

Andererseits macht aber gerade die Vollaufklärung bei besonders bedrohlichen Erkrankungen (Krebs) das Selbstbestimmungsrecht insofern illusorisch, als die meisten Patienten auf eine entsprechende Enthüllung mit schwersten seelischen Erschütterungen reagieren, die auch die körperliche Widerstandskraft schwächen können. In solchen Fällen fügt der Arzt gerade mit der Vollaufklärung dem Patienten einen Nachteil zu, der von diesem nicht bewilligt wurde und der dem vom Kranken zunächst angestrebten Zweck der Behandlung widerspricht. Einschränkung der Aufklärung kann deshalb erlaubt, ja geboten sein. Angesichts der Schwierigkeit, die individuelle Reaktion des Patienten auf Enthüllungen wie die des Krebsbefundes vorauszusehen, ist dabei dem Arzt für Art und Umfang der Aufklärung ein weitgespannter Ermessensbereich zuzugestehen.

Literatur

- GEILEN, G.: Einwilligung und ärztliche Aufklärungspflicht. Bielefeld: Gieseking 1963.
- HINDERLING, H.: Persönlichkeit und subjektives Recht. Die ärztliche Aufklärungspflicht. Basler Studien zur Rechtswissenschaft 1963, H. 66. Basel: Helbing & Lichtenhahn.
- SCHMIDT, E.: Empfiehlt es sich, daß der Gesetzgeber die Fragen der ärztlichen Aufklärungspflicht regelt? Gutachten für den Deutschen Juristentag 1962 (J. C. B. Mohr, Tübingen).

Professor Dr. jur. HANS HINDERLING
Basel, Thiersteinerrain 131

P. NOLL (Mainz): Der ärztliche Eingriff in strafrechtlicher Sicht.

Die Diskussion des rechtlichen Problems der Heilbehandlung begann im deutschen Sprachbereich meines Wissens 1892, als OPPENHEIM in Basel seine Rektoratsrede dem „Ärztlichen Recht zu körperlichen Eingriffen“ widmete. Bekannt und für die weitere Diskussion grundlegend wurden vor allem die 1893 und 1898 erschienenen Schriften von CARL STOOSS, dem Schöpfer des Schweizerischen Strafgesetzbuches, „Operativer Eingriff und Körperverletzung“ und „Chirurgische Operation und ärztliche Heilbehandlung“. Seither hat sich die Literatur über dieses Rechtsproblem gewaltig vermehrt. Nicht nur die Juristen, auch die Ärzte haben sich dazu geäußert, dies vor allem in jüngerer Zeit in Deutschland, und zwar aus dem ganz konkreten Anlaß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. Ihr wurde besonders von ärztlicher, aber auch von juristischer Seite vorgeworfen, daß sie den Arzt überfordere, indem sie den Raum seines freien Ermessens in unerträglicher Weise einschränke, ihn in schwere Gewissenskonflikte hineinführe. Man muß sich nämlich vergegenwärtigen, daß der Arzt, der einen Patienten hat, bei welchem ein operativer Eingriff nötig ist, strafrechtlich in der Situation einer

Pflichtenkollision steht. Während im Normalfall der Bürger, der nicht sicher ist, ob ein bestimmtes Verhalten, das er vorhat, erlaubt ist oder nicht, die Berührung mit dem Strafrecht auf einfache Weise vermeiden kann, indem er untätig bleibt, ist dieser Ausweg dem operierenden Arzt von vornherein verschlossen. Für ihn gibt es kein Ausweichen in einen rechtlich indifferenten Bereich. Wenn er eine notwendige Operation unterläßt, ist er strafbar wegen des Unterlassungsdelikts, nimmt er eine Operation aber vor, kann er strafbar werden, weil sie nicht hinreichend indiziert war, weil er den Patienten nicht genügend aufgeklärt hatte oder weil ihm bei der Durchführung Fehler unterliefen. Der Arzt übt also auch strafrechtlich einen sehr gefährlichen Beruf aus.

Bevor ich in die rechtsdogmatische Betrachtung eintrete, möchte ich unter dem Blickwinkel der Frage, welche legitimen Bedürfnisse eine optimale gesetzliche Regelung und Rechtsprechung zu befriedigen hätte, die *rechtstatsächlichen Aspekte* des Problems kurz erwähnen. Die strafrechtliche Beurteilung des ärztlichen Eingriffes muß auf drei Gruppen von Beteiligten Rücksicht nehmen: die Patienten, die Ärzte und die Juristen. Deren Blickwinkel und Interessen sind je voneinander sehr verschieden. Der *Patient* ist in erster Linie an einem wirksamen Schutz und an einer wirksamen Förderung seiner Gesundheit und seines Lebens interessiert. Ihm kommt es ausschließlich auf das Resultat an, die Wege, auf denen es herbeigeführt wird, sind ihm verhältnismäßig gleichgültig. Ist die Operation gelungen und der Patient auch nicht gestorben, so wird es mit größter Wahrscheinlichkeit zu keinen strafrechtlichen Weiterungen kommen, selbst dann nicht, wenn der Arzt Fehler gemacht, z. B. den Patienten nicht genügend über das Operationsrisiko aufgeklärt oder die Operation selber unter ungenügenden Sicherheitsvorkehrungen vorgenommen hat. Der *Arzt* wird vor allem daran interessiert sein, seine Kenntnisse und Fähigkeiten ungehindert zum Wohle der Patienten anwenden, seinen Beruf rationell und ohne zu schwere Risiken ausüben zu können. Er wird vor allem eine gewisse Autonomie, eine Urteils- und Entscheidungsfreiheit, einen Raum freien Ermessens wünschen, um den Individualitäten des Einzelfalls gerecht werden zu können. Der *Jurist* schließlich, besonders der Richter, möchte praktikable Regeln zur Hand haben, mit sicheren, generellen Kriterien, die ihm in jedem Fall eine klare Entscheidung ermöglichen. Etwas vereinfachend und vergrößernd läßt sich sagen, daß der Patient am Erfolg, der Arzt an einem Ermessensspielraum bei der Beurteilung des individuellen Falles und der Jurist an einer klaren systematischen Ordnung interessiert ist. Dem entsprechen auch die verschiedenen Blickwinkel und Schwerpunkte der Äußerungen von ärztlicher und von juristischer Seite. In den Äußerungen der Mediziner finden wir sehr viel mehr konkretes Fallmaterial, sehr viel mehr Darstellung der Einzelfallproblematik; die Juristen sind mehr

um die generelle systematische Einordnung, um allgemeine Kriterien und Grundsätze bemüht. Die Verschiedenheit der Gesichtspunkte kann zu Spannungen führen: Der Arzt fühlt sich von den Juristen durch ein starres System eingeengt, der Jurist empfindet die konkrete und individualisierende Betrachtungsweise des Arztes als verwirrend und willkürlich. Letztlich maßgeblich bleibt, weil es eben der Richter ist, der schließlich urteilt, die Betrachtungsweise der Juristen. Diese tun aber gut daran, sich nicht einfach an ein vorgefaßtes dogmatisches System zu klammern, ungeachtet der Folgen, die sich für die soziale Wirklichkeit aus der formalen Deduktion ergeben, sondern eine Dogmatik zu entwickeln, die problemgerecht ist und nicht weiter als für die Rechtssicherheit nötig generalisiert, und das können sie nur, wenn sie sich die konkrete Problematik, vor der der Arzt steht, möglichst plastisch und verständnisvoll vor Augen führen.

1. Die Heilbehandlung

Die zwischen Rechtsprechung und Lehre umstrittene dogmatische Kardinalfrage beim ärztlichen Eingriff zu Heilzwecken ist bekanntlich die, ob diese Handlung den *Tatbestand der Körperverletzung* erfülle oder nicht. Um die Frage vollständig zu erörtern, müßten die grundlegenden Lehren vom Tatbestand und von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht in ihrer ganzen Breite dargestellt werden, was ich Ihnen nicht zumuten möchte, zumal diese ganze Dogmatik in der Diskussion der letzten Jahre nicht einfacher, sondern immer komplizierter geworden ist.

Der deutsche Bundesgerichtshof nimmt, wie schon das Reichsgericht es tat, in ständiger Rechtsprechung an, daß auch der kunstgerecht vorgenommene und geglückte Heileingriff den Tatbestand der Körperverletzung erfülle. Die Rechtsprechung muß demnach einen Rechtfertigungsgrund finden, der trotzdem die Strafflosigkeit des Arztes ermöglicht. Diesen Rechtfertigungsgrund sieht sie in der Einwilligung des Patienten. Weil die ganze Rechtfertigung nach der Rechtsprechung an der Einwilligung des Patienten hängt, nicht etwa am Heilzweck, kommt dem Willen des Patienten und seiner Genese nach der Judikatur eine so überragende Bedeutung zu; und es ist die logische Folge dieser Konzeption, daß die *Aufklärungspflicht des Arztes ins Zentrum der Diskussion gerückt ist*.

Die Körperverletzung wird *im deutschen Recht* nach § 223 StGB definiert als körperliche Mißhandlung oder Gesundheitsbeschädigung. Als Gesundheitsbeschädigung läßt sich mindestens der erfolgreiche Heileingriff nicht gut qualifizieren. Die Rechtsprechung hat denn auch die Heilbehandlung nicht unter diese Tatbestandsvariante, sondern unter diejenige der körperlichen Mißhandlung subsummiert. „Zum Begriff der Mißhandlung gehört neben der nicht bloß unerheblichen Beeinträchti-

gung des körperlichen Wohlbefindens eine üble, unangemessene (sozialwidrige) Behandlung des Verletzten“ (BGHSt 14, 269). Dazu BOCKELMANN (JZ 1962, S. 527): „Daß jeder Heileingriff, auch der gelungene, die Merkmale dieses Begriffs voll erfüllen könne, ist zunächst schwer vorstellbar. Um es gleichwohl begründen zu können, legt die Judikatur der rechtlichen Würdigung nicht den Gesamttakt der Operation, sondern die einzelnen Teilakte zugrunde, aus denen sie besteht. Sie fragt also, um ein Beispiel zu bilden, nicht, ob die Entfernung des entzündeten Wurmfortsatzes des Blinddarms mittels Bauchschnitt eine körperliche Mißhandlung ist, sondern sie fragt, ob einen anderen körperlich mißhandelt, wer ihm den Bauch aufschneidet. Stellt man die Frage so, dann erscheint die bejahende Antwort plausibel.“ Nur weil die Rechtsprechung den Gesamtvorgang in seine Einzelakte zerlegt und von deren Sinngehalt absieht, kann sie zum Schluß kommen, daß der operative Eingriff eine körperliche Mißhandlung sei. Die Rechtsprechung bedient sich einer zumindest zweifelhaften Auslegungsmethode und ist weiter vor allem deshalb abzulehnen, weil sie zum Ergebnis führt, daß eine Verletzung der Aufklärungspflicht, also eine Mißachtung des Willens des Patienten, zur Strafbarkeit wegen Körperverletzung führt. Unzweifelhaft aber schützt der Tatbestand der Körperverletzung nur körperliche und gesundheitliche Interessen, nicht auch die individuelle Dispositionsfreiheit hinsichtlich der Körperintegrität.

Das der rechtlichen Konstruktion zugrunde liegende materielle Verhältnis ist genau genommen ein solches der *Kollision von verschiedenen körperlichen Interessen eines und desselben Individuums*. Zum Zwecke der Rettung des Lebens oder der Wiederherstellung der Gesundheit wird vorübergehend durch Narkose, chirurgischen Eingriff usw. in die körperliche Integrität des Patienten eingegriffen. Nach dem allgemein geltenden Güter- und Wertabwägungsprinzip muß eine solche Handlung, ganz abgesehen von der dogmatischen Konstruktion, rechtmäßig und straflos sein, wenn das geringerwertige Gut verletzt wird, um das höherwertige zu retten, wenn z. B. ein Glied amputiert wird, weil nur so das Leben gerettet werden kann.

Im schweizerischen Recht ist nach Art. 123 StGB die Körperverletzung als Schädigung an Körper oder Gesundheit definiert. In gewisser Hinsicht weiter ist die Umschreibung der schweren Körperverletzung nach Art. 122. Auch nach diesen Bestimmungen wäre eine rein formale Auslegung denkbar, die auch den erfolgreichen Heileingriff als tatbestandsmäßig ansähe. Die strafrechtliche Rechtsprechung des Bundesgerichts hat sich aber dazu noch nicht ausgesprochen. In der Lehre wird von GERMANN seit langem die Meinung vertreten, daß die Heilbehandlung den Tatbestand der Körperverletzung nicht erfülle. Andere Autoren halten den Tatbestand für gegeben, sehen den Rechtfertigungsgrund

aber nicht in der Einwilligung des Patienten, sondern entweder in einem Berufsrecht des Arztes (HAFTER, LOGOZ) oder im rechtlich anerkannten Zweck, den die Handlung verfolgt (THORMANN-V. OVERBECK).

Der *deutsche Entwurf* läßt die dogmatisch-systematische Frage, ob bei der pflichtgemäßen und erfolgreichen Heilbehandlung Tatbestand oder Rechtswidrigkeit entfallen, ausdrücklich offen und begnügt sich mit der Feststellung, daß eine solche Handlung keine strafbare Körperverletzung sei (§ 161). Allerdings geht dann aus § 162, der die eigenmächtige Behandlung zu Heilzwecken unter Strafe stellt, hervor, daß Eingriffe ohne Einwilligung des Patienten nicht einfach wie nach der heutigen Rechtsprechung als Körperverletzungen strafbar sind, sondern diesen mildereren Sondertatbestand erfüllen. Nach dem künftigen Recht wird also nicht, wie Bundesanwalt KOHLHAAS (Dtsch. med. Wschr. 1962, 2595) meint, der Arzt, der die gewissenhafte Aufklärung versäumt, nach wie vor wegen Körperverletzung bestraft; denn aus § 162 ergibt sich, daß zu den „Grundsätzen eines gewissenhaften Arztes“ des § 161 die Aufklärung eines Patienten jedenfalls nicht in dem Sinne gehört, daß ihre Unterlassung zur Annahme von Körperverletzung führen würde. Vielmehr ist dann eben der neue Sondertatbestand der eigenmächtigen Heilbehandlung gegeben. Hingegen ist KOHLHAAS darin zuzustimmen, daß der überaus umfangreiche und kompliziert formulierte § 162 des Entwurfes für die Ärzte von äußerst zweifelhaftem Wert ist. Nach einer alten Erfahrung geben neue Paragraphen im allgemeinen auch Anlaß zu neuen Streitigkeiten. Die rhetorische Frage, die KOHLHAAS stellt, würde ich bejahen: „Ob es nicht für die Ärzte besser wäre, die zwei bis drei Verurteilungen von Kollegen im Jahr, die bei Handeln lege artis contra voluntatem überhaupt vorkommen werden, unter dem Begriff der Körperverletzung hinzunehmen, als sich durch ein noch ganz unausgegorenes Begründen eines neuen Straftatbestandes einer Flut neuer Strafanzeigen auszusetzen...“ (S. 2595/96). Der § 162 des Entwurfes entspricht allerdings einer Resolution des Deutschen Juristentages 1962; aber es hat sich seit je gezeigt, daß ein Gesetz nicht unbedingt besser wird dadurch, daß viele Intelligenzen eine große Zahl von Überlegungen bei seiner Entstehung beisteuern, die zur Berücksichtigung vieler Eventualitäten und zu neuen Differenzierungen führen. Der § 162 schafft nicht nur neue Schwierigkeiten, sondern kann auch zu einer Ausdehnung der Strafbarkeit führen. Nach Absatz 1 ist nicht nur strafbar, „wer an einem anderen ohne dessen Einwilligung einen Eingriff“, sondern auch, wer „eine andere Behandlung vornimmt, um Krankheiten, Leiden, Körperschäden, körperliche Beschwerden oder seelische Störungen zu verhüten, zu erkennen, zu heilen oder zu lindern“. Mindestens nach dem Wortlaut der Bestimmung soll inskünftig eine eigenmächtige Behandlung auch dann strafbar sein, wenn sie den Tatbestand der Körperver-

letzung gar nicht erfüllt, also beispielsweise eine eigenmächtige Röntgenaufnahme, die Beimischung von Vitaminen in die Speisen, ohne daß der Patient dies weiß, usw. Wenn auch zu hoffen ist, daß die Rechtsprechung den Tatbestand einschränkend auslegen wird, so steht doch zu befürchten, daß die Bestimmung neue Strafanzeigen und neue Strafverfahren hervorrufen wird.

Beim *mißlungenen Eingriff* ist m. E. je nach dem Erfolg der Tatbestand der Körperverletzung oder Tötung erfüllt. Dies ist allerdings sehr umstritten; ein Teil der Lehre nimmt an, daß der Tatbestand bei den *lege artis* vorgenommenen Eingriffen nicht erfüllt sei. Es kommen aber nur die Tatbestände der fahrlässigen Tötung und der fahrlässigen Körperverletzung in Betracht, entgegen der Meinung der Rechtsprechung nicht die Tatbestände der entsprechenden Vorsatzdelikte, es sei denn, der Arzt habe den Tod oder die Gesundheitsschädigung gewollt, was kaum je vorkommen wird. Fahrlässigkeit aber ist nur gegeben, wenn der Arzt in vorwerfbarer Weise die ärztlichen Kunstregeln mißachtet.

Wie hoch die Anforderungen sind, die unter dem Gesichtspunkt der Sorgfaltspflicht im Rahmen des Begriffes der Fahrlässigkeit an den Arzt zu stellen sind, hatte der Bundesgerichtshof ebenfalls wiederholt zu prüfen. Stets handelte es sich dabei um Fälle, in denen die Frage auftauchte, wie weit der Arzt die Tätigkeit seiner Hilfspersonen überwachen müsse. Im BGHSt 3, 91 wurde ausgeführt, daß der Arzt, der gefährliche Mittel (Chloroform und Calomel) verordne und durch eine Krankenschwester einspritzen lasse, verpflichtet sei, zu überprüfen, ob die Schwester die Mittel und die Dosierung sich richtig notiert habe. Im BGHSt 6, 282 wurde in ähnlicher Weise festgestellt, daß der Krankenhausarzt seine Sorgfaltspflicht verletze, wenn er die einer Spritze beigefügten, zu ihrer Vorbereitung benutzten Ampullen nicht daraufhin prüfe, ob die gebrauchten Mittel seiner Anordnung entsprechen. Diese Überwachungspflicht des Vorgesetzten im Rahmen von arbeitsteiligen Verhältnissen muß ihre vernünftigen Grenzen haben. Ein rationelles Arbeiten und Zusammenarbeiten würde unmöglich, wenn der Arzt die gesamte Tätigkeit seiner Hilfspersonen dauernd kontrollieren müßte. Der Arzt darf, wie STRATENWERTH (Festschrift für EBERHARD SCHMIDT) zutreffend hervorgehoben hat, sich grundsätzlich darauf verlassen, daß die Hilfspersonen sich zuverlässig und sorgfältig verhalten. Das ergibt sich aus deren Eigenverantwortlichkeit. Nur wenn konkrete Umstände des Einzelfalles die Gefahr eines Sorgfaltsmangels bei der Hilfsperson anzeigen, muß der Arzt die Handlung nachkontrollieren.

2. Die Schwangerschaftsunterbrechung

Die Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund von medizinischer Indikation ist in der Schweiz geregelt in Artikel 120 StGB. In Deutschland

ist die Rechtsgrundlage unklar. Materiell wird nach schweizerischem Recht zur Rechtfertigung des Eingriffes vorausgesetzt, daß eine nicht anders abwendbare Gefahr für das Leben oder eine große Gefahr dauernden schweren Schadens an der Gesundheit der Schwangeren vorliegt. Formell ist erforderlich, daß der Eingriff von einem patentierten Arzt vorgenommen wird auf Grund des Gutachtens eines Facharztes, der hierzu von der zuständigen Behörde ermächtigt ist.

In der Bundesrepublik Deutschland ist der Rechtszustand uneinheitlich. Die Frage war geregelt in dem nationalsozialistischen *Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses* vom 4. 7. 1933 in der Fassung vom 26. 6. 1935. Dieses Gesetz wurde in einigen Bundesländern vollständig aufgehoben; in den anderen Bundesländern ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes der § 14, welcher die erlaubte Schwangerschaftsunterbrechung regelt, noch in Kraft, da er keinen spezifisch nationalsozialistischen Inhalt aufweise. Für die Schwangerschaftsunterbrechung trifft das zu, nicht aber für die Sterilisation. § 14 des Erbgesundheitsgesetzes lautet:

„Eine Unfruchtbarmachung oder Schwangerschaftsunterbrechung, die nicht nach den Vorschriften dieses Gesetzes erfolgt, sowie eine Entfernung der Keimdrüsen sind nur dann zulässig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernsten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit desjenigen, an dem er sie vornimmt, und mit dessen Einwilligung vollzieht.“

Staatsrechtlich ist zumindest zweifelhaft, ob bei der Vereinheitlichung des Strafrechts eine verschiedene Regelung in den verschiedenen Ländern zulässig ist. Der Bundesgerichtshof ist dieser Schwierigkeit dadurch ausgewichen, daß er die Erfordernisse des § 14 als Mindestanforderungen für die Rechtfertigung auch in denjenigen Ländern, in denen er aufgehoben wurde, bezeichnete (BGHSt 2, 112, 244). Danach darf der Eingriff nur durch einen Arzt nach den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen werden. In BGHSt 2, 244 wurde eine Schwangere wegen Abtreibung bestraft, obwohl der Eingriff bei ihr medizinisch indiziert war, da sie an Lungentuberkulose litt und einen doppelten Pneumothorax trug, und obwohl zwei Ärzte, an die sie sich gewandt hatte, ihr übereinstimmend erklärt hatten, daß ihr Krankheitszustand die Austragung eines Kindes nicht zulasse. Die Schwangere hatte dann aber den Eingriff nicht durch einen Arzt, sondern durch eine Abtreiberin ausführen lassen. Man hätte m. E. in diesem Fall die Rechtswidrigkeit mindestens als erheblich vermindert ansehen müssen. Nach der früheren Rechtsprechung, vor Einführung des Erbgesundheitsgesetzes, wurde die straflose Unterbrechung der Schwangerschaft nach den Grundsätzen über den *übergesetzlichen Notstand* behandelt. Materiell enthalten diese Grundsätze nichts anderes als § 14 des Erbgesundheitsgesetzes; das Erbgesundheitsgesetz war aber insofern strenger, als es in der Aus-

führungsverordnung genaue Verfahrensvorschriften enthielt, z. B. den Beizug einer Gutachterstelle vorsah und bestimmte, daß der Eingriff in einer Krankenanstalt vorgenommen werden müsse. Der Beizug der Gutachterstelle ist eine bloße Ordnungsvorschrift, deren Verletzung nach Artikel 14 der Verordnung geringere Strafe nach sich zieht. Über den Charakter der Bestimmung, nach welcher der Eingriff in einer Krankenanstalt vorgenommen werden muß, herrscht Streit. Die herrschende Lehre nimmt an, daß auch sie nur Ordnungsvorschrift sei, während der BGH sie als essentiell in dem Sinne ansieht, daß ihre Verletzung die Strafe der Abtreibung nach sich zieht, weil eine Unterbrechung, die nicht im Krankenhaus vorgenommen werde, den Regeln der ärztlichen Kunst zuwiderlaufe (BGHSt 14, 1). Der Versuch der Rechtsprechung, die formellen Erfordernisse des Erbgesundheitsgesetzes auch in den Ländern, in denen es aufgehoben ist, dadurch als weitergeltend hinzustellen, daß sie zu Regeln der ärztlichen Kunst gemacht werden, verstößt m. E. gegen § 2 des Strafgesetzbuches, gegen den Grundsatz „keine Strafe ohne Gesetz“. Es fehlt hierfür ganz offensichtlich die genügende gesetzliche Grundlage.

Hinsichtlich der materiellen Erfordernisse des Eingriffs stimmen das deutsche und das schweizerische Recht insofern überein, als sie in ziemlich gleichlautenden Formulierungen nur die *medizinische Indikation* zulassen. Ebenso § 157 des Entwurfes (Gefahr des Todes oder einer unzumutbaren schweren Schädigung an Körper oder Gesundheit der Frau). Anders als z. B. in den skandinavischen Ländern sind die soziale, ethische und eugenische Indikation nicht anerkannt. Die *Große Strafrechtskommission* wollte die *ethische Indikation* zulassen (sie liegt vor, wenn die Schwangerschaft Ergebnis eines Sittlichkeitsverbrechens ist), das Justizministerium hat aber den betreffenden Paragraphen wieder gestrichen. Ich glaube mit Recht, und zwar aus rein praktischen, nicht aus ideologischen Überlegungen. Die Anerkennung der ethischen Indikation würde die Gefahr vieler unnötiger Strafverfahren herausbeschwören, weil zu erwarten wäre, daß viele junge Mädchen, die in andere Umstände gekommen sind, zunächst versuchen würden, auf diesem Wege zu einer Schwangerschaftsunterbrechung zu gelangen. Sie würden irgendeinen Unbekannten als Täter einer Notzucht bezeichnen, Strafanzeige erstatten, bald aber würde herauskommen, daß die Geschichte erfunden ist, und die Folge wäre die, daß das Mädchen wegen Vortäuschung einer Straftat bestraft werden müßte. Außerdem meine ich, daß die ethische Indikation, wenn sie wirklich gegeben ist, in fast allen Fällen von der medizinischen umfaßt wird, weil naturgemäß eine solche Frau, wenn sie nicht seelisch ungewöhnlich robust ist, in schwere seelische Konflikte gelangen wird. Dasselbe gilt in gewissem Maße auch von der sozialen Indikation. Man ist ja längst davon abgekommen, den Menschen und

seine Belange, also auch seine Gesundheit, so zu betrachten, als wäre er ein isoliertes Individuum, losgelöst von allen zwischenmenschlichen Beziehungen. Die sozialen Umweltsbeziehungen gehören vielmehr auch zur Person, und so wird jedenfalls eine psychiatrische Diagnose immer auch die Umweltfaktoren berücksichtigen müssen. Die medizinische Indikation, soweit sie, wie das die Regel bildet, psychiatrisch begründet wird, geht also zwangsläufig in die medizinisch-soziale über.

Es läßt sich wohl nicht leugnen, daß die ärztliche *Praxis zur erlaubten Schwangerschaftsunterbrechung* weitherziger ist, als sich dies der Gesetzgeber ursprünglich vorgestellt hatte. In der Schweiz wie in Deutschland wird die Zahl der Unterbrechungen im Verhältnis zur Zahl der Geburten auf 1:1 geschätzt. Wenn auch unter der ersten Zahl viele kriminelle Aborte sein mögen, ist doch wohl zu vermuten, daß die nichtkriminellen, die medizinisch indizierten, überwiegen. Man kommt nicht um die Feststellung herum, daß die Geburtenregelung heute zu einem großen Teil mit dem Mittel der Schwangerschaftsunterbrechung durchgeführt wird. Auch kann man sich nicht vor der Tatsache verschließen, daß unsere Gesellschaft ganz anders aussehen würde, wenn doppelt so viele Kinder auf die Welt kämen. Überaus schwerwiegende, kaum lösbare Probleme würden daraus entstehen. Die Gesellschaft weicht diesen Problemen aus, indem sie die Schwangerschaftsunterbrechung zur Selbstregulierung verwendet. Moralisch ist das alles äußerst problematisch. Man könnte die Frage aufwerfen, ob die Praxis strenger werden sollte, so wie dies dem ursprünglichen gesetzgeberischen Gedanken entspricht, oder ob das Gesetz, etwa nach skandinavischem Vorbild, die Indikationen erweitern sollte. Beides würde ich nicht für angezeigt halten. Das erste nicht, weil dadurch eine nicht übersehbare gesellschaftliche Umwälzung in Gang käme; das zweite nicht, weil die Gesellschaft in gewissen Bereichen Normen braucht, denen sie nicht genügt. Fielen diese Normen hinsichtlich der Schwangerschaftsunterbrechung weg, würden diese an Zahl voraussichtlich gewaltig zunehmen. Die Spannung zwischen gefordertem und tatsächlichem Verhalten muß bleiben, damit das tatsächliche Verhalten nicht noch schlechter wird. Es gibt eine sozial notwendige Scheinheiligkeit der Gesellschaft.

3. Die Sterilisation

Die Sterilisation zu Heilzwecken unterliegt den gleichen Grundsätzen wie die Heilbehandlung. Sterilisationen zu anderen Zwecken erfüllen den *Tatbestand der schweren Körperverletzung*, nach deutschem Recht den Tatbestand der beabsichtigten schweren Körperverletzung nach § 225, der eine Minimalstrafe von 2 Jahren Zuchthaus androht. Sie bedürfen also eines Rechtfertigungsgrundes. Als solcher kommt in erster

Linie die Einwilligung des Verletzten in Frage, im deutschen Recht geregelt in § 226 a. Nach dieser Bestimmung ist eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten nur dann rechtswidrig, wenn die Tat trotz der Einwilligung gegen die *guten Sitten* verstößt. Die Frage ist außerdem für die Sterilisation speziell geregelt im schon zitierten Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses. Es ist aber mindestens äußerst zweifelhaft, ob dieses Gesetz in dieser Hinsicht noch gilt, auch da, wo es nicht ausdrücklich aufgehoben worden ist. Die Rechtslage ist, wie HANACK (Heidelberg) in JZ 1964, S. 394 hervorhebt, uneinheitlich und verworren. Die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit ist für Ärzte, Patienten und Juristen unerträglich (HANACK, Anmerkung 18). Angesichts dieser Unsicherheit müssen m. E. alle Zweifel mindestens bei der Schuldfrage (Verbotsirrtum) zugunsten des Täters sich auswirken, wenn nicht überhaupt wegen der fragwürdigen gesetzlichen Grundlage der Strafbarkeit nach § 2 StGB freizusprechen ist. Der § 14 des Erbgesundheitsgesetzes, der die Sterilisation nur unter den gleichen Voraussetzungen wie die Schwangerschaftsunterbrechung zuläßt, ist m. E. entgegen einem Teil der Lehre nicht mehr geltendes Recht, weil er hierin zweifellos nationalsozialistisch inspiriert ist. Es liegen ihm keine ethischen, sondern rassen- und bevölkerungspolitische Gesichtspunkte zugrunde. Gewiß kann die strenge Lösung des § 14 auch von anderen Weltanschauungen her begründet werden, und bekanntlich vertritt z. B. die katholische Kirche eine noch viel strengere Ansicht; aber dies kann in rechtsstaatlich unanfechtbarer Weise nicht geschehen, ohne daß der Gesetzgeber heute erneut klar Stellung bezieht. Auch § 226 a StGB, der auf die guten Sitten verweist, bildet hier eine zu unsichere Grundlage. Dem Bundesgerichtshof ist beizupflichten, wenn er grundsätzlich zu § 226 a ausführt:

Eine solche Verweisung auf das Sittengesetz ist vom rechtsstaatlichen Standpunkt aus nicht ohne grundsätzliche Bedenken. Sie kann weitgehende Unsicherheit darüber zur Folge haben, welche Tatbestände mit Strafe bedroht sein sollen. Eine derart unbestimmte Vorschrift muß, um in einem Rechtsstaat erträglich zu sein, zugunsten des Angeklagten eng ausgelegt werden. Als Verstoß gegen die guten Sitten kann deshalb in diesem *strafrechtlichen* Sinne nur das angesehen werden, was nach dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden zweifellos kriminell *strafwürdiges* Unrecht ist. Das ist bei der Bestimmungsmensur nicht der Fall.“

Was für die Bestimmungsmensur gilt, müßte in noch weiterem Maße für die freiwillige Sterilisation gelten. Auch hier kann nicht von einer einheitlichen Auffassung aller billig und gerecht Denkenden die Rede sein. Wir stehen vor einer breiten Skala von Ansichten, die alle irgendwie begründbar sind und meistens ideologisch begründet werden.

In der Diskussion wird meistens übersehen, daß es bei diesem Problem nicht nur um den Schutz der Körperintegrität, sondern auch um den *Schutz der persönlichen Freiheit* geht. Ich habe schon in früheren

Publikationen darauf hingewiesen, daß bei der Einwilligung des Verletzten immer eine Kollision zwischen dem geschützten Rechtsgut und der Freiheit desjenigen, der über dieses sein eigenes Rechtsgut verfügen will, vorliegt (NOLL, *Übergesetzliche Rechtfertigungsgründe*, Basel 1955, S. 74ff.). Wenn die freiwillige Sterilisation verboten ist, wird das Individuum daran gehindert, das Rechtsgut der Fruchtbarkeit preiszugeben und ist insofern in seiner Freiheit beschränkt. Die Frage ist dann, ob der Staat Strafwang ausüben kann oder soll, um die Bürger daran zu hindern, ihre Fortpflanzungsfähigkeit preiszugeben. Je freiheitlicher ein Staat ist, desto größere Bedenken wird er haben, dies zu tun.

Ich würde heute für das schweizerische Recht, welches die Frage nicht regelt, und für das deutsche Recht, das unklare und ungenügende gesetzliche Grundlagen enthält, zum Schluß kommen, daß mangels hinreichender gesetzlicher Grundlagen die freiwillige Sterilisation nicht bestraft werden kann. De lege ferenda bin ich der Meinung, daß eine freiheitliche, mit dem Geist unserer Verfassungen übereinstimmende Regelung jede vernünftige medizinische, soziale oder eugenische Indikation zur Rechtfertigung der freiwilligen Sterilisation bei Einwilligung beider Ehegatten als genügend ansehen sollte. Ganz undiskutabel ist bei dem heutigen Rechtszustand in Deutschland die Anwendung des § 225, des Tatbestandes der beabsichtigten schweren Körperverletzung, mit seiner Mindeststrafe von 2 Jahren Zuchthaus. § 225 ist m. E. überhaupt nicht anwendbar; es liegt eine Lücke im Gesetz vor, die nicht zuungunsten des Täters ausgefüllt werden darf. So lange der Gesetzgeber nicht klar entschieden hat, kann nach rechtsstaatlichen Gesichtspunkten keine Strafe verhängt werden.

4. Die Kastration

An die Rechtfertigung der Kastration sind, da dieser Eingriff unendlich viel schwerer wiegt als die Sterilisation, sehr viel *strengere Anforderungen* zu stellen. Selbstverständlich ist eine zwangsweise Kastration, wie übrigens auch eine zwangsweise Sterilisation, im Rechtsstaat unter keinen Umständen zulässig. Gerechtfertigt sein kann immer nur die freiwillige Kastration, und auch diese nur unter sehr strengen Voraussetzungen. Wie ich schon ausgeführt habe, liegt bei jedem Eingriff in Rechtsgüter eines Einwilligenden eine Kollision zwischen dem Wert des verletzten Rechtsguts und dem Wert der Freiheit der Selbstbestimmung. Da das Leben mehr wert ist als die Freiheit bleibt die Tötung auf Verlangen strafbar. Da das Vermögen weniger wert ist als die Freiheit, ist z. B. die Sachbeschädigung mit Einwilligung des Eigentümers straflos. Auf die Körperverletzung übertragen bedeutet dies, daß, je schwerer der Eingriff ist, desto weniger die Einwilligung für sich allein, also die Freiheit der Selbstbestimmung, ihn zu rechtfertigen vermag. Es müssen

dann weitere geschützte Interessen gegeben sein, damit der Eingriff rechtmäßig wird. Dieser Grundsatz hat nun auch in § 152 des deutschen Entwurfes eines Strafgesetzbuches Eingang gefunden:

„Willigt der Verletzte in die Körperverletzung ein, so ist die Tat nur dann rechtswidrig, wenn sie nach den Umständen, namentlich im Hinblick auf die Beweggründe und die Ziele des Täters und des Verletzten sowie die angewandten Mittel und den voraussehbaren Umfang der Verletzung, trotz der Einwilligung verwerflich ist.“

Nach diesen Gesichtspunkten kommt eine rechtmäßige Kastration nur bei mehrfach rückfälligen, *gefährlichen Sittlichkeitsverbrechern* in Frage, deren deliktischer Hang nicht anders beseitigt werden kann. So hat neuestens auch der BGH erkannt:

„Die Entfernung der männlichen Keimdrüsen durch einen Arzt ist rechtlich zulässig, sofern sie das einzige ärztliche Mittel ist, den Betroffenen von einem entarteten Geschlechtstrieb zu befreien, und sofern sie Erfolg verspricht. Voraussetzung ist, daß der Betroffene den Eingriff nach sorgfältiger ärztlicher Belehrung über Art und Folgen freiwillig wünscht. Untersuchungshaft würde die Freiwilligkeit nicht ausschließen“ (BGHSt 19, 201).

Dieser Leitsatz des Urteils ist allerdings nach der Urteilsbegründung dahin zu ergänzen, daß nicht die Beseitigung jedes entarteten Geschlechtstriebes die freiwillige Kastration rechtfertigt, sondern nur eines solchen, der den Betroffenen zum Sittlichkeitsverbrecher macht. Unbefriedigend ist die Urteilsbegründung darin, daß sie den zweifelhaften § 14 des Erbgesundheitsgesetzes als Grundlage bezieht und die Problematik insofern verharmlost, als sie die Abartigkeit des Geschlechtstriebes einer Krankheit gleichstellt, womit der Eingriff einer Heilbehandlung ähnlich wird. Zugleich wird betont, daß kriminalpolitische Zwecke für sich allein ihn nicht rechtfertigen könnten. Nun dürfte aber klar sein, daß die Abartigkeit mit der Normwidrigkeit zusammenfällt, so daß der angebliche Heilzweck vom kriminalpolitischen Zweck kaum zu trennen ist.

5. Die kosmetische Operation

Anders als die Heilbehandlung gilt der kosmetische Eingriff nicht der Wiederherstellung der Gesundheit, sondern der Verbesserung des äußerlichen Aspektes einer Person. Sie kann dadurch freilich auch das psychische Wohlbefinden der Person steigern, sie unter Umständen sogar von einer Neurose befreien. Der Übergang zur Heilbehandlung ist flüchtig. Dogmatisch sind sich Lehre und Rechtsprechung hier darüber einig, daß eine tatbestandsmäßige Körperverletzung vorliegt, die durch die Einwilligung des Patienten gerechtfertigt wird. Die dogmatische Konstruktion, ob nicht erfüllter Tatbestand oder gerechtfertigte, tatbestandsmäßige Handlung, ist aber nicht entscheidend. Entscheidend ist immer nur das Werturteil der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit, und der Tatbestand dient nur seiner Feststellung. Eine gerechtfertigte

tatbestandsmäßige Handlung ist genau so rechtmäßig wie eine nichttatbestandsmäßige Handlung. Darum ist die Frage, wann ein kosmetischer Eingriff zugleich Heilbehandlung ist, nicht wesentlich.

Da kosmetische Operationen durchweg leichtere Eingriffe darstellen, werden sie durch die Einwilligung des Patienten immer rechtmäßig. Die *Freiheit der Selbstbestimmung* ist gewichtiger als der verhältnismäßig geringfügige Eingriff. Dies gilt sowohl nach schweizerischem wie nach gegenwärtigem und künftigem deutschen Recht. Insbesondere ist auch der geltende § 226 a des deutschen StGB so zu interpretieren, daß die Freiheit der Selbstbestimmung nicht verletzt wird. Leichte kosmetische Eingriffe verstoßen nie gegen die guten Sitten, auch wenn sie der Patient z. B. aus übertriebener Eitelkeit vornehmen lassen will. In diesem Bereich ist das Individuum souverän und nicht dem Strafwang des Staates unterworfen.

6. Eingriffe zu anderen Zwecken

Die übrigen Fälle ärztlicher Eingriffe — in Frage kommen vor allem Transfusionen, Transplantationen und wissenschaftliche Experimente — enthalten keine Problematik, die nicht mit dem allgemeinen Grundsatz, nach welchem neben der Einwilligung des Verletzten die *Relation von Schwere und Zweck der Verletzung* über die Rechtswidrigkeit der Behandlung entscheidet, zu lösen wäre. Dieser Grundsatz, der jetzt im Entwurf formuliert ist, kann heute schon durch eine sinngemäße Interpretation von § 226 a, im schweizerischen Recht durch übergesetzliche Überlegungen, angewendet werden. Meistens handelt es sich bei den in Frage kommenden Fällen um verhältnismäßig geringfügige Eingriffe, die im Interesse des Schutzes der freien Selbstbestimmung durch die Einwilligung für sich allein gerechtfertigt werden. Nur wenn der Zweck der Verletzung ein ausgesprochen verwerflicher ist, wenn z. B. ein Verbrecher, um seine Identität zu verdecken, eine Gesichtsoperation an sich vornehmen läßt oder wenn jemand zum Zwecke des Versicherungsbetruges sich verletzen läßt, bleiben Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit bestehen. Die üblichen, sozialadäquaten Fälle, *Blutentnahmen*, geringfügigere *Transplantationen*, werden durch die Einwilligung rechtmäßig. Bei schwereren Eingriffen, z. B. bei der Transplantation ganzer Organe, soweit solche medizinisch überhaupt durchführbar sind, dürfen Nachteil und Risiko für den Verletzten nicht größer sein als Vorteil und Chance für den zu Heilenden.

Beim *wissenschaftlichen Experiment* beseitigt die Einwilligung die Rechtswidrigkeit, wenn die Bedeutung der zu gewinnenden Erkenntnis zur Schwere der Verletzung oder Höhe der Gefährdung in einer ver-

nünftigen Relation steht. Praktisch kommen auch hier nur geringfügige Eingriffe in Betracht, vor allem vorübergehende Schädigungen, etwa bei Raumfahrttests, bei der Erprobung neuer Medikamente usw. Auch sehr schwere und riskante Eingriffe können aber gerechtfertigt sein, wenn sie zugleich Heilbehandlung sind, wenn z. B. eine schwierige Operation erstmals ausgeführt wird, weil sie das letzte Mittel ist, mit dem das Leben des Patienten möglicherweise gerettet werden kann.

Zum Schluß will ich auf die eingangs gestellte Frage zurückkommen: Entspricht der gegenwärtige Rechtszustand einer optimalen Befriedigung der legitimen Bedürfnisse von Arzt und Patient? Für die Schweiz glaube ich dies bejahen zu dürfen. Jedenfalls liegen keine konkreten Fälle oder sonstigen Indizien vor, die auf allgemein als solche empfundene Mißstände hindeuten würden. Das schweizerische Strafrecht, das ein Minimum an Regelung enthält, überläßt die Lösung der Probleme weitgehend der Privatautonomie der Beteiligten, die Praxis ist liberal, jeder kann das tun, was er für sich selber als das Beste ansieht. Die Strafbehörden befassen sich soweit zu sehen ist, mit ärztlichen Eingriffen und ihren Folgen nicht; die Konflikte zwischen Arzt und Patient werden ausschließlich vor den Zivilgerichten ausgetragen.

Anders verhält es sich in Deutschland. Der gegenwärtige Rechtszustand ist äußerst unbefriedigend. Die gesetzlichen Grundlagen, die z. T. noch aus der nationalsozialistischen Zeit stammen, sind unsicher. Die Praxis zieht aus diesem Zustand nicht den m. E. erforderlichen Schluß, nämlich daß bei der gegebenen Rechtsunsicherheit im Zweifel für die Freiheit zu entscheiden wäre und daß, solange der Gesetzgeber nicht klare Entscheidungen getroffen hat, die Strafgewalt in umstrittenen Fällen nicht eingreifen sollte. Der Entwurf eines Strafgesetzbuches bringt einige Verbesserungen, z. B. hinsichtlich der Einwilligung des Verletzten, enthält aber andererseits, z. B. hinsichtlich der Heilbehandlung, so komplizierte und trotzdem z. T. lückenhafte Regelungen, daß von ihm nicht mit Sicherheit eine Beseitigung der heutigen Schwierigkeiten erwartet werden kann. Die schwerwiegendste Frage, die noch offen steht und die auch im Entwurf nicht geregelt wird, ist die nach den Voraussetzungen der Erlaubtheit der freiwilligen Sterilisation. Ob das vom Gesetzgeber in Aussicht genommene Sterilisationsgesetz eine allseitig annehmbare Lösung enthalten wird, bleibt abzuwarten. Mindestens aber wird es die heute bestehende unerträgliche Rechtsunsicherheit beseitigen und muß schon darum allein begrüßt und als äußerst dringlich bezeichnet werden.

Professor Dr. jur. PETER NOLL
65 Mainz-Bretzenheim,
Bebelstr. 22