

Die
Operationsfreiheit

im Lichte fortschreitender

Strafrechtsreform.

Eine kritische Betrachtung zum Entwurfe
eines Deutschen Strafgesetzbuchs

von

Dr. Hans Lieske-Leipzig.

Sonderabdruck aus der Berliner klinischen Wochenschrift. 1915.

Nr. 22 u. 23.

1915

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH

Die
Operationsfreiheit
im Lichte fortschreitender
Strafrechtsreform.

Eine kritische Betrachtung zum Entwurfe
eines Deutschen Strafgesetzbuchs

von

Dr. **Hans Lieske**-Leipzig.

Sonderabdruck aus der Berliner klinischen Wochenschrift, 1915.
Nr. 22 u. 23.

Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH 1915

ISBN 978-3-662-24012-0 ISBN 978-3-662-26124-8 (eBook)
DOI 10.1007/978-3-662-26124-8

Den kargen Ruhm, die Operationsfreiheit der Aerztewelt in den Zenit kriminalistischen Interesses gerückt zu haben, darf sich die Neuzeit auf ihre Fahnen schreiben. Noch bis zu unferner Vergangenheit dachte man bei der Schöpfung strafrechtlicher Werke hieran überhaupt nicht, „augenscheinlich, weil man die Rechtmässigkeit der ärztlichen Heilhandlung als selbstverständlich ansah“¹⁾. Der neuzeitliche Gesinnungswechsel aber wirkt gewiss für den Unbefangenen um so ärgerlicher, als uns besonders die Gegenwart zu dankbarlicher Anerkennung der stupenden Entwicklung speziell der Chirurgie mit ihren tausendfältigen Segnungen zwingt. Vermutlich wird dereinst die Geschichte dieses Weltkrieges auch in diesem Sinne Ueberraschendes zu melden wissen. Das Heim des Problems über die Grenzen der Operationsbefugnis liegt darum wohl ziemlich ausschliesslich in den Köpfen der Fachgelehrten. Dem Laien, um dessen Wohl und Wehe dabei doch angeblich in erster Linie gekämpft wird, bedeutet der ganze Streitstoff ein wesensfremdes Etwas, das ihn, weil er bislang keinerlei Verbesserungsbedürfnis verspürte, ganz unbekümmert lässt. Von Aerzten, die gegen den Willen bei Verstande befindlicher, erwachsener Leute eigenmächtig an diesen herumoperieren, hat er sein Lebtag noch nichts gehört. Die Klagen von schlimmen Uebeln Geheilten, die sich ob der angeblich ohne Einwilligung vorgenommenen Heilung beschwerten, würde er aber als lächerliche Curiosa verworrener oder unredlicher Köpfe nicht ernst nehmen. Ja, selbst unter den Juristen mögen führende Häupter in sympathisch berührender Begründung mit einem Appell an eine darin in mancher Hinsicht auf Irrwegen gehende Rechtsprechung die ganze Sache beigelegt wissen unter Verzicht auf irgendwelche strafgesetzliche Regelung. Sie verhoffen, es werde eben auch hier Verstand und rechter Sinn mit wenig Kunst sich fürder selber vortragen und bei dem Richter gutes Gehör finden. So sehr indes der Gedanke einer Regent-

1) Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts (künftig: „vgl. D.“ zit.). Allg. T., Bd. 4, S. 19.

schaft des gesunden Empfindens auch lockt, so soll er doch zu Zeiten, da sich nun einmal Aerzte in den Maschen einer spitzfindigen, scholastischen Judikatur verfangen haben und eine Schwenkung namentlich des Reichsgerichts noch nicht bekannt geworden ist, das „Videant consules“ ja nicht zum Schweigen bringen. Die notleidende Menschheit könnte dabei zu noch schlimmerem Schaden kommen, als eine zu übertriebener Zurückhaltung gezwungene Aerzteschaft. Im übrigen gibt's — ganz abgesehen von jenen herkömmlichen Zweifelfragen — bei dem Kapitel vom ärztlichen Eingriff in der Tat Abschnitte, die besondere gesetzliche Regelung von einer fortgeschrittenen Erkenntnis dringend heischen. Ich denke dabei in erster Linie an den Umfang der Befugnisse der Stellvertretung bei Erteilung oder Versagung der Operationserlaubnis.

Gegenwärtig mahnt nun vornehmlich die Tatsache zu erneuter lebhafter Diskussion, dass die vom Reichs-Justizamte einberufene grosse Strafrechtskommission mit ihrer Arbeit fertig ist¹⁾. Um es vorweg zu sagen: suchen wir darin nach der Erfüllung der von der Aertzewelt in schier unübersehbarer Literatur zur Sprache gebrachten Wünsche, so suchen wir vergebens. Namentlich wird es den Arzt, der u. a. mittels des Sprachrohrs soundsovieler Aertzekammern darum bat, bitter enttäuschen, dass sich der Entwurf die Zerstörung jener folgenschweren reichsgerichtlichen Doktrin: „Der ärztliche Eingriff ist an sich Körperverletzung, ist Misshandlung“ ersparte. Es bleibt mithin nach dem Entwurfe, abgesehen von einer hier wenig bedeutsamen Erweiterung des Notstandsparagraphen, alles beim Alten. Der operierende Arzt „verletzt“ weiter den Körper des Patienten. Befremdlicherwise begründen die Motive solchen Standpunkt unter Hinweis auf die berufenen ärztlichen Sachverständigen, die eine andersartige Regelung weder für erforderlich, noch auch für wünschenswert erachtet hätten²⁾. Wenn die in meinen Zeilen speziell dem Arzte erzählten Reformationsgedanken und deren Geburtsgeschichte in Begleitung der juristischen Würdigung jetzt noch einmal kursorisch an uns vorüberziehen, so wird das damit

1) Eine zusammenfassende Darstellung der Kommissionsberichte ist erschienen im Verlage von Otto Liebmann, Berlin 1914. „Der Entwurf eines Deutschen Strafgesetzbuchs“. Nach den Beschlüssen der Strafrechtskommission systematisch bearbeitet von Dr. L. Ebermayer. (Von mir künftig zitiert: Ebermayer, Entwurf.)

2) Ebermayer, Entwurf, S. 18 u. 19.

gewonnene Gesamtbild vielleicht manchem Leser gegenteilige Ueberzeugungen, als die angeblich von den Fachgenossen gehegten, einimpfen und ihn zu sachkundiger Teilnahme an der Verbesserung des Aerzterechts veranlassen.

Beginnen wir dabei mit der zu gutem Recht verfehmten Lehre von der in jeglicher Operation sich manifestierenden Körperverletzung. Natürlich ist der ganze Gedanke, glänzende Operateure Körperverletzer zu schelten, absurd und wahrlich schon der Einfalt des kindlichen Gemüts als faule Frucht doktrinäer Verstiegenheit erkenntlich. Der Arzt misshandelt nicht, er behandelt. In durchsichtiger Klarheit wird dieser Unterschied allen bereits durch den Hinweis ausgebreitet, dass man unter Misshandeln, Verletzen ein Handeln in der Richtung auf den Körper gegen die festgesetzte Ordnung versteht, während der Operateur in einer den Bedürfnissen des Leibes homogenen, willkommenen Weise verfährt¹⁾. Es liegt uns ferne, den unfruchtbaren Streit der Meinungen über diesen Punkt etwa erneut in seiner ganzen Breite vor des Lesers Auge aufzurollen; möge es bei den reichlichen Strömen von Tinte, die das Pro oder Contra hier entfesselt hat, gern sein Bewenden haben. Tragikomisch muss nur die Tatsache wirken, dass die gesetzgebenden Faktoren bisweilen an ihrer eigenen Weisheit irre wurden, ohne es zu bemerken. So erklärt uns die Kommission in der Begründung des Vorentwurfs²⁾, bemüht, mit keckem Saltomortale über das Problem ohne Desavouierung des Reichsgerichts hinwegzusetzen, es sei im Grunde gleich, ob man Körperverletzung annehme oder ablehne. Handle doch der infolge ihm gewordenen Heilauftrags operierende Arzt jedenfalls subjektiv ohne den Vorsatz der Körperverletzung, der dem Vorsatz der Heilung direkt entgegengesetzt sei.

Wie unlogisch! Wenn der Arzt weiss, dass sein Operieren dem Juristen als Körperverletzung gilt — und das hat ihm ja das Reichsgericht bereits mehrfach ins Bewusstsein gehämmert — nun, dann enthält doch schlechterdings jeder Wille, operativ einzugreifen, den Vorsatz, körperlich zu verletzen. Die regelrecht

1) So Kahl, Zschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. 29, S. 36. Leider verzichtet Kahl in seiner sonst mit souveräner Ueberzeugungsmacht geschriebenen Abhandlung, rettende Fingerzeige für die Lösung mancher von ihm angeschnittenen Probleme zu geben.

2) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (von mir künftighin kurz „Vorentwurf“ zitiert), Begründung, Allg. T., S. 253.

vollzogene Operation aber darf jedenfalls nimmermehr Körperverletzung heissen, selbst wenn der Erfolg im Einzelfalle dem Operateur sich abhold zeigte. Körperverletzungen begeht vielmehr allein der ohne Gebot der Heilkunde oder der fehlerhaft operierende Arzt¹⁾. Zufrieden mit der rechten Würdigung, die die gesamte Menschheit seinen Leistungen zollt, könnte ja schliesslich der Chirurg lächelnd von ferne blicken in den bislang leider gar so ergebnisarmen Juristenstreit über das rechte Rubrizieren seiner Berufsbetätigung. Indessen verbietet solch gelassenes Beschauen der tiefe Ernst der Folgen, die sich an jene sinnwidrige Verletzungstheorie in praxi knüpfen. Oder darf uns etwa wirklich die freilich gottlob wahre Versicherung vom Wachtposten hinweglocken, die strafrechtliche Verfolgung drohe dem Arzte „in der Regel“ nicht? Will sich der Arzt, will sich der vielbeschäftigte Chirurg „der Regel“ überliefern, von ihr Schonung erhoffend? Solange Ausnahmefälle noch unverzeichnet waren, mochte der Glaube, es möchte das Recht, das mit uns geboren, in diesem Falle vor dem Richter eine Pflegstatt finden, jegliche Polemik der Aerzte einlullen. Nachdem aber Aerzte trotz rite vollführter Eingriffe körperverletzungshalber in der Tat vom Reichsgericht schuldig gesprochen wurden, ist das kategorisch Befreiung aus diesem Jammer fordernde Postulat zur Selbstverständlichkeit geworden. Bislang ist die Not nicht eben gross, weil die Lehre des Reichsgerichts dem Volke offenbar kaum gekannt ist. Wird die Kenntnis aber erst Allgemeingut, so werden die Spuren davon gewiss alsbald zu einer häufigen Inanspruchnahme der Justiz dieserhalb führen; quärlierende und spekulierende Köpfe tragen dann dafür ohne Zweifel die nötige Sorge. Vor einer vermehrten Zahl derartiger Fehlsprüche aber bewahre uns schon der Gesundheitspflege zulieb ein gütiges Geschick. Denn was droht dem Arzte daraus? Das verrät unschwer das Strafgesetzbuch; folgen wir nun einmal seinem Gedankengang. Jegliche Operation ist an sich Körperverletzung. Dass die „Körperverletzung“ vorsätzlich begangen ward, ist, wie bereits dargelegt, desgleichen offenkundig, weil das Operieren, also das Körperverletzen, ja der darauf gerichteten Willensbetätigung entspringt. Fehlt bloss noch die Widerrechtlichkeit, die jedoch alsbald mit dem Mangel entsprechender Einwilligung erscheint. Da in dem

1) Diesesfalls wollen auch die Aerzte wegen Körperverletzung gestraft wissen. Siehe Vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 47.

Messer obendrein das gefährliche Werkzeug sich hinzugesellt, ist der zur Bestrafung wegen gefährlicher Körperverletzung geheischte Tatbestand erfüllt, und der Arzt darf für seine vielleicht in grösster Aufopferung vorgenommene glänzend geglückte Operation mit Gefängnis bis zu fünf Jahren rechnen. Er hätte auch noch schlechter fahren können, weil ja selbst dem besten Chirurgen nicht immer der Erfolg der Heilung des Kranken blühen kann. Ein Uebel kann beispielsweise behoben werden, ein anderes, vielleicht geringeres, den Körper des Patienten jedoch ebenfalls schwer schädigendes daraus erwachsen. Dann muss das Reichsgericht, getreu seiner Lehre, hierfür als für schwere Körperverletzung mit Zuchthaus von zwei bis zehn Jahren strafen. Denn das edle Motiv allein wird dem Arzt natürlich nicht zum Anker in der Not; ebensowenig wie jemand gegen Bestrafung für Meineid geschützt ist, der aus der noblen Absicht, etwa die Ehre einer Frau rein zu halten, Unrichtiges beschwor.

Seitdem die Praxis solcherlei predigt, muss einer hierzu befähigenden Theorie durch Besserung des Gesetzes der Boden entzogen werden. Das erscheint so einleuchtend, dass die sachverständigen Berater aus Aerztekreisen, die ein Beharren im gegenwärtigen Zustande befürworten, um öffentliche Auskunft ob dieser ihrer Meinung gebeten seien. Denn lediglich Schwierigkeiten der Gesetzestechnik dürfen dabei gewiss nicht zu Worte kommen, abgesehen davon, dass im übrigen bereits recht brauchbare Vorschläge hierin gute Wege weisen.

Welche Gründe rufen denn nun eigentlich die Zeloten gegen die Aertzwelt auf den Plan? Warum erscheinen denn gesetzliche Maassnahmen erforderlich? Bei besonnener, ruhiger, weit-schauender Gesetzesauslegung, die sich nicht in Buchstaben-umklammerung von Sinn, Verstand und dem wahren Gesetzeszweck entfernt, vermöchten wir doch der Sonderregelung für den Arzt leicht zu entraten! Dagegen fordert aber eben die gerechte Unzufriedenheit mit einer falschen gefahrverheissenden Interpretation Kautelen in Form präziser Fassung zur Steuer weiterer solch gefährdender Wortauslegung. Warum indes — um diese Frage zu wiederholen — warum die gefahrvolle Gesetzesdeutung, warum der daraus erwachsene Ruf nach Besserung aus Aerztekreisen? Weil sich in Köpfen von Theoretikern bei der zunehmenden Diskussion darüber allmählich mit wachsender Festigkeit Blaubartphantasien eingenistet haben. Da malt man uns mit

verschwenderischer Zungenfertigkeit immer wieder Aerzte, die einfach Patienten vergewaltigen und an den heftig sich Sträubenden, gegen jeglichen Eingriff energisch Protestierenden, die lebensgefährlichsten Operationen vornehmen und nach Herzenslust amputieren, wie's und wo's ihnen gut erscheint. Diese Schreckbilder werden alsdann unter juristischer Lupe betrachtet und führen zu dem Schlusse, dass etwas geschehen muss. Es geht, argumentiert man bei ihrem Anblick, durchaus nicht an, es einfach dem Zufall zu überlassen, ob ein Arzt mit einem Kranken in Berührung kommt und ihn bei der Gelegenheit wider dessen Willen einfach kuriert. Noch ist der freie erwachsene Mensch Selbstregent über seinen Körper, noch gebührt ihm allein das Bestimmungsrecht über die Integrität seines Leibes, noch darf das Individuum entscheiden, ob es nach Vollzug etwa einer Beinamputation gesunden oder ob es ohne Operation krank bleiben will.

Die Lektüre solcher und ähnlicher Binsenweisheiten führt den unbefangenen Leser naturnotwendig zu dem Schluss, es möchten diese Worte etwa eine Bekehrungspredigt an die andersgläubige Aerzteschaft bedeuten. Dabei hat die Geschichte noch von keinem Arzt berichtet, der je gegenteiliger Ueberzeugung gehuldigt hätte! Dabei lebt in der ganzen Aertzewelt der zu wiederholten Malen ausgesprochene Glaube an die prinzipielle Unstatthaftigkeit der Vornahme von Operationen gegen der Kranken Willen. Auch kann ich mich keines einzigen Falls erinnern, in dem ich gehört hätte, dass die Praxis des täglichen Lebens nach Schutz gegen ärztliche Willkür rief, denn die wenigen bisher zur Aburteilung gelangten Tatbestände sprechen eher für das rechte Empfinden der Aerzte, als für das sich in der Bestrafung manifestierende der Richter. Aber der der Phantasie entsprungene Argwohn ist nun einmal leider zu unbestreitbar fester Grösse geworden und verlangt deshalb, wie oben erwiesen, zum Besten der Patientenschar wie zu dem der Aerzteschaft unzweideutige Gesetzessprache als Bollwerk gegen ungerechtfertigte Verurteilung. Zwar wird uns mancherseits versichert, ärztliche Eigenmächtigkeiten seien bereits vom bestehenden Rechte durch die Strafe wegen Nötigung sattsam verpönt. Aber alsbald erhebt die Jurisprudenz ihr Veto hiergegen und belehrt uns durch den Vortrag folgenden Beispiels eines Bessern. Der Arzt verspricht dem Patienten *optima fide*, in der Narkose an ihm eine nur unbedeutende Operation vorzunehmen, z. B. Entfernung von Polypen des Uterus per vaginam, ent-

schliesst sich aber hinterher zu einem schweren, vom Patienten unter allen Umständen abgelehnten, wenn auch angemessenen Eingriff, z. B. Laparotomie¹⁾. Wenn der Operateur hier überhaupt strafbar ist, so steht allerdings soviel fest, dass nach dem Wortlaut des Nötigungsparagraphen dieser keinesfalls in Frage kommt, womit erwiesen, dass das bestehende Recht bei Ablehnung der Körperverletzungstheorie die gewünschte Schutzwehr allerdings nicht bietet. Das Reichsgericht müsste freilich, seinen Prinzipien treu, wegen gefährlicher Körperverletzung strafen. Wusste doch der Arzt, dass ihm die Genehmigung fehlte, dass aber gerade in ihr der Ausschluss der Rechtswidrigkeit für das Operieren, also für vorsätzliche Körperverletzung, verankert ist.

Nachdem solchermassen die Nötigungslehre nicht durchschlug, suchte man vorerst die Fälle erlaubten Operierens zu schematisieren, um die Ueberbleibsel alsdann einer eigenen, späteren Orts noch zu besprechenden Strafdrohung wegen Versündigung gegen die persönliche Freiheit zu überantworten. Ein Beginnen, das lebhaftes Interesse verdient.

Bei dem ärztlichen Berufsrecht, das angeblich die Lizenz zum Operieren in sich birgt, brauchen wir ja nicht weiter zu verweilen. Denn erstens wird es, angesichts der in Deutschland herrschenden Kurierfreiheit, meines Wissens bis auf Kahl nirgends mehr anerkannt. Dann aber löst es meines Dafürhaltens auch nicht das Mindeste in der Frage um die Grenzen der Operationsfreiheit. Auf der Suche nach Gründen und Grenzen für die Zulassung von Eingriffen wider des Kranken Willen aber ist erstens, berühmten, feinsinnigen Mitarbeitern um ein besseres Recht leider wieder allerlei Possierliches zugestossen. So sollen, wie wir lesen, noch die wenigsten Bedenken in bezug auf ärztliche Hilfeleistung bestehen gegenüber dem Selbstmörder, „besonders wenn er bewusstlos ist“. „Wenn auch aus dem Selbstmordversuch an sich gefolgert werden kann, dass der Patient irgend eine Hilfe nicht wünscht, so spricht doch die Vermutung dafür, dass er bei der Tat seiner Sinne nicht vollkommen mächtig war, und dass daher von einem freien und beachtenswerten Willen nicht die Rede sein kann. Und selbst wenn er bei Bewusstsein ist, wird diese Vermutung noch berechtigt und ärztliche Hilfe als dem wahren und gesunden Willen des Täters entsprechend anzusehen

1) Das Beispiel ist entnommen vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 58.

sein. Dass ein Mensch sich das Leben nimmt, widerspricht so sehr dem natürlichen Selbsterhaltungstrieb, dass man den Geisteszustand des Täters ruhig als nicht normal betrachten kann¹⁾. *Difficile, satyram non scribere!* Also, um die Rettung des Selbstmörders vor Gericht zu rechtfertigen, dazu braucht der Jurist die offenkundigsten Trugschlüsse, bloss um mit ihrer Hilfe die Fiktion zu wahren, als stecke in jedem Selbstmordversuch ein krankhafter und deshalb irrelevanter Willensentschluss! Wer je die Notwendigkeit der Reformation bestreitet, dem sei dieser Satz verlesen! Als ob nicht ungezählte Selbstmorde das Produkt langer, ruhiger Ueberlegung eines durchaus normal funktionierenden Hirns sind. Als ob z. B. der Arzt, der an sich ein unheilbares Leiden konstatiert und beschliesst, in einem bestimmten Stadium der Krankheit ein lebenvernichtendes Quantum Morphinum zu nehmen, damit in geistiger Umnachtung und ohne gesunden Willen verführe. Die Beispiele liegen zu reichlich auf der Strasse, um hier weitere Erwähnung zu verdienen. Man darf dabei nicht glauben, die zitierte gewundene Konstruktion von der Straffreiheit der Selbstmördererrettung repräsentiere sich etwa als eine kleine Fehlgeburt eines einzelnen, sonst glänzend produzierenden Kopfes; ach nein; vielmehr verrät uns auch der „Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuchs“²⁾, dass das gleiche Problem hier ebenfalls erkleckliches Kopfzerbrechen schuf. Wiederbelebungsversuche an einem Selbstmörder bieten bei der Fassung einer projektierten, auf eigenmächtige ärztliche Behandlung gesetzten Strafdrohung nach Mitteilung der Motive Schwierigkeiten. Hilfe bringt nur die Erwägung, dass „nach einer weit verbreiteten Ansicht“ in diesem Falle die Rechtswidrigkeit des Angriffs ausgeschlossen ist³⁾. Uns scheint diese Ansicht allerdings derart weit verbreitet, dass uns die ganze Erörterung dieser Frage einer Zeitvergeudung gleicht. Kommt der Retter eines Selbstmordkandidaten etwa zur Behörde, so ist doch wahrlich das einzige, was ein gesunder Sinn erwarten darf, dass man ihm mit Worten warmer Anerkennung die Hand schüttelt und dem ob Verletzung seiner Willensfreiheit hinterher etwa Beschwerde führenden Selbst-

1) Vgl. D., Allg. T., Bd. 4 S. 49/50.

2) Aufgestellt von Kahl, Lilienthal, Liszt und Goldschmidt, erschienen bei Guttentag, Berlin 1911 (von mir künftig „Gegenentwurf“ zitiert).

3) Gegenentwurf, S. 265.

mörder die Tür weist oder notfalls die Pforten des Narrenhauses auf tun lässt. Statt dessen graben die Gesetzesreformatoren nach Motiven für die Straflosigkeit des Retters und finden dabei wahrhaftig Regenwürmer. Ein drastischer Beitrag dafür, wie schwer bei solcher Arbeitsmethode das Auffinden guter Richtlinien für den Umfang der Operationsfreiheit sein muss und wie herzlich geboten ärztliche Mitarbeit ist.

Folgen wir weiter in gewisser Systematik dem Gange der Operationsfreiheitserörterung, so erscheint, Lösung heischend, hier zuvörderst die Frage, ob der Arzt zu strafen sei, weil ihn blosse Fahrlässigkeit um die Kenntnis des wahren Willens des Patienten oder seines Stellvertreters brachte. Dem Reichsgericht lag, in einer Zivilentscheidung freilich, solch ein Fall vor. Darin hat es den Leiter einer grösseren orthopädischen Anstalt für Schmerzensgeld haftbar gemacht, weil er einen in die Anstalt verbrachten Knaben operierte im Vertrauen darauf, dass die Krankenschwester mit der den Knaben einliefernden Tante über die bevorstehende Operation gesprochen habe¹⁾. Wie das Problem nun kriminell künftig zu bewältigen sei, darüber herrscht Streit. Hier tritt man mit der Motivierung auf Seiten einer Strafdrohung für den Fall eigenmächtiger Heilbehandlung, weil „sonst der Leichtsinns gross gezogen und damit die Persönlichkeitsgüter des Einzelnen wieder den Gefahren ausgesetzt würden.“ Dort fürchtet man in solcher Strafdrohung unbegründete Anklagen durch unzufriedene Patienten grosszuziehen und den Arzt in zweifelhaften Fällen zu einem Verzicht auf selbst dringlichen Eingriff zu treiben²⁾. Belegt man, ein später zu behandelndes Kapitel, ärztliche Eigenmacht überhaupt mit einer Sonderstrafdrohung, so meine ich, wird aller Logik zulieb auch die Fahrlässigkeit bedroht werden müssen. Denn in jenem geplanten Spezialstrafparagraphen wird, gleichviel wie man ihn fasst, bei seiner Auslesung richterliches Ermessen auf alle Fälle eine dominierende Rolle spielen; sie allein entscheidet denn auch, ob die Anwendung pflichtmässiger Aufmerksamkeit unterblieb, und wird genau zu prüfen haben, ob die Konsensfrage nicht durch das *periculum mortis* oder andere Momente in den Hintergrund gedrängt werden musste. Bleibt in den Augen eines alle jene Erwägungen anstellenden Richters dennoch Fahrlässigkeit zurück, so ist nicht abzusehen, warum sie nicht auch — ent-

1) Rümlin, Haftung im klinischen Betrieb, S. 3/4.

2) Vergl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 67.

sprechend linde natürlich — kriminell sühnbar sein soll. Andernfalls würde wohl der ganzen geplanten Vorschrift durch die Möglichkeit des Einwurfs: „ich habe mich um den Konsens nicht gekümmert“, schon in der Geburt das Rückgrat gebrochen. Nach jetzigem Recht ist jedenfalls das erörterte Delikt für den, der nicht gerade der Theorie des Reichsgerichts von der in der Operation liegenden Körperverletzung huldigt, strafrechtlich nicht sühnbar.

Folgeschwer und zwar wegen Freiheitsberaubung strafbar erscheint dem geltenden Recht ärztliches Handeln auf Grund erschlichener Duldung des Patienten. Ohne sich der Gefahr die er damit an sich lädt, bewusst zu sein, mag darin vielleicht hier und da einmal ein Arzt vom besten Willen zu riskantem Spiel verleitet werden. Zum Exempel: Ein Zahnarzt erhält den Besuch einer jungen Dame, die ihn bittet, am Nachmittage doch ihre schwer zahnleidende Mutter zu kurieren. Da aber die Mutter überängstlich ist, beschliesst man Ueberlistung. Es soll ihr erzählt werden, der Arzt möchte nur zwecks Anfertigung eines frischen Gebisses einmal die Mundhöhle besehen. Hat sie dann auf dem Operationsstuhle Platz genommen, so sollen ihr zwei Zahnstummel gezogen werden. Die Sache verläuft dann auch programmässig; die alte Dame sucht sich zwar, als sie von dem geplanten Eingriff merkt, mit allen Kräften zu befreien. Es glückt ihr jedoch nicht, dafür darf sie sich fünf Minuten später nach schnell gelungener Operation von ihrem Leiden befreit erheben. Den Arzt aber trifft der Vorwurf der Freiheitsberaubung. Also bietet das geltende Recht in Fällen erschlichener Operationsmöglichkeit bereits ein Schutzmittel, und zwar annähernd das erstrebte, da ja eigenmächtiger ärztlicher Eingriff gerade als Delikt gegen die Selbstbestimmungsfreiheit des Patienten, also als eine Art Freiheitsberaubung, zu ahnden vorgeschlagen wird.¹⁾

Viel Unfug wird in juristischen Deduktionen, weil die Jurisprudenz hier in einer schmerzhaften Schlinge zappelt, mit der Beurteilung der angeblich in berechtigter Annahme der erfolgten Zustimmung vorgenommenen Operationen getrieben. Dieses Problem leitet zu dem Schwerpunkt des ganzen von der Scholastik heraufbeschworenen Uebels; es führt mitten in das Reich der bösen Geister, die die Reformatoren, die sie einst riefen,

1) Die Ausführungen (vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 58/59) erschienen mir darum nicht recht verständlich.

nun nicht wieder los werden. Jenes Uebel aber steckt in dem totgeborenen Versuch, verbatim chirurgische Eigenmacht doktrinär strafgesetzlich zu umzirken. Bei dieser Danaidenarbeit rollt das Leben den Juristen unermüdlich neue Steine in den Weg. Es zeigt ihnen stets von neuem Bilder, die das Schema zersprengen wollen. Auf der einen Seite zwingt der komplette Tatbestand zur Anwendung der auf seine Erfüllung gesetzten Strafdrohung, auf der anderen Seite aber wollen gesunde Instinkte doch nicht zur Verpönung bestgelungener ärztlicher Samariterarbeit die Hand bieten. Die sich hier türmenden Zweifel haben schon mehrfach den von der Ohnmacht diktierten Wunsch gezeigt, alles für die Zukunft beim alten zu lassen. Aber die reichsgerichtliche Judikatur wurde darauf in ihrer misslichen Abwegigkeit den Reformatoren vor Augen gerückt und brachte die Verhandlung wieder mühselig in frischen Fluss. Wie diese Pein enden? Da verfiel man schliesslich auf den glückhaften Ausweg der Präsumtion. Ein Beispiel dokumentiere die Bewandnis damit. Der Arzt hat zur Vornehmung einer einfachen Operation die Genehmigung erhalten. Die Behandlung aber erweist, dass schnellster Vollzug eines weit gefährlicheren Eingriffs zur Errettung des narkotisiert vor ihm liegenden Kranken aus schlimmem Leiden dringend vonnöten. Die Theorie der Einwilligung als Strafausschlussgrund schlägt hier an sich nicht durch. Also werden ihr Daumschrauben angelegt. Es wird, meint man, der Arzt solchesfalls dadurch gedeckt sein, dass er auch dem mutmaasslichen Willen des Kranken entsprechend handeln darf. „In den seltenen Fällen, in welchen die Aerzte wirklich nicht anders konnten, als gegen den Willen des Patienten einzugreifen, werden sie ihren Schutz darin finden, dass nur ein Eingriff gegen den wirklichen (gesunden) Willen des Patienten als strafbar zu erachten ist.“¹⁾ Die armen Aerzte, die sich zum Schutze vor Strafe hinter diese Vermutung verkriechen müssen; wie bald wird sie der Arm des Henkers fassen! Nein, hier stehen wir vor einem Kartenhaus, das schon das leiseste Wehen der Logik zu Falle bringt. Was man den Aerzten hier zu glauben zumutet, ist — wie Kahl sehr recht bemerkt — keine Präsumtion mehr, sondern eine ganz willkürliche Fiktion. „Ebenso wahrscheinlich oder ebenso möglich ist die genau gegen-

1) Vergl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 53.

teilige Annahme, dass der Patient, falls er von den weitergehenden Maassnahmen vorher eine Ahnung gehabt hätte, zum Schneiden überhaupt seine Einwilligung versagt haben würde¹⁾.“ Folglich muss man entweder bedingungslos jegliches Operieren ohne entsprechenden Konsens verfehlen — ein selbstverständlich die Naturgesetze direkt verhöhnendes Beginnen — oder man muss neue Exculpationsmomente schaffen, die die chirurgische Freiheit auch ohne die Patienteneinwilligung gewährleisten. Dabei wurde nun mancherlei zutage gefördert. Das in dieser Richtung genannte Berufsrecht durften wir schon beiseite stellen; gleiches Schicksal verdient das Gewohnheitsrecht; natürlich können wir auch aus ihm keinerlei plausiblen Grund herleiten, den Arzt mit besonderen Befugnissen auszustatten.

Meinem Vorschlage nach hat die Reformation zuvörderst, um der Schlange, die sich ihr sperrend auf den Weg zum Ziele legt, den Kopf zu zertreten, dem Körperverletzungsparagraphen den Satz anzugliedern: „Der kunstgerecht vollzogene ärztliche Eingriff ist nicht als Körperverletzung strafbar.“ Kein erhebendes Dokument zwar für eine aufgeklärte Zeit, aber ein notwendiges Sicherungspostulat, nachdem das Reichsgericht einen Arzt, der einem Kinde Leben und Gesundheit erhalten hat, ob der aus Beschränktheit versagten Zustimmung des Vaters zu der lebensrettenden Operation wegen Körperverletzung gestraft wissen will.

Schliessen wir die richtig vollführte Operation ohne Rücksicht auf ihren Ausgang von dem Begriff der Körperverletzung in der vorgeschlagenen Weise aus, so ist die bisher in der Praxis spürbar gewordene Kalamität für die Aerzteschaft zum grössten Teil schon behoben. Man wittere dahinter ja nicht eine merkwürdigerweise so ängstlich gescheute Privilegierung des Aerztestandes, die zu vermeiden man bisher lieber das Kind mit dem Bade ausschüttete. Ueber die Fassung könnte man, von der Notwendigkeit der Durchführung des Grundgedankens einmal beseelt, gewiss in rascher Diskussion einig werden. Damit schliesslich nicht der seinem Sohne kunstgerecht ein Eitergeschwür aufsteckende Vater im Gegensatz zu dem Arzte Körperverletzer heisse, damit weiter der berühmte ausländische Chirurg, der eine dringende Operation glänzend ausführt²⁾, nicht sein Handeln als Körperverletzung beurteilt sehen muss, könnte die

1) Zeitschr. f. Strafrechtswissenschaft, Bd. 29, S. 365.

2) Ein Beispiel Löfflers, vgl. D. Bes. T., Bd. 5, S. 245.

Fassung ja auch lauten: „Der nach den Regeln der Heilkunde vorgenommene Körpereingriff ist nicht als Körperverletzung strafbar.“ Jedenfalls durfte die Strafrechtskommission angesichts der hier nur kurz skizzierten Bedeutung der reichsgerichtlichen Doktrin nicht in der später zu zeigenden Weise an dem Stoffe vorbeigehen; sie hätte ihn formen müssen und ist infolgedessen einer Unterlassungssünde schuldig. Haben wir in der Verbesserungsarbeit die unselige Verletzungstheorie erst einmal zu Fall gebracht, so kommen wir langsam auf einigermaassen gangbare Wege. Zurück also zu der Sanktion konsensloser Operationen. Eine förderliche Strecke schreiten Aerzte und Juristen da zunächst gemeinschaftlich fürbass. Besteht doch für beide keinerlei Zweifel darüber, dass ärztliche Eigenmacht ohne besondere Not unstatthaft und strafbar ist. Wer ohne Genehmigung operiert, der muss dafür den Schutz aussergewöhnlicher Umstände für sich haben, sonst ist er, je nach Lage des Falles, strafbar wegen Nötigung, wegen Freiheitsberaubung und bei verpfuschem Eingriff wegen gefährlicher oder schwerer Körperverletzung. Da nun aber, wie die Schilderung zeigte, das geltende Gesetz eventuell auch gegenüber ohne Not bezugter ärztlicher Eigenmacht versagen kann, so will man den Aerzten eine Sonderthese prägen¹⁾. Habeat sibi! Dass sie nicht eben durch die Not der Zeit geboren ward, hoben wir schon hervor. Aber wenn man über ihren Zweck streiten kann, so ist doch wohl die Unschädlichkeit bei entsprechender Fassung unbestreitbar. Und wenn man dafür plädierend ausführen hört, dass diese zum Zwecke von Heilung und Pflege Kranker vorkommenden Eingriffe in die persönliche Freiheit regelmässig auf edleren und anerkannterwerteren Beweggründen beruhen als die sonstigen Freiheitsdelikte (derentwegen beim Fehlen einer Spezialstrafthese verurteilt werden musste), so macht uns dieser richtige Gedanke die Sonderstrafdrohung nur noch sympathischer. Nur erscheint die meist dafür vorgeschlagene Formulierung ganz und gar verfehlt und fordert grösste Wachsamkeit und geharnischten Protest der Aertzewelt. Das zu zeigen, greife ich den § 279 des Gegenentwurfs heraus, weil er gleichzeitig den Vorschlägen der vergleichenden Darstellung das Wort redet. § 279 V.E. lautet: „Wer einen anderen gegen seinen ausdrücklichen oder nach den Umständen zu vermutenden Willen ärztlich

1) Der Entwurf sieht allerdings hiervon wieder ab. Vergl. Motivierung dazu Ebermayer, Entwurf S. 18/19.

behandelt, wird mit Gefängnis bis zu einem Jahre oder mit Geldstrafe bis zu fünftausend Mark bestraft. — Ist ein Dritter zur Sorge für die Person des Behandelten berechtigt, so ist der Wille des Berechtigten maassgebend.“ Für uns soll da erst einmal Absatz 2 dieser Satzung gar nicht in Frage kommen, weil das Kapitel von der Stellvertretung in der Erteilung und Versagung der Operationsbefugnis wohl das bedeutsamste, aber auch das verwickeltste in dieser ganzen Lehre darstellt und bei seiner immensen Wesenstiefe in dem zitierten lapidaren Sätzlein wirklich keine Lösung findet. Betrachten wir deshalb hier nur Absatz 1 mit seiner Strafdrohung gegen Aerzte, die ausdrücklichem oder mutmaasslichem Willen zuwider operieren. Die Lektüre der Begründung dazu lehrt, damit sei gleichzeitigargetan, dass ein zu Zwecken der Heilbehandlung regelrecht gemachter ärztlicher Eingriff niemals als Körperverletzung strafbar sei¹⁾. Das ist aber auch der einzige Segen daran. Mit welcher verblüffender Rapidität der Vorschlag im übrigen auf die schiefe Ebene führt, verraten uns seine Motive selber, sofern sie erzählen, dass sie mit der gefundenen Fassung schon wegen eines Freispruchs ob der an einem Selbstmörder vorgenommenen Wiederbelebungsversuche auf tüchtige Schwierigkeiten geraten. Aus dieser Klemme helfen sie sich freilich noch einmal mit der bereits zitierten „weitverbreiteten Ansicht“, dass in diesem Falle die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ausgeschlossen sei. Ein helleres „Cavete“ konnten uns die Autoren dieses Vorschlags wirklich nicht zurufen. Also die Heilbehandlung des Selbstmordkandidaten bildet die — auch noch schwanke — Grenze, die übrigen konsenslos vorgenommenen Operationen sind in Bausch und Bogen widerrechtlich und gehören vor den Strafrichter! Man wird sich dabei hinter eine ebenfalls vorgeschlagene Verbesserung des Notstandsparagraphen retten wollen, obwohl es befremdlich ist, dass die Motive solchen Gedankenganges namentlich im Hinblick auf die Unanwendbarkeit des Notstandsparagraphen in seiner heutigen Fassung nicht Erwähnung tun. Aber der Notstand vermöchte den Aerzten, man formuliere ihn, wie man wolle, doch nie zu genügen. Da auf diesem Gebiet das ganze Geschenk ruht, das die Kommissionsarbeiten den Aerzten bescheren wollen, müssen wir, damit von selbst später auf den Notstand zurückkommend,

1) Gegenentwurf, S. 264.

hier ein Weilchen bei den Kommissionsarbeiten verharren. Den Mitgliedern der Kommission selber hat es für das natürliche Rechtsempfinden etwas in hohem Maasse Befremdendes, den Arzt, der lediglich zu Heilzwecken und nach bestem Wissen und Gewissen in dem Bestreben, dem Patienten zu helfen, einen Eingriff vornimmt, ohne vorher die Einwilligung des Patienten oder seines Vertreters zu haben, wegen vorsätzlicher, nicht selten gefährlicher Körperverletzung zur strafrechtlichen Verantwortung zu ziehen. Durch diese ständige Auslegung seitens des höchsten Gerichtshofes wird nach Ausspruch der Kommissionsmitglieder das natürliche Rechtsempfinden wenig befriedigt¹⁾. Nach Genuss dieser Worte hofft gewiss jeder, diesem unerträglichen, unser sittliches Empfinden wirklich auf das Peinlichste verletzenden Zustande werde durch legislativen Druck schnellstens der Garaus gemacht, und es werde das Reichsgericht durch Gesetzesvorschrift von seiner ärgerlichen Auffassung weggedrängt. Welch schmerzliche Ueberraschung schafft uns da das Endergebnis! Nicht nur, dass hierin unser oberster Gerichtshof mit seiner Körperverletzungstheorie nicht desavouiert wird, nein, im Gegenteil: der Entwurf will jetzt auf einem kleinen Umweg die chirurgische Heilbehandlung sogar direkt von Gesetzes wegen zur Körperverletzung gestempelt wissen. Dem Arzt „zulieb“ erklärt er, „dass nicht rechtswidrig handelt, wer eine Körperverletzung mit der Einwilligung des Verletzten vornimmt“. Wodurch fürder sämtliche Gerichte, die sich den Vorwurf der Rechtsbeugung ersparen wollen, direkt gezwungen werden, glänzende, lebensrettende Operationen bei entsprechender Sachlage als gefährliche oder gar schwere Körperverletzungen eventuell mit hoher Zuchthausstrafe zu belegen. Denn nach der unzweideutigen Sprache des Entwurfs ist ja jetzt Operieren gleichbedeutend mit Körperverletzen! Nun ist die Dämmerung, die über diesem Rechtskapitel ruhte, allerdings zu dunkelster Nacht geworden. Wie diese Regelung dem arg verletzten Volksempfinden auf die Beine helfen soll, bleibt unerforschlich. Wir legen den vom Reichsgericht begangenen Vorstoss gesetzlich fest und addieren ihm eine Lächerlichkeit hinzu. Denn dass kunstgerecht vollzogene chirurgische Eingriffe wenigstens dann nie das Strafrecht tangieren, wenn die zur Einwilligung kompetente Person darein willigte, diese Kinderweisheit ragt doch wohl wie ein Fels aus dem Meer der Irrungen.

1) So der stellvertretende Vorsitzende der Kommission Ebermayer in Leipz. Zschr. f. Deutsches Recht, S. Jahrg., Nr. 12, S. 1081/82.

Das sind schon keine Eulen mehr, die damit nach Athen getragen werden. Leute, die tatsächlich jedwede Operation bedingungslos für strafbar halten, bedürfen zur Ueberführung nicht einer Strafgesetzmendation; sie sind durch das harte Geschick geistiger Trübung vor aller Augen sattsam gezeichnet und haben bei der Diskussion um die hier angeschnittene Frage nichts zu suchen. Was also das die Aerzte berührende Kapitel der Körperverletzung im Entwurfe anlangt, so halte ich diese Arbeit für ganz und gar verfehlt und für eine grobe Verschlechterung des geltenden Rechts. Die Aerzteschaft würde sich meines Erachtens ein schätzbares Verdienst erwerben, wenn sie dem Einzug solcher mit ihren berechtigten Interessen und mit der Würde ihres Berufs aufs Schwerste kontrastierender Thesen geharnischten Widerstand entgegengesetzte.

Nun zu dem kleinen Angebinde, das der Entwurf, wie angedeutet, dem Operateur beschert. Um die für den Nichtjuristen einigermaassen verwickelten Gedankengänge hierin möglichst sichtbar aufzudecken, werde ich die Nothilfe — denn sie ist's, die aus der Not helfen soll — an Beispielen klarmachen. „Nothilfe leistet, wer unter pflichtmässiger Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, um eine gegenwärtige, nicht anders abwendbare Gefahr abzuwenden, aus der einem andern ein erheblicher Schaden droht, den dieser zu tragen rechtlich nicht verpflichtet ist; doch darf die Tat nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein¹⁾.“ Auf ärztliche Betätigung angewandt, lässt sich die Nothilfe auf folgenden einfachen Fall zurückführen. Ein Arbeiter tritt sich einen tüchtigen Glasscherben in den nackten Fuss. Infolgedessen wird er vom Blutverlust ohnmächtig und bleibt am Wegesrand liegen. Ein vorüberfahrender Landarzt findet ihn, nimmt ihn mit und möchte ihm mit der Sonde im Operationszimmer daheim den Fremdkörper entfernen. Er will also, mit dem Reichsgericht und dem Entwurf zu reden, einen chirurgischen Eingriff, das ist, wie wir glücklich wissen, eine an sich strafbare Handlung, nämlich eine Körperverletzung, vornehmen. Die Handlung ist aber nötig, um eine gegenwärtige, nicht anders als durch die Entfernung des Splitters abwendbare Gefahr, nämlich Wundfieber und dgl., abzuwenden, aus der dem Arbeiter ein erheblicher

1) Leipz. Zschr., I. c., S. 1085.

Schaden droht, nämlich eventuell Abnahme des Beines und damit bedingte Erwerbsstörung, und den der Arbeiter — weil ihn ja niemand zwingt, den Glassplitter im Fusse zu behalten und Krüppel zu werden zu tragen — rechtlich nicht verpflichtet ist. Auf dem Operationstisch erwacht der Arbeiter, als der Arzt gerade schnell die Wunde säubern will und protestiert dagegen. Infolgedessen lässt ihn der Arzt ungeheilt von dannen ziehen, „da die Tat nicht gegen den Willen des Gefährdeten begangen sein darf.“

Also sind zunächst alle gegen den Patientenwillen vorgenommenen Eingriffe samt und sonders und ohne jegliche Rücksicht auf das Gepräge des Falles kriminell verpönt. Die Nothilfe greift vielmehr ausschliesslich dort ein, wo der Arzt gar nicht weiss, ob der zu solcher Aeusserung nicht befähigte Patient oder dessen Stellvertreter eigentlich einwilligt oder nicht. Genannt wird uns zum Exempel der Fall, in dem nach begonnener Operation sich die Notwendigkeit eines weiteren Eingriffs an dem in der Narkose befindlichen Patienten herausstellt. Ziehen wir nun an ein paar Beispielen die geradezu tollen Konsequenzen solcher Regelung.

I. Der Arzt, der den Arbeiter am Wege fand, ist der Ansicht, dass dem Arbeiter daraus, dass er den Splitter im Fusse behält und etwa wartet, bis er herauseitert oder sonstwie sich entfernt, bedeutender Schaden damit nicht erwächst. (Der Mediziner wird den Fall vermöge seiner Fachkenntnis leicht verbessern können.) Infolgedessen darf er, ein Samariter von Gemüt, hier doch nicht helfen. Denn die Einwilligung zu vermuten, hat er bei dem ihm verfeindeten, verstockten Arbeiter kein Recht. Ohne dass dem Gefährdeten „erheblicher“ Schaden droht, befugt aber das geplante Recht solchesfalls nicht zur Heilbehandlung.

II. Ein bekannter Chirurg kommt mittags auf dem Heimwege an einem Kinderwagen vorbei und sieht, dass das Kind im Wagen in wenigen Sekunden zu ersticken droht, weil es den kleinen, zum Spielen ihm gegebenen Hornring sich mit den Fäustchen in den Rachen gestopft hat. Er will mit flinkem Griff helfen; da fährt ihn der Vater, der neben dem Kinderwagen herläuft, grob an, er sei Anhänger des Naturheilverfahrens und werde nie dulden, dass ein Doktor sein Kind anrühre. Natürlich lässt sich der Chirurg lieber verurteilen, als dass er auf die mit einem sachkundigen Handgriff erledigte Lebensrettung ver-

zichtet. Hätte er sich aber von dem Gesetze schrecken lassen, so hätte solches Gesetz eben ein Menschenleben auf dem Gewissen.

III. Ein 19jähriger Student der Medizin bittet in Marburg eine Kapazität vom Fache um Vornahme einer kleinen, aber dringend nötigen Operation. „Zum Glück wohnt mein Vater in Hamburg“, meint er lachend, „denn der hat derartige Angst vor jedem Schneiden, dass er mir nie und nimmer seine Einwilligung zu dem Eingriff gäbe“. Der Operateur erfüllt die Bitte des jungen Mannes trotz offenbaren Widerspruchs mit den Wünschen des gesetzlichen Vertreters¹⁾. Also wird auch er körperverletzungshalber strafbar, weil er auf das Benefiz der Nothilfe verzichten muss.

Diese Beispiele werden die totale Haltlosigkeit der Lehren des Entwurfs von der ärztlichen Operationsfreiheit wohl für jedermann überzeugend veranschaulicht haben. Nichts davon bleibt übrig, was den Arzt, nichts, was das Volksempfinden auch nur einigermaassen befriedigen könnte. Die einzige Frucht reift allein aus dem damit herbeigeschafften neuen Beweismaterial, das das Dogma in diesem Falle tötet. Die Verfasser des Entwurfs scheinen selber gelinde Zweifel nicht gänzlich von sich haben fernhalten können. Denn gegenüber den sachverständigen ärztlichen Beratern, deren Beifall an der geforderten Regelung uns doch versichert wurde, wirft der stellvertretende Vorsitzende nach Klarlegung des Inhalts der Nothilfe die Frage auf: ob bei dieser Sachlage die maassgebenden ärztlichen Sachverständigenkreise die Bedeutung des erweiterten Notstandes für den ärztlichen Eingriff nicht vielleicht überschätzen?²⁾. Wenn wir das lesen, wird uns der sachverständige Applaus verständlich und verspricht Wandlung im Wege vermehrter Aufklärung. Für das Leben unbrauchbare Resultate beweisen den wissenschaftlichen Abweg, wie glänzend passt das wahre Wort von Wach hierher, und wie hurtig überrennt es die Dogmen, die ärztliche Tätigkeit in ein Prokrustesbett zwingen und von ärztlicher Gewissensnot und von schwerer

1) Mit Recht polemisiert Galli besonders gegen das Verbot der Nothilfeleistung wider den Willen des Gefährdeten oder seines gesetzlichen Vertreters, und zwar in der nur allzu treffenden Erwägung, gerade die „pflichtmässige Berücksichtigung der sich gegenüberstehenden Interessen könne dahin führen, dass der Helfer den seiner Hilfe entgegenstehenden Willen nur da beiseite setzen darf, wo sein Gewissen aus besonderen, in der Sachlage oder in der Person des Widersprechenden gegebenen Gründen ihm den Eingriff trotz des Widerspruchs als pflichtmässig erscheinen lässt.“ Vgl. Leipz. Zschr., Jahrg. 1914, S. 1511.

2) Leipz. Zschr., I. c., S. 1087.

Pflichtenkollision nichts oder doch so gut wie nichts wissen mögen. Schliesslich haben die Aerzte noch die geringste Gefahr davon; wenn sie skrupellos dem Rechte folgen wollen, so werden sie schon allmählich lernen, sich hinter Generalvollmachten und dergleichen Rezepte zu verkriechen und in dubiösen Fällen ihr Herz zum Schutze ihrer selbst vor Strafe gegen Not und Elend zu verhärten und ihre Tür dem Jammer zu verschliessen. Neben der leidenden Menschheit aber ist die davon geplagte in erster Linie die Justiz. Denn Satzungen, die, wie die geplanten, das Volksempfinden geradezu prügeln, vermindern selbstredend das Vertrauen zur Rechtspflege, zumal dieser Stoff wie kaum ein zweiter die Interessen der breiten Masse berührt. Nein, die ergreifenden bunten Bilder, die das Leben in stetem schillernden Wechselspiele aufrollt, zeigen uns hier Tausende von Nuancen die jedem Bilde ein eigen Gepräge schenken. Die Frage: Durfte der Arzt hier eingreifen oder war's ihm verboten? kann darum nur ein weitschauender, besonnener Richter nach eingehendem Studium des Einzelbildes an dem Regulator sittlicher Norm menschlicher Gesellschaft ablesen. Dort findet er verzeichnet, was diesesfalls statthaft und was verboten ist. Will man in der Tat die rechten Grenzen der Operationsfreiheit mit Garantien umgeben, so ist meines Erachtens das Problem der Widerrechtlichkeit allein lösbar auf Grund der skizzierten Prüfungsmethode. Das Schema A—C verfängt hier nicht. Ich schlage deshalb, bessere redaktionelle Formulierung neidlos ändern überlassend, den Freunden der Eindämmung ärztlicher Eigenmacht etwa folgende Fassung vor:

Wer widerrechtlich einen anderen gegen seinen Willen ärztlich behandelt, wird mit . . . bestraft.

Damit ist die Diskretion, ob widerrechtlich oder rechtlich, freiem richterlichen Ermessen übergeben und dort, wie ich meine, am besten aufgehoben, namentlich nachdem nach meinen Vorschlägen die Körperverletzungstheorie von gesetzlicher Vorschrift hinweggefegt worden ist. Freilich wird dem erkennenden Gericht damit Macht, Mühe und Verantwortung in Fülle aufgeladen. Aber all das bleibt ihm ja bei der Nothilfe erst recht nicht erspart. Denn hier muss es prüfen, ob die sich gegenüberstehenden Interessen pflichtgemäss berücksichtigt sind, es muss untersuchen, ob die Gefahr anders unabwendbar war, es muss erörtern, ob dem andern ein wirklich erheblicher Schaden drohte, es muss feststellen, ob

der Arzt nicht etwa aus den Umständen auf den den Eingriff negierenden Willen hätte schliessen sollen. Kurz, die ihm hier vorgezeichneten Aufgaben erscheinen mannigfacher und schwerer, als ein Urteil auf Grund einheitlichen Gesamtbildes ex bono ex aequo, bei dem der Richter schon darum gewiss leichter das Rechte trifft, weil er freier und unbeeinflusster denken darf.

Die schlimmste Crux auch für den Arzt selber habe ich in meinem Vorschlage indes nicht berührt; sie liegt, wie ich schon erwähnte, in der Einwilligung seitens des Vertreters des Kranken. Bei Kindern jugendlichsten Alters treten, wenn die Eltern leben und ihr Beaufsichtigungsrecht nicht verwirkt haben, keine grossen Bedenken zutage. Dem Arzte ist hier der Respekt vor elterlichem Wunsche durch geheiligte Sanktion zur Selbstverständlichkeit geworden; verfährt er doch einmal gegen ihren Willen, so wird die Prüfung des Richters auf die Rechtmässigkeit seines Handelns nach den eben gezeichneten Maximen ein vernünftiges Werturteil schaffen. Aber schon bei älteren Kindern gerät der Arzt wohl leicht in Konflikte und würde sich gewiss gern Hilfe heischend an gegebene Thesen anlehnen, um sie bloss bei Gewissenszwang zu verlassen. Vielfach ist wohl der Aerzteschaft der übertriebene Umfang der Stellvertretungsmacht auch gar nicht gegenwärtig; so meine ich, wenn meine persönlichen Beobachtungen verallgemeinerungswert sein sollten, es werde kaum einem Arzte bekommen, einen etwa 19jährigen jungen Mann, der ihn um Vornahme einer belanglosen Operation ersucht, nach Volljährigkeit oder elterlicher Einwilligung auszufragen; eine leichte Erkundigung nach dem Vater dürfte vielmehr überwiegend finanzielle Momente klarzustellen bezwecken. Kahl's herbe Kritik daran, dass man nach Analogie der Stellvertretung zum Abschluss von Rechtsgeschäften auch ein Recht der Stellvertretung bezüglich der Zustimmung oder Verweigerung der Operation konstruiere, trifft tatsächlich ins Schwarze. Denn über Leben und Gesundheit anderer zu bestimmen fordert freilich andere Rechtstitel, als sie das Privatrecht der Stellvertretungslehre aufstellt. Um die Bedeutung dieser Kontroverse mit nötiger Schärfe zu belichten, sei auch ein anderer Autor zur Notwendigkeit der Regelung gehört. Mit Fug und Recht verweist Heimburger¹⁾ darauf, „dass unter den Personen, die einen gesetzlichen Vertreter haben, bezüglich

1) Vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 63.

der Einsicht in die Bedeutung des ärztlichen Eingriffs so wesentliche Unterschiede bestehen, dass sie unmöglich sämtlich gleich zu behandeln sind. Mag auch in vermögensrechtlichen Dingen bei allen diesen Personen der Wille des gesetzlichen Vertreters massgebend sein, so kann doch hier, wo es sich um die allerpersönlichsten Güter und Empfindungen handelt, eine Vertretung durch eine fremde, wenn auch noch so wohlgesinnte Person nicht als durchweg zulässig angesehen werden. Die Frage, ob z. B. einem 20jährigen Kandidaten der Medizin ein Arm amputiert werden soll, darf nicht ohne seinen Willen vom Vater oder Vormund, wenn auch in Uebereinstimmung mit dem Arzte, entschieden werden. Das Gleiche gilt — je nach Umständen — bei einem entmündigten Geisteskranken oder Geistesschwachen Bei einem entmündigten Verschwender ist es vollends undenkbar, dass statt seines Willens jener des Vertreters in Betracht käme.“ Bei der Ueberzeugungskraft solcher Ausführungen steigt unser Staunen darüber, dass sich die reformatorischen Arbeiten überwiegend damit begnügten, Sünden der Aerzte gegen Patienten oder „deren Vertreter“ zu verpönen, ohne von nachdenklicher Arbeit über jenes gewichtige Kapitel von der Vertretungsmacht Kunde zu geben. Gern wird der Arzt stets dort, wo nicht Ausnahmefälle Gegenteiliges zwingend postulieren, der rechten Instanz in ihrer Weisung gehorchen. Aber wer repräsentiert diese Instanz? Die Suche nach Rat und Auskunft in dieser tagtäglich sich verjüngenden, tief in das Leben einschneidenden Frage fördert leider nur kärgliche Ausbeute und verbietet darum wohl noch, das Problem spruchreif zu nennen. Aber die zwei an sich prinzipiell überhaupt nur beschreitbaren Wege sind uns schon gewiesen und helfen die Diskussion wesentlich fördern.

Der eine Vorschlag bestimmt generalisierend:

„Hat der Behandelte, abgesehen vom Falle der Entmündigung wegen Verschwendung, einen gesetzlichen Vertreter, so ist dessen wirklicher oder mutmasslicher Wille entscheidend, ausser wenn der Vertretene selbst die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht hat.“¹⁾

Man vergesse bei solchen Vorschlägen nicht, dass sie ja nur den einen Zweck verfolgen, in Not- und Eilfällen den Arzt frei nach

1) Vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 63.

den Geboten seines Gewissens handeln zu lassen, ohne dass er deshalb Eröffnung eines Gerichtsverfahrens fürchten muss. Das Leben knüpft an schwerwiegende Operationen meist eine Reihe Bedenken schon rein wirtschaftlicher Natur, die der Arzt ohne intime Kenntnis der Familienverhältnisse und ohne vorausgegangene Beratung mit den Angehörigen oder mit dem Vormunde des Jugendlichen oder geistig Defekten gar nicht abzuschütteln gewillt ist. Ich möchte damit sagen, dass, wie wir dies Kapitel auch regeln, der Arzt in bedeutsameren Fällen bei der Behandlung Jugendlicher oder Geistesschwacher sowieso mit denen, die als Vertreter irgend in Frage kommen, Rücksprache halten wird. So wird die Praxis des Lebens das in der Theorie doch recht difficile Problem spielend zu lösen wissen. Die theoretische Schwierigkeit freilich scheint mir noch nicht sattsam erkannt. Wir wollen, um sie zu illuminieren, dem erwähnten Fall vom 20jährigen Studenten, der einen unbedeutenden chirurgischen Eingriff vornehmen lässt, ein Pendant hinzufügen. Einem siebzehnjährigen Mädchen spritzt ein Arzt mit dessen Einwilligung Parafin in die nur kümmerlich entwickelte rechte Brustseite, obwohl der Vater des Mädchens dem Arzte die Operation mit der Bemerkung, sie von einer Breslauer Kapazität vornehmen zu lassen, verboten hat. Soll in derartigen Fällen, in denen besondere Dringlichkeit den Eingriff nicht gebieterisch heischt, der vielleicht recht gut durchdachte Wille der Eltern ganz irrelevant sein? Ich meine, das widerspräche ebenfalls unserem Billigkeitsempfinden, wäre aber die Folge der Annahme der vorgeschlagenen These. Kann doch ein 17jähriges Mädchen recht gut mit Fug und Recht und nach gereifter Ueberlegung die Operation gerade von dem seinerseits speziell darum angegangenen Arzte vorgenommen wissen wollen, „die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht“ also sehr wohl besitzen. Ausserdem ist es in der Regel für den Arzt eine missliche Sache, gerade bei ihm fremden Patienten, bei denen die Frage naturgemäss vornehmlich akut werden wird, im Einzelfalle Forschungen über die geistige Reife anzustellen, die je nach persönlicher Auffassung, nach dem Grade der Gewissenhaftigkeit und nach der darauf verwendbaren Zeit recht ergebnisverschieden ausfallen werden. Im übrigen wird der Arzt gewiss mit Vorliebe darauf verzichten, in dieser Richtung generell eine Kritikerrolle zu spielen.

Deshalb erscheint mir der zweite Vorschlag besser¹⁾, die Stellvertretungsmacht enden zu lassen, wenn das Kind ein Alter erreicht hat, in dem Kinder erfahrungsgemäss der Regel nach reif genug sind, um einerseits die Bedeutung ärztlicher Eingriffe für sich klar zu ermessen und andererseits Gegenvorstellungen ihrer Berater in ihrem Werte bei der Entschlussfassung entsprechend mitreden zu lassen. Vielleicht dürfte man dabei an das 18. Lebensjahr denken. Unverkennbar ist diese Altersgrenze hoch hinaufgerückt für den Fall, in dem der Vertreter zur Operation gegen des Kindes Willen neigt. Zu erwägen wäre deshalb, diesen Fall gesondert zu normieren. Indes wäre, auch wenn dies unterbliebe, de facto die Gefahr wohl kaum eine nennenswerte, denn der Arzt wird gewiss von selber schon jeden operativen Eingriff, der nicht dringend von Nöten erscheint und gegen den sich ein gereiftes Kind auflehnt, verweigern, und Gewaltanwendung wird so wenig vorkommen, wie sie bislang wohl je beobachtet wurde. Die Lösung dieser bis ins letzte Detail von der Theorie unmöglich lösbaren Fragen darf man wohl also getrost der Praxis überlassen.

Die von mir vorgeschlagene Kautel gegen ärztliche Eigenmacht würde nach alledem wie folgt zu normieren sein:

„Wer widerrechtlich einen anderen gegen seinen Willen ärztlich behandelt, wird mit bestraft.

Anstelle des Willens eines Behandelten, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht beendet hat, ist der Wille des gesetzlichen Vertreters ausschlaggebend.

Der Wille des gesetzlichen Vertreters gilt weiter in den Fällen der Entmündigung wegen Geisteskrankheit und Geisteschwäche, es sei denn, dass der Entmündigte die zur Beurteilung der Sachlage erforderliche Einsicht besitzt.“

Ueberflüssig, zu sagen, dass von ärztlicher Philanthropie gegen den Vertreterwillen vollzogene Operationen unter den gleichen Prämissen mangelnder Widerrechtlichkeit halber straflos bleiben, wie sie für die Straflosigkeit der Vornahme von Operationen wider den Willen des Operierten in vorstehendem ausführlich geschildert sind.

Hinsichtlich der Perforation und der Abtreibung haben die meisten Aerztekammern ebenfalls gesetzliche Kautelen verlangt.

1) Vgl. D., Allg. T., Bd. 4, S. 64.

In der Praxis hat sich das Bedürfnis dafür aber noch nicht fühlbar gemacht, und es fehlen auch Symptome für einen zu fürchtenden Wechsel der Auffassung darüber. Man wird deshalb gleich dem Referenten der Ostpreussischen Aerztekammer auch für die Zukunft zu dem gesunden Urteil der Richter das Vertrauen haben dürfen, „dass sie, wenn je einmal die Frage zur Entscheidung an sie herantreten sollte, die in keinem geschriebenen Rechte fixierten, aber in dem Rechtsbewusstsein jedes Volkes und jedes Richters lebenden Regeln über die Kollision in bezug auf Rechtsgüter in einer den Umständen entsprechenden Weise zugunsten der Aerzte in Anwendung bringen werden“.

