

# ÖSTERREICHISCHE ÄRZTEKAMMER

Körperschaft öffentlichen Rechts

Mitglied der World Medical Association

An das  
Bundesministerium für Justiz  
Museumsstraße 7  
A-1070 Wien

Weihburggasse 10 - 12  
Postfach 213  
1011 WIEN

UNSER ZEICHEN:  
Mag.Z./SB

IHR SCHREIBEN VOM:  
.2004

IHR ZEICHEN:  
GZ

DATUM  
20.09.2004

**Betrifft: Entwurf eines Bundesgesetzes mit dem die Strafprozessordnung 1975 geändert wird (Strafprozessnovelle 2005)**

Sehr geehrte Damen und Herren!

Die Österreichische Ärztekammer bedankt sich für die Möglichkeit der Stellungnahme zu o.g. Entwurf sowie für die entsprechende Fristerstreckung und führt zur geplanten Novelle aus:

Uns liegt eine - an das BMJ gerichtete - Stellungnahme der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen des Institutes für Gerichtsmedizin der Universität Wien vor, der wir uns grundsätzlich anschließen.

Darüber hinaus sei allerdings darauf hingewiesen, dass mehrere Punkte der geplanten Novelle in einem wohl unauflösbaren Spannungsverhältnis zu Bestimmungen des Ärztegesetzes 1998 sowie des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes stehen:

## **1. Zu § 119 Abs 1**

*„Als Sachverständiger kann auch der Leiter eines Institutes einer Universität bestellt werden, der mit Befundaufnahme und Gutachten einen oder mehrere Institutsangehörige unter seiner Verantwortung beauftragen kann, soweit diese die Voraussetzungen für die Eintragung in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen (§ 2 SDG) erfüllen.“*

TELEFON: 514 06-0, Fax: 514 06-558, Telex: 112701, DVR: 0057746  
KONTO: 50001120000, BLZ 18130, BANK FÜR WIRTSCHAFT UND FREIE BERUFE, 1070 WIEN, ZIEGLERGASSE 5

Offensichtlich soll damit eine Regelung, die aufgrund von BGBl 19/2004 in modifizierter Form bereits dem Rechtsbestand angehört, allerdings erst ab 1.1.2008 in Kraft treten soll, antizipiert werden. Bereits die in BGBl 19/2004 vorgesehene Regelung widerspricht aus folgenden Gründen den Gedanken der Einheitlichkeit der Rechtsordnung; dies wird nun durch die geplante Novellierung nochmals erhärtet.

Gem § 55 ÄrzteG darf ein Arzt nämlich ärztliche Zeugnisse (gleiches gilt für ärztliche Gutachten) nur "nach gewissenhafter ärztlicher Untersuchung und nach genauer Erhebung der im Zeugnis zu bestätigenden Tatsachen nach seinem besten Wissen und Gewissen ausstellen". Nach hM (vgl. insbes. *Emberger*, Die Stellung des Sachverständigen nach dem ÄrzteG 1998 in: *Emberger, Zahrl, Diemath, Grabner*, Das ärztliche Gutachten <sup>4</sup>(2002) 57ff) verlangt diese Bestimmung - abgesehen von reinen Aktengutachten - Personenidentität zwischen der untersuchenden und der das Gutachten erstellenden Person. Die geplante Novelle könnte nun bewirken, dass der den Befund und das Gutachten erstellende Arzt (dh. der vom Leiter eines Institutes einer Universität bestellte Institutsangehörige) und der für das Gutachten Verantwortliche (Institutsvorstand) nicht mehr ident wären.

Wenn nun der Institutsvorstand nach seiner Auswahl Angehörige seines Instituts mit Befund und Gutachten betrauen kann, so widerspricht dies auch dem Prinzip, dass die Auswahl von qualifizierten Sachverständigen ausschließliche Sache des Richters ist.

Durch die umfangreiche Novellierung des Sachverständigen- und Dolmetschergesetzes 1994 sollte mittels des Systems der Zertifizierung und Rezertifizierung im Sachverständigenwesen eine umfangreiche Qualitätssicherung erreicht werden. Demnach ist es ausschließliche Angelegenheit des listenführenden Präsidenten zu beurteilen, ob die Eintragungsvoraussetzungen des § 2 SDG erfüllt sind. Nach dem Wortlaut des Entwurfes obliegt es dem Institutsvorstand, zu prüfen, ob die Eintragungsvoraussetzungen bei seinem „Hilfsgutachter“ gegeben sind. Streng genommen ist es nach dem genauen Wortlaut des Entwurfes nicht einmal erforderlich, dass diese Person tatsächlich in eine Sachverständigenliste eingetragen ist; statt dessen reicht es, dass nach Beurteilung des Institutsvorstandes die Voraussetzungen abstrakt gegeben sind.

Vertreter der Österreichischen Ärztekammer waren in den letzten Jahren bei Vorgesprächen hinsichtlich einer Novellierung des § 43 GebAG im BMJ stets mit der Forderung nach mehr Qualitätssicherung im Bereich ärztlicher Gutachten konfrontiert. Umgekehrt liegt nun ein Gesetzesentwurf des BMJ auf den Tisch, der den durch das SDG aufgestellten Grundsätzen der Qualitätssicherung zuwiderläuft.

## **2. § 128 Abs.1:**

*Die Leichenbeschau und Leichenöffnung ist durch den Leiter eines Institutes für Gerichtliche Medizin einer Universität (§ 119 Abs. 1 letzter Satz) nach den dafür vorgesehenen besonderen Vorschriften vorzunehmen.*

Zunächst wird auf die obigen Ausführungen zu § 119 verwiesen.

Zusätzlich sei angemerkt, dass gemäß § 2 Abs 2 Z 8 ÄrzteG „die Vornahme von Leichenöffnungen“ zum klassischen Inhalt der Ausübung des ärztlichen Berufes zählt“. Die „Untersuchung von Leichen und Leichenteilen“ fällt darüber hinaus in das typische Aufgabengebiet der Gerichtsmedizin (vgl. Anlage 8 der Ärzte-Ausbildungsordnung BGBl 152/1994 idgF).

Durch den Entwurf wird damit weiters in das Berufsbild des Facharztes für Gerichtsmedizin insoweit eingegriffen, als Leichenbeschau und Leichenöffnung im Rahmen eines strafprozessualen Gutachtens nur mehr dem Leiter eines Institutes für Gerichtliche Medizin einer Universität überantwortet werden können. Für diesen Eingriff fehlt jegliche sachliche Rechtfertigung, weshalb Sie aus unserer Sicht verfassungsrechtlich problematisch erscheint.

## **Zu den Erläuternden Bemerkungen**

In den Erläuterungen wird festgehalten, dass „die Gebühr im Sinne des § 25 GebAG stets dem Institutsleiter als vom Gericht beauftragten Sachverständigen zustehe, der unmittelbar die Kostenanteile für den Personal- und Sachaufwand des Institutes und sodann die Gebührenanteile an die mit der

Erstellung von Befund und Gutachten tatsächlich befassten Angehörigen des Institutes zu verrechnen haben wird“.

Die vom Gericht beauftragten Sachverständigen haben für ihre Tätigkeit Anspruch auf Gebühren nach dem Gebührenanspruchsgesetz. Wenn sachverständige Institutsangehörige vom Institutsleiter, der den gerichtlichen Auftrag für das Gutachten erhalten hat, zur Gutachtenserstellung herangezogen würden, wären sie als Hilfskräfte anzusehen. Dieser Status wird durch die Art der beabsichtigten Honorierung - nämlich durch den Institutsleiter - bestärkt. Dies entspricht aber nicht der Qualifikation und Aufgabe eines allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigers.

Zusammenfassend halten wir fest, dass die geplanten Änderungen in den §§ 119 Abs 1 und 128 Abs 1 StPO unsystematisch und in Ihren Auswirkungen rechtlich höchst bedenklich sind, weshalb sie von uns ausdrücklich abgelehnt werden.



Dr. Reiner Brettenthaler  
Präsident

An das  
Bundesministerium für Justiz  
z.H. Mag. Gertraud Luckerbauer  
Museumsstraße 7  
1070 Wien

Unser Zeichen: Dr.WK

Wien, 28. 8. 2007

**Betrifft: Stellungnahme zum Entwurf für das Strafprozessreformbegleitgesetz I**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Österreichische Ärztekammer bedankt sich für die Übersendung des im Betreff angeführten Begutachtungsentwurfes sowie die gewährte Fristerstreckung und führt dazu wie folgt aus:

**Ad § 124 StPO**

§ 124 StPO regelt die Durchführung molekulargenetischer Untersuchungen und legt derzeit in Abs. 3 fest, dass hierzu ein „Sachverständiger für Gerichtsmedizin“ zuständig sei. Nach dem vorliegenden Entwurf soll § 124 Abs. 3 StPO dahingehend geändert werden, dass molekulargenetische Untersuchungen von einem Sachverständigen für „forensische Molekularbiologie“ durchgeführt werden sollen. Die Erläuterungen weisen darauf hin, dass dies nur eine „Anpassung zur richtigen Begriffsbildung“ wäre.

Diese Auffassung kann die Österreichische Ärztekammer nicht teilen, denn mit der vorgeschlagenen Regelung geht die Kompetenz zur Durchführung molekulargenetischer Untersuchungen und Erstellung derartiger Gutachten an Biologen über, was zur Folge hätte, dass Ärztinnen und Ärzte nicht mehr befugt sind, ihre medizinisch-wissenschaftlichen Kenntnisse gemäß § 2 Ärztegesetz 1998 im

Weinburggasse 10–12, A-1010 Wien, Austria, Tel.: +43 (1) 51406-0, Fax: 42 Dw, post@aerztekammer.at, www.aerztekammer.at

DVR: 0057746, Konto: 50001120000, BLZ 18130, die ärztebank, Wien

Dieses Dokument wurde mittels e-Mail vom Verfasser zu Verfügung gestellt. Für die Richtigkeit und Vollständigkeit des Inhaltes wird von der Parlamentsdirektion keine Haftung übernommen.

Rahmen molekulargenetischer Untersuchungen im Strafprozess einzubringen. Dieser Tätigkeitsbereich wird zudem in Anlage 8 zur Ärzteausbildungsordnung 2006, worin der Umfang des Sonderfaches Gerichtsmedizin definiert ist, normiert. Demnach umfasst die Ausbildung für das Fach Gerichtsmedizin beispielsweise die Feststellung der Identität einer Person oder die Klärung von Abstammungsverhältnissen.

**Aus diesem Grund spricht sich die Österreichische Ärztekammer strikt gegen diesen ärztegesetzwidrigen Ausschluss von Ärztinnen und Ärzten für die Durchführung molekulargenetischer Untersuchungen im Strafprozess aus.**

### **Ad § 128 Abs. 2 StPO 1975**

Der gegenständliche Entwurf sieht nunmehr vor, dass Leichenöffnungen - nicht mehr nur durch den Leiter eines Instituts für Gerichtliche Medizin einer Universität (Fassung StPO-Reform 2005) -, sondern von einer Universitätseinheit für Gerichtliche Medizin oder einem Sachverständigen aus dem Fachgebiet der gerichtlichen Medizin, der kein Angehöriger einer solchen Einheit ist, durchgeführt werden sollen.

Bereits in unserer Stellungnahme vom 20.9.2004 zur Strafprozessnovelle 2005 haben wir auf das unauflösbare Spannungsverhältnis einer derartigen Regelungen iZm mit dem Sachverständigenbeweis und dem bestehenden Normenbestand hingewiesen. Schon damals wurde im Begutachtungsverfahren – nicht nur durch die Österreichische Ärztekammer, sondern von mehreren wissenschaftlichen Institutionen – darauf hingewiesen, dass die intendierte Änderung die Stellung der Sachverständigen im Strafverfahren beeinträchtigt und fundamentalen Grundsätzen der Rechtsordnung wie

- Unabhängigkeit der Sachverständigen,
- freie Sachverständigenwahl,
- persönliche Gutachtenserstattung,
- Personenidentität zwischen der untersuchenden und der das Gutachten erstellenden Person,
- Zertifizierung von Sachverständigen bzw. Erfüllung der Eintragungsvoraussetzungen in die Liste der allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen sowie
- haftungsrechtlichen Grundsätzen,

widerspricht

Die zahlreichen Stellungnahmen dazu waren – wie in den Erläuternden Bemerkungen ausgeführt - der Anlass zur Abänderung der gegenständlichen Norm.

Wie in den Erläuternden Bemerkungen nachzulesen ist, hat nunmehr auch der Gesetzgeber Zweifel am Regelungsgehalt des § 128 Abs. 2 in der Fassung der StPO-Reform 2005 und versucht, den verfassungswidrigen Zustand mit einer Abänderung zu korrigieren, um die nach näherer Analyse der Konsequenzen dieser Regelung sowie die im Zuge der Begutachtung monierten Mängel nunmehr auszugleichen. In concreto handelt es sich dabei – laut Erläuternden Bemerkungen - um die Nichtbeachtung der Grundsätze des Sachverständigenrechts (freie Auswahl unter den ständig beeideten und zertifizierten Sachverständigen, persönliche und unmittelbare Verantwortung etc.) aber auch die Erwerbsausübungsfreiheit freiberuflich tätiger Fachärzte auf dem Fachgebiet der Gerichtlichen Medizin.

Aus diesem Grund hätte sich der Gesetzgeber nunmehr zu einer Mittellösung entschlossen, die jedenfalls sicherstellen sollte, dass die Leiter der Universitätsinstitute ihre Dienstaufsicht (!) ausüben könnten, wenn ein Angehöriger ihrer Einheit vom Gericht zum Sachverständigen bestellt wird. In den Erläuternden Bemerkungen wird zudem ausgeführt, dass flankierende Maßnahmen noch im Gebührenrecht (Regelung einer Pauschalabgeltung) und im Universitätsrecht (Dienstpflicht zur Erstattung von Befund und Gutachten..) zu treffen sein werden.

Diese Mittellösung würde – so die Begründung in den Erläuternden Bemerkungen - nunmehr „unter Beachtung der Erwerbsausübungsfreiheit und des Grundsatzes der freien Auswahl des zu bestellenden Sachverständigen“ die Beauftragung entweder einer Organisationseinheit für gerichtliche Medizin einer Universität oder aber eines Facharztes, der nicht Angehöriger einer solchen Einheit ist, sein.

Aus Sicht der Österreichischen Ärztekammer ist jedoch dieser Mittellösung ebenso wenig abzugewinnen, wie dem § 128 Abs. 2 in der Fassung der StPO-Reform 2005, da sie die im damaligen Begutachtungsverfahren aufgezeigten Mängel nicht im geringsten Maße löst:

1) Weiterhin ist eine Universitätseinheit für Gerichtliche Medizin zu beauftragen.

Dies wiederum macht es notwendig, dass Befund und/oder Gutachten innerhalb des Instituts einem/mehreren weisungsgebundenen Mitarbeiter(Innen) zugeteilt wird. Damit ist bezüglich „freie Wahl des Sachverständigen und dem damit im Einklang stehenden Recht begründete Einwände gegen eine bestimmte Person zu erheben bzw. Unabhängigkeit“ eines Gutachters keine inhaltliche Korrektur bzw. Verbesserung eingetreten. Die Fachärztin/der Facharzt (oder der jeweilige Beauftragte), der ja dann entweder für Befund und/oder Gutachten nicht selbst zeichnet, unterliegt weiterhin den

Weisungen des Leiters der Einrichtung. Für den Inhalt eines derart erstatteten Gutachtens trägt dann die Universitätseinrichtung die Verantwortung, dies steht nicht mit der persönlichen Sachverständigenhaftung nach § 1297 ABGB im Einklang.

Die Österreichische Ärztekammer sieht in diesem Zusammenhang davon ab, die verfassungsrechtlichen Bedenken, wie bereits im Begutachtungsverfahren zur StPO-Reform 2005 ausführlich diskutiert, im Detail nochmals aufzuzählen, sondern verweist auf die dort vorgebrachten Ausführungen (siehe Beilage).

2) Durch die geplante Fassung können mit der Obduktion einer Leiche nunmehr nur jene Personen (Sachverständige), die keine Angehörigen einer solchen Einheit sind, beauftragt werden.

Die in den Erläuternden Bemerkungen zu Recht erwähnte Verfassungswidrigkeit - Einschränkung der Erwerbsausübungsfreiheit - wird dadurch nicht aufgehoben, sondern um die Einschränkung eines weiteren Grundrechts, nämlich die Anwendung des „Gleichheitsgrundsatzes“ erweitert. Es wird Angehörigen von Universitätsinstituten somit gesetzlich (StPO) die Möglichkeit genommen, neben ihrer universitären Tätigkeit Einkünfte aus freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit zu erwerben. Damit wird dieser Personenkreis gegenüber allen anderen medizinischen/nichtmedizinischen Sachverständigen in unsachlicher und unverhältnismäßiger Weise schlechter gestellt und ihnen somit ihre Freiheit der Erwerbsausübung eingeschränkt.

Eine gesetzliche Beschränkung von Grundrechten ist aber im Sinne der Verhältnismäßigkeitsprüfung nur dann möglich, wenn die Maßnahme im öffentlichen Interesse geboten, zur Zielerreichung geeignet und adäquat und auch sonst sachlich zu rechtfertigen ist.

Die Österreichische Ärztekammer kann jedoch keine Notwendigkeit und auch keine sachliche Rechtfertigung dafür erkennen, weshalb ausschließlich niedergelassene Fachärzte für Gerichtliche Medizin im Rahmen des Strafprozesses Leichenöffnungen durchführen und Gutachten erstellen dürfen, Angehörige einer Universitätseinrichtung aber nicht.

Im Übrigen ist es weder Aufgabe der StPO - die der Durchsetzung des materiellen Strafrechts dient und ein faires Verfahren garantieren soll - Normen zu schaffen, um allfällige, eventuell sogar unsachliche, dienstrechtliche Anordnungen zu erleichtern, noch Grundlage für allenfalls empfohlene Finanzierungsmaßnahmen oder Pauschalabgeltungen zu sein. Im Zusammenhang mit der geplanten StPO – Novelle sollen im Gebührenanspruchsgesetz eine Pauschalabgeltung für Obduktionen eingeführt werden. Eine Änderung im Universitätsrecht soll für Angestellte einer



Universitätseinheit die Gutachtenserstattung als Dienstpflicht normieren (vgl. Erläuternde Bemerkungen). Dies wäre ein weitgehender Eingriff nicht nur in das Dienstrecht für die oben erwähnten Institute, sondern aller Universitätsangehörigen, sowie ein Eingriff in das gesamte ärztliche Gutachterwesen das in erster Linie vom Grundsatz der Unabhängigkeit des ärztlichen Gutachters getragen ist.

**Aus den genannten Gründen lehnt die Österreichische Ärztekammer die geplante Regelung, die einer Überprüfung durch den VfGH auf Verfassungsmäßigkeit nicht Stand halten würde, entschieden ab und schlägt folgende Formulierung vor:**

**„§ 128. (2) Die Leichenöffnung ist, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Tod einer Person durch eine Straftat verursacht worden ist, über Anordnung der Staatsanwaltschaft durch einen oder nötigenfalls zwei Ärzte aus dem Fachgebiet der gerichtlichen Medizin vorzunehmen.“**

### **§ 128 Abs. 1 StPO**

Abschließend regt die Österreichische Ärztekammer eine Klarstellung des § 128 Abs. 1 StPO in der ab 1.1.2008 gültigen Fassung im Sinne Rechtssicherheit an:

§ 128 Abs. 1 idF BGBl I Nr.19/2004 normiert „*Sofern nicht ein natürlicher Tod feststeht, hat die Kriminalpolizei erforderlichenfalls einen Arzt beizuziehen und grundsätzlich am Ort der Auffindung die äußere Beschaffenheit der Leiche zu besichtigen, der Staatsanwaltschaft über das Ergebnis der Leichenbeschau zu berichten (§ 100 Abs. 2 Z 2) und dafür zu sorgen, dass die Leiche für den Fall der Obduktion zur Verfügung steht.*“

Diese Textfassung geht davon aus, dass die Leichenbeschau grundsätzlich von der Kriminalpolizei durchgeführt wird und nur „erforderlichenfalls“ ein Arzt beizuziehen ist. Die Österreichische Ärztekammer merkt an, dass es sich bei der Leichenbeschau im engeren Sinn um eine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 Ärztegesetz 1998 handelt. Eine Leichenbeschau im engeren Sinn umfasst die Besichtigung der äußeren Beschaffenheit eines Leichnams und die Begutachtung von Verletzungen, Aussagen über deren Herkunft und Feststellung von äußerlichen Veränderungen (so auch Stellamor/Steiner, Handbuch Arztrecht I, Arzt und Recht (1999), S. 408). Demnach fällt auch die Leichenbeschau, also die äußerliche Untersuchung einer Leiche auf Verletzungen, mögliche Ursachen für diese Verletzungen etc. unter den Begriff der körperlichen Untersuchung iSd § 2 Abs. 2 Z 1 ÄrzteG1998 und ist somit eine der Ärztin/ dem Arzt vorbehaltene ärztliche Tätigkeit. Die Ausführung dieser Tätigkeit im Sinne des

§ 3 Abs. 4 Ärztegesetz 1998 ist Anderen (die über keine entsprechende ärztliche Berufsberechtigung verfügen) verboten.

**Die Österreichische Ärztekammer fordert daher eine gesetzliche Klarstellung, dass die Leichenbeschau ieS weiterhin durch eine(n) dafür ausgebildete(n) Ärztin/Arzt vorgenommen werden muss.**

Wir ersuchen um Berücksichtigung vorstehender Ausführungen und stehen erforderlichenfalls gerne für eine Besprechung zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

MR Dr. Walter Dornher  
Präsident

Anlage