben: begründet durch Schädigungsprinzip
- Gebot, Rauchwaren mit Warnungen zu versehen; Werbeverbot für Rauchwaren; Besteuerung von Rauchwaren in einer Höhe, die soziale Kosten den Rauchern aufbürdet: begründet durch Schädigungsprinzip + schonenden Paternalismus
- Verbot des Verkaufs von Rauchwaren an Jugendliche und ihres Vertriebs durch allgemein zugängliche Automaten: begründet durch schonenden Paternalismus, insbesondere im Dienste des Jugendschutzes + ev Schädigungsprinzip

Problematische Beschränkungen des Rauchens:

- Starke Limitierung des Vertriebs von Rauchwaren durch wenige nur mit einigem Aufwand erreichbare Geschäfte: nähert sich einem überzogenen Paternalismus
- Ausnahmsloses Rauchverbot in öffentlichen Gebäuden und allgemein zugänglichen Räumen, inkl Verbot separierter Raucherzimmer (zB in Bürogebäuden) oder spezieller Raucherzonen (zB in Bahn- oder Flughöfen): Schädigungsprinzip kaum tragfähig und Paternalismus fragwürdig

Offenbar nicht gerechtfertigte Verbote des Rauchens:

- Generelles Rauchverbot auf öffentlichen Plätzen und in geschlossenen Räumen (inkl Privatwohnungen): kaum begründbar
- Absolutes Rauchverbot (der Produktion, des Vertriebs und des Konsums von Rauchwaren): Tyrannei des Gesundheitswahns?

Einige Literaturhinweise:

- A. v. Aaken, Begrenzte Rationalität und Paternalismusgefahr: Das Prinzip des schonendsten Paternalismus, in: M. Anderheiden et al (Hg), Paternalismus und Recht, Tübingen: Mohr Siebeck 2006, S. 109-144
- C. Hillgruber, Der Schutz des Menschen vor sich selbst, München: Vahlen 1992
- P. Koller, Freiheit als Problem der politischen Philosophie, in: K. Bayertz (Hg), Politik und Ethik, Stuttgart: Reclam 1996, S. 111-138
- W. Schivelbusch, Das Paradies, der Geschmack und die Vernunft: Eine Geschichte der Genußmittel, Frankfurt: Fischer Taschenbuch 1990
- R.H. Thaler & C. Sunstein, Nudge. Wie man kluge Entscheidungen anstößt, Berlin 2009