

127. Von welchen rechtlichen Voraussetzungen hängt die Strafbarkeit oder Strafflosigkeit von Körperverletzungen ab, welche zum Zwecke des Heilverfahrens von Ärzten bei operativen Eingriffen begangen werden?

St.G.B. §§ 223 flg.

III. Straffenat. Urte. v. 31. Mai 1894 g. W. Rep. 1406/94.

I. Landgericht Hamburg.

R G S T 25,375

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft und des Nebenklägers ist das freisprechende Urteil des Instanzgerichtes nebst den demselben zu Grunde liegenden Feststellungen aufgehoben und die Sache in die Instanz zurückverwiesen worden.

Aus den Gründen:

Der freisprechenden Entscheidung der Vorinstanz ist folgender Thatbestand zu Grunde gelegt. Der Angeklagte ist Oberarzt der chirurgischen Abteilung des sog. Vereinshospitals in H. Diesem Hospital wurde am 13. Juni 1893 die damals sieben Jahre alte, an einer tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen leidende Tochter des Gastwirts R. von dessen Ehefrau zugeführt, nachdem der das Kind bis dahin behandelnde Arzt „eine Operation für notwendig“ erklärt hatte. Am 23. Juni 1893 hat Angeklagter zunächst durch Resektion der Fußknochen dem Fortschreiten der Erkrankung Einhalt zu thun versucht, jedoch ohne Erfolg. Die Weiterverbreitung der tuberkulösen Infektion würde nach dem Gutachten der Sachverständigen das Kind mit „chronischem Siechtum“, „schließlich dem Tode“ bedroht haben. Daraufhin ist am 28. Juli 1893 die Amputation des Fußes im Hospital durch einen Vertreter des Angeklagten vorgenommen worden. Inzwischen hatten über die Frage dieser operativen Eingriffe Verhandlungen zwischen dem Angeklagten und dem Vater der Patientin, dem Gastwirt R., begonnen. Letzterer, als Anhänger der sog. Naturheilkunde ein grundsätzlicher Gegner der Chirurgie, erklärte schon am 20. oder 21. Juni 1893 dem Angeklagten persönlich, er wolle auf jede Gefahr hin, nicht, daß sein Kind zum Krüppel werde, und widerspreche jeder Operation. Angeklagter will seinerseits von dieser Unterredung den Eindruck erhalten haben, als sei auf sein Zureden schließlich R. mit der Amputation einverstanden gewesen. Am 22. Juni erschien jedoch R. von neuem im Hospital, sprach dort nur die dienende Schwester C. und wiederholte dieser gegenüber „klar und deutlich“, daß er die beabsichtigte Operation nicht erlaube. Obwohl die C. noch am selben Tage diesen erneuten Widerspruch des Vaters dem Angeklagten mitgeteilt hat, hat derselbe hierfür wiederum keine Erinnerung behalten. Unmittelbar vor dem Beginn der Resektion, am 23. Juni 1893, meldete sich R. zum dritten Male im Krankenhause, um nunmehr sein Kind fortzuholen. Die Schwester D., an welche sich R. dieserhalb wendete, übermittelte die Meldung sofort an den Angeklagten: „der Vater ist

da und will sein Kind holen". Angeklagter erwiderte: „Jetzt ist es zu spät, ich werde später mit dem Vater sprechen“ — die Patientin lag damals bereits, für die Operation vorbereitet, in der Markose — und schritt zur Resektion. Nach der Amputation des Fußes sind tuberkulöse Erscheinungen nicht wieder aufgetreten, die Kräfte haben zugenommen, und das Kind hat sich bisher normal weiterentwickelt.

Das angefochtene Urteil hat den dieserhalb wegen Körperverletzung — §§ 223, 223 a St.G.B.'s — angeschuldigten Angeklagten aus einer zweifachen Erwägung freigesprochen. Einmal wird in objektiver Beziehung der Rechtsatz aufgestellt, daß die der R.'schen Tochter bei der Operation — Resektion der Fußknochen — zugefügten Körperverletzungen weder als „Gesundheitschädigungen“, noch als „Mißhandlungen“ im Sinne des § 223 St.G.B.'s angesehen werden könnten, weil die Gesundheit der Patientin durch die Operation nicht verschlechtert, sondern gebessert wäre, es im übrigen aber einen begrifflichen Widerspruch enthielte, „eine zweckmäßige, vernünftige, ja notwendige Behandlung mittels operativen Eingriffes“ als „Mißhandlung“ zu qualifizieren. Deshalb sei es vorliegenden Falls rechtlich gleichgültig, ob Angeklagter mit oder gegen den Willen des Vaters das in des letzteren väterlicher Gewalt befindliche unmündige Kind operiert habe. In einer mehr eventuellen Erwägung wird ferner angenommen, daß Angeklagter zwar, als er die Operation begann, sich dessen bewußt war, daß der Vater des Kindes die Operation nicht wolle, daß er jedoch zuversichtlich darauf gerechnet habe, es werde ihm nachträglich gelingen, den Willen des Vaters, den er für unvernünftig, dem Kinde schädlich und deshalb nicht ernsthaft gehalten, in seinem Sinne wieder unzustimmen. Sonach fehle sowohl die objektive, wie die subjektive Rechtswidrigkeit. — Diese Erwägungen sind nicht geeignet, die Freisprechung des Angeklagten zu rechtfertigen.

Zunächst erscheint es verfehlt, mit der Vorinstanz den zum Zweck des Heilverfahrens vorgenommenen chirurgischen Eingriffen in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmaßen eines Menschen schon um deshalb objektiv den Charakter einer unter § 223 St.G.B.'s fallenden „Mißhandlung“ absprechen zu wollen, weil nach gewöhnlichem Sprachgebrauche unter „mißhandeln“ lediglich ein unangemessenes, schlimmes oder übles, niemals aber ein an sich vernünftiges und

zweckmäßiges Handeln zu verstehen sei. Als man statt der mehr kasuistischen Fassung des § 187 des preussischen Strafgesetzbuches:

„wer vorsätzlich einen Anderen stößt oder schlägt, oder demselben eine andere Mißhandlung oder Verletzung des Körpers zufügt“,

die jetzige Formulierung des § 223 St.G.B.'s wählte:

„wer vorsätzlich einen Anderen körperlich mißhandelt oder an der Gesundheit beschädigt“,

wollte man mit dem Ausdrucke „körperlich mißhandeln“ im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten Verletzungen zusammenfassen. Daß dazu auch entstellende Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit mindestens in ihren wesentlichen Bestandteilen, also erheblichere Substanzverletzungen, der Verlust einzelner Gliedmaßen u. dgl. zu rechnen sind, kann angesichts des § 224 St.G.B.'s nicht zweifelhaft sein.

Daß die Norm des § 223 St.G.B.'s rechtswidriges Handeln voraussetzt, ist freilich gewiß, und daraus wird zu folgern sein, daß eine nicht rechtswidrig zugefügte Körperverletzung keine strafbare Mißhandlung ist. Unhaltbar aber ist es, das „nicht rechtswidrige“ dazwischen setzen zu wollen, daß der Zweck oder gar der Erfolg der Körperverletzung sich als dem Verletzten heilsam, als vernünftig darstelle. Objektiv rechtswidrig ist jedes an sich normwidrige Handeln, solange dem Handelnden nicht ein die Norm einschränkendes, selbständiges Recht zur Seite steht. Daß jemand nach eigener Überzeugung oder nach dem Urteile seiner Berufsgenossen die Fähigkeit besitzt, das wahre Interesse seines Nächsten besser zu verstehen, als dieser selbst, dessen körperliches oder geistiges Wohl durch geschickt und intelligent angewendete Mittel vernünftiger fördern zu können, als dieser es vermag, gewährt jenem entfernt nicht irgend eine rechtliche Befugnis, nunmehr nach eigenem Ermessen in die Rechtssphäre des Anderen einzugreifen, diesem Gewalt anzuthun und dessen Körper willkürlich zum Gegenstande gutgemeinter Heilversuche zu benutzen. Das Absurde einer solchen Unterstellung springt mit besonderer Schärfe in die Augen, wenn man erwägt, daß das hier behauptete, durch den vernünftigen Zweck begründete „Recht“, will man demselben überhaupt einen Sinn beilegen, folgerichtig dahin führt, das subjektive Belieben,

den rein subjektiven guten Glauben des Einzelnen an seine Fähigkeit und Geschicklichkeit im Wohlthun zum rechtsbildenden, Rechte schaffenden und Rechtsnormen aufhebenden Faktor zu erheben. Was hier von der Vorinstanz jedem Arzte jedem Kranken gegenüber als „Recht“ zu Körperverletzungen und Mißhandlungen eingeräumt wird, würde mit der gleichen logischen Notwendigkeit jedem, der sich für heilkundig hält, jedem gegenüber, den er für krank ansieht, zuzugestehen sein. Weshalb beispielsweise das, was dem Arzte um seiner physischen Heilzwecke willen ohne weiteres erlaubt sein soll, nicht ebenso dem um das Heil der Seele besorgten Geistlichen zu gestatten ist, und weshalb der vernünftig=humane Zweck nur Körperverletzungen, nicht auch Freiheitsberaubung, Nötigung, Sachbeschädigung, Hausfriedensbruch und zahlreiche ähnliche Delikte aus dem Bereiche rechtswidriger Handlungen herauszuheben geeignet ist, bleibt in diesem Gedankengange dunkel. Nicht minder schwierig würden sich auf dem Boden der vorinstanzlichen Rechtsanschauungen die Konflikte gestalten, wenn gleichzeitig mehrere Heilkundige sich denselben Patienten zum Objekte eines gleich rationalen, nur in der Methode verschiedenartigen Heilverfahrens auserlesen haben, und entschieden werden soll, welchem von ihnen das bessere „Recht“ bewohnt. — Vollends untauglich für das Strafrecht gestaltet sich aber der Gesichtspunkt, nach den unberechenbaren Zufälligkeiten des Erfolges, also nach den der That in unbestimmter Zukunft nachfolgenden Eventualitäten begrifflich unterscheiden zu wollen, ob eine an sich alle gesetzlichen Merkmale des § 223 St.G.B.'s an sich tragende Körperverletzung ein Delikt darstellt oder nicht.

Der gelegentlich in der Doktrin gemachte Versuch, ein sog. Berufsrecht des Arztes an sich, oder doch des staatlich approbierten Arztes zur selbständigen Grundlage irgend welcher dem letzteren über den Körper von Kranken zustehenden originären Befugnisse zu erheben, erscheint für sich allein ebenso unzureichend, als leitender Grundsatz für die Lösung der hier zu entscheidenden Fragen zu dienen. Innerhalb des heute geltenden öffentlichen Rechtes Deutschlands ist der Betrieb der Heilkunde ein freies Gewerbe, das jedermann ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Vorbildung, Erfahrung, Geschick, Verleihung &c. offen steht. Den „Beruf“ hierfür besitzt jeder, der sich selbst solchen Beruf zuschreibt. Nachdem der letzte Rest der früher mit dem ärztlichen Stande verbunden gewesenen öffentlich=rechtlichen Pflichten

durch die deutsche Gewerbeordnung beseitigt worden ist, kann ebenso wenig mehr von irgend welchen aus dem freien Berufe entspringenden Rechten gesprochen werden. Die „Approbation“, wie sie § 29 der Gewerbeordnung regelt, gewährt wohl eine Befugnis, den Titel „Arzt“ u. dgl. zu führen, und eine gewisse Qualifikation, amtliche Funktionen anvertraut zu erhalten: bezüglich der Berufsrechte und Berufspflichten unterscheidet sich im übrigen der approbierte Arzt in nichts von dem nicht approbierten Arzte. In jedem Falle ist nicht abzusehen, wie die sog. „Approbation“ die Kraft besitzen könnte, ursprünglich und ohne weiteres irgend ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen dem Arzte A und dem Patienten B zu begründen, und wie unter den zahlreichen „approbierten“ Ärzten gerade diesem Arzte Gewalt Herrschaft über diesen Patienten entstehen soll. Auch wäre es ein befremdlicher Rechtsfall, die Privilegien der Straflosigkeit, welche man jedem von einer deutschen Behörde geprüften und „approbierten“ jungen Chirurgen für seine operativen Experimente bereitwillig zugesteht, dem vom Auslande herbeigerufenen erprobten Operateur nur um deshalb zu versagen, weil ihm die deutschrechtliche „Approbation“ abgeht.

Im übrigen vermögen auch die Anhänger selbständiger ärztlicher Berufsrechte sich der Erkenntnis nicht zu verschließen, daß unter allen Umständen diese freien Rechte ihre Schranke in dem entgegen gesetzten Willen des verfügungsfähigen Kranken, dessen Angehörigen oder sonstigen rechtlichen Repräsentanten finden. Muß man aber diese Beschränkung einräumen, dann liegt darin auch das Zugeständnis, daß es an sich nicht das Berufsrecht des Arztes, sondern in erster Reihe der Wille des Kranken ist, welcher den ersteren legitimiert, Körperverletzungen straflos zu verüben, wo sie, von irgend einem Dritten verübt, zu strafbaren Delikten werden, daß der ärztliche Beruf als solcher, die mit ihm verknüpften Qualitäten des Wissens und Könnens, Sachkunde, Erfahrung, Geschick, staatliche Anerkennung immerhin dazu angethan sind, dem den Arzt an das Krankenbett berufenden Rechtswillen einen vernünftigen, sittlich beachtenswerten Inhalt zu verleihen, daß es aber grundsätzlich und wesentlich diese auf privater Willkür ruhende Berufung, nicht der gewerbliche Beruf als solcher ist, aus dem die rechtlichen Privilegien des Arztes seinem Patienten gegenüber entstammen.

Es bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung der Frage, inwieweit die Einwilligung des Verletzten als allgemeines Prinzip tauglich ist, ein Kriterium der Rechtmäßigkeit bezw. Rechtswidrigkeit gewisser Handlungen abzugeben, ob insbesondere das Delikt der Körperverletzung schlechthin bezw. der leichten oder einfachen Körperverletzung durch die Einwilligung des Verletzten aufgehoben wird, und welche Bedeutung in dieser Beziehung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes beizumessen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 2 S. 442, Bd. 6 S. 61. Für das Verhältnis zwischen Arzt und Patienten wird innerhalb der Sphäre des bürgerlichen wie des peinlichen Rechtes an der zwischen beiden Personen bestehenden Willensübereinstimmung unter allen Umständen als dem leitenden und entscheidenden Gesichtspunkte festzuhalten sein. Mag man es Auftrag, Vollmacht, Dienstmiete, Werkverdingung oder wie sonst nennen: in jedem Falle ist es der Wille des Kranken bezw. seiner Angehörigen und gesetzlichen Vertreter, welcher überhaupt gerade diesen Arzt beruft, die Behandlung dieses Kranken zu übernehmen. Solange solcher Wille nicht thätig geworden ist, besteht der Regel nach zwischen beiden Kategorien von Personen keinerlei rechtliche Beziehung. Hält man dieses fest, dann ergibt sich die weitere Folgerung auch von selbst, daß Inhalt und Umfang der dem Arzte solchergestalt eingeräumten Befugnisse in Anwendung aller Mittel seiner Kunst sich nicht minder regeln muß durch den Rechtswillen des Kranken. Gewiß ist der Arzt zu der Annahme befugt, daß der Kranke oder dessen Willensvertreter, die im Vertrauen auf seine Kunst ihm die Behandlung der Krankheit übertragen haben, sich folgerweise auch seinem Räte unterordnen, seine Weisungen befolgen, sich seine Heilmittel gefallen lassen werden, ihm daher bei allen seinen Eingriffen in den Organismus des zu Heilenden die Zustimmung jener zur Seite steht. Auf dem Boden solcher tatsächlichen Vermutungen wird dann allerdings für die Auslegung des vernünftigen Willens der Beteiligten der staatlich anerkannte oder sonst bewährte Beruf des Arztes zweifellos von erheblicher Bedeutung werden. So werden sich unbedenklich für die vielerörterten Ausnahmefälle, in denen wegen Bewußtlosigkeit, Geisteskrankheit, Unzurechnungsfähigkeit des Patienten, oder bei Gefahr im Verzuge wegen Abwesenheit der Vertreter des Kranken sich eine ausdrückliche Willens-

entschließung der hierfür zuständigen Personen nicht erzielen läßt, oder die Willensäußerungen des Kranken oder seiner Angehörigen unklar, unsicher, schwankend lauten, wertvolle praktische Folgerungen zu Gunsten des guten Glaubens und der berechtigten Voraussetzungen des behandelnden Arztes im Sinne eines ihm aktuell zur Seite stehenden Konsenses der Beteiligten ergeben. So gewiß aber der verfügsfähige Kranke durch Berufung des Arztes zwecks Heilung seines Leidens dem Arzte nicht eine unbeschränkte Gewaltherrschaft über seine Person eingeräumt hat, so gewiß der Auftrag zum Heilverfahren jederzeit von ihm widerrufen, der eine Arzt durch einen anderen ersetzt werden kann, so gewiß ist derselbe Kranke auch befugt, der Anwendung jedes einzelnen Heilmittels, seien es innerlich wirkende Medikamente, seien es äußere operative Eingriffe, rechtswirksam Weigerung entgegenzusetzen. Und mit dem Moment solcher Weigerung des zurechnungsfähigen Kranken oder seiner gesetzlichen Willensvertreter erlischt auch die Befugnis des Arztes zur Behandlung und Mißhandlung einer bestimmten Person für Heilzwecke. Folgerweise handelt derjenige Arzt, welcher vorsätzlich für Heilzwecke Körperverletzungen verübt, ohne sein Recht hierfür aus einem bestehenden Vertragsverhältnisse oder der präsumtiven Zustimmung, dem vermuteten Auftrag hierfür legitimierter Personen herleiten zu können, überhaupt unberechtigt, d. i. rechtswidrig, und unterliegt der solche Delikte verbietenden Norm des § 223 St.G.B.'s. Noch zweifelloser tritt solche Rechtswidrigkeit hervor, wenn der Arzt gegen den erklärten Willen jener Person handelt.

Diese Grundsätze, auf den vorliegenden Fall angewendet, würden zur Schuldlosigkeit des Angeklagten führen, solange er nach dem Anlaß zur Aufnahme des K.schen Kindes in das Hospital und dessen chirurgische Abteilung hierin den Konsens der Eltern zu operativen Eingriffen erblickte und darauf hin, ohne spezielle und ausdrückliche Erklärungen der letzteren einzuholen, zur Operation schritt. Da aber feststeht, daß, ehe er mit der Resektion der Fußknochen seine operativen Eingriffe begann, der gesetzliche Vertreter des zu operierenden Kindes den Auftrag zur ferneren ärztlichen Behandlung desselben positiv widerrufen und die Zustimmung zur Operation des Fußes ausdrücklich verweigert hat, trägt das Verfahren des Angeklagten objektiv alle Merkmale der Rechtswidrigkeit an sich.

Angeklagter ist ferner aber auch für überführt erachtet, sich bei seinem Handeln der vorbezeichneten Rechtswidrigkeit bewußt gewesen zu sein. Dieses den subjektiven Thatbestand des § 223 St.G.B.'s erfüllende strafbare Bewußtsein kann dadurch nicht aufgehoben werden, daß, wie das Urteil des weiteren ausführt, Angeklagter darauf rechnete, zukünftig und nachträglich die Zustimmung des besser informierten Vaters zu erlangen. Stand dem Angeklagten zur Zeit, da er die hier inkriminierten Körperverletzungen verübte, kein Recht auf solche Verübung zur Seite, und war er sich des Mangels dieser, sein Handeln begleitenden, rechtlichen Befugnis im Momente der Reflektion bewußt, so war mit dem ersten Messerschnitt, den er gegen den Körper des Kindes ausführte, auch das Delikt vollendet, und der Strafanspruch des Staates begründet. Diese öffentlich-rechtliche Thatsache konnte durch keine Privatwillkür mehr aus der Welt geschafft werden. Was dem Instanzrichter hier als nachträgliche Zustimmung und Einwilligung vorschwebt, geht im wahren Rechtsinne nicht über die Bedeutung einer nachträglichen Verzeihung einer einmal verübten Rechtsverletzung hinaus. Zu wirken vermag der Wille des Menschen nur auf gegenwärtige und zukünftige, nicht auf vergangene Dinge: ob der in der Markse seiner Fußknochen oder des ganzen Fußes beraubte Patient nachträglich die Amputation billigt oder mißbilligt, kann Geschehenes weder in seiner objektiven, noch in seiner subjektiven Gestalt ungeschehen machen. Wie lange sollte die Frage einer durch eine solche, dem Strafrechte völlig unbekannt nachträgliche Ratihabition bedingten Rechtmäßigkeit einer Operation und die davon abhängige Frage der Deliktsverübung in der Schwebe bleiben, wollte man es dem gegen den Willen des Kranken operierenden Arzte überlassen, durch langwierige Verhandlungen, wissenschaftliche Diskussionen zu den Kranken oder seine Angehörigen nachträglich von der Nützlichkeit und Notwendigkeit der vollzogenen Operation zu überzeugen? Denn unter allen Umständen müßte objektiv die strafrechtliche Wirksamkeit solcher nachträglichen Ratihabition feststehen, wenn subjektiv der bloßen Hoffnung des Arztes auf die letztere rechtliche Beachtung geschenkt werden soll. Dasjenige, was das Urteil in dieser Beziehung als Mangel subjektiver Rechtswidrigkeit bezeichnet, ist in Wahrheit auch nicht der Glaube des Angeklagten an sein Recht, sondern seine Überzeugung, das leibliche Wohl des kranken Kindes besser zu verstehen, als dessen Vater, für



die Operation vernünftiger Gründe zu besitzen, als der in dem Glauben an die Naturheilkunde befangene R. gegen dieselbe geltend machte, und hierdurch, falls es zu späteren Erörterungen hierüber käme, dem letzteren an Argumenten überlegen zu sein. Daß in der That auf eine derartige Überhebung des sachkundigen Arztes über den beschränkten Laienverstand die Darstellung des Urtheiles hinausläuft, erhellt auch daraus, daß das letztere ausdrücklich anerkennen muß, Angeklagter hätte, als er unmittelbar vor der Operation den Widerspruch des Vaters erfuhr, ohne jeden Schaden für die Kranke die Operation auf Tage und Wochen hinausschieben können. Nicht also, weil eine imminente Gefahr ihn berechtigte, anzunehmen, daß die Operation jetzt und gerade jetzt notwendig vorgenommen werden und deshalb jeder Vernünftige die am 23. Juni vollzogene Resektion billigen müßte, sondern weil er von seinem überlegenen Standpunkte des Chirurgen den Widerspruch des Vaters überhaupt für unbeachtlich hielt, ist er mit vollem Bewußtsein gegen den Widerspruch vorgegangen. Und in diesem Zusammenhange ist auch die unklare Wendung der Urteilsgründe, welche die vom Angeklagten zwischen einem „wirklichen ernstem Willen“ und dessen Gegenteil gemachte Unterscheidung hervorhebt, bedeutungslos. Einmal ist auch der im Affekte, in der „Aufwallung“ gefaßte Willensentschluß ein im Rechtsinne thatsächlich vorhandener, ernsthafter, rechtswirksamer Wille. Und sodann will offensichtlich das Urtheil mit jener Wendung nicht mehr sagen, als daß Angeklagter überhaupt nicht geneigt war, die Ansichten und Willensmeinungen des Gastwirthes R. über chirurgische Operationen „ernsthafte“ zu nehmen. Das mag medizinisch gerechtfertigt und menschlich im höchsten Maße entschuldbar gewesen sein: strafrechtlich hat Angeklagter normwidrig gehandelt und ein nach §§ 223 flg. St.G.B.'s zu ahndendes Delikt verübt.

Der Oberreichsanwalt beantragte die Verwerfung der von der Staatsanwaltschaft und dem Nebenkläger eingelegten Revision und hob insbesondere folgendes hervor:

Das Instanzgericht habe aus einem doppelten Grunde auf Freisprechung erkannt. In erster Linie sei von ihm der objektive Thatbestand verneint worden, weil ein Arzt, welcher eine durch die Sachlage gebotene, nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft gerechtfertigte, der Gesundheit des Patienten förderliche Operation an

demselben vornehme, überhaupt keine Körperverletzung im Sinne des § 223 St.G.B.'s begehe; denn in einem solchen Falle sei sowohl die Annahme einer Gesundheitsbeschädigung als auch die einer Mißhandlung begriffsmäßig ausgeschlossen. Der erste Richter komme deshalb zu der Folgerung, daß eine für den Gesamtorganismus des Kranken in ihren Wirkungen vorteilhafte Operation unter keinen Umständen als Körperverletzung strafbar sei, selbst dann nicht, wenn sie gegen den direkt ausgesprochenen Willen des Operierten oder im Falle der Handlungsunfähigkeit desselben seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen worden sei. Diese erstrichterliche Auffassung habe zwar manches für sich, und es fehle auch in der Theorie nicht an Stimmen, welche der gleichen Ansicht seien.

Vgl. Heß; Die Ehre und die Beleidigung des § 185 St.G.B.'s S. 54 Anm. 4.

Gleichwohl müsse Bedenken getragen werden, der erstrichterlichen Rechtsauffassung beizupflichten. Die Annahme einer Gesundheitsbeschädigung werde in einem Falle wie in dem hier vorausgesetzten allerdings mit Recht reprobirt. Denn die Gesundheitsbeschädigung setze begrifflich den Eintritt eines körperlichen Nachtheiles, eines schädlichen Erfolges voraus, und an einem solchen fehle es, wenn die ärztliche Operation nicht nur keine schädlichen, sondern sogar wohltätige und vorteilhafte Wirkungen für den Operierten nach sich ziehe. Wesentlich anders liege indessen die Sache bei der körperlichen Mißhandlung. Zweck und Erfolg des vorgenommenen operativen ärztlichen Eingriffes seien für die Frage nach dem Vorliegen einer körperlichen Mißhandlung nicht entscheidend, müßten hierbei vielmehr vollständig außer Betracht bleiben. Maßgebend für die Beurteilung der Frage, ob eine körperliche Mißhandlung anzunehmen, sei nur die Handlung in ihrer äußeren Erscheinung mit den ihr direkt und unmittelbar zukommenden Wirkungen auf den menschlichen Körper. Begrifflich sei als Mißhandlung jeder Eingriff in die körperliche Integrität und den körperlichen Organismus eines Anderen aufzufassen, wenn sie geeignet erscheine, bei demselben Schmerzgefühl hervorzurufen, körperliches Mißbehagen herbeizuführen, eine Störung des körperlichen Wohlbefindens zu verursachen. Diese Eigenschaften könnten aber schon der in der Narkotisierung eines Menschen liegenden Einwirkung auf dessen körperlichen Organismus nicht abgesprochen werden und noch viel weniger

den seitens eines Arztes zu operativen Zwecken mit einem Messer gemachten Einschnitten. Ob der Operierte infolge der ausgeführten, an sich schmerzhaften Operation wirklich Schmerzen fühle oder die vorhandene Narkose jegliches Schmerzgefühl ausschließe, sei für den Begriff der Mißhandlung gleichgültig. Die von dem Vorderrichter vertretene gegenteilige Auffassung könnte auch zu den bedenklichsten Konsequenzen führen und es unter Umständen unmöglich machen, etwaigen Übergriffen von Ärzten auf strafrechtlichem Wege mit der erforderlichen Energie entgegenzutreten und die gegen den Willen der Operierten vorgenommenen Operationen, selbst wenn sie sich als schwere Angriffe auf die persönliche Freiheit darstellen, zur Bestrafung zu bringen. Die vorige Instanz meine nun zwar, daß man schon aus dem Grunde objektiv in einer ärztlichen Operation eine Mißhandlung nicht erblicken könne, weil man bei der gegenteiligen Annahme notwendig zu der unabweisbaren Konsequenz gelangen müsse, daß jede, auch die mit Einwilligung des Kranken vorgenommene Operation eine strafbare Mißhandlung bilde; denn die Thatsache der erfolgten Einwilligung könne mit Rücksicht darauf, daß dem Grundsätze „*volenti non fit injuria*“ auf dem Gebiete des heutigen deutschen Strafrechtes rechtliche Geltung nicht zukomme, der an sich vorliegenden Körperverletzung ihre Strafbarkeit nicht benehmen, und es lasse sich außer der Einwilligung ein anderer Rechtsgrund für die Straflosigkeit der mit Einwilligung bethätigten Operation nicht denken, während doch Theorie und Praxis einig darüber seien, daß eine mit Einwilligung des Patienten vollzogene sachgemäße Operation, welche ausschließlich dem Zwecke der Heilung diene, niemals als Körperverletzung strafbar sei. Letzteres könne unbedenklich zugegeben werden. Rechtsirrtümlich sei es aber, hieraus die Folgerung abzuleiten, daß deswegen die Operation ihrer Eigenschaft als Mißhandlung und Körperverletzung entkleidet werde. Die Frage nach den rechtlichen Wirkungen der Einwilligung sei überhaupt nur von Einfluß auf die Beurteilung der rechtlichen Erlaubtheit oder Unerlaubtheit der Operation, habe aber mit der anderen Frage, ob die Operation objektiv eine Mißhandlung enthalte, nichts gemeinsam. Nicht jede Mißhandlung sei als solche deswegen allein schon strafbar. Strafbar sei eine Mißhandlung erst dann, wenn sie sich als eine rechtswidrige darstelle. Es frage sich deshalb, in welchen Fällen die ärztliche Operation, bezw.

eine Operation überhaupt rechtswidrig und in welchen Fällen sie rechtlich erlaubt sei, und in dieser Hinsicht müsse diesseits die Auffassung vertreten werden, daß eine gegen den Willen des Verletzten vollzogene Operation ein rechtswidriger Akt und deshalb strafbar, eine mit Einwilligung ausgeführte Operation dagegen eine nicht rechtswidrige Körperverletzung und aus diesem Grunde straflos sei. Der Rechtsgrund für die Straflosigkeit der mit Einwilligung ausgeführten Operation sei einzig und allein in der Thatfache der Einwilligung zu suchen. Alle in der Theorie unternommenen Versuche, die Straflosigkeit der mit Einwilligung vorgenommenen Operation aus einem anderen Rechtsgrunde herzuleiten, führten zu keinem befriedigenden praktischen Ergebnisse. So habe sich beispielsweise vielfach die Auffassung Bahn gebrochen, die Befugnis des Arztes, mit Einwilligung der Kranken Operationen vorzunehmen, auf die Ausübung eines den Ärzten zustehenden Berufsrechtes zurückzuführen.

Binding, Handbuch des Strafrechtes S. 802 Nr. 2.

Hiergegen werde jedoch mit Recht eingewendet, daß die deutsche Gesetzgebung ein solches rechtliches Berufsrecht nirgends anerkannt und dessen Ausübung unter ihren besonderen Schutz gestellt habe. Anders gestalte sich ja die Sache bei dem Züchtigungsrechte, das durch die Mehrzahl der einzelnen partikulären deutschen Gesetzgebungen für gewisse Personen (z. B. Lehrer, Dienstherr) ausdrücklich gesetzlich fixiert und hinsichtlich seiner Grenzen, wie seines Umfanges und der Modalitäten seiner Ausübung im einzelnen, des näheren geregelt sei. Fehle es in der einschlägigen Gesetzgebung an solchen auf das Züchtigungsrecht bezüglichen speziellen Normen, so verfallte auch die in Handhabung eines vermeintlichen Züchtigungsrechtes verübte Mißhandlung des Bezüchtigten unter die Strafbestimmungen der §§ 223 flg. St.G.B.'s. Nach dem Stande der dermalen in Geltung befindlichen deutschen Gesetzgebung, namentlich nach Maßgabe der Bestimmungen der Reichsgewerbeordnung, sei aber die Ausübung der Heilkunde in allen ihren Arten und Formen vollständig freigegeben und in keiner Weise mehr an das Vorhandensein gewisser Vorbedingungen geknüpft. Jedermann könne, wenn er sich die erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen zutraue, die Funktion einer Medizinalperson bekleiden, und werde erst dann strafbar, wenn er, ohne approbierter Arzt zu sein, sich gleichwohl den Titel eines solchen oder eine ähnliche Be-

zeichnung beilege. Wäre die Theorie des ärztlichen Berufsrechtes zutreffend, so würde man zu der eigentümlichen, kaum haltbaren Folgerung gelangen, daß der approbierte Arzt, welcher mit Einwilligung des Kranken eine durch die Sachlage gebotene Operation vornimmt, straflos bliebe, der Nichtarzt aber, welcher unter den gleichen Voraussetzungen eine vielleicht ebenso gelungene und von Erfolg begleitete Operation vornimmt, deswegen zu bestrafen wäre.

Man könne auch gegen den Satz, daß das Recht der Ärzte zu Operationen in der Thatfache der Einwilligung der operierten Personen liege, nicht mit Erfolg geltend machen, daß hierdurch dem Rechtsfaze „*volenti non fit injuria*“ eine Konzession gemacht und durch dessen Anerkennung wenigstens für gewisse Fälle ein Widerspruch mit der seitherigen Rechtsprechung des Reichsgerichtes herbeigeführt werde, welches, abgesehen von der Ausnahmebestimmung in § 216 St.G.B.'s, dem gedachten Rechtsfaze für das gegenwärtig in Geltung befindliche deutsche Strafrecht jegliche rechtliche Wirkung abgesprochen habe. Der Grund, aus welchem dies geschehen, bestehe lediglich darin, daß Leben und Gesundheit des einzelnen so wertvolle unentbehrliche Güter seien, daß deren Erhaltung im Interesse des Gesamtwohles geboten erscheine und der einzelne Inhaber dieser Güter auf dieselben nicht verzichten dürfte und sich ihrer zu entäußern nicht berechtigt erscheine. Dieser Grund treffe indessen nicht zu, wenn sich jemand im Interesse der Erhaltung seines Lebens und seiner Gesundheit zum Zwecke seiner Heilung von einem bereits vorhandenen Leiden in ärztliche Behandlung begeben oder einer Operation unterwerfe. Ein Kranker, welcher zur Herbeiführung seiner Heilung ärztliche Hilfe in Anspruch nehme, übe damit nicht nur ein ihm zustehendes Recht aus, welches er durch Heranziehung eines Arztes auf diesen übertrage, er erfülle damit sogar eine ihm obliegende ethische Pflicht und gehorche nur einem Gebote der Sittlichkeit.

Vgl. Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. 1 S. 470, 471. Es müsse daher entschieden daran festgehalten werden, daß die Ursache der Straflosigkeit einer mit Einwilligung bethätigten Operation in der Thatfache der Einwilligung gelegen sei und jede ohne Einwilligung vollzogene Operation einen rechtswidrigen, demgemäß strafbaren Eingriff in die körperliche Integrität bilde, welcher die Anwendung der

Strafbestimmungen über Körperverletzungen rechtfertige. Freilich dürfe man hierbei, wenn man nicht zu unhaltbaren Zuständen gelangen wolle, nicht so weit gehen, zu verlangen, daß die Einwilligung stets ausdrücklich erklärt und der Operation vorangegangen sein müsse. Man werde vielmehr namentlich in solchen Fällen, in welchen Gefahr im Verzuge obwalte und die erforderliche Willenserklärung nicht sofort beschafft werden könne, dem pflichtmäßigen Ermessen des Arztes, welcher von irgend einer Seite um seine Hilfeleistung angegangen wird, einen gewissen Spielraum gewähren und ihn für befugt ansehen müssen, das Einverständnis des zu Operierenden unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles, weil vernünftig, auch als präsumtiv vorhanden vorzusetzen.

Beruhe hiernach der erste Entscheidungsgrund auf Rechtsirrtum, so werde die Entscheidung doch durch die auf den subjektiven Thatbestand bezüglichen eventuellen Erwägungen der Urteilgründe getragen, inhaltlich deren das Instanzgericht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit der verübten Körperverletzung bei dem angeklagten Arzte wesentlich aus dem rein tatsächlichen, der konkreten Sachlage entnommenen und einen Rechtsirrtum nicht erkennen lassenden Grunde verneint habe, weil der Angeklagte nach den Umständen des Falles habe annehmen dürfen und angenommen habe, daß der in seinen Erklärungen schwankende Vater des Kindes keinen ernstlichen Widerspruch erhoben habe, und daß auch seine letzte bestimmte Erklärung nur eine lediglich durch die Aufregung des Augenblickes hervorgerufene nicht ernstlich gemeinte gewesen sei, welche nicht beachtet zu werden brauche. Die landgerichtliche Staatsanwaltschaft müsse übrigens aus dem Verhandlungsergebnisse die gleiche Überzeugung geschöpft haben, denn sie habe selbst die Freisprechung beantragt.