

## Über strafrechtliche Verantwortlichkeit für ärztliche Kunstfehler\*.

Von

E. MEZGER (München).

Wenn von einer *strafrechtlichen Bedeutung* des „*ärztlichen Kunstfehlers*“ die Rede sein soll, so ist es unerlässlich, *zunächst* nach der strafrechtlichen Bedeutung der ärztlichen *Kunst* zu fragen. Die Frage scheint paradox und überflüssig. Denn wie könnte kunstgerechtes ärztliches Handeln, das der Menschheit so unendlich viel Gutes bringt, *strafrechtlich* bedeutsam sein? Nach dem noch immer maßgebenden Standpunkt der strafrechtlichen Rechtsprechung ist aber jene Frage leider *nicht* überflüssig. Deshalb müssen wir uns zunächst mit ihr ausführlich auseinandersetzen; nur auf dieser Grundlage ist es möglich, auch den „*ärztlichen Kunstfehler*“ zutreffend in das geltende Recht einzuordnen. Bei ihm selbst müssen wir wiederum genauer zwischen dem *Begriff* und der strafrechtlichen *Behandlung* unterscheiden. So ergeben sich zu unserem *Thema* *zwanglos 3 Fragen*:

1. Wie stellt sich das geltende deutsche Strafrecht allgemein gesprochen zur ärztlichen *Kunst*?
2. Was ist ein „*ärztlicher Kunstfehler*“?
3. Welche *strafrechtliche* Bedeutung kommt diesem ärztlichen Kunstfehler zu?

### I.

Die *erste* Frage lautet also: Wie stellt sich unser geltendes deutsches Strafrecht zur Ausübung der ärztlichen „*Kunst*“, d. h. zum regelrechten, von keinem *Kunstfehler* begleiteten Eingriff des Arztes? Dabei verstehen wir das Wort „Eingriff“ im weitesten Sinne des Wortes: nämlich ganz allgemein als ärztliche „Behandlung“, chirurgische wie internistische, als diagnostische, therapeutische oder prophylaktische Maßnahme, soweit letztere im Interesse des Patienten selbst erfolgt.

So unfreundlich und so unerfreulich es klingt: nach der noch immer unverändert maßgebenden Ansicht der höchstgerichtlichen *Praxis* ist dieser ärztliche Eingriff im strafrechtlichen Sinne eine „*Körperverletzung*“. Das vielgenannte Urteil des RG. vom 31. Mai 1894, E. 25, 375 in dem Hamburger Fall, in dem ein Oberarzt gegen den Willen des Erziehungsberechtigten ein 7jähriges Kind, das an einer lebensbedrohenden tuberkulösen Vereiterung der Fußwurzelknochen litt, operierte, hat

\* Vortrag, gelegentlich der Tagung der Deutschen Gesellschaft für gerichtliche und soziale Medizin in München 1952.

ausgesprochen: der Arzt, der wider den ausdrücklichen Willen des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters eine Operation vornimmt, begeht, auch wenn er in der Absicht, den Kranken zu heilen, handelt, eine strafbare Körperverletzung. Denn (377/78) auch der zum Zweck des Heilverfahrens vorgenommene chirurgische Eingriff in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmaßen eines Menschen trägt nach dieser Ansicht objektiv den Charakter einer „Mißhandlung“ im Sinne des § 223 StGB. In E. 38, 34 ist vom R.G. diese Auffassung wiederholt und sie ist bis heute von der höchstrichterlichen Praxis *nicht* zurückgenommen worden. Sie ist vom chirurgischen Eingriff folgerichtig auch auf entsprechende internistische Eingriffe auszudehnen.

Gegen diesen Standpunkt der höchstrichterlichen Praxis hat die *Strafrechtswissenschaft* immer wieder nachdrückliche Einsprüche erhoben. Sie will es nicht gelten lassen, daß der *kunstgerechte* ärztliche Eingriff, der vielleicht Leben und Gesundheit des Patienten aus schwerer Gefahr gerettet hat, eine „Körperverletzung“ im Sinne des § 223 StGB. sein soll. Indem sie dadurch gezwungen ist, genau zu bestimmen, was ein regelgemäßer „Heileingriff“ im Gegensatz zum „Kunstfehler“ bedeutet und *warum* ihm der Charakter der Körperverletzung abgeht, führt sie uns unmittelbar in den Kern auch unserer Problematik.

Im Mittelpunkt steht die Frage, was wir unter einem „Heileingriff“ verstehen wollen. Die Ansichten hierüber gehen auseinander. Wesentlich scheint mir, und darüber besteht im ganzen Einigkeit, daß für den Begriff „die *Tendenz*, *nicht* der *Erfolg*“ entscheidet (EB. SCHMIDT, Arzt 70). Dabei bedeutet hier wie im folgenden *juristisch* das Wort „Erfolg“ nichts anderes als die tatsächliche Folge, also ebenso den günstigen wie den Mißerfolg. Vielfach wird dieses Merkmal „Tendenz“ rein *objektiv* als Tendenz der *Handlung* gefaßt. Mir will es richtiger erscheinen, von einem Heileingriff nur dort zu reden, wo auch *subjektiv* das Handeln von einer Heilabsicht geleitet ist. Dementsprechend sind notwendige Voraussetzungen dafür, daß wir von einem „Heileingriff“ reden können und dürfen:

1. *Objektiv*, daß der Eingriff *lege artis* erfolgt, das aber heißt: daß ein „nach den Regeln der ärztlichen Kunst gebotener Eingriff“ vorliegt. Er muß „einwandfrei indiziert“ und diesen Regeln gemäß durchgeführt sein. Wenn man meist formuliert, es müßten „Eingriffe und Behandlungen vorliegen, die der Übung eines gewissenhaften Arztes entsprechen“ (SCHÖNKE 6. Aufl. Komm. StGB. § 223 V), so deckt sich dies im wesentlichen mit der hier vertretenen Auffassung; denn auch diese Wendung wird genauer dahin verstanden (V. 4), daß diese Eingriffe und Behandlungen „nach dem Stande der ärztlichen Wissenschaft angezeigt sind und kunstgemäß ausgeführt werden“ und daß sie „auch vom Standpunkt der ärztlichen Ethik aus statthaft sind“ (deshalb hat z. B.

RGStr. 74, 92 ärztlich nicht gebotenen Scheidenmassagen den Charakter eines Heileingriffs versagt).

Dabei ist *eine* Erwägung von ganz besonderer Bedeutung: Auch die medizinische Wissenschaft und mit ihr die Regeln der ärztlichen Kunst entwickeln sich. Was heute durch sie geboten, kann morgen von ihnen verworfen sein und umgekehrt. Der Beurteilung in der vorliegenden Frage muß aber stets der *Zeitpunkt des Eingriffs* zugrunde gelegt werden. Mit anderen Worten: die Beurteilung ist eine solche *ex ante*. Es gilt dies gleichermaßen für die Diagnose wie für die Behandlung selbst: nur nach dem, was *damals* (nach dem damaligen ärztlichen Wissen) *erkennbar* und *damals geboten* war, darf beurteilt werden, ob ein echter Heileingriff vorliegt oder nicht. Es darf also *nicht ex post*, d. h. einfach nach den Erkenntnissen und Behandlungsregeln geurteilt werden, die im Zeitpunkt der Beurteilung gelten. Wenn *inzwischen* erst, infolge fortschreitender Erkenntnis und Erfahrung, der im Zeitpunkt des Eingriffs *lege artis gebotene* Eingriff sich als unzutreffend herausgestellt hat, so entzieht dies dem Eingriff *nicht* den Charakter eines echten Heileingriffs.

2. *Subjektiv*, d. h. nach der Absicht des Handelnden, muß der Eingriff, um „Heileingriff“ zu sein, *stets* von der Absicht getragen sein, das *individuelle gesundheitliche Wohl* des betroffenen Patienten zu fördern. Wo solche Absicht fehlt, z. B. bei der bloßen Absicht des *Experiments*, beim Handeln zum Wohle *anderer* (Blut-, Hautentnahme usw.), da liegt kein „Heileingriff“ in unserem Sinne vor, mag der Eingriff auch objektiv nach ärztlicher Regel gerechtfertigt sein.

*Welche Bedeutung kommt rechtlich solchem echten „Heileingriff“ zu?* Leider gehen über diese Frage die Meinungen auch heute noch sehr auseinander und hat sich, wie bemerkt, ein starker Gegensatz zwischen der herrschenden *Praxis* und der überwiegenden Meinung der Wissenschaft gebildet. Die Praxis wird noch immer beherrscht von der erwähnten Entscheidung des RGStr. 25, 375 v. 31. 5. 1894: danach soll (377/78) *stets*, auch der zum Zweck des Heilverfahrens vorgenommene chirurgische Eingriff in die Unversehrtheit des Körpers und der Gliedmaßen eines Menschen objektiv den Charakter eines „Mißhandelns“, also einer *Körperverletzung* tragen, weil darunter „im weitesten und allgemeinsten Sinne alle unmittelbar und physisch dem körperlichen Organismus zugefügten *Verletzungen*“ zu rechnen seien. Die in der Wissenschaft herrschende Auffassung lehnt diese Schlußfolgerung ab; sie verneint beim echten „Heileingriff“ schon rein *tatbestandlich* gesehen das Vorliegen einer Körperverletzung oder einer Tötung. Ich schließe mich dieser Auffassung an, aber ich möchte dabei nicht verkennen und es auch ausdrücklich aussprechen, daß die *Begründung* dieses Standpunktes auch heute der Wissenschaft recht erhebliche *Schwierigkeiten*

macht. Ich möchte mir versagen, die einzelnen Versuche einer solchen Begründung, die uns die Literatur gibt, im einzelnen genauer kritisch zu besprechen, jedoch wenigstens auf folgende Punkte besonders hinweisen:

1. Verhältnismäßig leicht ist die Begründung dort, wo es sich um einen *geglückten*, also um einen im *Ergebnis* gesundheitsfördernden Eingriff handelt. Ein echter Heileingriff ist, das muß schon nach dem Wortlaut des Gesetzes gegen das RG gesagt werden, kein „körperliches *Mißhandeln*“, wie es § 223 StGB. fordert. Aber es ist auch *kein* „an der Gesundheit beschädigen“, wie es an zweiter Stelle im § 223 StGB. genannt ist; mag auch, z. B. bei einer schweren Operation, ein gewisses *Durchgangsstadium* herabgesetzter Gesundheit eingetreten sein, so kann *sinngemäß* doch nur das schließlich vorliegende *Gesamtergebnis* entscheiden; und dieses ist keine Gesundheitsschädigung, sondern im Gegenteil eine *Gesundheitsförderung*.

2. Sehr viel schwieriger dagegen wird die Begründung, wo es sich um einen *mißglückten* Eingriff, also um einen auf die Dauer *geschädigten Gesundheitszustand* handelt. Diese Möglichkeit *kann* eintreten, mag es sich um chirurgische, internistische, psychotherapeutische oder sonstige Eingriffe handeln; sie steht nicht in Widerspruch mit unserem Begriff des „Heileingriffs“. Denn: auch „ein einwandfrei indizierter und lege artis durchgeführter Eingriff kann mit einem *Mißerfolg*, möglicherweise mit dem Tode des Patienten enden“ (EB. SCHMIDT, Arzt 70). Können wir hier wirklich noch sagen, der Patient sei im Sinne des § 223 StGB. *nicht* „an der Gesundheit beschädigt“ worden? Dem üblichen Sprachgebrauch nach gewiß *nicht*. Eine *Verneinung* des gesetzlichen Merkmals läßt sich meines Erachtens *nur* so halten, daß man das „im Sinne des § 223 StGB.“ in einer ganz *spezifisch juristischen* Bedeutung versteht. Nämlich: das Gesetz sieht stillschweigend im echten Heileingriff eine (generell) sozial notwendige — also eine, wie man heute sagt, „*sozial adäquate*“ Handlung. Es ist daher *sinngemäß*, daß man *von vornherein* und generell solche Handlungen als nicht vom Tatbestand des Gesetzes getroffen ansieht und zwar *auch* dann nicht, wenn der Wortlaut des Gesetzes äußerlich betrachtet auf sie zutrifft.

3. Die Schwierigkeit erhöht sich freilich, wenn wir annehmen, daß, trotz Handelns lege artis, im Einzelfall der Eingriff den *Tod* des Patienten zur Folge gehabt hat. Auch mit dieser *Möglichkeit* müssen wir stets rechnen. Geht es dann an, im Sinne des § 222 StGB. zu sagen, der Eingriff habe *nicht* „den Tod eines Menschen verursacht“? Dem Wortlaut nach wiederum ganz gewiß *nicht*. Halten läßt sich auch hier die *Verneinung* des Tatbestandes der Tötung *nur* dann, wenn wir dem Gesetz die Voraussetzung unterstellen, es habe auf die von ihm *generell gebilligten* und als notwendig erkannten „Heileingriffe“ *von vornherein*

seinen Tatbestand als *unanwendbar* angesehen. Wir möchten diesen, von LÖFFLER VDB. V. 247 schon im Jahre 1905 vertretenen Standpunkt trotz der Schwierigkeiten, die sich aus dem Wortlaut des Gesetzes ergeben, für *gerechtfertigt* halten.

Wenn man Bedenken trägt, dieser Auslegung beizutreten, wird man dem Gedankengang von EB. SCHMIDT Rechnung zu tragen haben: Nach ihm fehlt im Augenblick des kunstgerechten Eingriffs subjektiv wie objektiv die auf Körperverletzung und Tötung gerichtete Tendenz der Handlung und es ist lediglich nicht gelungen und nach dem derzeitigen Stand der ärztlichen Kunst auch nicht gefordert, durch weiteren Eingriff die durch den ersten Eingriff zulässigerweise heraufbeschworbenen Gefahren abzuwenden. Doch handelt es sich bei diesem Auslegungsversuch strenggenommen nicht um einen Ausschluß des Tatbestandes, sondern um einen Ausschluß der Rechtswidrigkeit. Der erstgenannte Auslegungsweg ist daher der durchgreifendere.

Schließt man sich dem hier im Gegensatz zum Reichsgericht und der Praxis entwickelten Standpunkt an, so folgt daraus als *Ergebnis*: ein „echter Heileingriff“ in dem genannten Sinn ist *seinem Wesen nach* auch bei ungünstigen Folgen *niemals eine Körperverletzung oder eine Tötung nach dem Strafgesetz*.

Überall dort, wo ein echter „Heileingriff“ im geschilderten Sinne vorliegt, kommt also *auch bei ungünstigem* Ausgang eine Strafbarkeit wegen Körperverletzung (§ 230 StGB.) oder Tötung (§ 222 StGB.) von vornherein *nicht* in Betracht. *Auch nicht*, wenn sonstige „Rechtfertigungsgründe“, z. B. die Einwilligung des Patienten in den Eingriff, fehlen.

Es bleibt aber das Problem, wie der Patient gegen „*eigenmächtige Heilbehandlung*“ des Arztes zu schützen sei. Die Entwürfe zu einem neuen StGB. wollten dazu eine *besondere* Strafbestimmung bringen; daß ein solcher Sondertatbestand noch immer in unserem geltenden Strafrecht fehlt, ist der tiefere Grund, daß die Praxis bis heute den unerfreulichen Standpunkt des RGSt. 25, 375; 38, 34 trotz aller Einwendungen noch nicht aufgegeben hat. Nach *unserer* Auffassung aber kann hier, mag auch die juristische Begründung nicht ganz einfach sein, der geltende § 240 StGB. zur Anwendung kommen (Strafrecht, Bes. Teil, 2. Aufl. 1951, S. 49). *Eigenmächtige Heilbehandlung*, auch wo sie zu *gutem Erfolg* führt, ist (wie dies z. B. auch im schweizerischen Recht vertreten wird) als *Nötigung* strafbar. *Pflichtwidrige Verweigerung der Einwilligung* seitens des Erziehungsberechtigten wird man dabei jedoch, wo daraus ernste Gefahren für Leib und Leben des Pflegebefohlenen entstehen und nicht rechtzeitig anderweitig abgewendet werden können, zu gunsten des Arztes als Einwilligung werten dürfen, wie dies auch RGSt. 74, 350 vom 4. November 1940, wenn auch in manchem zu weitgehend, getan hat.

Bei der Unsicherheit der geschilderten Rechtslage wird man eine *gesetzliche Regelung des gesamten Fragenkomplexes* im Sinne der früheren Strafgesetzentwürfe fordern müssen. Es wäre wünschenswert, wenn auch die gegenwärtige Tagung, wie der Chirurtag im Frühjahr dieses Jahres in München, eine diesbezügliche *Resolution* fassen würde.

## II.

Unsere *zweite Frage* lautet: Was ist ein „*Ärztlicher Kunstfehler*“? Wir trennen, aus noch näher zu erwähnenden Gründen, diese Frage nach dem *Begriff* des ärztlichen Kunstfehlers scharf von der Frage nach der *Strafbarkeit* desselben. Die *Antwort* auf die Frage nach der begrifflichen Abgrenzung jenes vielgebrauchten und vielumstrittenen Ausdrucks ist grundsätzlich in unseren bisherigen Erwägungen enthalten.

Vom „*Heileingriff*“ im bisher entwickelten Sinne unterscheidet sich nämlich der „*Kunstfehler*“ allein dadurch, daß bei ihm der Eingriff *nicht* „*lege artis*“ erfolgt. Wir verstehen also ganz scharf gesagt unter einem ärztlichen Kunstfehler *jedes* Verhalten des Arztes, das *rein objektiv gesehen* — ganz unabhängig von den Folgen und von der Frage des „*Verschuldens*“ beim Handelnden — *den Regeln der ärztlichen Kunst nicht entspricht*. Unsere Auffassung deckt sich dabei weitgehend mit der Anschauung von EB. SCHMIDT und von ENGISCH in ihren Referaten beim Münchener Chirurgenkongreß (Arzt 136ff., Gerl. Med. 36): Ersterer betont mit Recht, daß jeder unterlaufende Fehler bei irgendeinem Eingriff und einer Behandlung (auch z. B. bei einem Eingriff zu rein diagnostischen Zwecken) in der Arbeit am Kranken hierher zählt. Auch wir lehnen mit ihm die Herausnahme bloßer „*Versehen*“ (138) oder bloßen „*Mißgeschicks*“ aus dem Begriff des Kunstfehlers ausdrücklich ab.

Mit allem Nachdruck betont daher EB. SCHMIDT, daß der Ausdruck „*Kunstfehler*“ zunächst „*kein juristisches Werturteil*, sondern lediglich die Bezeichnung für einen Sachverhalt“ ist. Es ist daher *ganz verkehrt*, beim Kunstfehler sofort an ein „*fahrlässiges*“ Verhalten zu denken (139). „*Ich kann nicht genug davor warnen, das Wort Kunstfehler als ‚juristischen Begriff‘ zu nehmen*“, heißt es dort.

Auch wir möchten es nachdrücklich unterstreichen, daß das Vorliegen eines „*Kunstfehlers*“ *in keiner Weise* schon die Feststellung eines „*fahrlässigen*“ Verhaltens in sich schließt. Und doch ist die *Feststellung eines solchen Kunstfehlers* — insoweit bedarf die Darstellung von EB. SCHMIDT einer Einschränkung — *auch juristisch auf alle Fälle von Bedeutung*: indem nämlich, *soweit* ein solcher Kunstfehler vorliegt, der objektive Charakter des „*Heileingriffs*“ (I) entfällt, wird der *Tatbestand* der Körperverletzung §§ 223ff. StGB. und der *Tötung* §§ 211ff. StGB. (die entsprechenden Folgen vorausgesetzt) *anwendbar*. Oder

*anders ausgedrückt*: wo Gesundheitsbeschädigung bzw. Tod die Folgen des Kunstfehlers sind, da liegt (*auch* dann, wenn den handelnden Arzt persönlich keinerlei „Schuld“ an dem Vorfall trifft) der *Tatbestand* der Körperverletzung bzw. der Tötung vor und es erhebt sich damit die *Frage nach der besonderen „Rechtfertigung“* des Vorgehens und, wo solche versagt, nach der „Schuld“ des handelnden Arztes. Mit anderen Worten: sobald objektiv ein „Kunstfehler“ vorliegt, gelten in allem Wesentlichen die *Regeln RGStr. 25, 375, 38, 34.*

*Wie aber läßt sich im einzelnen Fall ein solcher „Kunstfehler“ feststellen?* Aus unserer Auffassung, wonach der Kunstfehler ein Verstoß gegen die *lex artis* ist, *folgt*, daß die Frage des Kunstfehlers zunächst eine *medizinische* und keine primär juristische Frage ist. Wo sich aber die medizinischen „Sachverständigen“ widersprechen, wo der eine von ihnen einen Kunstfehler bejaht und der andere ihn leugnet, da wird sich der *Richter* doch eine persönliche Überzeugung darüber bilden müssen, *was* nun (wir wiederholen: *zur Zeit des Eingriffs*) „*lex artis*“ *war* und *ob* der Angeklagte (*objektiv!*) von dieser *lex* abgewichen ist. Und weil dem so ist, glauben wir, *teilweise* anders als EB. SCHMIDT, daß schon im *Begriff* des Kunstfehlers *juristische* Gesichtspunkte eine Rolle spielen und spielen müssen.

1. *Zunächst*: Was heißt „*Lex artis*“? Man pflegt die Worte zu übersetzen mit: „anerkannte Regeln der ärztlichen Kunst“. Aber gibt es überhaupt solche *feststehenden* „Regeln“, nach denen der Richter eindeutig und sicher die Frage nach dem Vorliegen eines „Kunstfehlers“ entscheiden könnte? Daß dies *nicht* ohne weiteres der Fall ist, hat sich uns schon daraus ergeben, daß die Regeln *zur Zeit* des Eingriffs und *nicht* die Regeln zur Zeit der Beurteilung maßgebend sein sollen. Schon diese zeitliche Unterscheidung zeigt, daß jene Regeln nichts unbedingt „Feststehendes“ sind.

Eine vielumstrittene Entscheidung des RG. aus dem Jahre 1931 E. 67, 12/29 hat sich anlässlich der Behandlung einer Blinddarmentzündung mit tödlichem Ausgang durch einen nichtapprobiierten Heilbehandler in eingehenden Erwägungen mit der aufgeworfenen Frage beschäftigt. Ausgehend von der im geltenden deutschen Recht grundsätzlich bestehenden „Kurierfreiheit“ (22) auch für schwere Krankheiten bekennt sich das Urteil zu dem Satz: „Die allgemeinen oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft *genießen* grundsätzlich *keine Vorzugsstellung* vor den von der Wissenschaft abgelehnten Heilverfahren ärztlicher Außenseiter oder nichtärztlicher Heilbehandler.“ Das Urteil lehnt in diesem Zusammenhang den Begriff der „*Schulmedizin*“ (16) *ab* und zwar der Schulmedizin *sowohl* im Sinne der „auf den Universitäten gelehrten medizinischen Wissenschaft, deren Beherrschung bei den Prüfungen und bei der Approbation

vorausgesetzt wird“, wie auch derjenigen *innerhalb* der Universitätslehre mit ihren Verschiedenheiten z. B. zwischen Allopathen und Homöopathen. So sind auch in dem damals entschiedenen konkreten Fall die beiden *ärztlichen* Sachverständigen, der eine als Vertreter der operativen, der andere als Vertreter der „konservativen“ Methode bei der Blinddarmentzündung zu *verschiedenen* Ergebnissen in der Beurteilung gelangt. Mit anderen Worten: die „Schulmedizin“ kann die Frage nach der maßgebenden *lex artis* im ganzen nicht beantworten, weil es vielfach eine einheitliche „Schule“ gar nicht gibt und diese, auch wenn es sie gäbe, *juristisch* nicht binden würde.

Wie aber soll sich der *Richter* in dieser Lage zwischen den sich widersprechenden Ansichten der „Sachverständigen“ zurechtfinden und in Zweifelsfällen die wahre „*lex artis*“ feststellen? Mit Recht weist EB. SCHMIDT (Gerl. Med. 40) darauf hin, „daß die (sc. allgemeinen) wissenschaftlichen Richtungsgegensätze in der Medizin in foro nicht vorschnell und ohne wichtigen Grund ausgespielt werden“ sollten (denn sie kann der Richter ja gar nicht „entscheiden“!). Er empfiehlt (39) daher in beachtlicher Weise eine „Methode des Vergleichs der Erfolgsaussichten“ im *konkreten* Fall. Ergibt dieser Vergleich, daß in concreto das vom Angeklagten *abgelehnte* Verfahren „unter allen Umständen den Vorrang vor dem von ihm verwendeten Verfahren verdient“, so steht damit *objektiv* der Kunstfehler fest.

2. *Sodann*: Läßt sich die maßgebende „*lex artis*“ generell und abstrakt feststellen oder ist dafür auch die *konkrete Situation* und die *Person des handelnden Arztes* sowie sein *persönliches* Verhalten von Bedeutung? Auch dabei handelt es sich wiederum um eine *juristische* Frage.

Man ist zunächst versucht, die Frage rein im *abstrakten* Sinne zu beantworten: denn das Wesen der „Regel“ ist ja doch dies, daß sie generell und allgemein gelten soll. Und doch läßt sich an einer solchen Nichtberücksichtigung der konkreten Lage und Situation nicht festhalten. Für den Arzt in der Landpraxis abseits von jeder Großstadt kann als „Regel der ärztlichen Kunst“ nicht dasselbe gelten wie für eine Operation in einer Universitätsklinik, der alle modernen technischen und literarischen Hilfsmittel unmittelbar zur Verfügung stehen. Nicht nur zeitlich, sondern auch örtlich und nach der konkreten Situation ist die *lex artis* wandelbar.

Deshalb läßt sich, so sehr wir den Unterschied zwischen dem *Begriff des Kunstfehlers* und dem *Verschulden* der handelnden Person betont haben und daran auch festhalten, die Frage des *pflichtmäßigen Verhaltens* des Handelnden nicht völlig von der Feststellung, ob ein „Kunstfehler“ vorliegt, trennen. Auch die Frage der Beziehung und Beaufsichtigung Dritter gehört hierher. Der tiefere Grund dieser

inneren Verbindung beider Fragen liegt darin, daß die „Regeln der ärztlichen Kunst“ nichts Starres und Totes sind, sondern selbst wieder auf das in concreto „pflichtmäßige“ Verhalten des Arztes Bezug nehmen. Ohne letzteres können sie in Wahrheit gar nicht bestehen. Die „ärztliche Kunst“ ist kein Exerzierreglement, sondern ist Richtschnur einer ethischen Persönlichkeit.

3. *Endlich* müssen wir noch zu einer sehr umstrittenen und schwierigen Frage Stellung nehmen: Kann für die Frage der Feststellung eines ärztlichen „Kunstfehlers“ auch die *Einwilligung* des Patienten von Bedeutung werden? Die Frage ist deshalb besonders schwierig zu beantworten, weil sie zugleich das vielverzweigte und heikle Problem der ärztlichen Aufklärungspflicht berührt.

EB. SCHMIDT, Gerl. Med. 40/41 lehnt jeden Einfluß der Einwilligung des Patienten auf die Frage nach dem Vorliegen eines Kunstfehlers eindeutig ab. „Zustimmung des Patienten zu einer fehlerhaften Behandlung mit schädigenden Folgen beseitigt weder die Bedeutung dieser Behandlung als eines Kunstfehlers, noch entlastet sie den Arzt als solche von der Verantwortung.“ Dies klingt zunächst sehr einleuchtend und trifft im allgemeinen auch weitgehend zu. Und doch möchte ich die Frage der „Einwilligung“ *nicht unter allen Umständen* von der begrifflichen Abgrenzung „unbedingt“ abtrennen. Die einschlägigen Fragen sind zu fein, als daß wir solche seelischen Beziehungen des Arztes zu seinem Patienten *völlig* ausschalten könnten; auch sie sind ein *wesentliches* Moment der „ärztlichen Kunst“. Wenn der Arzt einem Patienten, der das nötige Verständnis besitzt, in einem *zweifelhaften* Fall das Für und Wider des einen und anderen Weges ausführlich auseinandersetzt und wenn sich dann *beide* gemeinsam gewissenhaft für den einen der beiden Wege entscheiden, so *kann* dadurch ein „Kunstfehler“ entfallen, auch wenn sich vielleicht nachher herausstellt, daß der andere Weg „objektiv“ der bessere gewesen wäre.

So zeigt sich nach allen Seiten hin, daß die Feststellung eines Kunstfehlers eine Reihe schwieriger Fragen in sich schließt und zu zahlreichen feinen und vielverzweigten Problemen auch juristischer Art führt.

### III.

Unsere *dritte* und letzte Frage lautet: *Welche strafrechtliche Bedeutung* kommt der Feststellung eines ärztlichen Kunstfehlers zu?

Entgegen der eindeutig ablehnenden Meinung jeder juristischen Bedeutung der „objektiven“ Feststellung vom Vorliegen eines ärztlichen „Kunstfehlers“ hat sich uns ergeben, daß *schon* diese Feststellung als solche juristische Bedeutung besitzt: sie läßt im Gegensatz zum kunstgerechten Heileingriff die *Tatbestände* der Körperverletzung §§ 223 ff. StGB. bzw. der Tötung §§ 211 ff. StGB. gegebenenfalls zur Anwendung

kommen, wenn der Kunstfehler (II) die entsprechenden Wirkungen einer Gesundheitsbeschädigung oder des Todes zur Folge gehabt hat. Aber auch damit ist *keineswegs schon die Strafbarkeit* wegen Körperverletzung bzw. Tötung gegeben. Denn das geltende Recht straft nur *schuldhaft*, d. h. vorsätzliche oder fahrlässige (§§ 222, 230 StGB.), Körperverletzung bzw. Tötung. Neben dem „Kunstfehler“ muß also immer erst noch die *Schuld* des Handelnden an diesem Fehler und seinen Folgen erwiesen sein, damit es zur *Strafbarkeit* kommt. *Mit dem Kunstfehler als solchem ist dieses Verschulden noch nicht eo ipso gegeben.*

Es sind also, genauer gesagt, *zwei* Voraussetzungen hier noch näher zu prüfen, von denen die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Handelnden abhängig ist: der *Kausalzusammenhang* zwischen dem Kunstfehler und den schädigenden Folgen und die *Schuld* desjenigen, der den Kunstfehler begangen hat.

1. Zunächst muß ein *Kausalzusammenhang* (Ursachenzusammenhang) zwischen dem Kunstfehler und denjenigen Folgen bestehen, für die eine Verantwortung gegeben sein soll. Hierfür gelten die allgemeinen Grundsätze, wie sie die Rechtsprechung und die Strafrechtswissenschaft (teilweise mit voneinander abweichenden Ergebnissen) entwickelt haben.

Besondere Schwierigkeiten macht dabei die Kausalität der *Unterlassung*. Allgemeiner strafrechtlicher Regel gemäß besteht strafrechtliche Verantwortlichkeit zunächst für falsches positives Eingreifen, dann aber grundsätzlich daneben auch für *pflichtwidriges Unterlassen*. „Kunstfehler“ werden gar nicht selten in einem solchen *Unterlassen* bestehen: z. B. im Übersehen bestimmter Umstände bei der Diagnose, im Nichtbeachten vorhandener Krankheitssymptome, in der Nichtanwendung gebotener therapeutischer Maßnahmen (z. B. einer Serumbehandlung, eines rechtzeitigen chirurgischen Eingriffs usw.), in der Nichtverhinderung einer Verschlimmerung, der Krankheit usw. Wie sonst ist auch hier für strafrechtliche Verantwortlichkeit für einen bestimmten schädigenden Erfolg (also für Körperverletzung oder Tod) *Kausalität*, Ursachenzusammenhang zwischen dem Kunstfehler und der Schädigung notwendig. Mit Recht fordert das RG, z. B. in RGStr. 75, 326 zum Nachweis solcher Kausalität einer Unterlassung den *Beweis*, daß „mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit durch die gebotene (vom Täter unterlassene) Handlung der *schädigende Erfolg* abgewendet worden wäre“. Wir treten diesem Erfordernis, das in genauer Parallele zu dem Erfordernis der Kausalität des positiven Tuns steht, bei (so schon Strafrecht Allgem. Teil, 4. Aufl. 1952, S. 68). Wenn EB. SCHMIDT (Arzt 85 und sonst) demgegenüber sich schon mit bloßer Mißachtung einer Erfolgsabwendungspflicht, deren sozialer „Sinn“ die Verhinderung schädigender Erfolge ist, begnügen will, so dehnt er

damit die Erfolgshaftung des Arztes für Unterlassen allzu weit aus, ohne dafür im Gesetz eine genügende Stütze zu finden. Im übrigen muß die Pflicht, aus der die Haftung für schädigende Folgen einer Unterlassung hergeleitet werden soll, ihrem Sinne nach — anders z. B. § 330 c StGB. (BGHStr. 2, 296) — eine wirkliche „Erfolgsabwendungspflicht“ sein (EB. SCHMIDT, Mon. Krim. Biol. 33, 99 Anm. 14).

2. *Außer* dem Kausalzusammenhang des Kunstfehlers mit dem Schaden, für den strafrechtlich gehaftet werden soll, ist ein *Verschulden des Täters in Beziehung auf den Erfolg* erforderlich. Das geltende Recht kennt in dieser Hinsicht Vorsatz und *Fahrlässigkeit*. Nur letztere beschäftigt uns hier. Auch sie muß „in Beziehung auf den Erfolg“ vorliegen. Es genügt *nicht* fahrlässiges Handeln an sich. Den Täter muß der Vorwurf treffen, er habe infolge seines pflichtwidrigen Verhaltens gerade *diese* Folge verschuldeterweise nicht vorausgesehen und deshalb nicht vermieden. Dies gilt für fahrlässige Körperverletzung (§ 230 StGB.) genau so wie für fahrlässige Tötung (§ 222 StGB.). Es kann sich also z. B. die Strafbarkeit auf *Körperverletzung* beschränken, auch wenn in der Folge der Tod des Patienten eingetreten ist, wenn man dem Arzt zwar vorwerfen kann, er habe die Gesundheitsschädigung, nicht aber die Todesfolge voraussehen können.

Über das *Wesen der Fahrlässigkeit* ist in der juristischen Literatur viel geschrieben; wir brauchen darauf im einzelnen nicht näher einzugehen. Es mag genügen, darauf hinzuweisen, daß es zur Feststellung der Fahrlässigkeit entscheidend auf den Vergleich mit dem Handeln eines in Diagnose, Therapie und Prophylaxe gewissenhaft verfahrenen Arztes und auf die hieraus für den Einzelnen sich ergebenden Anforderungen ankommt. Wichtig ist es freilich, dabei festzuhalten, daß es im *Strafrecht*, im Gegensatz zu dem mehr generalisierenden Zivilrecht, ganz auf die Beachtung der *individuellen* Umstände des Falles und des zur Verantwortung gezogenen Täters ankommt. Es darf also nicht nur gefragt werden, was „man“ unter diesen Umständen hätte tun sollen, sondern immer nur danach, was man von dem *individuellen Täter* mit *seinen* Fähigkeiten und den *ihm* zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln in der konkreten, *individuellen Situation* billigerweise hätte verlangen können. Dabei ist allerdings stets beides zu prüfen, einmal, ob er zu Recht die Untersuchung und die Behandlung *übernommen* und *behalten*, und sodann, ob er dieselbe im einzelnen pflichtgemäß *durchgeführt* hat.

Mit diesen mehr skizzenhaften Bemerkungen über den Kausalzusammenhang und das Verschulden als Grundlage der strafrechtlichen Haftung, über deren Einzelheiten das juristische Schrifttum zu vergleichen wäre (z. B. zur Frage des sog. Verbotsirrtums der bedeutsame Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 18. März 1952 BGHStr. 2, 194),

möchte ich meine Ausführungen über die strafrechtliche Bedeutung des ärztlichen Kunstfehlers beschließen.

#### Literatur.

In Betracht kommen vor allem: EBERHARD SCHMIDT, Der Arzt im Strafrecht, 1939 (abgek.: Arzt); Lehrbuch der gerichtlichen Medizin von PONSOLD S. I ff., 1950 (abgek.: Gerl. Med.); Rechtsfragen zur chirurgischen Operation, Referat beim Münchener Chirurgenkongreß im Frühjahr 1952 (abgek.: Chir.-Kongr.); ENGISCH, Irrtümer und Fehler des Chirurgen (ebenso).

Die eigene Auffassung findet ihre nähere Begründung bei: MEZGER, Strafrecht, Allgem. Teil, 4. Aufl. 1952, und Besonderer Teil, 3. Aufl. 1952 (abgek.: Strafr. I. und II.).

Die ausgedehnte Literatur ist im übrigen aus den genannten Schriften ersichtlich.

Prof. Dr. EDM. MEZGER, München, Kaulbachstr. 89.

— — — — —