

Strukturpläne und die Bedarfsprüfung bei selbständigen Ambulatorien

Gerhard Baumgartner, Klagenfurt am Wörthersee

Übersicht:

- I. Einleitung
- II. Individuelle Bedarfsprüfung (§ 3a Abs 2 und 3 KAKuG) und generelle „Bedarfsfeststellung“ (§ 3a Abs 3a KAKuG)
- III. Gleichwertigkeit von individueller Bedarfsprüfung und genereller „Bedarfsfeststellung“?
- IV. Ausblick

I. Einleitung

Die Voraussetzungen für die Bewilligung der Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums durch die LReg sind in § 3a KAKuG¹ geregelt. Diese grundsatzgesetzliche Regelung geht zurück auf die Entscheidung des EuGH im „Hartlauer“-Urteil,² mit dem die frühere Ausgestaltung der Bedarfsprüfung für europarechtswidrig befunden worden war. Als Folge dieser Entscheidung wurde eine Bedarfsprüfung auch für Gruppenpraxen vorgesehen und es wurden zudem einige Kriterien der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorium neu gestaltet.³ Der Jubilar war meines Wissens im Vorfeld des EuGH-Urteils in der Rs *Hartlauer* an maßgeblicher Stelle involviert. Dies sei zum Anlass genommen, ihm diesen Beitrag zu öffentlich-rechtlichen Fragen der Bedarfsprüfung bei selbständigen Ambulatorien zu widmen.

Felix Wallner ist es ein besonderes Anliegen, Wissenschaft und Praxis zum beiderseitigen Nutzen zu verbinden. Auch deswegen scheint mir dieser Beitrag besonders passend, beruht er doch auf einer rechtswissenschaftlichen Untersuchung, die vor einiger Zeit aufgrund einer Anfrage aus der Praxis durchgeführt wurde.

II. Individuelle Bedarfsprüfung (§ 3a Abs 2 und 3 KAKuG) und generelle „Bedarfsfeststellung“ (§ 3a Abs 3a KAKuG)

Im Zentrum des Genehmigungsverfahrens zur Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums steht die Bedarfsprüfung nach § 3a Abs 2 Z 1 iVm Abs 3,

1) BGBl 1957/1 idF BGBl I 2022/20.

2) EuGH 10. 3. 2009, C-169/07, *Hartlauer*, RdM 2009, 126 (*Stöger*).

3) *Stöger* in GmundKomm² § 3a KAKuG Rz 1. Siehe dazu BGBl I 2010/61.

3a und 4 KAKuG⁴ (bzw den korrespondierenden landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen). Dass das Erfordernis einer Bedarfsprüfung nach wie vor besteht, hat der VwGH vor einigen Jahren in einem „Kärntner Fall“ zum wiederholten Male deutlich gemacht und wie folgt erläutert:

„Anlässlich der Novelle BGBl. I Nr. 61/2010 zum KAKuG und (zunächst) der Novelle LGBl. Nr. 70/2011 zur Krnt KAO 1999 ist es zu gänzlichen Neufassungen des § 3a KAKuG und des § 13 Krnt KAO 1999 gekommen. Zwar wird nicht mehr ausdrücklich davon gesprochen, dass die Erteilung einer Errichtungsbewilligung für ein selbständiges Ambulatorium nur zulässig ist, wenn ein Bedarf nach der geplanten Krankenanstalt gegeben ist. Wie allerdings aus der Systematik der Gesetzesbestimmungen und den Materialien zu § 3a KAKuG zu erkennen ist, hat im Rahmen des Verfahrens zur Bewilligung der Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums weiterhin grundsätzlich eine Prüfung des Bedarfs zu erfolgen, weil eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebotes im Einzugsgebiet eine zentrale Tatbestandsvoraussetzung der Errichtungsbewilligung darstellt.“⁵

Die Erteilung einer Errichtungsbewilligung setzt sohin voraus, dass nach dem angegebenen Anstaltszweck und dem in Aussicht genommenen Leistungsangebot des selbständigen Ambulatoriums eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet erreicht werden kann.⁶ § 3a Abs 3 KAKuG enthält nähere Regelungen für die Beurteilung, ob eine wesentliche Verbesserung des Versorgungsangebots im Einzugsgebiet erreicht werden kann. Demnach sind – ausgehend von den Ergebnissen der Planungen des jeweiligen RSG⁷ – die örtlichen Verhältnisse, die versorgungsrelevanten Verkehrsverbindungen, das Inanspruchnahmeverhalten und die Auslastung von bestehenden Leistungsanbietern, die sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen erbringen, durch Pfleglinge, die durchschnittliche Belastung bestehender Leistungsanbieter und die Entwicklungstendenzen in der Medizin (bzw Zahnmedizin) zu berücksichtigen. § 3a Abs 3a KAKuG verknüpft sodann die krankenanstaltenrechtliche Bedarfsprüfung mit der Gesundheitsplanung nach dem G-ZG.⁸ Wenn der im Bewilligungsverfahren relevante Leistungsumfang als Teil des ÖSG bzw des RSG⁹ durch eine V nach § 23 G-ZG verbindlich geregelt wurde, ist hins

4) So *Pabel*, Rechtsfragen der Gründung und des Betriebs von selbständigen Ambulatorien, RdM 2019, 219 (222).

5) VwGH 23. 11. 2017, Ra 2016/11/0145 RS 3. Siehe auch VwGH 2013/11/0078 VwSlg 18.825/2014; VwGH 2013/11/0241 VwSlg 18.927 A/2014; VwGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132 RS 1 und 2.

6) § 3a Abs 2 Z 1 KAKuG. Siehe auch *Pabel*, RdM 2019, 222. Näher dazu *Kopetzki*, Krankenanstaltenrecht, in *Holoubek/Potacs* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ (2019) 431 (487).

7) Zur Bedeutung dieser Wendung *Schrattbauer*, Ergänzung zum Beitrag „Zur Bedarfsprüfung bei der geplanten Änderung einer Krankenanstalt“ – Auswirkungen des neuen Vereinbarungsumsetzungsgesetzes 2017 (VUG 2017), DRdA 2017, 186 (187). Siehe ferner die Hinw in FN 44.

8) Bundesgesetz zur partnerschaftlichen Zielsteuerung-Gesundheit, BGBl I 2017/26 idF BGBl I 2022/9.

9) Zur Krankenanstaltenplanung, insb den Strukturplänen Gesundheit, instruktiv *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 442 ff.

des Bedarfs die Übereinstimmung des Vorhabens mit dieser V zu prüfen.¹⁰ Ist das selbständige Ambulatorium nicht in der betreffenden V bzw in den damit für verbindlich erklärten Teilen des betreffenden Strukturplans geregelt, gelangen die allg Bestimmungen über die Bedarfsprüfung (§ 3a Abs 3 KAKuG) zur Anwendung.¹¹

Darüber hinaus verbindet das G die krankenanstaltenrechtliche Bedarfsprüfung mit den sozialversicherungsrechtlichen Erstattungsregeln.¹² Denn nach § 3a Abs 4 KAKuG hat die LReg von einer Bedarfsprüfung (nach § 3a Abs 2 Z 1 iVm Abs 3 KAKuG) abzusehen, wenn nach dem vorgesehenen Leistungsangebot im selbständigen Ambulatorium ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden sollen.¹³ Schließlich ist von einer Bedarfsprüfung Abstand zu nehmen, wenn bereits eine Errichtungsbewilligung erteilt wurde und die Verlegung des Standortes innerhalb desselben Einzugsgebiets erfolgt.

In Anbetracht dieses Regelungssystems stellt sich die Frage, ob die individuelle Bedarfsprüfung nach den gesetzlichen Kriterien (§ 3a Abs 3 KAKuG) entfällt, wenn das Leistungsangebot des zur Bewilligung beantragten Ambulatoriums in einer V gem § 23 G-ZG¹⁴ (bzw § 24 G-ZG)¹⁵ geregelt ist.

Der Wortlaut lässt mehrere Deutungen zu, zumal nicht explizit gesagt wird, ob die für den Bedarf relevante Übereinstimmung des Vorhabens mit den genannten V ein alternatives oder ein kumulatives Kriterium darstellt. Hält man sich allerdings vor Augen, dass es sich beim ÖSG und den RSG um die zentralen Planungsinstrumente für die „integrative Versorgungsplanung“ im Gesundheitsbereich handelt (s §§ 19 ff G-ZG), spricht vieles dafür, dass eine in deren verbindlichen Teilen getroffene „Bedarfsfeststellung“ auf Verfahren zur Ertei-

10) Vgl *Pabel*, RdM 2019, 223 f.

11) Siehe zur Parallelregelung für bettenführende Krankenanstalten in § 3 Abs 2b KAKuG *Souhrada*, Verbindliche Planung, SV-Verträge und Krankenanstalten. Zu § 23 G-ZG und §§ 3 ff. KAKuG i. d. F. VUG ab 1. Jänner 2017, SozSi 2017, 104 (119) sowie die Anm in FN 18. Zur Bewilligung bettenführender Krankenanstalten nunmehr auch *Stöger* in *GmundKomm*² § 3 KAKuG Rz 3. Der Einschub „sinngemäß“ in § 3a Abs 3a letzter S KAKuG ergibt in diesem Kontext freilich wenig Sinn. Ähnlich *Schrattbauer*, DRdA 2017, 187 FN 17, die es für „nicht ganz nachvollziehbar“ erachtet, warum „für den Fall, dass das Vorhaben nicht in einer entsprechenden VO geregelt ist, die bloß ‚sinngemäße‘ Anwendung der jeweiligen Bestimmungen zur Bedarfsprüfung in den §§ 3 Abs 2c bzw 3a Abs 3 KAKuG angeordnet wird“. Vielmehr seien die dort enthaltenen Kriterien zur Bedarfsfeststellung ohnehin nur mehr dann relevant, wenn nicht bereits eine verbindliche Festlegung durch eine entsprechende V vorliegt.

12) Vgl *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 483 f.

13) Siehe dazu VwGH 2013/11/0242 VwSlg 19.088 A/2015.

14) Soweit in einer V nach § 23 G-ZG eine generelle Bedarfsplanung (in Form der Strukturpläne) vorgenommen wird, ersetzt diese V auch die Notwendigkeit eines Krankenanstaltenplans gem § 10a KAKuG. So *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 446; siehe ferner *Schrattbauer*, DRdA 2017, 189. Siehe dazu auch die Anm in FN 15.

15) Nach § 24 G-ZG iVm § 10a KAKuG hat die LReg einen Krankenanstaltenplan als V zu erlassen, wenn in der Landes-Zielsteuerungskommission kein Einvernehmen über die für verbindlich zu erklärenden Teile des RSG bzw deren Änderungen zustande kommt. In diesem Fall muss hins des Bedarfs die Übereinstimmung mit dem Krankenanstaltenplan geprüft werden, sofern dieser das Bewilligungsvorhaben regelt (§ 3 Abs 2b, § 3a Abs 3a KAKuG iVm § 24 G-ZG). So *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Öffentliches Wirtschaftsrecht I⁴ 446.

lung einer krankenanstaltenrechtlichen Errichtungsbewilligung durchschlägt und eine individuelle Bedarfsprüfung sohin nicht mehr erforderlich ist. Denn andernfalls wäre trotz der rechtlichen Verbindlichkeit (von Teilen) der im Verhandlungsweg erarbeiteten Strukturpläne nicht gewährleistet, dass diese in den maßgeblichen Verfahren auch tatsächlich umgesetzt werden.¹⁶

In der L wird idS durchwegs davon ausgegangen, dass ein in den V nach dem G-ZG festgestellter Bedarf nach dem verfahrensgegenständlichen Leistungsumfang eine individuelle Bedarfsprüfung nach § 3a Abs 3 KAKuG überflüssig macht. Demnach gehe eine „Bedarfsfeststellung“ nach § 3a Abs 3a KAKuG¹⁷ einer Bedarfsprüfung nach § 3a Abs 3 KAKuG vor.¹⁸

So weist etwa *Pabel* darauf hin, dass die Bedarfsprüfung gewissermaßen durch die Prüfung der Übereinstimmung mit dem Plan ersetzt werde, wenn im verbindlich gemachten ÖSG bzw RSG ein selbständiges Ambulatorium mit einem bestimmten Leistungsangebot vorgesehen und für genau dieses selbständige Ambulatorium nun die Bewilligung beantragt wird.¹⁹

Kopetzki meint, dass die zentrale Bedeutung der „RSG-Verordnungen“ für die Vollziehung des Krankenanstaltenrechts va in ihrer Konkretisierungsfunktion im Hinblick auf die Bedarfsprüfung liege:

„Wenn und soweit der verfahrensgegenständliche Leistungsumfang in einer Verordnung nach § 23 G-ZG geregelt ist, ist hinsichtlich des Bedarfs nur mehr die Übereinstimmung mit dieser Verordnung zu prüfen (§ 3 Abs 2b, § 3a Abs 3a KAKuG). Die individuelle Bedarfsprüfung wird also überhaupt von der generellen Bedarfsplanung auf der Ebene der Strukturpläne verdrängt.“²⁰

Zu einer individuellen Bedarfsprüfung gem § 3 Abs 2c bzw § 3a Abs 3 KAKuG komme es folglich nur dann, wenn das Vorhaben nicht in den V gem § 23 G-ZG (betrifft die für verbindlich erklärten Strukturpläne) oder § 24 G-ZG (betrifft die Landes-Krankenanstaltenpläne gem § 10a KAKuG) geregelt ist.²¹ Eine Stütze findet diese Argumentation in § 23 Abs 2 G-ZG, demzufolge die Planungsvorgaben im RSG jedenfalls so konkret festzulegen sind, dass sie für die Bedarfsprüfung herangezogen werden können.

16) Vgl idZ *Schrattbauer*, DRdA 2017, 190.

17) Die ErläutRV nehmen an, dass die Entscheidung über die Plankonformität des Vorhabens mittels Feststellungsbescheid zu erfolgen hat (ErläutRV 1333 BlgNR 25. GP 11; zitiert vor FN 32). Zur Berechtigung ua der zuständigen Landesärztekammer einen solchen Bescheid der LReg zu bekämpfen (§ 3a Abs 8 KAKuG) s *Schrattbauer*, DRdA 2017, 189.

18) Unklar *Füszl*, Krankenanstaltenrecht, in *Aigner et al*, Handbuch Medizinrecht IV.1.6.2. (Stand 1. 5. 2019). Die dortigen Ausführungen beschränken sich freilich im Wesentlichen auf die Wiedergabe des Gesetzestextes. Implizit den Vorrang des RSG bejahend *Souhrada*, SozSi 2017, 119, der auf das gesetzgeberische Motiv der „Rechtssicherheit“ hinweist und von Sachverständigenkosten spricht, „die **ansonsten** notwendig wären, um einen Bedarf festzustellen bzw. zu verneinen“ (Hervorhebung nicht im Original). Ist keine V vorhanden, sei das bisherige Verfahren zu führen (aaO 119 unter Hinw auf § 3 Abs 2b Schlussteil KAKuG). *Souhrada* spricht auch davon, dass der RSG „den Bedarf definieren“ könne (aaO 119).

19) *Pabel*, RdM 2019, 224.

20) *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 445 f.

21) So *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 486.

Zu einer ähnlichen Einschätzung gelangt schließlich auch *Schrattbauer*, die darauf hinweist, dass

„[m]it dem VUG 2017 [...] ein neuer Abs 3a in § 3a KAKuG eingefügt [wurde], wonach sich die Bedarfsprüfung bei Vorliegen entsprechender Verordnungen, in denen auch der verfahrensgegenständliche Leistungsumfang des beantragten Ambulatoriums geregelt ist, auf die Übereinstimmung des geplanten Vorhabens mit diesen Verordnungen zu beschränken hat. Damit soll offensichtlich eine striktere Form der Verbindlichkeit der in den Zielsteuerungskommissionen erarbeiteten Planungen erzielt werden – ähnlich wie dies im stationären Bereich schon bisher durch die Bindung der Bedarfsprüfung für bettenführende Krankenanstalten an die Vorgaben des Landeskrankenanstaltenplans (LKAP) gegeben war [...]“²²

Grds seien daher keine eigenständigen Ermittlungen zur Frage des Bedarfs nach einem bestimmten Ambulatorium mehr vorzunehmen, sondern es müsse nur die Übereinstimmung des geplanten Vorhabens mit der maßgeblichen V der Gesundheitsplanungs GmbH²³ geprüft werden. Die Autorin hält es – unter Hinw auf die Regelung zur Änderung des Großgeräteplans in § 4 Abs 5 ÖSG VO 2018²⁴ sowie die Jud des OGH zur Kostenerstattung für Behandlungen durch einen Wahlarzt mit einem nicht im Großgeräteplan enthaltenen Gerät²⁵ – allerdings für fraglich, ob eine von der V abweichende Entscheidung in jedem Fall kategorisch ausgeschlossen wäre.²⁶ Von einer spezifischen Sonderkonstellation abgesehen,²⁷ geht aber auch *Schrattbauer* offensichtlich davon aus, dass der Bedarf nach einem selbständigen Ambulatorium grds nur anhand der V der Gesundheitsplanungs GmbH geprüft werden soll.²⁸

22) *Schrattbauer*, Zur Bedeutung des Regionalen Strukturplans Gesundheit im Bedarfsprüfungsverfahren für selbständige Ambulatorien, DRdA 2019, 34 (38) = Entscheidungsbesprechung zu VwGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132. Siehe außerdem *Schrattbauer*, Verbindlichkeit der Gesundheitsplanung – ÖSG-VO 2018 verfassungskonform? SozSi 2020, 56 (59). Demnach habe „im krankenanstaltenrechtlichen Zulassungsverfahren [...] die erforderliche Bedarfsprüfung seit Vorliegen der ÖSG-VO 2018 ausschließlich im Wege der Überprüfung der Übereinstimmung des Vorhabens mit den Planungsvorgaben der Verordnung zu erfolgen.“

23) Zur Frage der Verfassungskonformität der Verordnungserlassung durch die Gesundheitsplanungs GmbH *Kopetzki/Perthold-Stoitzner*, Die Verbindlicherklärung der Strukturpläne aus verfassungsrechtlicher Sicht, RdM 2018, 44; *Baumgartner*, Die Verbindlicherklärung von Strukturplänen durch die Gesundheitsplanungs GmbH, ZfV 2018, 255; *Schrattbauer*, SozSi 2020, 58 ff; *Stöger*, Die Gesundheitsreform 2017 im Überblick – Neue Rechtsprobleme in der Gesundheitsplanung, in *Baumgartner* (Hrsg), Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 11 (20 ff).

24) V der Gesundheitsplanungs GmbH zur Verbindlichmachung von Teilen des Österreichischen Strukturplans Gesundheit 2017 (ÖSG VO 2018). Zur Rechtsnatur des Großgeräteplans *Schrattbauer*, SozSi 2020, 59.

25) OGH 20. 2. 2018, 10 ObS 3/18s und dazu die Entscheidungsbesprechung von *Felten*, Zur Unbeachtlichkeit des Großgeräteplans im „kassenfreien Raum“, DRdA 2019, 76 (79 ff).

26) *Schrattbauer*, DRdA 2019, 39. So könnte es im Bedarfsprüfungsverfahren eine Rolle spielen, wenn hins der spezifisch geplanten Leistungen entgegen den Bedarfsannahmen in der V der Nachweis unzumutbarer Wartezeiten gelingt und vor diesem Hintergrund Zweifel an der Gesetzmäßigkeit der V auftauchen (aaO 39).

27) Siehe dazu FN 26.

28) Siehe nur *Schrattbauer*, SozSi 2020, 59 (Zitat in FN 22).

Diese Einschätzung findet ihre Bestätigung in den folgenden Aussagen der Autorin, die in einer bereits früher erschienenen Publikation nachzulesen sind. Demnach wurden die vor dem VUG 2017²⁹ geltenden

„Regelungen zur Bedarfsprüfung im Zuge der Neuerrichtung einer bettenführenden Anstalt bzw eines selbständigen Ambulatoriums [...] mit der Novellierung des KAKuG zwar nicht außer Kraft gesetzt, gelten aber in Zukunft letztlich nur mehr subsidiär, und zwar dann, wenn keine für das geplante Vorhaben maßgebliche VO der Gesundheitsplanungs GmbH existiert. Ist dagegen der verfahrensgegenständliche Leistungsumfang in einer VO der Gesundheitsplanungs GmbH geregelt, so ist hinsichtlich des Bedarfs lediglich die Übereinstimmung des Vorhabens mit der entsprechenden VO zu prüfen.“³⁰

Die Erläut zur maßgeblichen RV scheinen schon auf den ersten Blick die Sichtweise der L zu bestätigen. Dort heißt es zur Neufassung der §§ 3 und 3a KAKuG:³¹

„Im Bereich des Bedarfsprüfungsverfahrens sowohl für bettenführende Krankenanstalten als auch für selbstständige Ambulatorien erfolgen Änderungen, die der zwischen Bund, Ländern und Sozialversicherung vereinbarten Verbindlichkeitserklärung von Teilen des Österreichischen Strukturplanes Gesundheit (ÖSG) und der Regionalen Strukturpläne Gesundheit (RSG) durch Verordnungen Rechnung tragen. Für den Fall, dass das verfahrensgegenständliche Leistungsspektrum in diesen Verordnungen geregelt ist, wird vorgesehen, dass im Zuge der Bedarfsprüfung **ausschließlich** die Übereinstimmung des Vorhabens mit diesen Verordnungen zu prüfen ist. Die Entscheidung über die Plankonformität des Vorhabens hat mittels Feststellungsbescheid zu erfolgen.“³²

Auffällig ist allerdings, dass der Gesetzestext in der Fassung der RV, auf den sich diese Erläut beziehen, sowohl in § 3 Abs 2b KAKuG (betreffend bettenführende Krankenanstalten) als auch in § 3a Abs 3a KAKuG (betreffend selbstständige Ambulatorien) eine Formulierung enthielt, wonach „hinsichtlich des Bedarfs **nur** die Übereinstimmung des Vorhabens mit diesen Verordnungen zu prüfen [ist].“³³ Auch im Gesetzestext in der Fassung des AB findet sich in beiden genannten Bestimmungen die Klarstellung, dass „hinsichtlich des Bedarfs **nur** die Übereinstimmung des Vorhabens mit diesen Verordnungen zu prüfen [ist].“³⁴ Dass die Beifügung des Wortes „nur“ in der schließlich G gewordenen Fassung entfallen ist, geht auf einen Abänderungsantrag im Plenum des Nationalrates³⁵ zurück, der wie folgt begründet war:

29) Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017 – VUG 2017, BGBl I 2017/26.

30) *Schrattbauer*, DRdA 2017, 189.

31) § 3a Abs 3a KAKuG wurde mit dem Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017 (VUG 2017), BGBl I 2017/26 ins G eingefügt. Die durch diese Nov geänderte Fassung des § 3a KAKuG ist mit 18. 1. 2017 in Kraft getreten.

32) ErläutRV 1333 BlgNR 25. GP 11 (Hervorhebung nicht im Original).

33) RV 1333 BlgNR 25. GP – Gesetzestext 24 f (Hervorhebung nicht im Original).

34) AB 1337 BlgNR 25. GP – Gesetzestext 25 (Hervorhebung nicht im Original).

35) AA-177 25. GP.

„Im Zuge der Beratungen hat sich herausgestellt, dass die Regelungen [...] dahin präzisiert werden müssen, dass das Vorliegen einer Vertragszusage der Sozialversicherung dann eine weitere Voraussetzung für die Erteilung einer Errichtungsbewilligung ist, wenn [...] ein Vertragsvergabeverfahren der Sozialversicherung bereits fristgerecht im Laufen ist (rechtzeitig eingeleitet wird).

Die bestehende Rechtslage wird durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht neu gestaltet, sondern bloß dahin ergänzt, dass [...] vorgesehen wird, dass die Errichtungsbewilligung dem von der Sozialversicherung ermittelten Vertragspartner erteilt wird. Selbstverständlich müssen **wie bisher alle anderen Voraussetzungen vorliegen** (siehe auch die **Streichung des Wortes ‘nur’ in § 3 Abs. 2b und § 3a Abs. 3a idF der Regieungsvorlage**).“³⁶

Wie aus der Begründung dieses im Plenum des Nationalrates angenommenen Abänderungsantrages hervorgeht, sollte mit der Streichung des Wortes „nur“ somit nicht zum Ausdruck gebracht werden, dass zusätzlich zur Prüfung der Übereinstimmung mit den relevanten V bzw Strukturplänen ein individuelles Bedarfsprüfungsverfahren (nach § 3 Abs 2c bzw § 3a Abs 3 KAKuG) durchzuführen sei. Vielmehr sollte klargestellt werden, dass einer „positiven Bedarfsprüfungsentscheidung nicht in jedem Fall eine positive Entscheidung über die Errichtungsbewilligung folgen muss“ und „die Bedarfsprüfungsentscheidung getrennt von der Entscheidung über die Errichtungsbewilligung zu erfolgen hat“.³⁷ Durch den Entfall des Wortes „nur“ in § 3 Abs 2b und § 3a Abs 3a KAKuG idF der RV sollte sodin lediglich verdeutlicht werden, dass für die Erteilung einer Errichtungsbewilligung neben dem Bedarf auch alle anderen Voraussetzungen vorliegen müssen, wobei es den Antragstellern im konkreten Zusammenhang offenbar va um die erforderliche Vertragszusage der SV ging (s den im Plenum angefügten Schlusssatz in § 3 Abs 2 und § 3a Abs 2 KAKuG).³⁸ Ob es dafür tatsächlich notwendig war, das Wort „nur“ in § 3 Abs 2b und § 3a Abs 3a KAKuG idF der RV zu streichen, sei dahingestellt.³⁹ Die Begründung des Abänderungsantrages macht aber deutlich, dass nicht daran gerüttelt werden sollte, dass „**im Zuge der Bedarfsprüfung** ausschließlich die Übereinstimmung des Vorhabens mit diesen Verordnungen zu prüfen ist.“⁴⁰

Auch der Jud des VwGH ist – soweit überblickbar – keine grds andere Entscheidungslinie zu entnehmen. Der Gerichtshof hat zwar in einem Fall, in dem es um die Erweiterung eines selbständigen Ambulatoriums um ein im

36) AA-177 25. GP 3 (Hervorhebungen nicht im Original).

37) AA-177 25. GP 3.

38) Siehe die oben vor FN 36 wiedergegebene Begründung des Abänderungsantrages AA-177 25. GP sowie *Souhrada*, *SozSi* 2017, 120, der darauf hinweist, dass eine Einschränkung des Prüfungsumfanges der Landesbehörde bloß auf die V nach §§ 23 f G-ZG letztlich nicht beabsichtigt war. Zur Bedeutung eines Vergabeverfahrens der Sozialversicherung (§ 3a Abs 2 KAKuG) *Stöger* in *Baumgartner* (Hrsg), *Jahrbuch Öffentliches Recht* 2018, 27 f.

39) Die maßgebliche Passage in § 3 Abs 2b und § 3a Abs 3a KAKuG idF der RV bezog sich ohnedies nur auf die Bedarfsprüfung (arg „ist hinsichtlich des Bedarfs [...] zu prüfen“).

40) ErläutRV 1333 BlgNR 25. GP 11 (Hervorhebung nicht im Original).

Großgeräteplan des ÖSG 2012 nicht enthaltenes Gerät (PET-MR-Gerät)⁴¹ ging, ausgesprochen, dass

„zumindest bei einem selbständigen Ambulatorium die Übereinstimmung mit den Planungsvorgaben des ÖSG bzw. des RSG nicht zwingende Voraussetzung für die Erteilung der krankenanstaltenrechtlichen Bewilligung ist. Weder ersetzt also die Übereinstimmung eine Bedarfsprüfung an Hand der gesetzlichen Kriterien, noch ist bei Fehlen einer solchen Übereinstimmung die Bewilligung – selbst bei Erfüllung der gesetzlichen Bewilligungsvoraussetzungen – zwingend zu versagen.“⁴²

Diese Entscheidung⁴³ erging allerdings zu einer Rechtslage vor Einfügung des Abs 3a in § 3a KAKuG (konkret zum Salzburger Krankenanstaltengesetz 2000 [SKAG], Sbg LGBl 2000/24 idF Sbg LGBl 2016/16).⁴⁴ Außerdem ist bei der Bewertung dieser Aussage der JUD zu bedenken, dass die Strukturpläne (ÖSG, RSG) bis zur Gesundheitsreform 2017 mangels Rechtsnormcharakter keine allg Verbindlichkeit beanspruchen konnten.⁴⁵

Schließlich hat auch der VfGH unlängst die Ansicht vertreten, dass die Krankenanstaltengesetze der Länder in Ausführung der Grundsatzbestimmung des § 3a KAKuG ua vorsehen,

„dass die Bewilligung der Errichtung von selbständigen Ambulatorien grundsätzlich einen Bedarf voraussetzt, der im Fall der Existenz von Verordnungen nach den §§ 23 und 24 G-ZG am Maßstab dieser Verordnungen, also vor allem am Maßstab der als verbindlich erklärten Teile des ÖSG bzw. der RSG zu beurteilen ist.“⁴⁶

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, dass § 3a Abs 3a KAKuG in seinem Anwendungsbereich die individuelle Bedarfsprüfung nach § 3a Abs 3 KAKuG verdrängt. Ist das im Bewilligungsverfahren für ein selbständiges Ambulatorium relevante Leistungsspektrum in einer V nach § 23 G-ZG geregelt, beschränkt

41) Auch der maßgebliche RSG 2010 traf zu Großgeräten keine über den ÖSG 2012 hinausgehenden Feststellungen. Siehe VfGH 13. 12. 2018, Ro 2017/11/0009 Rz 46.

42) VfGH 13. 12. 2018, Ro 2017/11/0009 Rz 48 unter Hinw auf VfGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132 (s dort Rz 22 mwH). In der zuletzt genannten E zum NÖ KAG waren, wie der VfGH ausdrücklich hervorhebt, Bestimmungen des KAKuG „ohne die Änderungen durch das Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2017 [...] und das Gesundheitsreformumsetzungsgesetz 2017[7]“ von Bedeutung (Hervorhebung nicht im Original). Siehe zum Erk VfGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132 auch *Schrattbauer*, DRdA 2019, 34 ff (insb 37 mwN).

43) Vgl auch *Krivanek/Tuma*, Erweiterung eines Ambulatoriums – Bedarfsprüfung, Rechtsnews 26939 vom 6. 3. 2019.

44) Der in diesem Fall einschlägige § 12a Abs 3 SKAG (bzw die grundsatzgesetzliche Bestimmung des § 3a Abs 3 KAKuG) sah eine Bedarfsbeurteilung „ausgehend von den Ergebnissen der Planungen des jeweiligen RSG“ vor. Siehe dazu VfGH 13. 12. 2018, Ro 2017/11/0009 Rz 48. Siehe ferner VfGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132 Rz 19 f zu § 10c Abs 2 NÖ KAG sowie *Schrattbauer*, DRdA 2019, 37 f.

45) Vgl *Stöger* in *Baumgartner*, Jahrbuch Öffentliches Recht 2018, 18; *Schrattbauer*, DRdA 2017, 187; *Schrattbauer*, DRdA 2019, 38; *Schrattbauer*, SozSi 2020, 57; *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, Wirtschaftsrecht I⁴ 443 f; *Souhrada*, SozSi 2017, 111. Nach § 59k Z 1 KAKuG (bzw zuvor § 59j KAKuG) ist der ÖSG als „objektivierte Sachverständigen-gutachten“ anzusehen.

46) VfGH 6. 10. 2021, V 46/2019-11 ua Rz 96.

sich die Bedarfsprüfung auf die Prüfung der Übereinstimmung des Vorhabens mit dieser V.⁴⁷

Bestehen keine verbindlichen Vorgaben auf Verordnungsebene, ist weiterhin die Jud des VwGH⁴⁸ zu beachten, wonach die Übereinstimmung mit den Strukturplänen (ÖSG, RSG) die individuelle Bedarfsprüfung anhand der gesetzlichen Kriterien nicht ersetzt. Darüber hinaus darf in solch einem Fall die Bewilligung nicht allein deswegen verweigert werden, weil das Vorhaben nicht mit den Strukturplänen übereinstimmt.⁴⁹

III. Gleichwertigkeit von individueller Bedarfsprüfung und genereller „Bedarfsfeststellung“?

Geht man davon aus, dass eine mittels V (§ 23 G-ZG) für verbindlich erklärte generelle „Bedarfsfeststellung“ die individuelle Bedarfsprüfung (§ 3a Abs 2 und Abs 3 KAKuG) ersetzt, stellt sich die Frage, ob die Voraussetzungen für die Feststellung des Bedarfs in beiden Fällen gleich sind oder ob hier mit zweierlei Maß gemessen wird. Zu verweisen ist idZ auf § 21 Abs 3 (letzter S) und Abs 4 G-ZG, wonach ua bei der Festlegung der Kapazitätsplanungen für die ambulante Versorgung für die Leistungserbringer iSd § 18 Abs 1 Z 1 G-ZG⁵⁰ auf § 3a Abs 2 und 3 KAKuG „Bedacht zu nehmen“ ist. Wie weit die aus dieser „Bedachnahmepflicht“ resultierende Bindung an die Bedarfskriterien nach § 3a Abs 2 und 3 KAKuG bei der Erstellung des RSG bzw bei der Festlegung der Kapazitätsplanungen im RSG reicht, ist unklar.⁵¹ Wortlaut und Regelungszusammenhang deuten freilich darauf hin, dass bei der Planung der regionalen

47) Siehe nunmehr auch *Stöger* in *GmundKomm*² § 3a KAKuG Rz 4. Demnach erfolge aufgrund von § 3a Abs 3a KAKuG keine individuelle, sondern eine „generelle Bedarfsprüfung“, wenn die entsprechenden Ambulatoriumskapazitäten Gegenstand einer verbindlichen Planung nach § 23 G-ZG oder subsidiär durch einen Landeskrankenanstaltenplan (§ 10a KAKuG iVm § 24 G-ZG) sind.

48) VwGH 27. 9. 2019, Ro 2017/11/0019 Rz 8; VwGH 6. 5. 2019, Ra 2016/11/0091 Rz 14; VwGH 13. 12. 2018, Ro 2017/11/0009 Rz 48; VwGH 23. 11. 2017, Ra 2016/11/0145 Rz 47.

49) ZB VwGH 13. 12. 2018, Ro 2017/11/0009 Rz 48 (s vor FN 42); VwGH 15. 12. 2017, Ra 2016/11/0132. Siehe auch *Kopetzki* in *Holoubek/Potacs*, *Wirtschaftsrecht* I⁴ 486 mwN; ferner *Pabel*, RdM 2019, 224; *Schrattbauer*, DRdA 2017, 187.

50) § 18 Abs 1 Z 1 G-ZG bezieht sich auf den ambulanten Bereich der Sachleistung, dh „niedergelassene Ärztinnen/Ärzte und Zahnärztinnen/-ärzte mit Kassenverträgen, Gruppenpraxen mit Kassenverträgen und sonstige in der Gesundheitsversorgung frei praktizierende Berufsgruppen mit Kassenverträgen, selbstständige Ambulatorien mit Kassenverträgen einschließlich der eigenen Einrichtungen der Versicherungsträger, Spitalsambulanzen“.

51) § 21 Abs 3 G-ZG wurde mit dem VUG 2017, BGBl I 2017/26, ins G eingefügt, wobei die hier maßgebliche Regelung erst im Gesundheitsausschuss vorgesehen wurde. Zur Begründung wird im AB zu § 21 Abs 3 G-ZG Folgendes festgehalten (AB 1373 BlgNR 25. GP 4): „Es wird gesetzlich normiert, dass bei der Planung im RSG auf die in Art. 6 der Vereinbarung gemäß Art. 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens sowie die in den §§ 3 und 3a KAKuG geregelten Kriterien Bedacht zu nehmen ist.“ Eine nähere Erklärung der Konsequenzen dieser Bedachnahmepflicht sucht man vergeblich. Schließlich ist auch aus den Erläut zu Art 5 Abs 7 der Vereinbarung gem Art 15a B-VG über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, BGBl I 2017/98 (ErläutRV 1340 BlgNR 25. GP 4 f) für die hier interessierende Frage nichts zu gewinnen.

Gesundheitsversorgungsstruktur (§ 21 G-ZG) zwar die Voraussetzungen nach § 3a Abs 2 und 3 KAKuG zu berücksichtigen sind, jedoch keine konkrete Prüfung anhand der dort vorgesehenen Kriterien erfolgen muss. Wenn dem so ist, bleiben aber die Anforderungen an eine „Bedarfsfeststellung“ qua RSG insoweit hinter jenen einer individuellen Bedarfsprüfung nach § 3a KAKuG zurück. Oder anders gewendet: Wer eine Errichtungsbewilligung für ein selbständiges Ambulatorium beantragt, das im (für verbindlich erklärten Teil) des RSG vorgesehen ist, könnte diese womöglich auch dann erhalten, wenn die Voraussetzungen nach § 3a Abs 2 und 3 KAKuG nicht vorliegen. Damit stellt sich aber die Frage, ob eine solche Differenzierung sachlich gerechtfertigt ist oder das G insoweit eine unsachliche Ungleichbehandlung vorsieht.

IV. Ausblick

Wie aktuell die Thematik der rechtlichen Verknüpfung der Bedarfsprüfung für selbständige Ambulatorien mit der durch V vorgenommenen Versorgungsplanung im Gesundheitsbereich ist, zeigt ein im vergangenen Herbst vom VfGH amtswegig eingeleitetes Gesetzesprüfungsverfahren.⁵² Zwar hegt der VfGH vor dem Hintergrund seiner bisherigen Rsp keine Bedenken gegen das Kriterium, dass die Errichtung eines selbständigen Ambulatoriums zu einer wesentlichen Verbesserung des Versorgungsangebots führen muss (§ 3 Abs 2 Z 1 KAKuG). Mit § 3a Abs 3a KAKuG bzw den entsprechenden landesgesetzlichen Ausführungsbestimmungen werde jedoch unter den gegebenen Voraussetzungen an die Stelle dieser Prüfung die Vereinbarkeit mit V nach § 23 G-ZG gesetzt, wobei diese V ua die Zahl bestimmter Großgeräte taxativ festsetzen.⁵³ Die damit einhergehende starre Kontingentierung bestimmter selbständiger Ambulatorien hält der Gerichtshof im Hinblick auf das Grundrecht der Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) für verfassungsrechtlich bedenklich. Es sei daher im Gesetzesprüfungsverfahren zu klären, „inwiefern die öffentlichen Interessen an der Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems, insbesondere im Bereich der Großgeräte, auch eine solche Kontingentierung zu rechtfertigen vermögen.“⁵⁴

52) VfGH 6. 10. 2021, V 46/2019-11 ua. Die verfassungsrechtlichen Bedenken des VfGH betreffen aber auch und va das G-ZG bzw die Gesundheitsplanungs GmbH. Siehe für einen Überblick https://www.vfgh.gv.at/medien/Errichtung_selbstaendiger_Ambulatorien_VfGH.de.php (abgefragt am 27. 5. 2022). Zur Frage der Verfassungskonformität des § 23 G-ZG s die Literaturhinweise in FN 23.

53) VfGH 6. 10. 2021, V 46/2019-11 ua Rz 125 f.

54) VfGH 6. 10. 2021, V 46/2019-11 ua Rz 127.

Ärztliche Unterstützung beim Suizid

Strafrechtliche Risiken nach der Neuregelung

Alois Birklbauer, Linz

Übersicht:

- I. Einleitung und Problemstellung
- II. Die gesetzliche Regelung des assistierten Suizids
 - A. Die Rechtslage bis zum 31. 12. 2021
 - B. Sterbeverfügungen als „sicherer Hafen“
- III. Die Einbindung von Ärzten in die Errichtung einer Sterbeverfügung
 - A. Feststellung ausreichender Selbstbestimmungsfähigkeit
 - B. Beurteilung des Krankheitserfordernisses
 - C. Ärztliche Aufklärung über Krankheitsverlauf und Behandlung
 - D. „Verschreibung“ des Präparats
 - E. Bestätigung der terminalen Phase
- IV. Strafrechtliche Verantwortlichkeit
 - A. Grundzüge strafbarer Suizidassistentz nach § 78 Abs 2 StGB
 - B. Strafbarkeit von Ärzten im Rahmen der Errichtung von Sterbeverfügungen
 - C. Strafrechtliche Risiken im Rahmen ärztlicher Suizidbegleitung
- V. Zusammenfassung und Ausblick

Felix Wallner zeichnet aus, wissenschaftlich neugierig zu sein und dabei stets über den Tellerrand zu blicken. So ist er auch dem Strafrecht, obwohl dieses nicht den Kern seines juristischen Arbeitsbereichs bildet, stets mit Interesse und kritischem Denken begegnet. Ich erinnere mich an zahlreiche Diskussionen mit ihm und viele Anregungen, die ich daraus mitnehmen durfte. Der folgende strafrechtliche Beitrag sei ihm in Wertschätzung und Verbundenheit zu seinem Geburtstag gewidmet. Ich freue mich auf viele weitere interessante und tiefgehende Gespräche. Ad multos annos!

I. Einleitung und Problemstellung

Die Unterstützung bei der Beendigung des Lebens steht im Spannungsfeld mit dem ärztlichen Berufsverständnis. So wird immer wieder der Hippokratische Eid, nach dem der Arzt das Leben zu schützen habe, angeführt, um sich einer Diskussion zur allfälligen Mitwirkung der Ärzteschaft an der Liberalisierung des selbstbestimmten Sterbens zu entziehen. In Ö wurde im Zuge der Neuregelung des assistierten Suizids im Rahmen des Sterbeverfügungsgesetzes (StVfG)¹ ein Kompromiss gesucht, indem einerseits die ärztliche Mitwirkung an

1) BGBl I 2021/242.

der Errichtung einer Sterbeverfügung klar auf die Beratung mit medizinischer Kompetenz beschränkt (s insb §§ 6 und 7 StVfG) und diese Tätigkeit per definitionem vom Begriff der „Hilfeleistung bei der Selbsttötung“ ausgenommen wurde (§ 3 Z 4 StVfG). Andererseits wurde die Freiwilligkeit ärztlichen Handelns im Kontext mit Sterbeverfügungen explizit verankert und durch ein Diskriminierungsverbot in jede Richtung unterstrichen (vgl § 2 StVfG), um niemanden zu einem Handeln zu zwingen, zu dem er nicht bereit ist.

Da eine ärztliche Unterstützung im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung keine Hilfeleistung bei der Selbsttötung ist, fallen wenige ärztliche Handlungen unter die mit der Schaffung des StVfG parallel erfolgte Neuregelung der Strafbestimmung der Mitwirkung an der Selbsttötung (§ 78 StGB). Der vorliegende Beitrag skizziert zunächst die Regelung des assistierten Suizids (II.). Daran anschließend erfolgt die Darstellung der ärztlichen Einbindung in die Errichtung einer Sterbeverfügung (III.), bevor auf allfällige strafrechtliche Verantwortlichkeiten eingegangen wird (IV.). Zusammenfassende Schlussfolgerungen mit einem Ausblick stehen am Ende des Beitrags (V.).

II. Die gesetzliche Regelung des assistierten Suizids

A. Die Rechtslage bis zum 31. 12. 2021

Das StGB 1974 hat einen sehr strengen Zugang zum Schutz des Lebens gewählt, indem es nicht nur die Tötung auf Verlangen (§ 77 StGB) kriminalisiert, sondern bis zum 31. 12. 2021 auch jede „Mitwirkung am Selbstmord“ erfasste.² Unter die „**Hilfeleistung**“ fielen sämtliche Verhaltensweisen, die für den Suizid des Sterbewilligen in seiner konkreten Art und im konkreten Zeitpunkt kausal wurden, also *jegliches Ermöglichen, Unterstützen oder Erleichtern der Selbsttötung*, vergleichbar mit einer Beitragstäterschaft iSv § 12 dritter Fall StGB.³ Durch die Ausgestaltung als Erfolgsdelikt konnte eine Hilfeleistung für Garanten (§ 2 StGB), wie bestimmte nahe Angehörige oder im medizinischen Bereich Partner eines Behandlungs- bzw Betreuungsvertrags, **auch durch Unterlassen** begangen werden. Insgesamt war somit **jede vorsätzliche (physische oder psychische) Unterstützung beim Suizid kriminalisiert**, wobei keine Bindung an nationale Grenzen bestand, zumal Ö auch Österreicher verfolgte, die einen (österreich) Sterbewilligen zum (legalen) assistierten Suizid in die Schweiz begleiteten und ihm dadurch (physisch oder psychisch) Hilfe leisteten.⁴

Diese sehr weit reichende Variante der Hilfeleistung hat der VfGH Ende 2020 mit einer Übergangsfrist bis 31. 12. 2021 aufgehoben.⁵ Die Verfassungswidrigkeit der Bestimmung stützte er zunächst nicht direkt auf das Recht auf Privatsphäre (Art 8 EMRK), das durch die aus dem Recht auf Leben (Art 2 EMRK)

2) Mit BGBl I 2021/242 wurde in der Überschrift des § 78 StGB der Begriff „Selbstmord“ durch den wertneutralen Begriff der „Selbsttötung“ ersetzt.

3) Dazu mN *Birkbauer* in WK-StGB² § 78 Rz 51.

4) Siehe etwa LG Klagenfurt 10. 10. 2007, 18 Hv 133/07b; die österr Zuständigkeit wurde in dieser Entscheidung aus § 64 Abs 1 Z 7 StGB abgeleitet.

5) VfGH 11. 12. 2020, G 139/2019. Siehe dazu etwa *Birkbauer*, Teilweise Verfassungswidrigkeit der Mitwirkung am Selbstmord (§ 78 StGB): Erste Analyse des Erkenntnisses und weiterführende Überlegungen, JSt 2021, 10.

resultierende Schutzpflicht des Staates begrenzt ist, sondern primär auf Art 63 Abs 1 des Staatsvertrages von Saint-Germain, der seit 1920 als Bundesverfassungsgesetz gilt. Daraus folgte er ein **Recht auf freie Selbstbestimmung, das „sowohl das Recht auf die Gestaltung des Lebens als auch das Recht auf ein menschenwürdiges Sterben“** umfasst.⁶ An der Herleitung dieses Rechts auf Selbstbestimmung gab es von verfassungsrechtlicher Seite zwar Kritik,⁷ das Ergebnis fand aber weitgehende Zustimmung.⁸

B. Sterbeverfügungen als „sicherer Hafen“

In Umsetzung der Vorgaben des VfGH hat sich der Gesetzgeber in weiterer Folge dafür entschieden, durch das StVfG einen Rahmen vorzugeben, bei dessen Einhaltung Unterstützungswillige – zumindest auf den ersten Blick – rechtlich nicht belangt werden können (*Safe-Harbor-Lösung*). Das eingehaltene Prozedere soll der Hilfe leistenden Person Sicherheit dahingehend bieten, dass der Sterbewunsch tatsächlich von einem freien, selbstbestimmten Willen getragen ist.⁹

Der **Rahmen** für eine Sterbeverfügung ist **eng**. Es braucht dazu

- das Vorliegen einer schweren Erkrankung (§ 6 Abs 3 StVfG),
- ein aufwändiges ärztliches Aufklärungsprozedere (§ 7 StVfG) und
- einen rechtlichen Abschlussakt bei einem Notar oder rechtskundigen Mitarbeiter der Patientenvertretung (§ 3 Z 6 StVfG) nach einer Wartefrist von zwölf, bei terminaler Erkrankung (vgl § 3 Z 8 StVfG) zwei Wochen (§ 8 StVfG).

Der Abschluss einer solchen **Sterbeverfügung berechtigt** zum Bezug eines **todbringenden Präparats** (§ 3 Z 9 StVfG) aus einer Apotheke, mit dessen Hilfe der Suizid verübt werden kann. Die Sterbeverfügung **gilt ein Jahr** (§ 10 Abs 2 StVfG). Innerhalb dieses Zeitraums muss das **Präparat** zwar aus der Apotheke **bezogen** werden, eine Frist für dessen Verwendung sieht das Gesetz aber ebenso wenig vor wie eine abermalige Überprüfung der ausreichenden Entscheidungsfähigkeit vor Durchführung der Selbsttötung.

III. Die Einbindung von Ärzten in die Errichtung einer Sterbeverfügung

A. Feststellung ausreichender Selbstbestimmungsfähigkeit

„**Sterbeverfügung**“ als Begriff bedeutet eine **Willenserklärung**, mit der eine sterbewillige Person ihren **dauerhaften, freien und selbstbestimmten Entschluss** festhält, ihr Leben zu beenden (§ 3 Z 1 StVfG). Das Freiheitserfordernis dieser Willenserklärung wird zusätzlich durch § 6 Abs 2 StVfG unterstrichen, wonach der Entschluss frei und selbstbestimmt gefasst werden muss, insb frei

6) VfGH 11. 12. 2020, G 139/2019 Rz 64 f.

7) Siehe etwa *Khakzadeh*, Das Recht auf selbstbestimmtes Sterben. Verfassungsrechtliche Überlegungen zu VfGH 11. 12. 2020, G 139/2019, RdM 2021, 48 (51); *Gamper*, Gibt es ein „Recht auf menschenwürdiges Sterben“? Zum Erkenntnis des VfGH vom 11.12.2020, G 139/2019, JBl 2021, 137 (140).

8) Siehe etwa *Pöschl*, Sterben mit Würde? EuGRZ 2021, 12 (14); *Brade/Friedrich*, Suizidhilfe-Erkenntnis des VfGH: Ein halbes Jahr später, RdM 2021, 225 (227).

9) *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom.*, Die Errichtung einer Sterbeverfügung und der neue Tatbestand des § 78 StGB, ÖJZ 2022, 161.

von Irrtum, List, Täuschung, physischem oder psychischem Zwang und Beeinflussung durch Dritte.

Diese **ausreichende Selbstbestimmungsfähigkeit** müssen nach § 7 Abs 1 StVfG die **beiden ärztlichen Personen**, die in die Errichtung einer Sterbeverfügung involviert sein müssen, **unabhängig voneinander bestätigen**. Dass keine Beeinflussung durch Dritte stattgefunden hat, ist insofern eng auszulegen, als es lediglich darauf ankommt, dass es an einer „Drucksituation“, die etwa von Angehörigen ausgeht, fehlt und der wesentliche Beweggrund für den Entschluss zur Selbsttötung erkennbar nicht aus einer von dritten Personen abgeleiteten Motivlage (zB emotionale, wirtschaftliche oder finanzielle Interessen) herrührt.¹⁰

Die ausreichende Selbstverantwortungsfähigkeit ist auch das zentrale Merkmal für die (strafjuristische) **Abgrenzung** der Selbsttötung von der Fremdtötung und die daran anknüpfenden Delikte. **Selbsttötung** setzt nämlich nicht nur voraus, dass der Sterbewillige durch seine Handlung naturalistisch den Tod unmittelbar selbst herbeiführt (faktisches Element¹¹), sondern für diesen Schritt muss er auch ausreichend entscheidungsfähig sein (normatives Element¹²). Infolge dessen kann eine (formale) Selbsttötung bei einer schweren Depression keine Selbsttötung im strafjuristischen Sinne sein, sondern ist sie als „Fremdtötung“ zu qualifizieren.¹³

Da sich die Beurteilung der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit auch für das breite Ärztespektrum nicht einfach gestalten kann, verpflichtet § 7 Abs 4 StVfG dazu, bei Hinweisen auf eine **krankheitswertige psychische Störung**, deren Folge der Wunsch zur Beendigung des Lebens sein könnte, einen **Psychiater oder klinischen Psychologen beizuziehen**. Diesem obliegt die Abklärung samt qualifizierter Beratung.¹⁴ Dabei ist die **Schwelle** für die Beiziehung **niedrig** angesetzt, werden doch an den „Hinweis“ auf die krankheitswertige psychische Störung keine besonderen Anforderungen gestellt, sodass der schlichte Hinweis ausreicht und kein augenfälliger Hinweis erforderlich ist. Die Verpflichtung zur psychiatrisch/klinisch psychologischen Abklärung trifft jede der beiden ärztlichen Personen, die die entsprechende Selbstbestimmungsfähigkeit des Sterbewilligen bestätigen müssen, wobei in Anlehnung an den für den Straßenverkehr ausdrücklich normierten Vertrauensgrundsatz die zweite ärztliche Person auf die Abklärung durch die erste ärztliche Person vertrauen darf, solange sie keine gegenteiligen Anhaltspunkte hat, dass es an der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit des Sterbewilligen fehlt.¹⁵

B. Beurteilung des Krankheitsanfordernisses

Die für die Errichtung einer Sterbeverfügung nötigen Krankheitskriterien erfordern nach § 6 Abs 3 StVfG entweder das nicht anders abwendbare Leiden

10) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 10.

11) Siehe etwa OGH 27. 10. 1998, 11 Os 82/98 vgl auch RIS-Justiz RS0110981: Voraussetzung ist, dass „der zur Selbsttötung Entschlossene selbst Hand an sich legt, mithin die den Tod auslösende Handlung unmittelbar an sich vornimmt“.

12) Vgl OGH 14. 03. 2000, 14 Os 158/99 vgl auch RIS-Justiz RS0113431 zur Selbsttötung eines Unmündigen.

13) Dies heben die Mat auch ausdrücklich hervor (ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 17).

14) Siehe dazu etwa *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 7 StVfG Rz 7.

15) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 13.

an einer unheilbaren, zum Tod führenden Krankheit (Z 1) oder an einer schweren, dauerhaften Krankheit mit anhaltenden Symptomen (Z 2). Stets müssen die Krankheitsfolgen die betroffene Person in ihrer gesamten Lebensführung dauerhaft beeinträchtigen.

1. Krankheitsbegriff

Im Kontext des StVfG ist unter „**Krankheit**“ durch den Verweis auf § 120 Z 1 ASVG „ein regelwidriger Körper- oder Geisteszustand, der die Krankenbehandlung notwendig macht“ zu verstehen, womit **Unfallfolgen** ebenso vom Krankheitsbegriff erfasst sind¹⁶ wie **psychische Erkrankungen**. Hier kann es freilich am Erfordernis der Selbstverantwortungsfähigkeit fehlen, wenn die Erkrankung diese so stark beeinträchtigt, dass sie eine „Selbsttötung“ im juristischen Sinne ausschließt.

Da durch BGBl I 2022/29 der Begriff der „Krankenbehandlung“ in § 117 Z 2 ASVG um Behandlungen im Bereich der Hospiz- und Palliativversorgung erweitert wurde, fallen überdies **Gebrechen oder Behinderungen**, die keine medizinische Behandlung im eigentlichen Sinn erfordern, sondern allenfalls Pflege- und Betreuungsleistungen, ebenfalls unter die Krankheitskriterien des § 6 Abs 3 StVfG.¹⁷

2. Unheilbare, zum Tod führende Erkrankung

Für § 6 Abs 3 Z 1 StVfG ist die *Unheilbarkeit* einer Krankheit nach dem Stand der Wissenschaft zum Zeitpunkt der ärztlichen Aufklärung zu beurteilen und erfasst nur für die sterbewillige Person realistisch verfügbare Behandlungen. Es braucht also nicht auf Behandlungen abgestellt werden, welche von den Gesundheitskassen nicht übernommen werden und für Betroffene damit unerschwinglich sind. Zum Tod führt eine Krankheit, wenn sie für den voraussichtlichen Todeseintritt **überwiegend kausal** ist.¹⁸

3. Schwere, dauerhafte, die Lebensführung beeinträchtigende Krankheit

Für das alternative Erfordernis der schweren, dauerhaften Krankheit (§ 6 Abs 3 Z 2 StVfG) sind für die **Krankheitsschwere** die in einer Gesamtschau zu würdigende Erheblichkeit und Wichtigkeit der Gesundheitsschädigung entscheidend, wodurch nach den Maß leichte oder mittelschwere Krankheiten wie Asthma auszuschließen seien.¹⁹ Wirkliche Konturen bekommt dieses Kriterium durch die Anführung des einen Bsp nicht. Es zeigt sich jedoch, dass insgesamt der Gesetzgeber an das Erfordernis der Schwere **nicht allzu strenge Anforderungen** stellen, sondern über das zusätzliche Erfordernis der **Dauerhaftigkeit** für voraussichtlich bald abheilende Krankheiten keinen Weg für eine Sterbeverfügung eröffnen wollte.²⁰

16) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 10.

17) Zu den Problemen, die sich ohne diese Nov ergeben hätten, s etwa *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 6 StVfG Rz 5.

18) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 10 f.

19) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11.

20) Siehe abermals ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11.

4. Dauerhafte Beeinträchtigung der gesamten Lebensführung

Sowohl mit der unheilbar tödlichen als auch der schweren Krankheit muss nach § 6 Abs 3 StVfG überdies eine **dauerhafte Beeinträchtigung der gesamten Lebensführung der betroffenen Person durch die Krankheitsfolgen** verbunden sein, wodurch das Krankheitskriterium **um das Leidenskriterium ergänzt** wird, um das Krankheitskriterium schärfer zu konturieren. Als Bsp für das Leidenserefordernis nennen die Mat Multiple Sklerose oder Morbus Parkinson.²¹ Da kein zeitlicher Konnex zwischen der Leidensintensität und der Sterbeverfügung bestehen muss, können bei Krankheiten mit einer schlechten Leidensprognose bereits in einem frühen Stadium die Erfordernisse für eine Sterbeverfügung vorliegen.

5. Feststellung im Zuge der ärztlichen Aufklärung

Das Vorliegen der Krankheit iSv § 6 Abs 3 StVfG ist im Rahmen der ärztlichen Aufklärung nach § 7 StVfG (dazu sogleich unter C) festzustellen, jedoch *nicht von beiden Ärzten*, sondern nur von demjenigen, der über die möglichen Behandlungen iSv § 7 Abs 2 Z 1 StVfG aufklärt. Diesem obliegt es auch, eine glaubwürdige Erklärung der betroffenen Person über einen für sie nicht anders bewältigbaren Leidenszustand zu bestätigen (§ 7 Abs 3 S 2 StVfG). Dieses Kriterium richtet sich im Übrigen ausschließlich nach dem subjektiven Empfinden der betroffenen Person.²² Entscheidend ist allein die individuelle Bereitschaft, das Leidensausmaß auf sich zu nehmen, und **kein gefordertes Mindestmaß**. Daher kann sich der aufklärende Arzt darauf beschränken, nach Darlegung der Behandlungs- und Handlungsalternativen (§ 7 Abs 2 Z 1 StVfG) die Glaubwürdigkeit der Leidenserklärung des Sterbewilligen zu beurteilen.²³

C. Ärztliche Aufklärung über Krankheitsverlauf und Behandlung

Um der sterbewilligen Person eine freie Entscheidungsfindung zu ermöglichen, bedarf es einer umfassenden Information über Alternativen und Hilfsangebote. Angesichts der Endgültigkeit der Lebensbeendigung muss die Aufklärung durch **zwei ärztliche Personen** erfolgen, von **denen eine eine palliativmedizinische Qualifikation** aufweisen muss (§ 7 Abs 2 StVfG). Letztere dient der Gewährleistung einer konkreten Information des Sterbewilligen über die in Betracht kommenden palliativmedizinischen Maßnahmen. Als Qualifikationserfordernis hierfür reicht neben einer Spezialisierung in Palliativmedizin ein entsprechendes Fortbildungsdiplom der ÖÄK.²⁴ Da dieses nicht allzu schwierig zu erhalten ist, stehen nach Auskunft der Ärztekammer rund 3.500 Ärztinnen und Ärzte in Ö für solche Aufklärungen zur Verfügung. Damit sollte – nicht zuletzt mit Blick auf das Freiwilligkeitserfordernis (vgl § 2 StVfG) – eine ausreichende Zahl für diese Tätigkeit vorhanden sein, wengleich sich Berichte häufen, nach denen es in Praxis äußerst schwierig sei, palliativmedizinisch qualifizierte Ärz-

21) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11.

22) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11.

23) *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 6 StVfG Rz 4.

24) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11 f.

tinnen oder Ärzte für die Aufklärung im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung zu erhalten.²⁵

Der **Mindestinhalt** der ärztlichen Aufklärung („zumindest“) umfasst nach § 7 Abs 2 StVfG folgende Punkte:

- Die im konkreten Fall möglichen **Behandlungs- oder Handlungsalternativen**, insb Hospizversorgung und palliativmedizinische Maßnahmen, sowie einen Hinweis auf die Möglichkeit der Errichtung einer Patientenverfügung etc (Z 1). Hier ist va auch auf konkrete Befürchtungen der sterbewilligen Person, wie ihre Angst vor unerträglichen Schmerzen einzu-gehen.²⁶
- Die **Dosierung des Präparats** und die für die Verträglichkeit des Präparats notwendige **Begleitmedikation** (Z 2), die **Art der Einnahme des Präparats**, die Auswirkungen und mögliche **Komplikationen** bei der Einnahme und dass mit einer Patientenverfügung lebensrettende Behandlungen abgelehnt werden können (Z 3). Da sowohl die Dosierung des Präparats als auch die Begleitmedikation in der infolge von § 11 Abs 6 StVfG ergangenen Sterbeverfügungs-Präparate-V (StVf-Präp-V²⁷) bindend festgelegt sind, besteht hier kein ärztlicher Beurteilungsspielraum.
- Einen Hinweis auf konkrete **Angebote für ein psychotherapeutisches Gespräch** sowie für suizidpräventive Beratung (Z 4) sowie einen Hinweis auf allfällige weitere im konkreten Fall zielführende Beratungsangebote (Z 5). Diesen Hinweis können Ärzte auch dadurch nachkommen, dass sie der sterbewilligen Person entsprechendes Hinweismaterial (zB Broschüren mit Anlaufstellen) ausfolgen.²⁸

Die Aufklärung ist mit ihrem wesentlichen Inhalt von der ärztlichen Person zu dokumentieren, wobei **nicht jede ärztliche Person über sämtliche Inhalte** aufklären muss (§ 7 Abs 3 S 1 StVfG).

D. „Verschreibung“ des Präparats

Nach dem bereits angesprochenen § 7 Abs 2 Z 2 StVfG ist im Rahmen der ärztlichen Aufklärung über die **Dosierung des Präparats** und die für die Verträglichkeit des Präparats notwendige **Begleitmedikation** (Z 2) zu sprechen sowie die **Art der Einnahme des Präparats**, die Auswirkungen und mögliche **Komplikationen** bei der Einnahme. Als „Präparat“ wird eine für die sterbewillige **Person tödliche Dosis Natrium-Pentobarbital** oder ein anderes durch Verordnung festgelegtes Mittel definiert, das in entsprechender Dosis das Leben beendet (§ 3 Z 9 StVfG).

Derzeit ist nur Natrium-Pentobarbital als Präparat festgelegt (§ 2 StVf-Präp-V). Dieses kann in *oraler Applikation* bzw als Applikation mittels PEG-Sonde ebenso eingenommen werden wie *intravenös* mit Infusion (§ 3 StVf-Präp-V). Als Dosierung legt § 4 StVf-Präp-V pauschal 15 g Reinsubstanz für jede Einnah-

25) Siehe etwa den Bericht in der Tageszeitung Der Standard vom 1. 6. 2022, <https://www.derstandard.at/story/2000136211338/die-neue-moeglichkeit-der-sterbehilfenetzt-bisher-kaum-jemandem-abgerufen-am-25-07-2022>.

26) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 12.

27) BGBl II 2022/16.

28) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 12.

meform fest. Insofern braucht es keine Verordnung im eigentlichen Sinne dahingehend, dass ein Arzt die angemessene Dosis zu beurteilen hat. Dagegen nennt § 5 StVf-Präp-V für die notwendige Begleitmedikation beispielhaft (arg: insb) Medikamente, differenziert nach der Einnahmeform, sodass hier ein ärztlicher Beurteilungsspielraum besteht.

Denkbar ist es, dass ein Sterbewilliger im Rahmen der ärztlichen Aufklärung auf andere Weise als durch Einnahme des in der StVf-Präp-V festgelegten Präparats aus dem Leben scheidet. Im Rahmen der ärztlichen Aufklärung zur Errichtung einer Sterbeverfügung ist es keineswegs untersagt, auch darüber zu sprechen, da die Strafbarkeit der Suizidunterstützung sich nach dem neuen § 78 Abs 2 Z 3 StGB auf das Vorliegen von Krankheit und ärztlicher Aufklärung beschränkt (dazu unter IV.A.2) und damit keine bestimmte Suizidmethode voraussetzt. In einem solchen Fall sollten auch im Rahmen der ärztlichen Aufklärung alternativ angesprochene Methoden dokumentiert werden.²⁹

E. Bestätigung der terminalen Phase

Unter der „terminalen Phase“ ist nach § 3 Z 8 StVfG das Erreichen eines Krankheitsstadiums zu verstehen, in dem die Krankheit nach medizinischem Ermessen **voraussichtlich innerhalb von sechs Monaten zum Tod** führen wird. Diese – unter medizinischen Aspekten durchaus großzügig gefasste – terminale Phase³⁰ führt zur Verkürzung der Wartefrist zwischen der ersten ärztlichen Aufklärung und der Errichtung vor einem Notar bzw rechtskundigen Mitarbeiter einer Patientenvertretung von zwölf auf lediglich zwei Wochen (§ 8 Abs 1 StVfG).

Das Vorliegen der terminalen Phase ist **von einer ärztlichen Person zu bestätigen**, die nach dem Gesetzeswortlaut keineswegs in das in § 7 StVfG normierte Aufklärungsprozedere eingebunden sein muss. Insofern kann die terminale Phase von irgendeinem Arzt – auch nach der Aufklärung iSv § 7 StVfG – bestätigt werden, etwa wenn sich die Erlebensprognose geändert hat.

IV. Strafrechtliche Verantwortlichkeit

A. Grundzüge strafbarer Suizidassistenz nach § 78 Abs 2 StGB

1. Reduktion auf physische Unterstützung

Die Strafbarkeit einer Hilfeleistung ist nach der Neuregelung generell auf die **physische Unterstützung** eingeschränkt, zumal die Grenzen – etwa zum Spenden von Trost – fließend sein können.³¹ Insofern ist der Begriff in § 78 Abs 2 StGB ident mit § 3 Z 4 StVfG und **scheidet eine Strafbarkeit durch Unterlassen generell aus**.

2. Straffreiheit bei entsprechender Krankheit und ärztlicher Aufklärung

Nach **§ 78 Abs 2 Z 3 StGB** ist für eine strafbare Suizidassistenz erforderlich, dass die sterbewillige Person **nicht** an einer **Krankheit iSv § 6 Abs 3 StVfG** leidet oder **nicht gem § 7 StVfG ärztlich aufgeklärt** wurde. Damit begründet

29) Neumayr/Resch in GmundKomm² § 7 StVfG Rz 5.

30) Dazu mN Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom, ÖJZ 2022, 161.

31) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 17.

das bloße **Fehlen des juristischen Errichtungsaktes** (vgl § 8 StVfG) **keine Strafbarkeit**, wodurch letztlich auch die **Wartezeit** zwischen ärztlicher Aufklärung und Errichtungsakt von zwölf bzw bei terminaler Erkrankung zwei Wochen **umgangen werden** kann mit der Konsequenz, dass zwar das todbringende Präparat nicht (legal) bezogen werden, aber straffrei eine Unterstützung bei anderen Suizidmethoden erfolgen kann (zu einer allfälligen Strafbarkeit wegen eines Verstoßes gegen das Suchtmittelrecht s in diesem Kap unter C.3).

3. Keine straffreie Suizidassistenz bei Minderjährigen

Davon unabhängig kriminalisiert § 78 Abs 2 Z 1 StGB die **physische Unterstützung eines Minderjährigen** (vor Vollendung des 18. Lebensjahres; vgl § 74 Abs 1 Z 3 StGB) bei seiner frei verantworteten Selbsttötung, wodurch bei diesen Personen selbst bei Vorliegen einer Krankheit iSv § 6 Abs 3 StVfG die Suizidassistenz stets strafbar ist. Zur sachlichen Rechtfertigung heben die Mat unter Verweis auf § 21 Abs 1 ABGB ua hervor, dass Minderjährige unter dem besonderen Schutz der Gesetze stehen, weshalb eine gesetzliche Sonderbehandlung gerechtfertigt sei, um sie vor vorschnellen, irreversiblen Entscheidungen zu schützen und auch gesetzliche Vertreter, die einer solchen Entscheidung zustimmen müssten, nicht in Gewissensnöte gebracht werden sollen.³² Dies sachliche Rechtfertigung dieses generellen Unterstützungsverbot bleibt dennoch fraglich. Unabhängig von rechtspolitischen Aspekten stellt sich darüber hinaus die Frage, ob Z 1 überhaupt einen gesonderten Anwendungsbereich hat, besteht doch bei der Suizidunterstützung von Minderjährigen ohnehin eine Strafbarkeit nach Z 3, weil es am Erfordernis der Aufklärung nach § 7 StVfG infolge von § 6 Abs 1 StVfG stets fehlen muss. Zur Rechtfertigung der Verdoppelung wird argumentiert, dass dadurch Fälle erfasst werden können, in denen Ärzte dennoch in rechtswidriger Weise aufklären.³³

4. Verpöntes Motiv als Unrechtsbegründung

§ 78 Abs 2 Z 2 StGB kriminalisiert die **Suizidunterstützung aus einem verwerflichen Beweggrund**, womit (auch) die Unterstützung eines schwer kranken und hinreichend aufgeklärten Suizidenten allein wegen das dahinterstehenden Motivs strafbar ist.³⁴ Die Mat heben – unter Verweis auf die in § 71 StGB normierte schädliche Neigung – hervor, dass darunter Beweggründe fallen, aus denen über bloße menschliche Schwächen hinaus „eine ausgeprägt asoziale Gesinnung zum Ausdruck kommt, die in der Einzeltat sichtbar wird“, wie zB bei Grausamkeit, Rachsucht oder ausgeprägtem Gewinnstreben.³⁵ Ein besonderes Ausmaß der Verwerflichkeit fordert der Gesetzestext nicht, die Beurteilung muss anhand der **konkreten Umstände im Einzelfall** erfolgen. Da die Hilfeleistung *aus* einem verwerflichen Beweggrund erfolgen muss, müssen die **Gründe** für die Tatbegehung jedenfalls **von entscheidendem Einfluss** gewesen

32) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 3 und 10.

33) *Tipold*, Mitwirkung am Selbstmord, Sterbeverfügungsgesetz, Kronzeugenregelung und unbare Zahlungsmittel, JSt 2022, 5 (6).

34) *Tipold*, JSt 2022, 6 bezeichnet das durch diese Z geschaffene „Gedankenstrafrecht“ zurecht als „Missgriff“.

35) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 3 und 18.

sein.³⁶ Insofern kann die erwartete Erbschaft zwar verwerflich sein, nicht aber, wenn die Hilfeleistung weitgehend aus Mitleid, Liebe und/oder Freundschaft erfolgt.

B. Strafbarkeit von Ärzten im Rahmen der Errichtung von Sterbeverfügungen

Im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung kommen mehrere ärztliche Verhaltensweisen in Betracht, die strafrechtlich relevant sein können. Neben einer falschen Beurteilung der für eine Sterbeverfügung erforderlichen Krankheitsvoraussetzungen ist an eine falsche Einschätzung der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit zu denken sowie an eine falsche Bestätigung des Eintritts der terminalen Phase. Darüber hinaus kommt noch die Bewerbung der Unterstützung im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung sowie die Annahme von Vorteilen für die Mitwirkung an der Errichtung in Betracht, wobei für die letzten beiden Verhaltensweisen Verwaltungsstrafbestimmungen bestehen.

1. Falschbeurteilung der Krankheitsvoraussetzungen

Die am Gesetzwerdungsprozess beteiligten Juristen des BMJ gehen davon aus, dass eine **mangelhafte ärztliche Aufklärung nur eine zivil- oder standesrechtliche Verantwortlichkeit** begründet,³⁷ offenbar weil sie in der ärztlichen Aufklärung von vornherein keine „Hilfeleistung“ iSv § 3 Z 4 StVfG sehen, zumal die Legaldefinition die „Mitwirkung an der Errichtung einer Verfügung“ von diesem Begriff ausnimmt. Unter diesem Verständnis würde mangels Hilfeleistung eine Strafbarkeit nach § 78 Abs 2 StGB stets entfallen, sowohl bei **unrichtigen ärztlichen Bestätigungen über die Krankheit** nach § 6 Abs 3 StVfG als auch bei **Aufklärungsmängeln** im Rahmen von § 7 StVfG, solange derartige Verhaltensweisen kein Verleiten zur Selbsttötung iSv § 78 Abs 1 StGB sind.

Dieser strafrechtseinschränkenden Sichtweise ist zuzustimmen, selbst wenn ihr zunächst entgegengehalten werden kann, dass sich in § 78 Abs 2 StGB für den Begriff der Hilfeleistung kein Verweis auf § 3 Z 4 StVfG findet. Die Mat verstehen Hilfeleistung in § 78 Abs 2 StGB – mit Blick auf den strafrechtlichen Meinungsstand – ausdrücklich als ein sozial inadäquates Mittel, das für den Erfolg kausal ist,³⁸ und **soziale Adäquanz** bedeutet nichts anderes, als dass ein Verhalten von der Wertordnung der Gesellschaft trotz seiner Gefährlichkeit toleriert wird. Wenn im StVfG die ärztliche Aufklärung sowie die Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung vom Begriff der Hilfeleistung ausgeschlossen werden, weil es sich um **keine Maßnahmen** handelt, **mit denen das Leben beendet** wird,³⁹ ist es mit Blick auf das für diese Regelung maßgebliche Wertbewusstsein der Gesellschaft sachgerecht, bei Beurteilungs- und Aufklärungsfehlern im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung die Anwendbarkeit des § 78 Abs 2 StGB ebenso zu verneinen. In diesem ärztlichen Handlungsbereich besteht somit kein strafrechtliches Risiko.

36) Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom, ÖJZ 2022, 166 f.

37) Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom, ÖJZ 2022, 161.

38) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 17.

39) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 8.

2. Falsche Einschätzung der Selbstverantwortungsfähigkeit

Bei **falscher Annahme der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit** besteht dagegen im Unterschied zur Falschbeurteilung der Krankheitsvoraussetzungen sehr wohl ein Anwendungsbereich für das Strafrecht. Hier fehlt es (objektiv) am Erfordernis der „Selbsttötung“, sodass die Fremdtötungsdelikte (§§ 75 ff StGB) zur Anwendung gelangen, wodurch bereits Fahrlässigkeit strafbegründend sein kann (vgl §§ 80 f StGB), während bei der Selbsttötung nur die vorsätzliche Verleitung oder Hilfeleistung unter Strafe steht.⁴⁰ Hier geht es also nicht um die Hilfeleistung bei der Selbsttötung, sondern um die **Beteiligung an einer Fremdtötung**.

Im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung ist aus ärztlicher Sicht allerdings nur die **Selbstverantwortungsfähigkeit im Aufklärungszeitpunkt** zu beurteilen, nicht jene für die Zukunft. Wenn zB ein Sterbewilliger mit einer bestimmten Krankheit, infolge derer davon auszugehen ist, dass er seine Selbstverantwortungsfähigkeit in wenigen Monaten verlieren wird, bei der ärztlichen Aufklärung bekannt gibt, dass er den Suizid erst nach der Matura des Sohnes in zwei Jahren und somit zu einem Zeitpunkt begehen werde, in dem keine Selbstverantwortungsfähigkeit mehr gegeben sein wird, ist dies für die Errichtung einer Sterbeverfügung irrelevant, selbst wenn die Übergabe des Präparats an sich gefährlich ist.

3. Falschbeurteilung der terminalen Phase

Die Bestätigung der terminalen Phase (§ 3 Z 8 StVfG) führt zur Verkürzung der Wartefrist zwischen der ersten ärztlichen Aufklärung und dem juristischen Errichtungsakt (§ 8 StVfG) und damit zu einem rascheren Erhalt des todbringenden Präparats. Da die angesprochene Bestätigung ein physischer Akt ist, könnte damit grds eine Anwendbarkeit des § 78 Abs 2 StGB begründet werden. Wenn jedoch die Voraussetzungen Krankheit und ärztliche Aufklärung vorliegen, scheidet die Subsumtion unter § 78 Abs 2 Z 3 StGB, weil das bloße Fehlen des juristischen Aktes keine Strafbarkeit begründet. Gleiches muss gelten, wenn der juristische Akt durch eine unrichtige Bestätigung herbeigeführt wird. Die Unterstützung bei der schneller möglichen Selbsttötung erfüllt daher nicht diesen Tatbestand.

Darüber hinaus ist auch in solchen Fällen mit Blick auf die Legaldefinition in § 3 Z 4 StVfG davon auszugehen, dass die Bestätigung der terminalen Phase ein Teil der „Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung“ ist, die von vornherein vom Begriff der für § 78 Abs 2 StGB erforderlichen „Hilfeleistung“ bei der Selbsttötung ausgenommen ist.

4. Bewerbung der Mitwirkung an Sterbeverfügungen

§ 12 Abs 1 StVfG verbietet unter Androhung einer Verwaltungsstrafe von bis zu 30.000, im Wiederholungsfall bis zu 60.000 Euro (vgl § 13 StVfG) die Werbung mit Suizidunterstützung, wobei im Gesetz das Werbeverbot als *Anbieten, Ankündigen und Anpreisen* der eigenen oder fremden Hilfeleistung sowie von Mitteln, Gegenständen oder Verfahren, die zur Selbsttötung geeignet sind, unter

40) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 18.

Hinweis auf diese Eignung beschrieben wird. Es geht also um das an einen unbestimmten Teilnehmerkreis gerichtete Anpreisen.⁴¹ Schon aus den im G genannten Tathandlungen ergibt sich, dass ein *bloßer Hinweis auf eine Unterstützung bei der Errichtung einer Sterbeverfügung nicht* darunter subsumiert werden kann. Dies hebt auch § 12 Abs 2 StVfG hervor, wobei beispielhaft (arg: jedenfalls) ua Hinweis von ärztlichen Personen und der ÖÄK darauf, dass sie eine Aufklärung im Rahmen von Sterbeverfügungen (§ 7 StVfG) anbieten bzw wo eine solche Aufklärung angeboten wird, als **zulässige Handlungsweisen** angeführt werden. Darüber hinaus geht es mit Blick auf die Legaldefinition der Hilfeleistung in § 3 Z 4 StVfG nur um **verbotene Werbung für eine physische Unterstützung** der sterbewilligen Person bei der Durchführung ihrer lebensbeendenden Maßnahme. Da weder die ärztliche Aufklärung noch eine andere Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung unter diesen Begriff der Hilfeleistung fallen, sind solche Handlungen auch nicht vom Werbeverbot umfasst.⁴²

Selbst wenn auf den ersten Blick immer nur Ärzte, Notare und Apotheken auf die von ihrer Berufsgruppe erbrachten Leistungen hinweisen dürfen, ist durch § 12 Abs 2 S 1 StVfG, wonach eine sterbewillige Person auf die Möglichkeit der Errichtung einer Sterbeverfügung zulässigerweise hingewiesen werden kann, klargestellt, dass diese zulässigen **Hinweise auch Kollegen sowie Angehörige anderer Berufsgruppen** umfassen können, die zur Mitwirkung an der Errichtung einer Sterbeverfügung bereit sind. Damit soll insgesamt trotz des Werbeverbots jedenfalls **gewährleistet** bleiben, dass die Stelle, an die sich eine sterbewillige Person im Vertrauen wendet, **ergebnisoffen** über alle Möglichkeiten reden kann, ohne dass sich jemand der Gefahr einer Strafe wegen Verstoßes gegen das Werbeverbot aussetzt.⁴³

5. Honorare für die Mitwirkung an Sterbeverfügungen

§ 12 Abs 3 iVm § 13 StVfG verbietet es (mit der gleichen Strafdrohung wie bei Verstößen gegen das Werbeverbot), für das Angebot oder die Durchführung der Hilfeleistung bei der Selbsttötung einen **wirtschaftlichen Vorteil** anzunehmen oder sich versprechen zu lassen, der **über den Einsatz des nachgewiesenen Aufwands hinausgeht**. Dabei ist unter Hilfeleistung wiederum nur die physische Unterstützung bei der Durchführung einer lebensbeendenden Maßnahme und nicht bei der Errichtung einer Sterbeverfügung zu verstehen (§ 3 Z 4 StVfG). Die Annahme von **Vorteilen im Rahmen der Errichtung** einer Sterbeverfügung (etwa für die Vermittlung von Adressen oder die Begleitung zum ärztlichen Gespräch) oder von Honoraren für die ärztliche Aufklärung⁴⁴ ist damit **nicht untersagt**. Erfasst werden sollen nur Vorteile für Unterstützungen außerhalb von Sterbeverfügungen.

Der **Vorteilsbegriff** in § 12 Abs 3 StVfG ist insofern eng, als er – etwa im Unterschied zum Korruptionsstrafrecht (§§ 304 ff StGB) – **nur wirtschaftliche Vorteile** erfasst und nicht etwa nicht in Geld messbare Besserstellungen wie die Einladung zu Veranstaltungen honoriger Kreise oder sexuelle Dienste. Er ist jedoch weit, weil er die Gegenleistung für die Unterstützung nicht als für im Rahmen zivilrechtlicher Grenzen frei vereinbar erklärt, sondern auf den **nachgewie-**

41) *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 12 StVfG Rz 1.

42) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 16.

43) ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 16.

44) Vgl *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 12 StVfG Rz 2.

senen Aufwandsersatz begrenzt. Wenn zB ein Verein die Unterstützung bei der Selbsttötung durch das Zurverfügungstellen von „Sterbezimmern“ und eine professionelle Begleitung ermöglicht, ist das ein grds ersetzbarer tatsächlicher Aufwand, dessen Angemessenheit objektiv zu beurteilen ist. Das Umlegen von Gemeinkosten wie etwa Mietkosten für die Räume auf den Einzelfall kann mitunter aber schwierig zu beurteilen sein und als unzulässiger Vorteil eingestuft werden.

§ 12 Abs 3 StVfG betrifft nur Vorteile, die **für** die Hilfeleistung gegeben werden. Dass sie **aus Anlass** der Unterstützung erfolgen, **reicht nicht**. Es muss also für die Subsumtion unter das genannte Verbot eine klare Zweckbindung der erbrachten Leistung bestehen in dem Sinne, dass ohne diese die Suizidunterstützung nicht erfolgt wäre. Fehlt es an dieser Kausalbeziehung, fällt der erbrachte wirtschaftliche Vorteil nicht unter das genannte Verbot.

C. Strafrechtliche Risiken im Rahmen ärztlicher Suizidbegleitung

1. Ärztliche Suizidbegleitung als Herausforderung

Bei Befragungen im Jahre 2021 wollten rund zwei Drittel der Befragten eine ärztliche Suizidassistenz.⁴⁵ Daher ist es wenig verwunderlich, wenn Ärzte in der Praxis immer wieder mit dem Wunsch von sterbewilligen Patienten konfrontiert werden, bei ihrem Suizid anwesend zu sein und allenfalls zu unterstützen. Doch diese gewünschte ärztliche Suizidbegleitung ist mit **zahlreichen juristischen Herausforderungen** verknüpft. Diese betreffen zunächst die Beurteilung der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit im Suizidzeitpunkt. Darüber hinaus kann eine Unterstützung durch das Zurverfügungstellen von zusätzlichen Medikamenten im Raum stehen, insb wenn die Gefahr besteht, dass das vorhandene Präparat zu wenig wirkt oder erbrochen wird. Davon sind jene Fälle zu unterscheiden, in denen nach Einnahme des Präparats ohne ausdrücklichen Wunsch des Patienten in den Sterbeprozess eingegriffen wird, und dadurch aus der eigenverantwortlichen Selbsttötung eine Fremdtötung werden kann. Darüber hinaus kann auch die Werbung mit ärztlicher Suizidassistenz und die Annahme von Vorteilen eine (verwaltungs)strafrechtliche Verantwortlichkeit begründen.

Mit Blick auf die Rolle von Ärzten im Rahmen der Aufklärung bei der Errichtung einer Sterbeverfügung ist unter Objektivitätsaspekten das **Verbot**, eine **weitere Hilfe bei der Selbsttötung zu leisten** (vgl § 6 Abs 4 StVfG), konsequent.⁴⁶ Die verbotene Unterstützung betrifft jedoch lediglich die **weitere physische Hilfeleistung** bei der konkreten **Durchführung lebensbeendender Maßnahmen**. Es resultiert daraus kein Verbot, den Sterbewilligen weiterhin medizinisch zu behandeln oder zu betreuen, auch nicht direkt bei seiner Suizidhandlung. Insofern gibt es auch keine strafrechtlichen, sondern allenfalls disziplinarrechtliche Sanktionen, wenn trotz des genannten Verbots eine ärztliche Begleitung oder gar Unterstützung erfolgt, etwa indem ein Arzt die Infusion legt, deren Hahn der Sterbewillige selbst öffnet.⁴⁷

45) Siehe etwa die Befragungen der Österreichischen Gesellschaft für ein humanes Lebensende, <https://www.oeghl.at/news/umfrage-80-in-oesterreich-fuer-sterbehilfe> abgerufen am 25. 07. 2022 oder des Ludwig Boltzmann Institute Digital Health and Patient Safety, https://www.ots.at/presseaussendung/OTS_20210421_OTS0144/beihilfe-zum-suizid-ab-2022-zulaessig-was-nun, abgerufen am 25. 07. 2022.

46) In diese Richtung auch *Neumayr/Resch* in *GmundKomm*² § 6 StVfG Rz 7.

47) Vgl ErläutRV 1177 BlgNR 27. GP 11; *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom*, ÖJZ 2022, 162.

2. Fehlende Selbstverantwortungsfähigkeit

Da eine Sterbeverfügung im Unterschied zur Patientenverfügung kein Instrument für stellvertretende Willensentscheidungen oder gar Handlungen ist und auch nicht für den Fall des Verlusts an Entscheidungsfähigkeit gleichsam „auf Vorrat“ errichtet werden kann,⁴⁸ trifft den ärztlichen Suizidbegleiter selbst bei Vorliegen einer Sterbeverfügung die **Pflicht**, die ausreichende **Selbstverantwortungsfähigkeit des Sterbewilligen unmittelbar vor dem Suizid** erneut zu **prüfen**, um nicht in die Unterstützung bei einer Fremdtötung (§§ 75 ff StGB) zu fallen. Da bei einer Fremdtötung eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit besteht (§§ 80 f StGB), kann eine solche bereits vorliegen, wenn der Arzt die fehlende Selbstverantwortungsfähigkeit hätte erkennen können (unbewusste Fahrlässigkeit iSv § 6 Abs 1 StGB), aber ohne dem Bedeutung beizumessen eine Infusion gelegt hat, deren Hahn der Suizident letztlich doch selbst geöffnet hat.

Im Falle einer Garantenstellung (§ 2 StGB) kann eine Fremdtötung – im Unterschied zur Mitwirkung an der Selbsttötung – auch durch **Unterlassen** begangen werden. Im medizinischen Bereich ergibt sich eine solche Garantenstellung regelmäßig aus dem Behandlungs- bzw. Betreuungsvertrag. Vor diesem Hintergrund könnte sich eine strafrechtliche Verantwortlichkeit zB für Ärzte ergeben, die trotz (mittlerweile) fehlender Selbstverantwortungsfähigkeit nicht einschreiten und nicht dafür sorgen, dass die „Selbsttötung“ verhindert wird, etwa indem das ausgehändigte Präparat abgenommen wird.⁴⁹ Da im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung nur die Selbstverantwortungsfähigkeit im Errichtungszeitpunkt überprüft wird, kann das Vorhandensein einer Sterbeverfügung hier zu keinem Ausschluss der Strafbarkeit führen. Der unterstützende Arzt darf nicht einmal darauf vertrauen, dass die Selbstverantwortungsfähigkeit vorliegt, sondern muss sich in jedem Fall vergewissern, dass dem so ist, selbst wenn er nicht aktiv unterstützt, sondern nur zur Begleitung gerufen wurde. In solchen Fällen ist somit das Risiko, allenfalls strafrechtlich zur Verantwortung gezogen zu werden, beträchtlich.

3. Suizidunterstützung durch Zurverfügungstellen von Medikamenten

Für den Arzt besteht **kein Spielraum, in die Dosierung des Präparats einzugreifen**, weil § 4 StVf-Präp-V derzeit 15 g Natrium-Pentobarbital verbindlich für alle vorgibt und davon ausgeht, dass diese Dosis bei vollständiger Einnahme „verlässlich letal“ ist. Die notwendige Begleitmedikation wird durch § 5 StVf-Präp-V – differenziert nach der Einnahmeform – ebenfalls in fixer Dosis vorgegeben, jedoch nur bspw. (arg: insb). Daher brauchen weder Präparat noch Standard-Begleitmedikation ärztlich verschrieben werden, damit sie von der Apotheke ausgehändigt werden dürfen, was offenbar den Vertretern der Ärzteschaft im Gesetzwertungsprozess wichtig war, um eine Vereinbarkeit mit der ärztlichen Tätigkeit in jedem Fall zu gewährleisten.

Das **Zurverfügungstellen eines alternativen oder zusätzlichen Medikaments**, um gleichsam den Erfolg des Suizids zu garantieren, ist in der StVf-Präp-V nicht verboten und richtet sich daher nach allgemeinen Grundsätzen. Nun ist zwar

48) *Dokalik/Mokrejs-Weinhappel/Rom*, ÖJZ 2022, 161.

49) Siehe dazu auch *Birklbauer*, Möglichkeiten und Grenzen untersagter Suizidassistenten in Pflege- und Betreuungseinrichtungen, JMG 2022, 10 (14 ff).

das Aushändigen eines Medikaments als aktives Tun eine Hilfeleistung iSv § 3 Z 4 StVfG, da eine Unterstützung beim frei verantworteten Suizid im Falle einer entsprechenden Krankheit und nach ärztlicher Aufklärung aber keine Strafbarkeit nach § 78 Abs 2 Z 3 StGB begründet, kann ein Überlassen von Medikamenten, um das Gelingen des Suizids zu gewährleisten, keine strafbare Suizidunterstützung begründen (sofern kein verpöntes Motiv vorliegt, das eine Subsumtion unter § 78 Abs 2 Z 2 StGB begründen könnte), selbst wenn es für das Medikament keine medizinische Indikation im eigentlichen Sinn gibt. Fehlt es an der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit des Sterbewilligen, stellt sich dies allerdings anders dar. Hier kann die Überlassung eines anderen oder zusätzlichen, medizinisch nicht indizierten Medikaments, das den Tod herbeiführt, ebenso eine Strafbarkeit begründen wie die Nichtabnahme des bereits ausgehändigten Präparats, weil es sich hier um Beitragshandlungen zur Fremdtötung (§§ 75 ff StGB) handelt.

Wenn ein Medikament eine Substanz enthält, welche unter das Regime des *Suchtmittelrechts* fällt, bräuchte es unabhängig von einer Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts eine *medizinische Indikation*, um eine (allenfalls zusätzliche) Strafbarkeit nach dem Suchtmittelgesetz (SMG)⁵⁰ auszuschließen. §§ 27 ff SMG kriminalisieren ua das vorschriftswidrige Anbieten, Überlassen oder Verschaffen von Suchtgiften, §§ 30 ff SMG von psychotropen Stoffen. Dabei ist für das Merkmal vorschriftswidrig im medizinischen Bereich § 8 SMG heranzuziehen, nach dem **suchtmittelhaltige Arzneimittel** ua **nur nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft** verschrieben, abgegeben oder im Rahmen einer ärztlichen Behandlung am oder im menschlichen Körper zur Anwendung gebracht werden dürfen. Eine Anwendung ohne medizinische Indikation erfolgt nicht nach den Erkenntnissen und Erfahrungen der medizinischen Wissenschaft. Bei einer **Suizidunterstützung** durch suchtmittelhaltige Arzneimittel **fehlt es an einer medizinischen Indikation**, sodass das Überlassen, um die Selbsttötung zu erleichtern, vorschriftswidrig ist und unter §§ 27 ff SMG fällt. Da es mit Blick auf §§ 27 ff SMG auch für die Abgabe von Natrium-Pentobarbital durch Apotheken eine Erlaubnisnorm braucht, wurde im Zuge der Reform des assistierten Suizids in § 7 Abs 1a SMG eine eigene Bestimmung geschaffen, welche von einer ärztlichen Anordnung unabhängig die Abgabe des Präparats durch Apotheken regelt.⁵¹

Für die **Verschreibung der Begleitmedikation** eröffnet § 5 StVf-Präp-V durch die bloß beispielhafte Aufzählung der Medikamente, um die Verträglichkeit von Natrium-Pentobarbital zu unterstützen, einen Spielraum. Werden daher etwa im Rahmen einer ärztlichen Suizidbegleitung andere suchtmittelhaltige Substanzen überlassen oder zur Anwendung gebracht, die demselben Zweck dienen, ist dies von der Erlaubnisnorm des § 5 StVf-Präp-V gedeckt und unabhängig von der Einstufung als medizinisch indiziert nicht vorschriftswidrig iSv §§ 27 ff SMG.

4. Eingreifen in den Sterbeprozess

Gelingt der Suizid nicht, weil etwa der Sterbewillige das Präparat nicht in voller Menge schlucken kann oder trotz Begleitmedikation dieses erbricht, stellt sich die Frage, wie der **begleitende Arzt mit dieser Akutsituation umgehen** soll. Das **Verabreichen einer Substanz**, um den Tod herbeizuführen oder den

50) Bundesgesetz über Suchtgifte, psychotrope Stoffe und Drogenausgangsstoffe (Suchtmittelgesetz – SMG) BGBl I 1997/112 idgF.

51) Siehe dazu etwa *Birkbauer* in GmundKomm² § 7 SMG Rz 1.

Sterbeprozess zu beschleunigen, würde jedenfalls eine Fremdtötung bedeuten und der Strafbarkeit wegen vorsätzlicher Tötung (§§ 75 ff StGB) unterliegen, selbst wenn der Tod ohnehin wenig später eingetreten wäre. Eine Unterstützung bei der Selbsttötung scheidet hier bereits begrifflich aus, weil der Sterbewillige nicht selbst das letzte Glied in der Kausalkette setzt.

Differenzierter zu beurteilen ist, inwieweit eine **unterlassene Erste Hilfe** strafrechtlich relevant ist. Eine Strafbarkeit des nicht einschreitenden Arztes ist bei ausreichender Selbstverantwortungsfähigkeit des Sterbewilligen zu verneinen, weil die Mitwirkung an der Selbsttötung nach § 78 Abs 2 StGB nicht durch Unterlassen begangen werden kann. Auch die allg Hilfspflicht, deren Vernachlässigung eine **unterlassene Hilfeleistung (§ 95 StGB)** begründen könnte, würde in solchen Fällen nicht greifen, weil es nach der Grundsatzentscheidung des VfGH an der sittlichen Verwerflichkeit des frei verantworteten Suizids fehlt und insofern **kein Unglücksfall** mehr vorliegt, der die Voraussetzung für § 95 StGB bildet.

Fehlt es an der Selbstverantwortungsfähigkeit, stellt sich die Situation anders dar. Hier steht infolge der aus dem Behandlungsvertrag entspringenden Garantenstellung (§ 2 StGB) für den nicht einschreitenden Arzt eine strafbare **Fremdtötung durch Unterlassen** (§§ 75 ff StGB) im Raum. Selbst wenn der Sterbewillige vorweg, zB im Rahmen einer Patientenverfügung, eine Behandlung für diesen Fall abgelehnt hat, befreit dies den anwesenden Arzt nicht von Vornherein von seiner strafrechtlichen Verantwortung, denn dieser Behandlungsverzicht gilt nicht, wenn es an einer Selbsttötung im strafrechtlichen Sinne fehlt. Bei Zweifeln an der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit muss der Arzt somit aktiv werden, um seiner strafrechtlichen Verantwortlichkeit zu entgehen. Gleiches gilt für das Allgemeindelikt der **unterlassenen Hilfeleistung** (§ 95 StGB). Nur der frei verantwortete Suizid begründet keinen Unglücksfall, eine Fremdtötung im strafrechtlichen Sinne dagegen sehr wohl. Damit besteht selbst bei einem Suizid im Zweifel eine Hilfspflicht.

5. Werbung mit ärztlicher Suizidbegleitung und Vorteilsannahme

Fraglich ist, inwieweit die Bekanntgabe von Ärzten, die zu einer Suizidbegleitung bereit sind, unter das in § 12 StVfG normierte Werbeverbot fallen kann. Da die **bloße ärztliche Begleitung** nicht unter den Begriff der „Hilfeleistung“ (§ 3 Z 4 StVfG) fällt, kann die Ankündigung, dazu bereit zu sein, keinen Verstoß gegen das Werbeverbot begründen. Gleiches gilt für die Bereitschaft, vor dem Suizid für Fragen zur Verfügung zu stehen oder auch den **Zugang für eine intravenöse Einnahme des Präparats** zu legen. Letztere wäre zwar eine Hilfeleistung bei der Selbsttötung, infolge der als zulässig normierten Einnahmeform (vgl § 3 Z 2 StVf-Präp-V) aber **sozialadäquat**, sodass sie schon deswegen nicht vom Verbot des § 12 Abs 1 StVfG erfasst sein kann.

Da das in § 12 Abs 3 StVfG geregelte **Vorteilsverbot** sich ebenfalls nur auf die Hilfeleistung iSv § 3 Z 4 StVfG erstreckt, fällt die Annahme eines **Honorars für die ärztliche Suizidbegleitung** nicht unter dieses Verbot. Lediglich für das **Legen eines intravenösen Zugangs** oder für andere aktive Tätigkeiten, welche die Durchführung des Suizids erleichtern, darf idZ nur der **Ersatz des nachgewiesenen Aufwands** verlangt bzw angenommen werden, um nicht mit dem Vorteilsverbot in Konflikt zu geraten. Für die Beurteilung der Angemessenheit sind dabei nach dem allg Verständnis nicht etwa ärztliche Honorarrichtlinien maßgeblich, sondern ein marktübliches Entgelt.

V. Zusammenfassung und Ausblick

Nach der Aufhebung des unumschränkten Verbots der Unterstützung beim frei verantworteten Suizid durch den VfGH Ende 2020 ist mit 1. 1. 2022 eine Neuregelung in Kraft getreten, die einerseits durch die Möglichkeit von Sterbeverfügungen einen sicheren Hafen für die Hilfeleistung bei einer eigenverantwortlichen Selbsttötung schaffen will, andererseits an einer – wenn auch eingeschränkten – strafbaren Suizidbeihilfe festhält. Für ärztliche Verhaltensweisen wird das strafrechtliche Risiko dadurch beschränkt, dass die **Unterstützung im Rahmen der Errichtung einer Sterbeverfügung** vom Begriff der Hilfeleistung in § 3 Z 4 StVfG ausgenommen ist, wodurch auch eine Strafbarkeit nach § 78 Abs 2 StGB in diesem Handlungsstadium ausscheidet. Dies gilt aber nur für den Fall, dass der Sterbewillige ausreichend einsichts- und entscheidungsfähig (selbstverantwortungsfähig) ist. Fehlt es an diesem Erfordernis, liegt eine Unterstützung bei der Fremdtötung (§§ 75 ff StGB) vor, die bereits im Falle von Fahrlässigkeit zu einer Strafbarkeit führen (§§ 80 f StGB) und bei einer Garantenstellung (§ 2 StGB) auch durch Unterlassen begangen werden kann.

Auch für eine straffreie **ärztliche Suizidbegleitung** bedarf es der ausreichenden Selbstverantwortungsfähigkeit des Sterbewilligen. Von dieser muss der Arzt nicht nur vor einer aktiven Unterstützung ausgehen, sondern auch bei einem unterlassenen Einschreiten, zumal er infolge des Behandlungsvertrages zum Lebensschutz gegenüber seinem Patienten verpflichtet ist und die fehlende Selbstverantwortungsfähigkeit diese Garantenstellung nicht entfallen lässt. Das Überlassen bzw Verabreichen von suchtmittelhaltigen Medikamenten kann überdies eine strafrechtliche Verantwortlichkeit nach dem SMG begründen.

Die praktische Relevanz des neuen § 78 StGB mit seinem Bezug zum StVfG wird sich in Grenzen halten. Es ist auch davon auszugehen, dass die im Gesetzwerdungsprozess immer wieder geäußerte Furcht vor einem „Dammbruch“ gegenüber der Achtung des Lebens nicht stattfinden wird. Dass deswegen ein guter Kompromiss gefunden wurde, soll damit jedoch keineswegs gesagt werden. Die mit diesem Thema verbundene Diskussion um die Autonomie des Menschen am Lebensende wurde nicht ausreichend geführt, obwohl gerade dies notwendig gewesen wäre. Es ist zu spät, wenn sie (erst) unter dem Aspekt schwindender Ressourcen geführt wird, sie benötigt die Einbeziehung ethischer, rechtlicher und medizinischer Aspekte. An solchen Diskussionen hat sich der Jubilar stets gerne beteiligt. Ich bin zuversichtlich, dass er dies auch noch viele Jahre tun wird und freue mich darauf ganz besonders.

Zur Haftung wegen misslungener Empfängnisverhütung durch Produktfehler

Silvia Dullinger, Linz

Übersicht:

- I. Einführung in die Thematik
- II. Produktfehler als Ursache einer unerwünschten Geburt
 - A. Sachverhalt und Klagebegehren
 - B. Beurteilung durch Erstgericht und Berufungsgericht
 - C. Zusammenfassender Befund
- III. Schadenersatzpflicht nach PHG
 - A. Körperverletzung als Haftungsansatz
 - B. Wirkungslosigkeit des Produkts als Fehler
- IV. Zu ersetzende Schäden
 - A. Gesetzliche Ausgangslage
 - B. Vorgaben der PHRL nach der Auslegung des EuGH
 - C. Richtlinienkonforme Interpretation des PHG
- V. Beurteilung des Ausgangsfalles
 - A. Vermögensschäden
 - B. Immaterielle Schäden
- VI. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

I. Einführung in die Thematik

Die Problematik von Schadenersatzpflichten wegen der Geburt eines nicht gewünschten Kindes ist seit mehr als zwanzig Jahren Gegenstand ausführlicher Diskussion. Dabei geht es einerseits um misslungene Empfängnisverhütung durch ärztliche Behandlungs- oder Aufklärungsfehler, andererseits um Fälle, in denen ein behindertes Kind deshalb geboren wird, weil die Behinderung wegen fehlerhafter Pränataldiagnostik nicht erkannt wurde und daher auch nicht zum Abbruch der Schwangerschaft geführt hat. Außer Streit steht für beide Falltypen, dass **Geburt und Existenz eines Kindes keinesfalls als Schaden anzusehen** sind. Streitig bzw zweifelhaft ist hingegen die Ersatzfähigkeit von damit verbundenen Vermögensnachteilen und sonstigen Schäden der Eltern.¹

Im Zentrum der Debatte steht bislang die Frage, ob den Eltern ein Anspruch auf **Ersatz des Unterhaltsaufwandes** für das ungewollte Kind zusteht. Die Rsp bewertet nur die Unterhaltsleistungen für ein behindertes Kind als ersatzfähigen

1) Darstellungen des Meinungsstandes insb bei *Koziol*, Österreichisches Haftpflichtrecht I⁴ (2020) Rz B/1/25 ff; *Reischauer in Rummel*, ABGB³ § 1299 Rz 27a; *Wagner in Schwimann/Kodek*, ABGB⁴ § 1293 Rz 33 ff; *Jesser-Huß in Resch/Wallner*, Medizinrecht³ Kap IV Rz 91 ff; ausführlich *Hirsch*, Arzthaftung bei fehlgeschlagener Familienplanung (2002).

Schaden² und lehnt im Fall der unerwünschten Geburt eines gesunden Kindes den entsprechenden Ersatzanspruch grds ab.³ Von Teilen der L wird va diese Differenzierung kritisiert.⁴ Sie wird von der Judikatur und ihren Befürwortern damit begründet, dass die Rechtsfolgen der – wenn auch planwidrigen – Geburt eines Kindes primär „familienrechtlich erfasst und abgewogen“ seien, „wobei die Grundsätze der Personenwürde und der Familienfürsorge Vorrang vor den Schadenersatzfunktionen und Haftungsgründen haben“. Nur in Fällen, in denen „ganz besondere Umstände vorliegen, die der typisierten umfassenden Bewertung im Rahmen des familienrechtlichen Verhältnisses nicht entsprechen“, könne „die schadenersatzrechtliche Ausgleichsfunktion durchdringen“; so insb, wenn der Unterhalt des Kindes für die Eltern eine ganz außergewöhnliche Belastung bedeute.⁵

Als **Haftungsansatz** für die in Frage stehende Schadenersatzpflicht geht es in den bisher diskutierten Fällen va um eine **schuldhafte Verletzung** der einschlägigen **Pflichten aus dem ärztlichen Behandlungsvertrag**.

Noch nicht näher untersucht sind hingegen Fallkonstellationen, in denen eine **verschuldensunabhängige Haftung nach PHG** in Betracht kommt. Über eine entsprechende Schadenersatzklage eines Elternpaares liegen allerdings seit Oktober 2020 die erstinstanzliche E des LG Innsbruck⁶ und seit März 2021 die Berufungsentscheidung des OLG Innsbruck⁷ vor^{7a}. Sie geben Anlass für die nachstehenden Überlegungen über die spezifischen Fragen einer Produkthaftung wegen misslungener Empfängnisverhütung durch den Fehler eines einschlägigen Medizinprodukts.

Der Beitrag ist mit besten Wünschen dem hier Geehrten gewidmet. Ich hoffe, dass ihn die Thematik interessiert und meine Überlegungen zur einen oder anderen Frage seine Zustimmung finden.

- 2) OGH 1 Ob 91/99k SZ 72/91 = JBl 1999, 593 = RdM 1999, 177 (*Kopetzki*); dazu *Ch. Hirsch*, RdM 1999, 163; *Rebhahn*, Schadenersatz wegen der Geburt eines nicht gewünschten Kindes? JBl 2000, 265; OGH 5 Ob 165/05h FamZ 2006, 63 (*Neumayr*) = EF-Z 2006, 53 (*Bernat*); dazu *Rebhahn*, Ersatz des vollen Unterhalts bei „wrongful birth“! Zu OGH 5 Ob 165/05h, Zak 2006, 206; OGH 5 Ob 148/07m RdM 2008, 47 (*Kopetzki*) = EF-Z 2008, 108; dazu *Pletzer*, „Recht auf kein Kind?“ – Überlegungen anlässlich der jüngsten Entscheidung des OGH zu „wrongful birth“, JBl 2008, 490.
- 3) OGH 6 Ob 101/06f JBl 2007, 171 = EvBl 2006/171 (*B. C. Steininger*) = EF-Z 2006/79 (*M. Leitner*) = FamZ 2006, 198 (*Neumayr*) = RdM 2007, 20 (*Ch. Huber*) = eclex 2006/389, 900 (*Wilhelm*); dazu auch *Kletečka*, Erste Entscheidung des OGH zu „wrongful conception“ – Zu OGH 6 Ob 101/06f, Zak 2006, 343; OGH 2 Ob 172/06t Zak 2007/126 = eclex 2007/69, 169 (*Wilhelm*); OGH 6 Ob 148/08w JBl 2009, 108; dazu *Kletečka*, Anm zu OGH 7. 8. 2008, 6 Ob 148/08w, Zak 2008, 336; *Karner*, Unerwünschte Zeugung und ungeplante Geburt – (k)eine Rechtsprechungsdivergenz? EF-Z 2009, 91; OGH 9 Ob 37/14b RdM 2015, 149 (*Bernat*); dazu auch *Schwarzenegger*, Sachverständiger oder Familiengerichtshilfe? EF-Z 2015, 166.
- 4) Siehe insb die Anm zu den in FN 3 und 4 angeführten E; vgl auch die Analyse des Diskussionsstandes bei *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/28 ff.
- 5) So die einschlägigen Rechtssätze der Judikatur; vgl etwa OGH 9 Ob 37/14b; grundlegend *F. Bydlinski*, Das Kind als Schadensursache im Österreichischen Recht, Liber amicorum *Koziol* (2000) 29; s auch *Koziol*, Haftpflichtrecht I⁴ Rz B/1/30 f; ausführlich *Hirsch*, Familienplanung 23 ff; jeweils mwN.
- 6) 19. 10. 2020, 14 Cg 69/19w.
- 7) 11. 3. 2021, 1 R 181/20g.
- 7a) Die E des OGH (8 Ob 69/21m) ist erst nach Manuskriptablieferung ergangen und konnte daher nicht mehr berücksichtigt werden; vgl dazu *Dullinger*, Anm zu OGH 8 Ob 69/21m, JBl 2022 (in Druck).