Chirurgische Operation und ärztliche Behandlung.

Kritische Bemerkungen zu der unter gleichem Titel veröffentlichten strafrechtlichen Studie des Dr. Carl Stooß, ord. öff. Professor der Rechte an der Universität in Wien.

Von Dr. Augustin Finger, Professor der Rechte in Prag.

Dr. L. Oppenheim hielt bei Antritt seiner Professur an der Universität in Basel am 17. Juni 1892 eine akademische Rede über das Thema „das ärztliche Recht zu körperlichen Eingriffen an Kranken und Gesunden“. Dieser Vortrag, in welchem die in seinem Titel bezeichnete Frage in scharfsinniger Weise zur Erörterung gelangte, bestimmte Stooß dieser Frage näher zu treten; dies geschah zunächst in einer Besprechung des im Jahre 1892 in Basel bei B. Schwabe erschienenen Oppenheim'schen Vortrages (Zeitschrift für Schweizer Strafrecht V. Jahrgang, S. 465), sodann in einer Abhandlung „operativer Eingriff und Körperverletzung“, die im VI. Jahrgang derselben Zeitschrift S. 53—61 veröffentlicht ist. Die Ausführungen von Stooß blieben nicht ohne Erwiderung von Seiten Oppenheim's (vgl. Zeitschrift für Schweizer Strafrecht VI. Jahrgang „die rechtliche Beurteilung der ärztlichen Eingriffe“, S. 332—352), worauf Stooß in derselben Zeitschrift VII. Jahrg., S. 192—198 replizierte („Ist der ärztliche Zweck das gewohnheitsrechtliche Fundament zum ärztlichen Eingriff“). Stooß führt nun in seiner oben erwähnten Schrift die Gedanken näher aus, welche er teilweise schon in den frühern Ausführungen gebracht hat, zum Teil modifiziert er seine frühere Ansichten und begründet sie neu und ausführlicher. Die Schrift dankt einem Vortrag, den Stooß im März 1898 in der „juristischen Gesellschaft“ in Wien hielt, ihre Entstehung.

Die Stooß'schen Ausführungen knüpfen an die bekannte und in der Theorie oft gewürdigte Thatsache an, daß ausnahmsweise Handlungen, die die Merkmale strafbarer an sich tragen, keine staatliche Strafpflicht erzeugen, weil die regelmäßig normwidrige Handlung — wie dies auch Stooß im Anschluß an Binding in seiner Abhandlung „Rechtswidrigkeit und Verbrechen“¹⁾ ausführt — ausnahmsweise eine straflose oder eine berechtigte oder sogar eine pflichtmäßige ist. Die im Notstande verübte Handlung ist ausnahmsweise straflos, die in Notwehr verübte Handlung ist berechtigt, und der Soldat, der im Kriege die feindliche Truppe niederschießt, handelt pflichtgemäß, desgleichen der Jäger, der den zum Tode Verurteilten tötet. Von diesen Handlungen, die auch Stooß unter der gemeinsamen Bezeichnung der Ausnahmen von staatlicher Strafpflicht zusammenfaßt²⁾, unterscheidet Stooß die ärztlichen Handlungen, namentlich die ärztliche Operation. Das Unterscheidende glaubt Stooß darin gefunden zu haben, daß im Falle der Notwehr, des Notstandes überall ein Gut angegriffen wird, um die Güter anderer zu schützen, während der operative Eingriff zum Wohle eben jener Person vorgenommen wird, die ihn erleidet. Ein Mangel der Schrift: Ungenauigkeit des Ausdrucks, tritt gleich hier zu Tage; S. 3, Zeile 6 sagt Stooß, daß in den Fällen ausgeschlossener Rechtswidrigkeit ein Gut verletzt wird, um die Güter anderer zu schützen, dagegen wird am Schlusse des I. Abschnittes: „die Ausnahmen von der Strafpflicht und die chirurgische Operation“, in der Zusammenfassung des Gesamtergebnisses desselben, die Differenz darin gefunden, daß „in den Fällen sogenannter ausgeschlossener Rechtswidrigkeit die Schädigung des einen Gutes das Mittel ist, um andre Güter (nicht Güter anderer) zu schützen“, während die operative Körperverletzung das Mittel ist, „um den Körper und die Gesundheit der Person, die verletzt wird, zu schützen“. Welche der beiden Anschauungen: Identität des Rechtsgutes oder Identität des Trägers des Rechtsgutes³⁾ — Stooß für die richtige hält, vermochte ich seiner Schrift nicht zu entnehmen; nähere Betrachtung zeigt indessen, daß beide

¹⁾ Zeitschrift für Schweizer Strafrecht, 10. Jahrgang S. 351.

²⁾ vgl. Binding, Handbuch S. 664.

³⁾ S. 3 Abs. 2 wird sogar behauptet, daß bei einer chirurgischen Operation sowohl Identität in der Person des Verletzten und des Geschützten als Identität in dem Gut, das verletzt und geschützt wird, vorliege. Diese Anschauung über-

Anschaunngen unzutreffend sind. Für den Notstand ist weder charakteristisch, daß in demselben Rechtsgüter verletzt werden, um die Güter anderer zu schützen (mangelnde Identität des Trägers des Rechtsgutes), noch, daß ein Rechtsgut verletzt wird, um andere Rechtsgüter zu schützen (mangelnde Identität des Rechtsgutes). Eine kurze Betrachtung des § 54 Deutsch. R.St.G. zeigt, daß diese Behauptung richtig ist; z. B. ich rette meinen Bruder, der ein wertvolles ihm gehöriges Vollblutpferd reitet, von demselben abgeworfen wurde und geschleift wird, durch Tötung des Pferdes — hier habe ich ein Rechtsgut, dessen Träger mein Bruder ist, sein Eigentum zerstört, um sein Rechtsgut: Körperintegrität, zu retten. Stooß könnte allerdings, unter Berufung auf die spätere Formulierung seiner Anschauung einwenden, daß hier ein Rechtsgut: Eigentum, verletzt wurde, um ein anderes: Körperintegrität, zu retten. Allein auch dieser Einwand wäre unzutreffend. Wenn ich in einem Hotel das Feuer einer zufällig zur Explosion gelangten Petroleumlampe mit Hilfe der rasch herabgerissenen kostbaren Fenstervorhänge ersticke; wenn ich in einer am Flusse gelegenen Villa bei steigendem Wasserstande eine in der Mauer befindliche Öffnung, durch die das Wasser einzudringen beginnt, verstopfe und hierzu unter anderm das teure Bettzeug des Villeneigentümers benutze; wenn die Feuerwehr meine Gartenmauer niederreißt, Blumenbeete und Obstkulturen vernichtet, um leichter zu meinem brennenden Hause zu gelangen — so wird in allen Fällen das Rechtsgut Eigentum zerstört um der Rettung des Rechtsgutes Eigentum willen⁴⁾. Übrigens kann auch die Anschauung, daß „die operative Körperverletzung das Mittel ist, um den Körper und die Gesundheit der Person, die verletzt wird, zu

sieht, daß der Chirurg oft Eingriffe gegen die Körperintegrität vornimmt, um das Leben zu retten: eine Operation rettet dem Patienten das Leben, hat aber dauerndes Siechtum zur Folge.

⁴⁾ Bei Abschluß dieser Besprechung kam mir der Sonderabdruck aus der Festgabe der Heidelberger juristischen Fakultät für E. F. Becker: „Die pflichtmäßige ärztliche Handlung und das Strafrecht“ von v. Lilienthal zu; ich freue mich, auf S. 18 dieser Abhandlung die gleiche Anschauung wieder zu finden. „So liegt,“ so heißt es dort, „eine straflose Notstandshandlung vor, wenn ein Bruder dem andern den von einer Maschine ergriffenen Arm abhaut, um ihn vor dem sichern Tode zu retten. Ebenso ist sicher straflos, wer einen Hund erschießt, der einen Herrn in gefährlicher Weise angefallen hat. Daraus folgt doch wohl, daß Identität des Trägers des verletzten und des geschützten Rechtsgutes als ein juristisch unerheblicher Zufall anzusehen ist.“

schützen“, selbst von Stooß insoweit nicht festgehalten werden, als hinsichtlich der Transfusion, Transplantation, der Tötung des Embryo zum Schutze der Mutter, das erwähnte Moment nicht zutrifft. Stooß sieht sich daher auch genötigt zur Erklärung der Straflosigkeit der erwähnten ärztlichen Handlungen andre Momente heranzuziehen; er verweist uns in dem IX. Abschnitt: „ärztliche Behandlungen, durch die ein Dritter verletzt wird“, zur Begründung der Straflosigkeit der Kraniotomie, Embryotomie auf den Notstand bezw. das Gewohnheitsrecht und erklärt die Transfusion und Transplantation als straflos im Falle der Einwilligung des Verletzten.

Die im ersten Abschnitt vorgetragene Anschauung, nach welcher sich die Fälle ausgeschlossener Rechtswidrigkeit: Notstand, Notwehr, Ausübung der Strafpflicht, der Selbsthilfe, von den chirurgischen Operationen dadurch unterscheiden, daß in den erstern Fällen in ein Gut eines Menschen eingegriffen wird, um die Güter anderer zu schützen, während bei der chirurgischen Operation „Identität sowohl in der Person des Verletzten und Geschützten“ vorliegt, „als Identität in dem Gute, das verletzt und geschützt wird“, wird im VII. Abschnitt insofern wieder aufgegeben, als hier (S. 30) gelehrt wird, daß ein Arzt, „der ein Kind durch einen operativen Eingriff aus unmittelbarer oder nicht anders abwendbarer Lebens- oder Gesundheitsgefahr errettet, dem Wesen nach eine Notstandshandlung vornehme“. Danach gibt es also Notstandshandlungen, bei denen sowohl Identität der Person des Verletzten und Geschützten als Identität in dem Gute, das verletzt und geschützt wird, gegeben ist. Da nun für alle ärztlichen Operationen charakteristisch ist, daß sie vorgenommen werden, um jemanden aus einer Lebens- oder Gesundheitsgefahr zu retten — der Arzt wird eine Operation nur dann vornehmen, wenn er aus dem Unterbleiben derselben eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Patienten fürchtet — so verflüchtigt der ganze Unterschied, den Stooß zwischen den Fällen sogenannter „ausgeschlossener Rechtswidrigkeit“ und der ärztlichen Operation aufgedeckt zu haben meinte, in ein Nichts.

Stooß folgt diesem von ihm im ersten Abschnitt seiner Schrift entwickelten Gedanken nicht weiter, sondern knüpft zur Erklärung der Straflosigkeit der ärztlichen Operation an ein andres Moment an, dem er auch schon in seinen älteren oben zitierten Abhandlungen Bedeutung beigelegt hatte. Stooß spricht der chirurgischen Ope-

ration den Charakter einer Körperverletzung ab; die chirurgische Operation ist eine Art der ärztlichen Behandlung und eine Handlung ist eine Behandlung, wenn sie im Interesse der Gesundheit und des körperlichen und seelischen Wohles der Person vorgenommen wird. Chirurgische Operation als Behandlung und Körperverletzung stehen zu einander in diametralem Gegensatz⁵⁾. Die Definition der chirurgischen Operation, als eine Art der Behandlung, leidet an einem Fehler: sie ist nicht genügend klar; es ist zweifelhaft, ob in der Definition: „eine Handlung ist Behandlung, wenn sie im Interesse der Gesundheit . . . der Person vorgenommen wird, an der die Handlung vorgenommen wird“, das Wort Interesse im objektiven oder subjektiven Sinne verstanden wird. In seiner früheren Abhandlung (Zeitschr. f. schweizer Strafrecht VI. Jahrg.) hat Stooß auf das objektive Moment das Schwergewicht gelegt. „Die gelungene Operation“, so heißt es dort S. 54, „gehört nicht zu den berechtigten Verletzungen, weil sie überhaupt nicht eine Verletzung zur Folge hat“. „Wenn aber der Eingriff mißlingt . . . , so hat der Arzt, welcher verletzt, statt zu heilen, den Verletzungs-

⁵⁾ Dieselbe Anschauung wurde auch schon früher vertreten von Heß in seiner Schrift: „Die Ehre und die Beleidigung des § 185 St.G.B.“ S. 54 Anm. 4 dieser Schrift heißt es: „Der Fall einer chirurgischen Operation ist bei der Betrachtung des Satzes *volenti non fit iniuria* vollkommen auszuscheiden. Denn der Arzt verletzt nicht den Körper des Kranken, macht sich keiner Körperverletzung nach irgend welcher Richtung hin schuldig. Denn verletzen ist = *βλάπτειν*, d. h. schädigen. Schädigen heißt aber in den Organismus zerstörend eingreifen. Nicht jede Veränderung ist Schädigung, nicht die Veränderung im guten Sinne, sondern nur die Veränderung im schlechten Sinne. Bessern, operieren, heilen ist daher nicht Schädigung, nicht Verletzung. Wer das beschädigte Dach meines Hauses wider meinen Willen repariert, beschädigt mein Dach nicht. Und ebenso schädigt, verletzt der Arzt meinen Körper nicht, wenn er ihn gesund macht. Die Operation verdient daher nicht einmal den Namen Körperverletzung. Höchstens könnte man sagen, daß der Arzt eine bestimmte Stelle des Körpers, nicht aber, daß er den Körper als lebendes Ganzes, als Organismus betrachtet, verletzt. Wir können es daher nicht billigen, wenn man die Straßlosigkeit des Arztes durch ein Berufsrecht desselben erklärt hat. Nicht der Beruf ist es, der den Arzt strafflos macht, sondern sein Wille, mich überhaupt nicht zu schädigen. Heilen darf mich ein jeder, auch dessen Beruf nicht im Heilen besteht. Ja, — auch wer mich wider meinen Willen heilt, macht sich keiner Körperverletzung schuldig. — Ob er sich nicht hierdurch eines andern Deliktes, z. B. einer Freiheitsberaubung schuldig macht, ist eine andre Frage.“ — Vgl. auch Stooß in der besprochenen Schrift S. 9. — Ähnlicher Anschauung Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich S. 259.

erfolg rechtswidrig verursacht; die Verletzung ist nicht rechtmäßig, sondern im objektiven Sinne rechtswidrig."

Am Schlusse dieses Aufsatzes wird S. 61 gelehrt: „In Wirklichkeit rechtfertigt daher nur der Erfolg den operativen Eingriff; strafrechtlich steht aber der in entschuldbarem Irrtum vorgestellte Erfolg dem wirklichen Erfolge gleich.“ Diese, wie mir scheint, unhaltbare Anschauung hat Stooß, wie bereits in der Vorrede gesagt wird, aufgegeben — allein, was an deren Stelle tritt, vermag ebensowenig zu befriedigen, wie die frühere Anschauung. In seiner Polemik gegen Heß (vgl. Anm. 5) erklärt Stooß, daß nicht der Wille des Arztes, den Patienten nicht zu schädigen, ihn straflos mache, sondern der Charakter der Operation als Behandlung, die ihrem Wesen nach keine Körperverletzung ist. Weil die Behandlung keine körperverletzende Thätigkeit ist, so schließt der Wille zu behandeln den Vorsatz der Körperverletzung notwendig aus (S. 10). Hier wird also aus der objektiven Beschaffenheit der Handlung (Behandlung) geschlossen auf die Unmöglichkeit des Vorsatzes der Körperverletzung, „denn die Behandlung ist nicht denkbar ohne den Willen, zu behandeln“, und der Wille zu behandeln ist darauf gerichtet, dem Patienten wohlzuthun und ihn nicht zu schädigen. Allein so einfach, wie es nach diesen Stooß'schen Bemerkungen erscheinen mag, liegen die Fälle denn doch nicht. Versuchen wir den subjektiven Thatbestand der Handlung eines operierenden Arztes kurz zu analysieren, so wird er uns in vielen Fällen folgendes Bild zeigen: Der Arzt, der sich zu einem Eingriff gegen die Körperintegrität entschlossen hat, der z. B. daran geht, einem Kranken eine der unteren Extremitäten abzunehmen, wird mit dem Bewußtsein handeln, daß seine Handlung dem Patienten statt Heilung eine dauernde Verflümmelung, ja selbst den Tod bringen kann; auch die Ärzte sprechen von Operationen auf Leben und Tod — er wird vielleicht auch mit dem weiteren Bewußtsein handeln, daß das Übel, zu dessen Heilung die Operation vorgenommen werden soll, möglicherweise auch ohne Operation gut würde. — Der Erfolg der Heilung des Patienten hängt oft von Umständen ab, die der Arzt im Augenblick der Vornahme der Operation gar nicht zu übersehen im Stande ist. Der Arzt nimmt dann die gegen die Körperintegrität gerichtete, heftige Schmerzen erzeugende Handlung vor mit der Hoffnung und dem Wunsche, daß sie Heilung des Patienten bewirken möge. Erliegt der Kranke der Operation,

oder hat die Operation zur Folge, daß ein bislang nicht ganz tadellos funktionierender Körperteil nach der Operation zu jeder Funktion unbrauchbar ist, dann ist die Operation, die Handlung, die als Behandlung gedacht war, eine Tötungshandlung beziehungsweise eine schwere Körperverletzung. Die Fälle, in denen der Arzt diese Folge als eine mögliche, ja mehr oder minder wahrscheinliche vorausieht, sind keineswegs selten. Stooß hat offenbar nur an die gelungenen Operationen gedacht. Der Satz: „Operation ist niemals Körperverletzung“, scheint unrichtig, denn zahllos sind die Fälle, in denen eine Handlung, die in einem Zeitpunkt als Operation (Behandlung in Stooß'schem Sinne) gedacht war, sich später als Nicht-Behandlung herausstellt. Richtig ist nur, daß der Arzt die von ihm vorgenommene, wie sich später herausstellt und vielleicht vom Arzte schon als möglich vorausgesehen wurde, „verletzende“ Handlung um eines wünschenswerten und zu erhoffenden weitergehenden Zweckes willen vorgenommen hat⁶⁾.

Die Behauptung von Stooß, daß der Wille zu behandeln den Vorsatz der Körperverletzung ausschließe, ist in dieser Allgemeinheit unzutreffend; der Arzt, der einem Patienten den Daumen der rechten Hand amputiert, hat den Vorsatz, diese Handlung vorzunehmen, er geht bei Ausführung seines Vorsatzes mit der größten Sorgfalt und mit Überlegung vor; wie dieser Handlung die objektiven Merkmale einer den Körper verletzenden abgesprochen werden können, ist mir unverständlich. Stooß meint freilich (S. 10), der

⁶⁾ Stooß begehrt, wie schon wiederholt von H. Meyer, v. Liszt u. a. hervorgehoben wurde (vgl. neuerdings die durchaus zutreffenden Einwendungen v. Lilienthal's in der citierten Schrift S. 13 ff.), den Fehler, Vorsatz mit Motiv zu verwechseln.

Treffend auch Lammach: „Grundriß des österreichischen Strafrechts“ S. 17: „... es ist zum dolus nicht notwendig, daß der Angeklagte den strafrechtlich relevanten Erfolg, z. B. den Tod eines Menschen oder den Vermögensschaden eines andern als Ziel seines Verhaltens angestrebt, begehrt habe. Der Zweck, das Ziel des Verbrechens wird sehr häufig ein andres sein als der für die rechtliche Beurteilung seiner That entscheidende Erfolg. Dieser mag ihm unerwünscht oder gleichgiltig sein, während anderseits der Erfolg, den er mit seiner That zu erreichen anstrebte, vom Standpunkt der Rechtsordnung irrelevant ist. Der Zweck des Bankrottierers ist meist kein anderer als der, sich allerlei seine Mittel übersteigende Genüsse zu verschaffen; aus der diesem Zwecke dienenden Verschwendung entsteht notwendigerweise aber ein rechtlich bedeutungsvoller Erfolg: die Schädigung der Gläubiger.“ Vgl. auch die durchaus zutreffende Begründung der Entsch. des R.G., 25. Bd. S. 375, bes. S. 378 ff.

Wille des Arztes sei darauf gerichtet, den Patienten zu behandeln (zu heilen) und, wer einen Patienten behandelt, will keine Körperverletzende, sondern eine Thätigkeit, welche das Gegenteil von Körper verletzen ist. Stooß würde also im Falle des oben erwähnten Beispiels sagen: der Arzt, der jemanden den Daumen der rechten Hand amputiert, verletzt nicht, denn die Amputation ist Mittel zur Erhaltung des Körpers des Patienten; ohne die Amputation würde der Kranke wahrscheinlich bald die ganze Hand, vielleicht den Arm verlieren — die Amputation heilt somit den ganzen Körper, verletzt ihn nicht. Der logische Fehler dieser Stooß'schen Argumentation ist handgreiflich, er liegt in der Unbestimmtheit des Ausdruckes „Körper“, in der Verwendung dieses Ausdruckes in zweifachem Sinne in demselben Syllogismus. In dem Stooß'schen Schlusse bedeutet (um beim früheren Beispiel zu bleiben) Körper einmal: alle Körperteile einschließlich des Daumens der rechten Hand, das andre Mal: alle Körperteile mit Ausschluß des Daumens der rechten Hand. Versteht man unter Körperintegrität den somatischen Zustand eines normalen, gesunden Menschen, dann zeigt der, dem ein Finger fehlt, eine Abweichung vom Normalen und es ist die Herbeiführung dieser Abweichung eine Verletzung; zieht man dagegen in Betracht, daß unter Umständen das Opfer eines Körperteils das einzige Mittel ist, um den Körper (ohne diesen Körperteil) zu erhalten — betrachtet man, so lautet die ungenaue Ausdrucksweise — die Erhaltung des „Ganzen“ auf Kosten einzelner Teile, dann ist allerdings der nicht verletzt, dessen Leben, Körper, auf Kosten eines Gliedes gerettet wurde¹⁾. In beiden Fällen versteht man aber unter Körper etwas anderes. Es ist in den hier erwähnten Fällen nicht anders, wie in dem analogen Falle, in dem jemand einen Teil seines Vermögens opfert, um den auch gefährdeten Rest zu erhalten. In Stooß'schem Sinne muß man auch sagen, daß jener keine Eigentumsverletzung erlitten hat, dem im Falle eines Brandes das Holzdach seines Hauses abgerissen wurde, damit das Feuer vom Nachbarobjekt nicht übergreife,

¹⁾ Ähnlich, doch präziser wie Stooß, auch Belling in Z XVIII 286 ff., der als Körperverletzung nur die Schädigung des Gesamtorganismus ansieht, nicht die isolierte Verletzung eines einzelnen Gliedes zu gunsten des Gesamtorganismus. Vorsätzlich begeht danach eine Körperverletzung nur, wer die Vorstellung hat, daß der Gesamtorganismus werde beeinträchtigt werden.

denn — so müßte Stooß konsequent sagen — eine Handlung, die Eigentumserhaltung ist, kann nicht Verletzung des Eigentums sein.

Stooß scheint selbst zu fühlen, daß seine früher dargestellten Anschauungen sehr anfechtbar sind, er sucht sie daher in einem VI. Abschnitt: „Die schädlichen Nebenwirkungen der Behandlung. Operative und interne Behandlung“ noch von einem andern Ausgangspunkt aus zu stützen. Um nachzuweisen, daß die ärztliche Behandlung keine Körperverletzung sei, wird nun die Unterscheidung gemacht zwischen der eigentlich behandelnden Thätigkeit des Chirurgen und gewissen Nebenwirkungen, die die Operation regelmäßig mit sich bringt. Es wird zugegeben, daß die Operation regelmäßig gewisse gesundheitliche Nachteile für den Patienten nach sich zieht (S. 13), allein gerade diejenige Thätigkeit des Chirurgen, welche die Stooßschen Gegner als Körperverletzung betrachten, sei nicht körperverlegend — den Erscheinungen des Lebens würde aber Gewalt angethan, „wenn das Strafrecht die Behandlung nicht nach ihrer Hauptwirkung, sondern nach einer untergeordneten Nebenwirkung, die der Arzt nach Kräften auszuschließen trachtet, charakterisiren wollte“ — (S. 18.). Allein abgesehen davon, daß die Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenwirkungen der Operation kaum mehr ist als ein Spiel mit Worten, übersieht diese Argumentation auch die zahlreichen Fälle mißlungener und doch strafloser Operationen. Richtig ist ja, wenn Stooß sagt, daß der Chirurg, der einen brandigen Körperteil entfernt, insofern nicht verstümmelt, als er ja nur entfernt, was ohnehin schon krank ist; allein so einfach liegen die Fälle häufig nicht. Der Patient, dem wegen einer drohenden Blutvergiftung ein Fuß abgenommen wird, büßt einen Körperteil ein, der im Augenblick noch vortrefflich funktioniert; er fühlt nach der Operation, daß er verstümmelt ist und dieses Gefühl kommt ihm noch deutlicher zum Bewußtsein, wenn ein anderer Chirurg der Überzeugung Ausdruck gibt, daß eine Heilung auch ohne Amputation eingetreten wäre.

Der Abschnitt V „der Thatbestand der Körperverletzung“, bringt nur Ausführungen, die oben zum Teil schon anticipiert wurden. Der Auslegung, die der § 152 des österr. St.G. hier findet, vermag ich nicht zuzustimmen. Stooß ist nämlich der Anschauung, daß nach österr. Rechte die operative Behandlung Kranker in den Thatbestand der Körperverletzung unmöglich einbezogen werden könne, weil das österr. St.G. bloß denjenigen wegen Körper-

verletzung mit Strafe bedroht, der den Körper eines Menschen in feindseliger Absicht beschädigt. Dies ist zunächst nicht ganz präzise; das österr. St.G. droht nicht dem Strafe, der in feindseliger Absicht beschädigt, sondern dem, der in feindseliger Absicht so handelt, daß daraus eine Beschädigung entsteht. — Eine Gegenüberstellung der §§ 155a und 152 des österr. St.G. ergibt, was der § 152 St.G. unter „feindseliger Absicht“ versteht. Der § 155a sagt, daß ein qualifizierter Fall der schweren körperlichen Beschädigung dann gegeben ist, wenn der Thäter eine der im § 152 St.G. genannten, den Thatbestand der schweren körperlichen Beschädigung charakterisierenden Folgen mit einer auf Herbeiführung dieser Folgen gerichteten Absicht verwirklicht hat. — Hieraus ergibt sich, daß im Falle des § 152 St.G. die böse Absicht nicht gerichtet sein darf auf das das Verbrechen charakterisierende Übel, sondern, daß die Handlung aus einer andern bösen Absicht unternommen sein muß. Unter „feindseliger Absicht“ ist mit andern Worten im § 152, ebenso wie im § 140 St.G., verstanden der böse Vorsatz des § 1 Abs. 2 St.G., der *dolus indirectus*. Zur Zurechnung des Thatbestandes der schweren körperlichen Beschädigung genügt, daß der Thäter eine Handlung, die sich gegen die Körperintegrität richtet, im Bewußtsein dieser ihrer Eigenschaft vornimmt, wenn aus dieser Handlung eine der im § 152 St.G. genannten Folgen in zur culpa zurechenbarer Weise entstanden ist. (Lammach, Grundriß S. 19, meint, es genüge auch, wenn diese Folge thatsächlich entstanden ist, falls sie mit der vorsätzlichen That in regelmäßigem, typischem Kausalzusammenhange steht.) Diese Voraussetzungen treffen bei einem Arzt, der eine Operation vornimmt, als deren mögliche Folge er z. B. eine Lähmung des Patienten voraussieht, zu; es beruht auf einer Verwechslung von Absicht und Motiv, wenn Stoß meint, daß die Behandlung Kranker unmöglich in den Thatbestand der Körperverletzung einbezogen werden kann⁸⁾.

Die zu Heilungszwecken vorgenommene ärztliche Operation kann also nach Stoß'scher Anschauung — wie früher ausgeführt wurde — als Körperverletzung nicht in Betracht kommen, gleichwohl soll sie nicht immer strafrechtlich irrelevant sein; die ärztliche Operation

⁸⁾ Stoß polemisiert auch gegen das Urteil des deutschen Reichsgerichts, 25. Bd. S. 375 ff. — gegen diese Polemik zutreffend v. Lilienthal a. O. S. 15 und 16.

könne, wenn sie gegen den Willen des Behandelten, oder an einem Kinde gegen den Willen des Vaters vorgenommen wird, sich als strafbarer „Übergriff in die persönliche Freiheit des Patienten oder in die Gewalt seines gesetzlichen Vertreters“ darstellen⁹⁾. (S. 25 und 26.)

Die Betrachtung der ärztlichen Behandlung unter dem Gesichtspunkte eventuell strafbarer Freiheitsverletzung ist um deswillen interessant, weil sie ein Symptom ist, für das wohl auch von Stooß empfundene Bedürfnis, nicht alle Fälle ärztlicher Behandlung straflos zu lassen, Symptom für die Empfindung, daß es nicht genüge, die Rechtfertigung der Strafflosigkeit ärztlicher Eingriffe statt durch sachliche Begründung mit dem Worte zu geben: die ärztlichen Eingriffe seien nicht „Verletzung“, sondern „Behandlung“.

Das Moment, das Stooß nun im VI. Abschnitt „Einwilligung des Patienten zur Behandlung“ heranzieht, ist, wie die Überschrift sagt, die Einwilligung des Patienten, beziehungsweise seines gesetzlichen Vertreters. Der Arzt, der ohne diese Einwilligung handelt, begeht nach Stooß einen Übergriff in die persönliche Freiheit; allerdings wäre dieser Übergriff dem Thatbestande der Freiheitsverletzung, wie er wohl in den meisten heutigen Gesetzgebungen gefaßt ist, nicht subsumierbar. Dies gilt speziell von der internen ärztlichen Behandlung, z. B. dem Falle, daß ein Arzt einem Patienten, ohne ihn zu fragen, ein Medikament in das Essen mischt. Stooß schlägt daher (S. 38) eine besondere strafrechtliche Bestimmung gegen eigenmächtige ärztliche Behandlung vor — diese soll dann gestraft werden, „sofern sie nicht zur Abwendung einer unmittelbaren Gefahr für Leben oder Gesundheit der Behandelten dringend geboten war.“

⁹⁾ In teilweisem Widerspruch mit dieser Anschauung steht jene auf S. 30, nach welcher der Arzt einen operativen Eingriff an einem Kinde auch ohne Einwilligung des Vaters vornehmen kann. Mit allgemeinen Bemerkungen wie: „ein einsichtiger Vater darf die Erlaubnis zu einer solchen Operation nicht verweigern“ (S. 30), sind derartige schwierige Fragen nicht zu lösen. Die Wissenschaft muß sich darüber klar sein, ob es angezeigt sei, dem Arzt das Recht einzuräumen, an einem Kinde eine Operation wider Willen des Vaters vorzunehmen oder ihm dieses Recht abzuspüren. Es geht nicht an, zunächst zu sagen: die Einwilligung ist erforderlich, und dann dieses Erfordernis wieder auf dem Umwege des „einsichtigen Vaters“, der die Zustimmung nicht verjagen wird, zu beseitigen. Wo finden wir den Maßstab für den einsichtigen Vater?

Nach der Untersuchung über das Wesen der ärztlichen Behandlung und der Voraussetzungen ihrer Vornahme geht Stooß im VII. Abschnitt zur Beantwortung der Frage über: „Wer darf ärztlich behandeln?“ Hier wird richtig unterschieden zwischen Gesetzen, die die ärztliche Behandlung frei geben und Gesetzesbestimmungen, nach welchen nur der staatlich anerkannte Arzt befugt ist, ärztliche Handlungen vorzunehmen. „Ist nur der staatlich anerkannte Arzt von der Gesetzgebung zu ärztlichen Handlungen ermächtigt, so handelt jeder polizeiwidrig, der, ohne Arzt zu sein, ärztlich behandelt. Läßt die Gesetzgebung — so führt Stooß weiter aus — nur den staatlich anerkannten Arzt zur Ausübung des ärztlichen Gewerbes zu, dann übertritt derjenige, der ärztliche Behandlung gewerbsmäßig vornimmt, eine gewerbepolizeiliche Anordnung, dagegen steht es jedermann frei, ärztliche Handlungen nicht gewerbemäßig vorzunehmen. Ist die Ausübung ärztlicher Behandlung keinen polizeilichen Beschränkungen unterworfen, dann gibt es niemanden, der zu ärztlicher Handlung nicht befugt wäre; wird dagegen die Ausübung nur staatlich anerkannten Ärzten gestattet, so folgt daraus nicht, daß jeder, der ohne Arzt zu sein, ärztlich behandelt, strafbar ist, es kann, wie das Beispiel Oesterreichs zeigt, auch in diesem Fall bloß derjenige strafbar sein, der gewerbsmäßig ärztliche Handlungen vornimmt. Erstreckt sich die ausschließliche Befugnis zu ärztlichen Handlungen nur auf den Betrieb des ärztlichen Gewerbes, so kann nur strafbar sein, wer ohne diese Befugnis gewerbsmäßig behandelt. Nach dem schweizer Strafgesetzentwurf Art. 244, der nur die unbefugte Ausübung eines Berufes oder Gewerbes straft, zu dessen Ausübung staatliche Ermächtigung erforderlich ist, kann die unbefugte Ausübung ärztlicher Handlungen nur gesundheitspolizeilich und gewerbepolizeilich gestraft werden.“ (S. 40.)

Die Behauptung, daß, wenn eine Gesetzgebung die Ausübung der ärztlichen Praxis oder die gewerbsmäßige Ausübung derselben nur bestimmten Personen gestattet, die unbefugte Ausübung ärztlicher Handlungen nur als eine Übertretung gesundheitspolizeilicher oder gewerbepolizeilicher Anordnungen strafbar sein kann, aber niemals als ein Vergehen gegen die persönliche Freiheit oder gar als Körperverletzung oder Mißhandlung, ist keineswegs zutreffend. Es kann eine Gesetzgebung sehr wohl folgenden Weg einschlagen: 1. die Übertretung der Vorschriften gegen unbefugte Ausübung ärztlicher

Handlungen schon an sich, ohne Rücksicht auf die sonstige Qualität der Handlung unter Strafe ziehen, und zwar auch dann, wenn der unbefugte Arztende dem Patienten bei einer Krankheit ein unschädliches oder sogar ein gesundheitsförderliches Mittel gibt. Für die Gesetzgebung kann die generelle Gefahr, die mit der Ausübung der Heilkunde von seiten Unbefugter verbunden ist, Motiv zur Erlassung einer solchen allgemeinen Norm sein; dieser Norm handelt dann auch der zuwider, der im einzelnen Falle eine (individuell) gefahrlose oder sogar nach den Umständen angezeigte Handlung vornimmt. Die Gesetzgebung kann 2. diese Normübertretung mit strengerer Strafe bedrohen, wenn aus der unbefugten ärztlichen Handlung eine schädliche Folge entstanden ist (objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit), und 3. wenn die Handlung mit einer bewußten Rechtsgüterverletzung verbunden war, die Handlung nach Maßgabe dieser Rechtsgüterverletzung unter Strafe ziehen.

Von einem ähnlichen Gedankengange läßt sich das österreichische Strafgesetz leiten; ich vermag die zu einem wesentlich andern Ergebnis gelangende Stooßsche Auslegung der Bestimmungen des österreichischen Strafgesetzes, besonders des § 343 St.G., nicht als richtig zu erkennen. Der § 343 des österreichischen Strafgesetzbuches enthält unter der Überschrift „Unbefugte Ausübung der Arznei- und Wundarzneikunst als Gewerbe“ die Bestimmung: „Wer, ohne einen ärztlichen Unterricht erhalten zu haben, und ohne gesetzliche Berechtigung zur Behandlung von Kranken als Heil- oder Wundarzt, diese gewerbsmäßig ausübt oder insbesondere sich mit der Anwendung von animalischem oder Lebens-Magnetismus, oder von Äther-Dämpfen (Narkotisirungen) befaßt, macht sich dadurch einer Übertretung schuldig, und soll mit Arrest nach der Länge der Zeit, in welcher er dieses unerlaubte Geschäft getrieben, und nach der Größe des Schadens, den er dadurch zugefügt hat, mit strengem Arreste von einem bis zu sechs Monaten; im Falle des aus seinem Verschulden erfolgten Todes eines Menschen aber wegen Vergehens nach § 335 bestraft werden.“

Nach dieser Bestimmung des österreichischen Rechtes ist jede Ausübung der Arznei- und Wundarzneikunst (und nicht erst die gewerbsmäßige Ausübung) von seiten eines Unbefugten unerlaubt. (Das Gesetz nennt sie ein unerlaubtes Geschäft — im Gegensatz zur Ausübung auf Grund gesetzlicher Berechtigung oder ärztlichen Unterrichts). Strafbar ist erst die gewerbsmäßige Ausübung; das

Maß der Strafbarkeit richtet sich nach der Länge der Zeit beziehungsweise nach der Größe des Schadens. Tritt aus der unbefugten Behandlung der Tod des Patienten ein, dann ist der Kurpfuscher nach § 335 St.G. zu strafen. Bei Auslegung der letzterwähnten Bestimmung scheint mir die vom Kassationshofe in der Entscheidung vom 16. Mai 1891 (Entscheidungen des obersten Gerichts als Kassationshofes, herausgegeben von der Redaktion der Gerichtszeitung XII. Bd., Nr. 1440) zum Ausdruck gelangte Interpretation des § 343 des österreichischen Strafgesetzes und nicht die Stooßsche Interpretation die richtige. Der Kassationshof ist der Anschauung, daß zur Anwendung der Strafbestimmung des § 335 St.G. gegen den Kurpfuscher nicht erforderlich ist der Nachweis einer über die unbefugte Ausübung der Arznei- oder Wundarzneikunst hinausreichenden Fahrlässigkeit; dagegen ist Stooß der Meinung, daß der Schlußsatz des oben citierten § 343 österr. St.G. „im Falle des aus seinem Verschulden erfolgten Todes eines Menschen“ dahin auszulegen ist: „wenn der Thäter einzusehen vermag, daß die Handlung eine Gefahr für das Leben, die Gesundheit oder körperliche Sicherheit von Menschen herbeizuführen oder zu vergrößern geeignet sei.“

Stooß irrt, wenn er meint, daß das österreichische Gesetz, im Gegensatz zum französischen, die in Übertretung gesetzlicher Vorschriften verursachten Schädigungen dem Thäter nicht zur Fahrlässigkeit zurechne. Der § 335 österr. St.G. sagt das gerade Gegenteil; nach § 335 österr. St.G. ist Fahrlässigkeit zur Last zu legen, wenn der Thäter die mit seiner Handlung für das Leben oder die Körperintegrität verbundene Gefahr einsehen mußte: 1. nach ihren (der Handlung) natürlichen, für jedermann leicht erkennbaren Folgen; 2. nach seinem (des Thäters) Stand, Amt, Beruf, Gewerbe, Beschäftigung; 3. nach besonderen Verhältnissen; 4. vermöge besonders bekannt gemachter Vorschriften. Wenn solche „besonders bekannt gemachte Vorschriften“ existieren, dann nimmt das Gesetz an, daß jeder — eben zufolge dieser Vorschriften — die Gefährlichkeit der in diesen Vorschriften bezeichneten Handlungen einsehen muß. Wir finden derartige Vorschriften im österreichischen Strafgesetze in großer Anzahl; gleich eine Betrachtung des § 336 österr. St.G. hätte Stooß von der Unrichtigkeit seiner Anschauung überzeugen können; wer z. B. durch Nichteinhaltung der in Beziehung auf Dampfmaschinen gegebenen Vorschriften den Tod eines Menschen

herbeiführt, ist nach § 335 St.G. wegen Vergehens gegen die Sicherheit des Lebens zu strafen, ohne daß es erforderlich wäre, im einzelnen Falle nachzuweisen, daß der Thäter die Gefährlichkeit seiner Handlung für fremdes Leben, fremde Körperintegrität einsah. Das Gleiche ist beim Thatbestande des § 343 St.G. der Fall; die Gefährlichkeit der unbefugten Ausübung der Arznei- oder Wundarzneikunde muß jedermann zufolge besonders kundgemachter Vorschrift einsehen; tritt aus einer Kurpfuscherei der Tod eines Menschen ein, dann liegt vor eine nach § 335 St.G. strafbare Handlung, deren Gefährlichkeit der Thäter eben zufolge der kundgemachten Vorschrift hätte einsehen müssen. —

Das eben Ausgeführte scheint mir den Bestimmungen des österr. St.G. zweifellos zu entsprechen. Schwieriger gestaltet sich die Lösung der Frage, wie die Handlung jenes unbefugten Arznennden zu beurteilen ist, der eine Handlung an einem Patienten vornimmt mit Bewußtsein ihres gegen die Körperintegrität gerichteten Charakters. Allerdings sind derartige Fälle selten, doch befreit diese Thatsache die Theorie nicht von der Pflicht, die Lösung zu versuchen. Ich meine nun, daß sowohl nach österreichischem als nach deutschem St.G. die Amputation eines Fußes, die Resektion des Magens, die Exstirpation des Kehlkopfes usw. durch einen Kurpfuscher, der die Diagnose gestellt hat, daß diese operativen Eingriffe notwendig sind, als schwere Körperverletzung (als Körperverletzung mit tödlichem Ausgang, beziehungsweise nach österr. St.G. als Totschlag) zu strafen sind, wenn nicht, was hier außer Betracht bleiben muß, aus der Einwilligung des Verletzten Strafflosigkeit abzuleiten ist. Mit der Stooßschen Anschauung, daß derartige Handlungen straflos sind, weil der Kurpfuscher „behandeln“, also heilen und nicht schädigen wollte, wird sich wohl nur der befreundeten, der nur an die häufigsten Fälle der Kurpfuscherei durch relativ ungefährliche „Behandlungsmethoden“ denkt.

Stooß wendet allerdings gegen meine Anschauung ein (S. 94), daß im Sinne derselben ein ausländischer Chirurg, der eine Amputation zum Wohle des Patienten vollzieht, wegen Körperverletzung zu bestrafen wäre. Allein dieser Einwand wiegt mit Rücksicht darauf nicht schwer, daß die Heranbildung der Ärzte in den meisten Kulturstaaen nach ziemlich gleichen Grundsätzen erfolgt und es daher leicht ist, die in einem Staate zu ärztlicher Berufsausübung Zugelassenen auch in andern Staaten nicht hiervon auszuschließen.

Belangend endlich die gelungene, von einem Unberufenen vollzogene Operation, so gebe ich ohne weiteres die Richtigkeit der Stoßschen Anschauung zu, daß sich das Gefühl dagegen sträubt, in solchem Falle den „Operateur“ wegen Körperverletzung zu strafen. Der Grund, weshalb in derartigen Fällen Strafflosigkeit postuliert wird, scheint mir aber in einem Gefühlsmoment gelegen zu sein, das die Strafgesetzgebung allerdings nicht ignorieren darf. Ich erinnere mich, einmal irgendwo gelesen zu haben, daß der erste sogenannte „Kaiserschnitt“ von einem Metzger an seiner Frau vorgenommen wurde und daß er gelungen ist, indem dieser Schnitt Mutter und Kind gerettet hat. — Wäre die Behauptung richtig, so würde unser Gefühl es wohl verlangen, daß dieser Eingriff gegen fremde Körperintegrität, der, wiewohl generell geeignet eine schwere Rechtsgutverletzung herbeizuführen, im besonderen Falle eine andre Wirkung hatte, mit Rücksicht auf diese seine individuellen Merkmale strafrechtlich anders behandelt werde¹⁰⁾. Für die straf-

¹⁰⁾ Für die strafrechtliche Behandlung einer That ist eben auch ihre (zufällige) objektive Beschaffenheit nicht ohne Bedeutung. Ich habe in einer Abhandlung: „Der objektive Thatbestand als Strafzumessungsgrund, Wien, Manz'sche Buchhandlung, 1888“ zu begründen versucht, wie es sich rechtfertigen lasse, daß bei gleichem subjektivem Thatbestande jene Handlung strenger gestraft wird, die sich durch einen schweren Erfolg auszeichnet. Ich glaubte das wichtigste Moment gefunden zu haben in dem Eindruck, den eine That mit Rücksicht auf ihre objektive Beschaffenheit auf die Gesellschaft macht, und in dem an diese Vorstellung geknüpften verschiedenartigen Reaktionsbedürfnisse der Gesellschaft. Da das gesellschaftliche Reaktionsbedürfnis, das in der Strafe Befriedigung findet, von der (objektiven) Schwere der That abhängig ist, glaubte ich es erklären zu können, weshalb manchen Strafgesetzen sogenannte „objektive Bedingungen erhöhter Strafbarkeit“ bekannt sind. Der oben erwähnte Fall scheint mir das Gegenbild der objektiven Bedingungen, erhöhter Strafbarkeit darzustellen; in den mit dem Namen „objektive Bedingung erhöhter Strafbarkeit“ bezeichneten Fällen tritt, trotz gleichen subjektiven Thatbestandes strengere Strafe ein mit Rücksicht auf den schweren Erfolg; in den hier gedachten Fällen bewirkt der ausnahmsweise günstige Erfolg eine mildere Behandlung eventuell Strafflosigkeit. Es knüpft sich nämlich an die Vorstellung jener Handlung durch die einem Menschen das Leben gerettet, sein qualvoller Zustand erleichtert wurde, auch bei den ihm persönlich ferne Stehenden ein Gefühl der Freude, der Befriedigung. Dieses (Luft)-Gefühl associiert sich auch an die Vorstellung der Persönlichkeit, auf deren Thun die Heilung des Kranken zurückgeführt wird. Dieses Gefühl ist ein kontrastierendes gegenüber jenem, das dem Drange zur Repulsion, zur Bestrafung zu Grunde liegt. Es bringt also ausnahmsweise eine Handlung, welche an sich trägt die allgemeinen Merkmale solcher Handlungen, die ein gesellschaftliches Re-

rechtlich abweichende Behandlung solcher Ausnahmefälle bietet die Unterlassung der Anklage, wenn das Prozeßrecht dies gestattet, oder der Weg der Gnade ein hinreichendes Auskunftsmittel. — Dagegen scheint es sehr gefährlich mit Stooß zu argumentieren, daß alle derartigen Operationen, also auch die mißlungenen, strafflos bleiben müssen, weil der Thäter aus keinem zu mißbilligenden Motiv gehandelt hat. Es darf nicht übersehen werden, daß, wer ohne Vorbildung eine Handlung gegen die Körperintegrität eines andern vornimmt, zum mindestens eine höchst frivole Gleichgiltigkeit gegen dieses Rechtsgut äußert und sittlich tiefer steht als jener, der sich mit anvertrautem Gelde in naiver Unkenntnis aller wirtschaftlichen Konjunkturen in gewagte Spekulationen einläßt, sei's auch nur, um das anvertraute Kapital zu vermehren.

In dem VIII. Kapitel: „Die Grenzen des ärztlichen Handelns und die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes“ werden diese Grenzen näher dahin abgesteckt, daß alle ärztlichen Handlungen erlaubt sind, die dem Patienten zum Wohle dienen (sollte heißen „zum Wohle dienen sollen“ oder nach einer gewissen Durchschnittsmeinung „zum Wohle zu dienen geeignet sind“ — denn, ob sie wirklich zum Wohle dienen, ist im Momente der Vornahme der Handlung nie mit Gewißheit vorausszusagen, und der Arzt, der einen bisher unbekannten Eingriff zum erstenmal versucht, spielt *va banque*). Aus dem Rechtsverbote, den Patienten nicht zu schädigen, ergibt sich das Rechtsgebot, „nur ärztliche Handlungen vorzunehmen, die dem Patienten zum Wohl und zum Heil dienen.“ „Also sind alle ärztlichen Handlungen erlaubt, die dem Zustand des Patienten angemessen sind.“ (S. 48.) Da jedoch — wie schon erwähnt — im Augenblicke der Behandlung sich selten mit Gewißheit sagen läßt, ob diese Behandlungsweise eine dem Zustande des Patienten angemessene ist — es ist nicht nur Phrasen, wenn die

aktionsbedürfnis erzeugen, dieses Gefühl mit Rücksicht auf die individuellen Folgen nicht nur nicht hervor — ja die Handlung erzeugt ein Kontrastgefühl; an die Vorstellung dieser Handlung, beziehungsweise der Person, von der sie ausgeht, knüpft sich kein antipathisches, sondern ein sympathisches Gefühl; die Strafflosigkeit der Handlung entspricht dem gesellschaftlichen Bedürfnisse. Die Verhältnisse liegen gleich ganz anders, wenn die Operation einen ungünstigen Ausgang gehabt hat und hier wieder — wie wohl jeder schon durch Selbstbeobachtung erfahren kann — anders, wenn die Operation von einem Sachkundigen, anders, wenn sie von einem Unberufenen vorgenommen wurde.

Ärzte sagen: wir wollen zunächst diese oder jene Behandlungsweise versuchen — so kommt die Stooßsche Ansicht zu keiner präzisen Abgrenzung als die von ihm bekämpften gegnerischen Anschauungen, ja die Abgrenzung, die z. B. Binding im Handbuche S. 802 gibt: „Der approbierte Arzt übt mit staatlicher Genehmigung die Heilkunst, und alle Mittel, die ihm die Wissenschaft zur Erreichung seines Zwecks zur Verfügung stellt, sind — soweit nicht ausdrückliche gesetzliche Verbote entgegenstehen — ihm anzuwenden erlaubt,“ ist viel präziser. (Vgl. auch v. Liszt, Strafrecht, 9. A. S. 148: Die Handlung ist keine rechtswidrige, wenn sie kraft einer besondern Berechtigung und innerhalb deren Grenzen vorgenommen wurde. Gleiche Wirkung hat die aus der rechtlich anerkannten Ausübung des ärztlichen Berufes sich ergebende Berechtigung zur Vornahme derjenigen Handlungen, welche nach den Regeln des Berufes im gegebenen Falle geboten sind. S. ferner G. Meyer, 5. A. S. 271; Olshausen, 2. Bd. S. 805 u. a.)

Die juristischen Ausführungen des IX. Kapitel: „Ärztliche Handlungen, durch die ein Dritter verletzt wird“ (Vernichtung des Embryo als ärztliche Behandlung; Transfusion und Transplantation) wurden schon oben skizziert.

Im X. Kapitel: „Versuche an Tieren und an Menschen“ ist die Behandlung der Tierquälerei kaum befriedigend ausgefallen. Der Satz, der diese Frage lösen soll: „Die Vivisektion, die von einem Fachmann mit geeigneten Instrumenten in einem dafür eingerichteten Raum unter möglichster Schonung des Tieres (Aufhebung der Schmerzempfindung) vorgenommen wird, ist nicht Tierquälerei,“ birgt fast so viele ungelöste Fragen in sich, als er Worte enthält. Außerdem ist die Vivisektion nicht die einzige Form der Versuche an Tieren.

Die Versuche an Menschen werden, wenn es sich um eine ärztliche Behandlung handelt, die noch nicht an Menschen erprobt ist, den sonstigen Fällen der ärztlichen Behandlung gleich gestellt; von diesen Fällen werden jene unterschieden (S. 78), bei denen es sich um experimentelle Feststellung einer medizinischen Tatsache handelt, „die für die Erkenntnis des menschlichen Organismus und für die ärztliche Behandlung im allgemeinen von Bedeutung sein kann.“ Wer einen Menschen durch ein Experiment an der Gesundheit schädigt oder dadurch seinen Tod verursacht, verfällt dem Strafgesetze. Die Handlung ist Körperverletzung oder Tötung, sie

kann jedoch infolge der Einwilligung des durch sie Betroffenen strafflos sein. In der Polemik gegen mich (S. 84) unterläßt Stooß ein arges Mißverständnis des geltenden österreichischen Strafgesetzes. Das österr. St.G. enthält im § 4 die Bestimmung, daß Verbrechen „auch an solchen Personen begangen werden, die ihren Schaden selbst verlangen oder zu demselben einwilligen“ — hiermit ist der „Einwilligung des Verletzten“ auf dem von den Verbrechen handelnden ersten Teile des St.G. rechtliche Bedeutung abgesprochen. Da der § 239 des zweiten Teiles des St.G. für diesen Teil nur den Bestimmungen der §§ 5–11 erster Teil Geltung beilegt — den § 4 aber nicht citiert — so schloß ich daraus in meinem Strafrecht, I. Bd. S. 294 a contrario, daß die Einwilligung des Verletzten bei Vergehen und Übertretungen (die der zweite Teil behandelt) rechtlich bedeutsam ist. Ich gebe zu, daß diese Anschauung mit guten Gründen anfechtbar ist (dagegen auch Lammajsch im Grundriß S. 33), allein ganz verfehlt ist es, wie Stooß, zu glauben, daß meine Anschauung die Konsequenz ergäbe, daß dann „das Gesetz über eine Reihe der wichtigsten Verhältnisse (Zurechnungsfähigkeit, Vorsatz, Irrtum [in Thatfachen], Notwehr, Notstand) für den Fall, daß sie bei Vergehen und Übertretungen vorkommen, nichts bestimmen“ würde.

Stooß übersieht in seiner Argumentation den wichtigen Unterschied zwischen einer begriffsentwickelnden und einer dispositiven Gesetzesbestimmung. Der § 1 des österr. St.G. enthält eine begriffsentwickelnde Bestimmung, eine Definition des „bösen Vorsatzes“. Eine Begriffsdefinition gilt selbstverständlich für alle Thatbestände eines Gesetzes, in denen dieser Begriff vorkommt; anders eine dispositive Bestimmung; eine solche, wie z. B. über die Bestrafung des Versuches kann, wie das deutsche R.St.G. zeigt, für einzelne strafbare Handlungen — Verbrechen — gelten, für andre — Übertretungen — nicht. Das österr. St.G. hat nun im § 1 den bösen Vorsatz definiert und hiermit diesen Begriff für alle Paragraphen erklärt, in denen der böse Vorsatz als Thatbestandselement vorkommt. Allein, wenn man selbst von diesem den einfachsten logischen Grundsätzen entsprechenden Satz absieht, so erhellt noch aus einem andern Umstande, daß das österr. St.G. den *dolus* bei Übertretungen in ganz demselben Sinne versteht wie bei Verbrechen. Es gibt zahlreiche dolose Übertretungen (Diebstahl, Veruntreuung, Betrug, verleumderische Beleidigung, Sachbeschädigung usw.), die

nicht im zweiten Teile des St.G., sondern nur im ersten Teile definiert sind; im zweiten Teile gibt das Gesetz dann bloß die besondern, meist objektiven Umstände an, bei deren Vorhandensein die im ersten Teile definierten Handlungen keine Verbrechen, sondern nur Übertretungen oder Vergehen sind; auch daraus erhellt, daß das Gesetz den *dolus* bei Übertretungen nicht anders versteht als bei Verbrechen.

Aus demselben Grunde hat Stooß Unrecht, wenn er meint, daß sich vom Standpunkte meiner vorermähnten Anschauung für den zweiten Teil des österr. St.G. eine Lücke hinsichtlich des Notstandes, der Notwehr usw. ergäbe. Das österr. St.G. hat nämlich auch hier einen andern Weg eingeschlagen als jenen, den neuere Strafgesetzgebungen beschreiten. Im deutschen R.St.G., im italienischen St.G. (Art. 49), im schweizerischen Entwurf (Art. 16, 17) sind die Paragraphen über Notstand, Notwehr dispositive Gesetzesbestimmungen¹¹⁾; im Gegensatz hierzu hat das österr. St.G. überhaupt keine solche Bestimmungen über Notstand, Notwehr usw., sondern betrachtet den Notstand, die Notwehr als „Gründe, die den bösen Vorsatz ausschließen“. Der wichtige Unterschied ist auch hier ein in die Augen springender; bestände z. B. das deutsche R.St.G. aus zwei Teilen und wäre nur im ersten, über Verbrechen und Vergehen handelnden Teile der Rechtsatz des § 54 enthalten, dann könnte bezweifelt werden, ob dieser Rechtsatz auch für den zweiten Teil (für die Übertretungen) Geltung hat. Im österr. St.G. sind die Bestimmungen über Notstand, Notwehr usw. keine dispositiven, sondern, weil der Gesetzgeber in denselben bloß erklärt, daß bei Vorhandensein gewisser näher bezeichneter Voraussetzungen es an dem von ihm in § 1 beschriebene Vorsatz fehle, begriffsentwickelnde Gesetzesbestimmungen. Der § 2 St.G. hat somit ebenso wie § 1 Geltung für alle 532 Paragraphen des Strafgesetzes, in denen „böser Vorsatz“ eine Rolle spielt, und der Gesetzgeber hatte es nicht nötig, das Selbstverständliche an späterer Stelle noch einmal zu wiederholen.

¹¹⁾ Sie sind verneinende Rechtsätze, sofern sie erklären, daß die aus gewissen Handlungen regelmäßig entstehende staatliche Strafpflicht im besondern Falle ausnahmsweise nicht entsteht; sie sind bejahende Rechtsätze, sofern sie ausnahmsweise einräumen das Recht zur Vornahme von Handlungen, die regelmäßig verboten sind, z. B. Recht zur Verletzung des Angreifers im Falle der Notwehr.

Im XI. Kapitel kritisiert Stooß kurz die bisherigen Anschauungen über den Grund der Straflosigkeit chirurgischer Operationen und zwar die Lehre vom ärztlichen Berufsrecht, die Einwilligung des Verletzten als Rechtsgrund der Straflosigkeit, die Lehre Oppenheims, nach welcher das Gewohnheitsrecht die Grundlage ist der Straflosigkeit der mehrerwähnten ärztlichen Eingriffe, und jene Dietrichs, nach welcher die ärztlichen Operationen umdeswillen erlaubt sind, weil sie die notwendigen Mittel zur Bannung solcher Übel sind, deren Nichteintritt das Gesetz selber anstrebt.

In einem Anhang S. 108—130 enthält die Schrift noch Urteile des Landgerichts zu Hamburg und des deutschen Reichsgerichts gegen einen Arzt, der ein Kind gegen den Willen des Vaters operierte, und einen Auszug aus dem Aufsatz des med. Dr. J. Thierisch „sind chirurgische Operationen und operative Eingriffe körperliche Mißhandlungen im strafrechtlichen Sinne“.

Nach dem Vorausgeführten wird es klar sein, daß ich dem begeisterten Lobe nicht beistimmen kann, das Zürcher (Schweizerische Zeitschrift f. Strafrecht, XI, S. 491) der Stooßschen Schrift widmet. Zürcher meint, daß die positive Lösung der Frage über „chirurgische Operation und ärztliche Behandlung“ in der Stooßschen Abhandlung zum endgiltigen Abschluß gebracht wird — meine abweichende Anschauung kann ich mit den Worten Lilienthals (a. O. S. 9) wiedergeben: „Die medizinischen Fragen, die Stooß berührt, sind mit einer bei Juristen nicht häufigen Sachkunde behandelt, seine juristischen Ausführungen in einzelnen häufig zutreffend und immer belehrend und anregend. Ich halte seinen Konstruktionsversuch für theoretisch verfehlt, weil der objektive und der subjektive Thatbestand des Delictes der Körperverletzung nicht in genügendem Maße auseinander gehalten werden, und weil Stooß in seiner Würdigung des objektiven Thatbestandes Endzweck und Vorsatz nicht genügend scheidet. Er läßt dabei außer acht, daß auch die sogenannten Zwischenerfolge vorsätzlich herbeigeführt sind, auch wenn nicht sie, sondern nur der Enderfolg als erwünscht erscheinen.“