

Badische Landesbibliothek Karlsruhe

Digitale Sammlung der Badischen Landesbibliothek Karlsruhe

Zeitschrift für das gesamte Arztrecht. 1951-1952 1952

1/2 (1.1.1952)

ZEITSCHRIFT FÜR DAS GESAMTE
ARZTRECHT

EINSCHLIESSLICH
ARZT- UND RECHTSPHILOSOPHIE
GERICHTLICHE MEDIZIN UND KRIMINALBIOLOGIE
MED. JURIST. ANTHROPOLOGIE UND SOZIOLOGIE

Unter Mitwirkung von: Prof. Dr. med. v. Braunbehrens, Freiburg im Br. / Dr. jur. Drost, Bundesrichter, Karlsruhe / Dr. med. habil. Dr. phil. H. Ehrhardt, Dozent für Psychiatrie und Neurologie, Marburg / Dr. jur. Gelhaar, Bundesrichter, Karlsruhe / Dr. jur. Hense, Oberlandesgerichtsrat, Hamm/Westf. / Notar Dr. Georg Herold, Augsburg / Dr. jur. Koch, Verwaltungsrat z. Wv., Soest/Westf. / Prof. jur. Maurach, München / Dr. jur. Willms, Oberregierungsrat am Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe / Oberregierungsrat Sauer, Oberversicherungsamt Kassel / Landesarbeitsgerichtsdirektor Wilsing, Hamm/Westfalen

Herausgegeben von Doz. Dr. med. habil., Dr. phil. Franz Kienle und Prof. Dr. jur. Günther Küchenhoff

2. JAHRGANG

JANUAR / FEBRUAR 1952

Nr. 1/2

Arztrechtliche Fragen vor dem Bundesverfassungsgericht

Von Oberregierungsrat Dr. WILLMS, KARLSRUHE

Unter den zahlreichen Verfassungsbeschwerden und Normenkontrollsachen, die dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zur Entscheidung vorliegen, befinden sich auch einige Verfahren, die Fragen aus dem Arztrecht zum Gegenstand haben. Eines der wichtigsten dient dem Hauptanliegen des Marburger Bundes (Verband der angestellten Ärzte Deutschlands), nämlich der freien Zulassung aller Ärzte zu den Krankenkassen und damit der Beseitigung des § 368 b der Reichsversicherungsordnung und der entsprechenden landesrechtlichen und zonalen Vorschriften, wonach die Tätigkeit als Kassenarzt von einem besonderen Zulassungsverfahren abhängt, das in der „Kontingentierung“ der Kassenarztstellen (1 Kassenarzt auf 600 Sozialversicherte) seinen Grund findet. Die Verfassungsbeschwerde des Marburger Bundes, der sich eine Reihe einzelner Ärzte angeschlossen hat und die durch den Mitherausgeber dieser Zeitschrift, RA. Prof. Dr. Küchenhoff (Werl), beim Bundesverfassungsgericht erhoben wurde, sieht in den genannten Beschränkungen einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG), der allen Deutschen das Recht der freien Wahl ihres Berufs garantiert und dem Gesetzgeber lediglich die Regelung der Berufsausübung gestattet, und einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 GG, der das Recht eines jeden auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit

gewährleistet, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt oder nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt. Die Begründung der Verfassungsbeschwerde, die den beteiligten Regierungen und gesetzgebenden Körperschaften inzwischen zur Äußerung zugestellt wurde, enthält in ihrer Begründung im wesentlichen die gleichen rechtlichen Gesichtspunkte, die Prof. Dr. Küchenhoff in seinen Aufsätzen über „Die staatsrechtliche Stellung des Arztes“ und „Das Grundrecht des Arztes“ (S. 5 ff. und 53 ff. dieser Zeitschrift) niedergelegt hat. Den gleichen Problemkreis berührt eine andere Verfassungsbeschwerde, mit der sich ein Patient durch die Nichtzulassung eines Arztes in seinen Rechten verletzt fühlt, ohne freilich ein bestimmtes Grundrecht zu bezeichnen. Wenn es auch aus prozessualen Gründen zweifelhaft erscheint, ob diese Verfassungsbeschwerde zu einer Entscheidung in der Sache führen kann, so ist sie immerhin geeignet, die vom Marburger Bund erhobene Verfassungsbeschwerde in ihrer Tragweite zu beleuchten. In diesem Zusammenhang begegnen wir bei einer anderen Verfassungsbeschwerde dem Fall, daß eine bereits erteilte Zulassung zur Tätigkeit bei den Kassen der Reichsversicherungsordnung für die Dauer der Beschäftigung eines Kassenarztes als Krankenhausarzt durch einen Verwaltungsakt zum Ruhen gebracht

wird. Hier richtet sich die Beschwerde gegen einen Beschluß des hessischen Schiedsamts für Ärzte beim OVG. Kassel, der sich auf § 25 der Hess. VO über die Zulassung von Ärzten zur Tätigkeit bei Krankenkassen vom 7. 2. 1950 (GVBl. S. 31), eine ministerielle Verordnung stützt. Gerügt wird die Verletzung des Art. 14 Abs. 3 GG, wonach die Enteignung nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen darf, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt.*) Verletzung des Art. 12 GG behauptet wiederum ein Arzt, dem nach Verurteilung zu einer Gefängnisstrafe die Bestallung nach §§ 5 Abs. 2, 3 Ziff. 2 der Reichsärzteordnung vom 13. 12. 1935 (RGBl. I S. 1433) entzogen worden ist und dessen Anfechtungsklage keinen Erfolg hatte. Ein Verfahren, in dem es gleichfalls im Endergebnis um die Entziehung der Bestallung geht, betrifft die Verfassungsmäßigkeit des § 36 Abs. 1 S. 2 des niedersächsischen Gesetzes über die Standsvertretung der Ärzte, Apotheker, Tierärzte, Zahnärzte und Dentisten vom 25. 11. 1951 (GVBl. S. 71). Das Berufungsgericht hatte den betreffenden Arzt eines Berufsvergehens für schuldig und für unwürdig befunden, den ärztlichen Beruf weiter auszuüben. Die von dem Arzt gegen dieses Urteil eingelegte Berufung, wurde ihm durch die genannte Bestimmung des niedersächsischen Gesetzes abgeschnitten, das alle bis zu seinem Inkrafttreten ergangenen Entscheidungen des bisherigen ärztlichen Berufsgerichtes für endgültig erklärte. Da somit die Entscheidung des Berufsgerichtes in Rechtskraft erwachsen war, wurde dem Arzt die Bestallung entzogen. Er erhob gegen die Entziehung Klage beim Verwaltungsgericht, welches das Verfahren nach Art. 100 GG aussetzte und die Akten dem BVerfG zur Entscheidung vorlegte. Die Aussetzung wird damit begründet, daß die Entziehung der Bestallung nach der Vorschrift des § 5 Abs. 4 der Reichsärzteordnung erst nach Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils des Berufsgerichtes erfolgen durfte. An dieser Voraussetzung fehlt es nach der Auffassung des Verwaltungsgerichtes, weil der die Berufung abschneidende § 36 des niedersächsischen Gesetzes insoweit gegen die bundesrechtliche Vorschrift des § 76 der Reichsärzteordnung, die die Berufung mit aufschiebender Wirkung zuläßt, verstoße und deshalb nichtig sei.

Nachdem der bayerische Verfassungsgerichtshof in einem von einer größeren Zahl bayerischer Ärzte betriebenen Verfahren kürzlich die Vereinbarkeit einer Zwangsmitgliedschaft bei der bayerischen Ärzteversorgung (Abt. der bayer. Versicherungskammer) mit der Bayerischen Verfassung bejaht hat (die schriftliche Begründung der Entscheidung liegt bisher noch nicht vor), verdient der Parallelfall einer Verfassungsbeschwerde gegen Vorschriften des Gesetzes über das öffentliche Versicherungswesen (GVBl. 33, S. 467 und § 3 der

*) Vgl. den Aufsatz von Sauer in Heft 5/6 dieser Zeitschrift S. 105.

Satzungen der Bayerischen Apothekerversorgung in der Fassung vom 1. 1. 1950 (St.Anz. Nr. 17) besonderes Interesse. Diese Verfassungsbeschwerde rügt die Verletzung des Rechts der negativen Koalitionsfreiheit, dessen Grundrechtscharakter aus Art. 9 und Art. 2 GG gefolgert wird.

Unter den Normenkontrollsachen nach Art. 100 GG wäre ein auf Veranlassung des Verwaltungsgerichtes Lindau eingeleitetes Verfahren zu nennen, in dem die Frage zur Erörterung steht, ob jemand nach der Vorschrift des § 2 Abs. 1 b der 1. DurchführungsVO vom 18. 2. 1939 (RGBl. S. 259) zum Heilpraktikergesetz vom 17. 2. 1939 (RGBl. I S. 251) die Genehmigung zur Ausübung der Heilkunde deshalb versagt werden kann, weil er eine fremde Staatsangehörigkeit besitzt. Das Verwaltungsgericht hat sich auf den Standpunkt gestellt, daß der „apodiktische Ausschluß eines Ausländers“, wie ihn die genannte Bestimmung vorschreibe, nicht mit Art. 3 GG (Gleichheitsgrundsatz) vereinbar sei; denn diese Verfassungsbestimmung verbiete es dem Gesetzgeber, einen Menschen, der sonst die gesetzlichen Voraussetzungen erfülle, nur deshalb ohne sachliche Prüfung, in deren Rahmen allerdings die Ausländereigenschaft Berücksichtigung finden könne, von einem Zulassungsverfahren auszuschließen. Dieser Auffassung stehe es nicht entgegen, wenn Art. 12 GG nur das Recht der Deutschen auf freie Berufsausübung normiere und regele; denn Art. 12 GG besage nichts darüber, in welchem Umfang der Grundsatz der Gleichheit des Art. 3 anzuwenden sei, und schließe es nicht aus, daß sich auch ein Nichtdeutscher unter Berufung auf den Gleichheitsgrundsatz um einen Beruf bewerben könne, der an sich nur deutschen Staatsangehörigen vorbehalten sei.

Zwei andere Normenkontrollen auf gerichtlichen Antrag beziehen sich auf gesetzliche Vorschriften, die aus Gründen der öffentlichen Gesundheitspflege Eingriffe in die Freiheitssphäre des einzelnen gestatten. Der badische Verwaltungsgerichtshof hat in dem Verfahren über die Anfechtungsklage einer Frau, die an einer offenen doppelseitigen Lungentuberkulose leidet und deshalb auf Antrag des Gesundheitsamtes durch die untere Verwaltungsbehörde zwangsweise in eine Anstalt eingewiesen wurde, die Verfassungsmäßigkeit des § 11 Abs. 2 der VO zur Bekämpfung übertragbarer Krankheiten vom 1. 12. 1938 (RGBl. I S. 1271), die sich auf die Ermächtigung in § 12 des Gesetzes zur Bekämpfung der Papageienkrankheit (Psittacosis) und anderer übertragbarer Krankheiten vom 3. 7. 1934 (RGBl. I S. 532) stützt, verneint. Die durch eine bloße Verordnung erfolgte Einschränkung des Grundrechts der persönlichen Freiheit und körperlichen Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sei im Hinblick auf Art. 104 Abs. 1 S. 1 GG, der derartige Eingriffe nur auf Grund eines förmlichen Gesetzes gestatte, mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes nach Art. 123 GG unwirksam geworden. Geht es also, da die Not-

wendigkeit und Zweckmäßigkeit solcher Zwangseinweisungen zum Schutze der Allgemeinheit wohl kaum in Zweifel gezogen werden kann, hier in erster Linie um mehr formale Gesichtspunkte, so ist der Aussetzungsbeschluß des Friedensobergerichts beim AG. Stuttgart, der das Fortgelten der §§ 12, 14 des Impfgesetzes vom 8. 4. 1874 (RGBl. S. 31) verneint, von weittragender Bedeutung. In diesem Falle handelt es sich um ein Strafverfahren gegen einen Vater, der sich weigerte, eines seiner Kinder gegen Pocken impfen zu lassen, und sich darauf beruft, daß die Gefahr von Pockenerkrankungen bei dem heutigen hygienischen Verhältnissen so gut wie ausgeschlossen sei und der Wert der Schutzimpfung, die man in anderen westlichen Ländern längst abgeschafft habe, nach dem Urteil medizinischer Autoritäten als höchst zweifelhaft bezeichnet werden müsse. Das Gericht hat sich dem angeschlossen und zum Ausdruck gebracht, daß die eine zwangsweise Durchführung der Impfung sichernden Vorschriften des Impfgesetzes unter diesen Umständen mit dem Grundsatz des Art. 2 Abs. 2 GG nicht vereinbar und als Ausnahmegesetz nicht mehr aufrecht zu erhalten seien. Ob das Bundesverfassungsgericht in diesen Fällen auf die gestellten Fragen einzugehen haben wird, steht noch nicht fest. In einem Teil der Rechtslehre (vgl. Bonner Kommentar, Anm. zu Art. 126 GG) wird nämlich die Auffassung vertreten, daß die Verfassungswidrigkeit vor dem

Inkrafttreten des GG ergangener Gesetze von jedem Gericht festgestellt werden kann und die ausschließliche Zuständigkeit des Bundesverfassungsgerichts für diese Feststellung nur für nach dem Inkrafttreten des GG ergangene Gesetze in Betracht kommt. Das Bundesverfassungsgericht hat zu dieser Rechtsfrage bisher noch nicht Stellung genommen.

Daß dem BVerfG schließlich zahlreiche Eingaben geisteskranker Personen zugegangen sind, dürfte kaum zweifelhaft sein. Soweit es sich dabei um Verfassungsbeschwerden allgemeiner Art handelt, wird der Grundsatz des § 52 ZPO, daß nur der Geschäftsfähige prozeßfähig ist, auf das Verfahren vor dem BVerfG entsprechend anzuwenden sein und zur Verwerfung solcher Verfassungsbeschwerden als unzuverlässig führen. Entsprechend den Grundsätzen, die die ZPO für das Entmündigungsverfahren aufstellt, wird jedoch eine Prozeßfähigkeit geisteskranker und geistesschwacher Personen auch für das Verfahren des § 90 BVerfGG dann bejaht werden müssen, wenn sich die Verfassungsbeschwerde gegen Entmündigungen und Zwangsunterbringungen in Irrenanstalten richtet. Ob es in dieser Hinsicht zu Entscheidungen des BVerfG kommen wird, die über den Rahmen des § 24 BVerfGG (Verwerfung der Verfassungsbeschwerde als unzulässig oder offensichtlich unbegründet durch einstimmigen Beschluß des Gerichts) hinausgehen, ist jedoch noch nicht abzusehen.

Zum heutigen Stand der Meinungen über die strafrechtliche Beurteilung ärztlicher Heileingriffe

Von Prof. Dr. R. MAURACH, MÜNCHEN

I.

Das Recht des ärztlichen Heileingriffes insbesondere in strafrechtlicher Sicht gehört zu den nie verstummenden Fragen und den nie endgültig lösbaren Problemen. Seine Erklärungen findet dies in der Doppelgesichtigkeit des Problems als solchem, die wiederum die Ursache seiner besonderen Wandlungsfähigkeit ist. Medizin und Recht treffen auf diesem Gebiet aufeinander. Die Begegnungen sind nicht immer harmonisch verlaufen. Oft genug haben sie auf beiden Seiten Verstimmung ausgelöst oder wenigstens den Vorwurf eines nicht genügenden Verstandenwerdens begründet. Kaum ein Wunder angesichts der hohen Mission, die beide Wirkungsgebiete für sich in Anspruch nehmen. Die Gefahr der Einseitigkeit, ja Ausschließlichkeit der Standorte und damit Betrachtungsweisen eines von Natur komplexen Problems war nicht immer zu bannen. Der Arzt wird dank

seinem unbedingten Heilwillen und einer tausendfältig sanktionierten Übung leicht geneigt sein, die Zweifel des Juristen an anscheinenden Selbstverständlichkeiten als unerheblich und unangebracht zur Seite zu schieben, an ihre Stelle ein Berufsethos oder gar ein Berufsrecht zu setzen, das die Skrupel des Kriminalisten entbehrlich machen soll. Aber schon die erste verunglückte Operation zeigt notwendig, wie trügerisch eine solche Selbstsicherheit im Grunde ist und wie sehr auch dieses Feld einer klaren Begrenzung und Systematisierung bedarf. Umgekehrt ist auch das Recht in seiner konstruktiven Isoliertheit nicht fähig, den Weg zur richtigen Erkenntnis allein zurückzulegen. Arzt und Richter haben hier Hand in Hand zu gehen.

Aber die Probleme liegen nicht nur räumlich. Auch in zeitlicher Reihenfolge erstehen sie immer aufs neue, m. a. W.: Es sind die Fortschritte

beider Wissenschaften, die die gebotene, nicht nur den Arzt, sondern auch alle Rechtsgenossen befriedigende Betrachtungsweise ermöglichen. Operationen, die noch gestern zu den riskanten gehörten und nur von einem kleinen Kreis von Spezialisten gewagt werden durften, sind heute allgemeinüblich; Behandlungsmethoden, die noch jüngst als gesicherte Erkenntnisse der ärztlichen Wissenschaft galten, hat die Gegenwart als fragwürdig, als überholt, als schädlich anerkannt. Genau die gleichen Wandlungen erkennen wir aber auf dem Gebiet des Strafrechts. Die Lehre von den Komponenten des Verbrechens, die Abschiebung von Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Verantwortlichkeit und Individualschuld hat in den gleichen Zeiträumen tiefgreifende Wandlungen erfahren, und damit hat sich die Beurteilung des Rechts der Heileingriffe, der geglückten wie der erfolglos gebliebenen, in allen ihren Voraussetzungen und Auswirkungen grundsätzlich geändert. Freilich nicht so sehr im Ergebnis, als in Konstruktion und Begründung. Daß der sachlich indizierte und geglückte operative Eingriff (um nur einen Teil der ärztlichen Heilbehandlung herauszugreifen), nicht als Körperverletzung gestraft werden kann, war schon unter der Herrschaft der peinlichen Halsgerichtsordnung Karls V. von 1532 ebenso selbstverständlich wie heute. Aber die auch in die praktischen Folgerungen übergreifende Problematik wird dadurch in keiner Weise berührt. Es ist keinem Arzt gleichgültig, ob er deshalb freigesprochen wird, weil das Strafgesetz (infolge Fehlens einer tatbestandsmäßigen Handlung) sich seinem Vorgehen gegenüber indifferent verhält, oder deshalb, weil er zwar „an sich“ einen Tatbestand erfüllt hat, sich aber auf einen Rechtfertigungsgrund berufen kann, der das durch die Tatbestandserfüllung begründete „Unwertigkeitsindiz“ entkräftet und dem Arzt ein sozial wertvolles Handeln bescheinigt. Erst recht ist es von entscheidender Wichtigkeit, ob die rechtliche Beurteilung zum Ergebnis kommt, daß dem Arzt zwar eine gebotene riskante Operation mißglückt ist, daß er aber infolge Beobachtung der ärztlichen Kunstregeln und Innehaltung einer allgemein zumutbaren pflichtmäßigen Sorgfalt trotz negativer Bewertung des Ausgangs von Verantwortung freizustellen ist, während das in der letztdenkbaren Stufe — wegen Fehlens einer individuellen Schuld in der konkreten Situation des konkret handelnden Arztes — freisprechende Urteil schon den Charakter einer deutlichen Warnung trägt. Es ist also schon aus dieser Reihenfolge ersichtlich, daß auch der lege artis durchgeführte und voll geglückte Heileingriff aus der strafrechtlichen Betrachtung nicht einfach herausgelöst werden darf. Im Gegenteil — er muß Ausgangspunkt einer jeden Untersuchung sein, die sich mit der Beurteilung verunglückter Eingriffe befaßt, mögen diese nun sachgemäß vorgenommen worden sein oder nicht. Wie stets, ist auch hier die Regel zu erkennen, um mit ihrer Hilfe die Ausnahme zu

ermitteln. Keineswegs bedeutet die Innehaltung eines solchen Verfahrens schon die Strafbarkeit jeder Ausnahme. Die im Vorstehenden skizzierte Skala von der Tatbestandsirrelevanz über das Eingreifen eines Rechtfertigungsgrundes nach bejaheter Tatbestandsmäßigkeit bis zum Entfallen des generellen Mißbilligungsurteils über den Urheber einer „an sich“ tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Handlung (Fehlender Tatverantwortung) oder gar bis zum Freispruch mangels persönlicher Schuld war in keinem Falle zu einer Verurteilung gelangt. Die konkrete Strafbarkeit steht erst jenseits dieser Grenzen. Wir werden sehen, daß es wirklich nur begrenzte Ausnahmefälle sind, die zur Verurteilung führen müssen. Freilich ist der Weg nicht für alle Eingriffe und Behandlungsmethoden schematisch gleich lang: Wer eine riskante oder nicht gebotene Operation vornimmt, gelangt früher in die Gefahrezone, mag auch der Erfolg dem Risiko nachträglich rechtgegeben haben.

II.

Das auf dem Gebiet der ärztlichen Heileingriffe (und dazu rechnen wir ohne Beschränkung auf eigentliche Operationen Maßnahmen der Heilbehandlung jeder Art) erwachsene Schrifttum ist gerade in den letzten Jahrzehnten überaus fruchtbar gewesen und hat ebenso klärend wie schöpferisch gewirkt. Besonderes Verdienst beanspruchen die Untersuchungen von ENGISCH (ZStW 58, 1) und Eberhard SCHMIDT (Der Arzt im Strafrecht 1939; Ärztliches Strafrecht in PONSOLDS Lehrbuch der gerichtlichen Medizin 1950). Umfangreiche Schrifttumsnachweise geben insbesondere ENGISCH ZStW sowie v. HIPPEL, Deutsches Strafrecht 1930 II S. 257; auch die neueren und neuesten großen Kommentare des StGB, insbesondere der Leipziger Kommentar (6. Aufl. 1951), beschränken sich nicht auf eine Verzeichnung des Meinungsstandes, sondern beziehen selbst ausgesprochene Stellung. Weiter entfaltet hat sich endlich die Rechtsprechung. Von ihr ist auch auszugehen; einmal, weil ihr in der Praxis prima facie der Vorzug gebührt, zum zweiten, weil ihre extrem-konservative Auffassung, an sich dem ärztlichen Berufsethos wohl am weitesten entfernt, gleichwohl aus dieser Polarität eine besondere augenfällige Charakterisierung bezieht. Die folgenden Ausführungen sind deshalb auch vorzugsweise referierend-kritisch gehalten. Sie glauben, ihr Hauptgewicht auf diese Darstellungsweise legen zu können, weil es dem Leserkreis dieser Zeitschrift — insgesamt doch wohl mehr Ärzte als Juristen — mehr darauf ankommt, in wesentlichen Zügen ein Bild vom heutigen Meinungsstande, als von der Auffassung des Verfassers zu erhalten; indes muß, wo Kritik geboten scheint, auch letztere ebenso zu Gehör kommen, wie die Folgen aus der vom Verfasser vertretenen Verbrechenskonstruktion (Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948) wenigstens in den Grundzügen angedeutet werden sollen.

III.

Obwohl die Rechtsprechung des Reichsgerichtes sich auf die Dauer von den Einflüssen der ihm in ziemlicher Einmütigkeit gegenüberstehenden Wissenschaft nicht freihalten konnte, ist sie auf dem Gebiet der ärztlichen Heileingriffe im wesentlichen konservativ geblieben, während der Bundesgerichtshof bisher noch keine Gelegenheit gehabt hat, sich grundsätzlich mit der Judikatur seines Vorgängers auseinanderzusetzen. Das Reichsgericht verharrte bis zuletzt auf dem Standpunkt, daß jeder ärztliche Heileingriff — nicht nur der eigentlich chirurgische — „an sich“ als Körperverletzung i. S. des § 223 StGB tatbestandsmäßig sei. Angesichts des auch vom Reichsgericht gewiß nicht außer Acht gelassenen Heilzweckes könne zwar von einer „Gesundheitsbeschädigung“ i. S. des § 223 nicht die Rede sein, wohl aber sei es unabweisbar, eine „körperliche Mißhandlung“ zu bejahen, die jedenfalls bei Substanzeinbuße (Amputation) stets gegeben sei.

Wenn es auch auf den ersten Blick schwerfällt, die „Mißhandlung“, also eine nach feststehender Auslegung des § 223 unangemessene, schädigende Behandlung auf den sachgemäß ausgeführten und geglückten (!) Heileingriff zu beziehen, so kann man dem Reichsgericht doch nicht voll gerecht werden, wenn man sich seinen Argumenten von Anfang an verschließt. In dem für die gesamte höchstgerichtliche Judikatur maßgebend gewordenen Urteil Bd. 25, 375 handelte es sich um die Resektion der Fußknochen des Patienten, um einen Fall der Substanzeinbuße mithin, der bei isolierter Betrachtung des Vorganges und bei Zugrundelegung der vom Reichsgericht bis zuletzt vertretenen objektiven Tatbestandslehre die Annahme einer Verletzung und damit einer „an sich“ tatbestandsmäßigen Handlung gebot. Daraus ergab sich für das Reichsgericht die Notwendigkeit, besondere Rechtfertigungsgründe zu ermitteln, die bei äußerlichem Fortbestand des „an sich“ erfüllten Tatbestandes diesen seines unrechtsindizierenden Charakters beraubten und dem Täter bescheinigten, gerechtfertigt, d. h. sozial wertvoll und richtig gehandelt zu haben. Die Möglichkeit, einen solchen Rechtfertigungsgrund dem ärztlichen Berufs- oder Standesrecht zu entnehmen, hat das Reichsgericht — nicht mit Unrecht angesichts der vielfach bedenklichen Konsequenzen einer solchen Auffassung — zwar grundsätzlich abgelehnt; dafür bot in der Regel die Einwilligung des Behandelten oder des Sorgeberechtigten (RG 25, 375; RG 38, 35; RG 74, 93), im Falle der Unmöglichkeit, die Einwilligung rechtzeitig einzuholen bei gleichzeitiger Eingriffsnotwendigkeit die Annahme vermutbarer Einwilligung (Geschäftsführung ohne Auftrag) die zur Ausräumung des durch den Tatbestand begründeten vorläufigen Unrechtsindizes erforderlichen Grundlagen. Nur in ganz vereinzelt Fällen hat sich das Reichsgericht von dieser Auffassung gelöst; zu einer Ablehnung der Tatbestandsmäßigkeit

des Eingriffes hat es sich dabei zwar nicht durchgerungen, wohl aber hat es unter weiterer Auflockerung der ursprünglich nur beschränkt zugelassenen Rechtfertigungsgründe auch das Recht zur Vornahme ärztlicher Eingriffe von den Voraussetzungen der Güterabwägung nach den Grundsätzen des übergesetzlichen Notstandes (RG 61, 242) abhängig gemacht, so in Bd. 74, 353, wo dem Arzt bei dringender Lebensgefahr des erkrankten Kindes gestattet worden ist, die notwendige Behandlung auch gegen den Willen des Sorgeberechtigten vorzunehmen, sofern objektiv und subjektiv (RG 62, 138) die Voraussetzungen des übergesetzlichen Notstandes gegeben waren.

Der Strafrechtswissenschaft und auch dem ärztlichen Berufsethos genügen freilich diese Konzessionen, die die konservative Ausgangsstellung der Gerichtspraxis unberührt lassen, noch nicht. Wenn das Reichsgericht gleichwohl an seiner Ansicht festhielt, so erklärt sich das aus den der höchstgerichtlichen Judikatur zugewiesenen doppelgesichtigen Aufgaben. Diese hat nicht nur das Recht fortzubilden (hierzu hätte eine fortschrittlichere Betrachtung des Heileingriffes gehört), sondern auch im konkreten Fall zu einer sachlich befriedigenden, d. h. gerechten Entscheidung zu kommen und dabei Urteile zu vermeiden, die bei aller Einwandfreiheit in den konstruktiven Grundlagen, zu praktisch unerwünschten Erfolgen hätten führen können. Gerade darum aber handelte es sich bei dem Recht der ärztlichen Eingriffe. Der Arzt wurde durch die Reichsgerichtsrechtsprechung nicht beschwert. Die „An-sich-Tatbestandsmäßigkeit“ seines *lege artis* durchgeführten Eingriffes mochte er zwar als Schönheitsfehler empfinden. Er war aber durch die Attestierung sozial wertvollen, ja gebotenen Handelns (Zubilligung von Rechtfertigungsgründen) voll entschädigt. Hätte sich indessen das Reichsgericht den — nach deren Auffassung ebenso berechtigten — Forderungen der Wissenschaft gebeugt und schon die Tatbestandsmäßigkeit des sachgemäßen Eingriffes verneint, so hätte sich die damals wie heute unge löste Frage nach der Beurteilung der entgegen dem beachtlichen entgegenstehenden Willen des Patienten oder Sorgeberechtigten durchgeführten eigenmächtigen Heilbehandlung aufgedrängt, ein Komplex, der unter der Herrschaft der Reichsgerichtspraxis unproblematisch war, da die eigenmächtige Heilbehandlung eine ohne Rechtfertigung durchgeführte Körperverletzung blieb, aber bei Verneinung schon der Tatbestandsmäßigkeit der unerwünschten Operation allenfalls mit Hilfe der Nötigungsbestimmung (§ 240) und auch dann nur ganz unzureichend erfaßt werden konnte.

IV.

Die Auffassung des Reichsgerichts wird in der Strafrechtswissenschaft der Gegenwart kaum noch geteilt. (Gleicher Ansicht wie das Reichsgericht ist heute wohl nur Arthur WEG-

NER, Strafrecht (Allgemeiner Teil) 1951, S. 117: Einwilligung des „Verletzten“ als „typischer Rechtfertigungsgrund“ für den Arzt.) Sie wurde von Beginn an von BINDING (Lehrb. des Strafrechts 1902 Bd. II, 56) bekämpft, der schon vor Begründung der neueren („objektiven“), auf BELING zurückgehenden Tatbestandslehre den erforderlichen und sachgemäß durchgeführten Eingriff als „unverboten“ dem Kreis des objektiv widerrechtlichen Geschehens entziehen wollte. Bemerkenswert ist hierbei seine komplexe Erfassung des Heileingriffes: „Die ärztliche Tätigkeit — „Arzen“ heißt Heilen — ward stets als Ganzheit betrachtet, und der fatale Teil einfach von der Heilbehandlung konsumiert“; er lehnt es ab, den einzelnen Einschnitt („keine Verwechslung des Arztes mit dem Messerhelden“), das einzelne, wenn auch substanzverletzende oder schmerzhaftes Behandlungsstadium isoliert zu werten. Die gebotene Ganzheit bezieht sich aber nicht — wie prima facie angenommen werden könnte — auf die Verbindung der einzelnen Akte der Behandlung mit dem gesundheitsförderlichen Erfolg, sondern in Beziehung gesetzt werden Heilakt als objektives und Heilwille als subjektives Erfordernis. (Mit Recht weist WEGNER a. a. O. S. 115 darauf hin, daß die BINDINGsche Betrachtung in mancher Hinsicht Vorläufer der vom Finalismus (vgl. u.) geforderten komplexen, den Willen (Vorsatz) mit einbeziehenden Tatbestandslehre ist; vgl. auch Schuld und Verantwortung S.11.) Erst und nur deren komplexes Vorhandensein beseitigt das Odium der Verbotswidrigkeit, während der unglückliche Ausgang einer Operation als solcher die versuchte Heilung noch nicht zu einem unwertigen Akt stempelt. Damit taucht erstmals die Scheidung auf, von der die Strafrechtsdogmatik bis in die Gegenwart geleitet wird: Die getrennte Behandlung des indizierten und lege artis durchgeführten Heileingriffes von solchen Behandlungsmethoden, die entweder „nicht dem Heilzwecke dienlich“ oder „nicht maßvoll durchgeführt“ sind.

Eine folgerichtige Weiterverfolgung der von BINDING eingeschlagenen Bahn ist zunächst durch die von BELING (Lehre vom Verbrechen 1906; Lehre vom Tatbestand 1930) entwickelte (ältere) Tatbestandslehre gehemmt worden. Dieser sah den Tatbestand, das Rohbild einer Verbrechenstypung, „rein objektiv“ als äußeres Geschehen, während Willensrichtungen und Tendenzen des Täters erst im letzten Stockwerk des Verbrechenaufbaues, in der Lehre von der Schuld, zu Berücksichtigung und Auswirkung kamen. Damit entfiel allerdings die Möglichkeit, den Heileingriff komplex zu sehen; die rein objektive Fassung des Tatbestandes zwang dazu, den Heilwillen des Arztes erst innerhalb der Schuldprüfung zu würdigen, während für die tatbestandsmäßige „Handlung“ wiederum nichts anderes verblieb, als der „Mann mit dem Messer“, der bei dieser äußerlich bleibenden und zudem isolierenden Betrachtung in der Tat die schon von BINDING angeprangerte

fatale Ähnlichkeit mit dem kriminellen Bauch-aufschlitzer nicht verleugnen konnte. Wenn nicht auch hier die Rechtswidrigkeit des „an sich tatbestandsmäßigen Geschehens“ mit Hilfe der von der Praxis entwickelten Rechtfertigungsgründe (vgl. o. III.) beseitigt und das Problem damit noch im Rahmen der Tatbeurteilung aufgefangen worden wäre, hätte die BELINGsche Konstruktion — unbeschadet ihrer gewaltigen Verdienste auf dem Gebiet der allgemeinen Verbrechenssystematik — auf dem Felde des ärztlichen Operationsrechts in der Tat einen Rückschritt bedeutet. Denn die ganzheitliche Betrachtung des vom Arzt durchgeführten Behandlungsprozesses, die von BELING zum Ausgleich für die durch die objektive Tatbestandslehre bedingten Härten nachdrücklich vertreten wurde, (BELING: Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes usw. ZStW 44, 220) mußte notwendig ein Torso bleiben: Die den Tatbestand ausschließende „Ganzheit“ des Vorganges ist wenig einleuchtend, wenn der sie überlagernde und kontrollierende Heilungswille des Arztes weggedacht werden muß, mindestens innerhalb des Tatbestandes nicht berücksichtigt werden darf.

Die in die Gegenwart fallenden Untersuchungen des Problems gehen auf sehr verschiedenen Wegen vor. Gemeinsam ist ihnen allen, daß sie die zergliedernde Betrachtung des Reichsgerichts aufgegeben haben und die Heilbehandlung als geschlossenen Vorgang betrachten; nicht die einzelne Injektion oder der isolierte Schnitt ist Gegenstand der strafrichterlichen Würdigung, sondern der vom Arzt geleitet gesamte Heilungsprozeß. Darüber, daß dieser, falls lege artis indiziert, durchgeführt und geglückt, außerhalb des Tatbestandes der Körperverletzung zu bleiben hat, besteht vollkommene Einigkeit. Die Meinungen scheiden sich aber am Wendepunkt der trotz gebotener und sachgemäßer Durchführung mißglückten Heilbehandlung; daß auch sie im Ergebnis straflos bleiben muß, steht fest; es wechseln aber die Begründungen. Hier öffnet sich aufs Neue die Kluft bei der Bewertung des Tatbestandes als einer vom Gesetz generell typisierten Handlung. Wer auf den Grundlagen der BELINGschen Konstruktion den Tatbestand als ein nur äußerlich typisiertes Geschehen behandelt und folgerichtig die „Tendenz“ des Handelnden für die Erfolgsverursachung (und Tatbestand in diesem Sinne ist wesentlich eine typisierte „Erfolgsverursachung“) außer Betracht läßt, muß den Tatbestand einer Körperverletzung bejahen und ist daher auf die Ermittlung eines Rechtfertigungsgrundes angewiesen. So insbesondere NAGLER (Leipziger Kommentar § 223 III): Da Berufs- und Gewohnheitsrecht ohne weiteres entfallen, Einwilligung und vermutbare Einwilligung (Geschäftsführung ohne Auftrag) gleichfalls ausscheiden (die Erlaubnis zu einer nutzlosen oder verschlimmernden Operation durch den Patienten kann im Zweifel nicht unterstellt werden), so bleibt als einziger Rechtfertigungsgrund das Prinzip des „erlaubten Wagnisses“.

des „üblichen Risikos“ übrig: Deren Innehaltung beseitigt auch bei Erfolglosigkeit der Heilbehandlung den Unrechtsgehalt des Erfolges (Mißerfolges) und entkräftet damit den Tatbestand.

Im Gegensatz dazu stehen die Meinungen, die die geglückte und die trotz ordnungsgemäßer Vornahme verunglückte Heilbehandlung schon auf dem Gebiet des Tatbestandes grundsätzlich gleich behandeln wollen: Auch im letzteren Falle liege keine tatbestandsmäßige Körperverletzung oder Tötung vor. Voraussetzung einer solchen Betrachtungsweise ist allerdings, daß der starr objektive Tatbestand BELINGscher Prägung eine Ausweitung durch Hereinnahme subjektiver Momente erhält: Begrifflich kann ein mißglückter oder gar zur Verschlimmerung des Leidens führender sachgemäßer Eingriff nur dann außerhalb der Sphäre des „An-sich-Tatbestandsmäßigen“ bleiben, wenn er in allen seinen Stadien von einem, wenn auch in concreto erfolglos gebliebenen, Heilungswillen des Behandelnden beherrscht war. In letzter Konsequenz bedeutet dies, daß die bisher als Schuldbestandteile gewerteten Willensrichtungen, Motive und Tendenzen des Täters „vorverlagert“, d. h. als subjektive Bestandteile dem die Tat (und nicht den Täter) charakterisierenden, nunmehr komplex gesehenen Tatbestand einverleibt werden mußten.

Es kann nicht Aufgabe dieser Zeilen sein, die Bedenken zu erörtern, die im deutschen Strafrecht gegen eine solche Subjektivierung oder (durch Einbeziehung des zielgerichteten Gestaltungswillens) „Finalisierung“ der Handlung und damit des Tatbestandes sprachen. Tatsächlich hat sich die komplexe, Willen und Gestaltung in den Tatbestand einbeziehende Betrachtungsweise nur langsam und auch noch nicht abschließend durchgesetzt; vielfach wurde sie durch eine kryptosubjektive Auffassung ersetzt. So ist es zwar unstritten, daß die strafrechtliche Irrelevanz eines sachgemäßen, aber erfolglos gebliebenen Eingriffes nur dann gegeben ist, wenn die Handlung von einer (unbedingten) Heiltendenz (die folgerichtig jegliche Körperverletzungstendenz ausschließt) getragen wird. Vielfach wird aber diese Tendenz, so von Eberhard SCHMIDT (Ärztliches Strafrecht S. 28), als objektives Attribut, auf die Handlung und nur auf diese bezogen, aufgefaßt, obwohl gerade SCHMIDT in seinem „Arzt im Strafrecht“ (1939 S. 75) der Einbeziehung der Tendenzen in den tatgestaltenden Handlungswillen sonst verständnisvoll gegenübersteht. Weiter geht ENGISCH (Monatsschrift für Kriminalogie 1939, S. 415), der — obwohl an sich Gegner des subjektivierten Tatbestandes — außer der objektiven Indikation und der kunstgerechten Durchführung ausdrücklich den „subjektiven Heilzweck“ verlangt, damit eine fehlgeschlagene Operation außerhalb der Straftatbestandsmäßigkeit bleiben kann. Das Extrem in dieser Entwicklungsreihe stellt die mit der Lehre von der „Sozialadäquanz“ gekoppelte finale Handlungslehre WELZELs (Das deutsche Strafrecht in seinen

Grundzügen, 2. Aufl. 1949) dar. WELZEL unterwirft den Wortlaut der Tatbestände einer Vorsiebung: „Auch der Unrechtscharakter der Tatbestände ist stets nur durch Bezugnahme auf die sittlichen Ordnungen des tätigen Gemeinschaftslebens zu verstehen. Handlungen, die sich innerhalb des Rahmens der sozialen Ordnungen bewegen, unterfallen niemals Deliktstatbeständen, auch wenn man sie dem Wortlaut nach einem Tatbestand subsummieren könnte“. Der Sozialwert einer Handlung bestimmt sich aber wesentlich nach dem Willen des Täters als dem die Handlung gestaltenden Faktor; Heilungswillen und sachgemäße Handlung schließen also auch beim Mißerfolg des Eingriffes, ja selbst beim Tode des Patienten, die Möglichkeit einer „an sich tatbestandsmäßigen“ Körperverletzung oder Tötung aus (WELZEL a. a. O. S. 37).

Dennoch ermöglicht auch die Einbeziehung des Heilwillens in den Tatbestand (und damit die Ausschaltung des „Mißhandlungsvorsatzes“ aus dem Tatbestand) noch keine abschließende Lösung. Denn einwandfrei geklärt sind damit nur zwei Punkte: Einmal, daß die lege artis durchgeführte und geglückte Heilbehandlung im Gegensatz zum Reichsgericht stets tatbestandsunerheblich ist; zweitens, daß jedenfalls der Tatbestand einer vorsätzlichen Körperverletzung auszuscheiden hat, wenn eine Heilbehandlung mißglückt. Im übrigen bleiben zahlreiche Fragen offen. Die entscheidende Schwierigkeit liegt in der Beurteilung des sachgemäß vorgenommenen, aber mißglückten Eingriffes (zu dem auch die Verschlimmerung des Leidens durch die Behandlung einschließlich ihres tödlichen Ausgangs gehört). Es fragt sich, ob die zahlreichen Versuche als erfolgreich angesehen werden können, die es unternommen haben, die hier „an sich“ einschlagenden Tatbestände der §§ 222, 230 StBG schon auf dem objektiven Gebiet der Tatbewertung zu entkräften, so daß es auf die Prüfung der Täterseite, die ja ein Unwerturteil über die Tat voraussetzt, nicht erst ankommt. Daß derartige Bestrebungen durch Hebung der ärztlichen Verantwortungsfreudigkeit den Interessen der Ärzteschaft und damit auch des Kreises der von ihr Betreuten entgegenkommen, kann gewiß nicht verkannt werden. Auf der anderen Seite kann Lockerung der Verantwortlichkeit zu erhöhter, u. U. überhöhter Risikobereitschaft führen. Die kriminalpolitischen Erwägungen halten sich mithin die Waage, und damit ist die letzte Entscheidung wieder der Dogmatik des geltenden Rechts zu entnehmen.

Welche Lösungen sind vorgeschlagen worden, um die „an sich“ drohende Tatbestandsmäßigkeit der bei unglücklichem Ausgang sachgemäßen Eingriffe auszuräumen? Die Konstruktion von NAGLER wurde bereits erwähnt: Sie ist bestrebt, die Rechtswidrigkeit des Vorganges unter Berufung auf das sachgemäße Risiko zu verneinen und damit die beiden Tatbestandsgebäude (§§ 222, 230) zum Einsturz zu bringen. Sachlich steht ihm WELZEL

sehr nahe, der in der Vornahme einer sachgemäßen Heilbehandlung ein sozialadäquates Risiko erkennt: Ist aber die Behandlung als solche sozialadäquat und rechtmäßig, so ist ein Mißerfolg derselben oder ein von ihr verursachter tödlicher Ausgang als unberechenbarer Zufall gleichfalls dem Unwerturteil entzogen. Ähnlich ist die Betrachtungsweise von ENGISCH (ZStW 58, 1; Monatsschrift für Kriminalbiologie 1939, 414), die im wesentlichen von MEZGER (Kurzlehrbuch des Strafrechts, 2. Aufl. 1951, Bes. Teil S. 39) und SCHÖNKE (Kommentar zum StGB, 5. Aufl. 1951 § 223 Anm. V 4) geteilt wird. Eine Körperverletzung sei ihrem Wesen nach Körperinteressenverletzung. Eine Behandlung aber, die überwiegend den Körperinteressen dient, könne keine derartige Verletzung sein. Wenn der Arzt einen sachlich gebotenen Eingriff richtig vornimmt, handelt er nach dem Prinzip des überwiegenden Interesses und räumt zugleich mit der Rechtfertigung seines Handelns auch dessen Tatbestandsmäßigkeit aus. Bis dahin wird man ENGISCH wenigstens im Ergebnis zustimmen können. ENGISCH erstreckt diese Wirkung der Interessenwahrnehmung aber auch auf den mißglückten sachgemäßen Eingriff: Da der Arzt die Notwendigkeit und die Methode seiner Behandlung immer nur ex ante bestimmen könne, müsse dieses ex-ante-Urteil auch für die objektive Beurteilung eines unerwartbar unglücklichen Ausganges gelten: Verschlimmerung des Leidens oder gar Tod des Patienten seien, da vom pflichtmäßigen ex-ante-Urteil des Arztes nicht erfaßt und nicht erfaßbar, auch als solche nicht rechtswidrig. Schließlich sieht Eberhard SCHMIDT (Arzt im Strafrecht 78 ff; Ärztliches Strafrecht 28 f) die Problematik des bei sachgemäßen Eingriff dennoch auftretenden Mißerfolges nicht im Tun, sondern in einem Unterlassen des Arztes. Der Arzt habe die Schädigungen — an sich zwar Folge seines Eingriffes — nicht abgewendet. Eine Erfolgsabwendungspflicht sei aber hier, wie bei jedem unechten Unterlassungsdelikt, nur demjenigen auferlegt, der die Macht zur Erfolgsabwendung habe. Bei einer lege artis durchgeführten Operation habe aber der Arzt nicht die Macht, mehr zu tun, als er getan hat. Das Fehlen einer Möglichkeit zur Erfolgsabwendung lasse auch die Pflicht dazu entfallen. Damit aber ist die Beurteilung eines solchen Unterlassens nach §§ 222, 230 — im Gegensatz zu ENGISCH einwandfrei auf der Ebene der Tatbestandsmäßigkeit — ausgeschaltet.

V.

Wir haben gesehen, welcher Mühen es bedurfte, um den lege artis durchgeführten fehlgeschlagenen Eingriff einem Unwertigkeitsurteil zu entziehen. Ob diese Versuche strafrechtsdogmatisch gelungen sind, sei zunächst dahingestellt. Denn Anerkennung verdient vor allem die dem ärztlichen Fortschrittsstreben ausgesprochen aufgeschlossene Einstellung der Wissenschaft. Es wird kein Mittel unversucht gelassen, um derartige unglücklich verlaufene Ein-

griffe vor dem Odium des sozial und rechtlich Unwertigen zu bewahren. Mit Recht, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Handlung dazu zwingen müßten, auch bei sachgemäßen Eingriffen die Frage der Schuld des Arztes, also die Frage aufzuwerfen, die über die Persönlichkeit des Handelnden entscheidet. Schon die bloße Aufwerfung einer solchen Frage gegenüber dem lege artis handelnden, aber erfolglos gebliebenen Arzt empfindet die Strafrechtswissenschaft als dessen potentielle Diffamierung; diese Frage darf erst gestellt werden bei fehlerhafter Durchführung einer infolgedessen mißglückenden Behandlung; bejaht wird sie damit noch nicht ohne weiteres.

Bei aller Würdigung der hinter diesen Lösungsvorschlägen stehenden Motive: Das Ergebnis bleibt unbefriedigend. Der Raum verbietet es, auf die Einzelheiten der im Vorhergehenden vorgetragenen Lehrmeinungen einzugehen (Einwendungen sind ausgesetzt, insbesondere die Interessentheorie ENGISCHs und die Unterlassungsproblematik SCHMIDTs). (Vgl. hierzu ENGISCH, Monatsschrift für Kriminalbiologie 1939, 424 ff.). Wesentlicher scheint mir die Anfechtbarkeit des Punktes, von dem alle Meinungen ausgehen, die, sei es auf Grund der für den Arzt allein möglichen ex-ante-Betrachtung, sei es (praktisch dasselbe) auf Grund erlaubten Risikos, dem unerwarteten und unvermutbaren unglücklichen Ausgang, nämlich der Verschlimmerung des Leidens oder dem Tod des Patienten, den Charakter eines rechtswidrigen Ereignisses absprechen, weil ein erlaubtes Tun niemals rechtlich mißbilligte Erfolge hervorrufen könnte. Bei den reinen Verursachungsstatbeständen, die hier allein zur Diskussion stehen, ist die Berechtigung dieses Standpunktes indes zweifelhaft. Das Rechtswidrigkeits- und damit Tatbestandsurteil ist, daran läßt weder die Geschichte noch die heutige Dogmatik der fahrlässigen Verursachungsverbrechen einen Zweifel, ein Erfolgsurteil. Zunächst in dem Sinne, daß die Aufrollung der Haftungsfrage vom Erfolg her einzusetzen hat (das deutsche Strafrecht kennt nur das *crimen culposum*, nicht das *crimen culpae*). Ausgangspunkt jeder Tatbeurteilung ist der mißbilligte und im Tatbestand umrissene Erfolg; der Tatbestand ist gegeben, wenn der ursächliche Zusammenhang zwischen Handlung (Behandlung) und Erfolg vorliegt. Insoweit besteht im wesentlichen Übereinstimmung. Fraglich ist nur die „transformatorische“ Wirkung des Handelns lege artis. Wenn die herrschende Meinung eine solche bejaht und, sofern nur die Behandlung den Vorschriften der ärztlichen Kunst entsprach, die unzweifelhafte Rechtmäßigkeit des sich „strebend Bemühenden“, die Erlaubtheit des maßvollen Risikos nun auch auf einen unglücklichen, ja letalen Ausgang ausdehnt, so kann dem nicht zugestimmt werden. Es wird Niemanden einfallen, dem Schützen, der infolge eines nicht vermutbaren Seitenwindes sein Ziel

verfehlte, zu bescheinigen, daß er schon dank seiner Kunst und seines guten Willens ins Schwarze getroffen habe. Auf der anderen Seite kommt man nicht darum herum, daß der Begriff des „Rechtmäßigen“ doch nur die juristisch-formale Ausdrucksweise für ein von der sozialen Umwelt als wertvoll, als erwünscht, jedenfalls nicht als unerwünscht bewertetes Ergebnis ist. Diese Eigenschaften kann aber der tragische Ausgang einer Operation auch bei einwandfreier Durchführung nicht für sich beanspruchen. Das strebende Sich-Bemühen vermag zwar die Verantwortlichkeit zu beseitigen; für die Entscheidung zwischen rechtmäßig und rechtswidrig, zwischen sozial erwünscht und unerwünscht, kann aber als Maßstab nur der Erfolg dienen. (Hierzu näher: Schuld und Verantwortung S. 75 ff.).

Die Rechtmäßigkeit des verunglückten Heileingriffes kann also nicht bejaht werden. Ist damit aber wirklich schon die Notwendigkeit gegeben, um an die verhängnisvolle, die Berufschre des Arztes berührende Prüfung seiner „Schuld“, die Ermittlung der „Vorwerfbarkeit“ seines Handelns heranzugehen? Angesichts der Struktur der fahrlässigen Schuld im Strafrecht ist dies zu verneinen. Geht der Richter nämlich an die Beurteilung der Täterseite, so hat er zwei von einander vollkommen selbständige Prüfungen vorzunehmen, die von der überkommenen Auffassung zu Unrecht gemeinsam unter dem Oberbegriff der Schuld-Ermittlung geführt werden. Zunächst ist festzustellen, ob derjenige, der den rechtswidrigen Erfolg verursacht hat, sich bei seiner Handlungsweise im Rahmen derjenigen Anforderungen gehalten hatte, welche die Verkehrssitte an Gefährdungen solcher Art billigerweise zu stellen berechtigt ist. Diesen Anforderungen wird gerecht, wer sich innerhalb der Grenzen erlaubten Risikos hält; die Beobachtung dieser Normen des „Sollens“ läßt den Handelnden auch dann nicht einem Haftungs-urteil unterfallen, wenn seine Handlung einen tatbestandsmäßig-rechtswidrigen Erfolg nach sich gezogen hatte. Es hat sich eingebürgert, hier von den objektiven oder generellen Schuldgrenzen zu sprechen; besser ist es, den auf die Täter-individualität zugeschnittenen Begriff der Schuld in diesem Stadium des Verfahrens überhaupt noch nicht zu verwenden. Infolge Innehaltung des von der ärztlichen Kunst gestatteten Normalrisikos entfällt die Verantwortung des Handelnden schlechthin, ohne daß es auf seine Schuld ankommen könnte. Die Schuldprüfung setzt erst ein, nachdem — etwa wegen Überschreitung der Risikogrenzen — festgestellt ist, daß der Täter die generellen Normen des „Sollens“ verletzt hat. Jetzt aber kommen die Maßstäbe und die Voraussetzungen zum Tragen, deren Vorliegen zur abschließenden Feststellung berechtigt, daß der Täter fahrlässig, also schuldhaft gehandelt hat. Jetzt ist das persönlichkeitsbezogen-konkrete „Können“ des Handelnden zu prüfen, und erst wenn das Verfahren ergibt, daß der Täter hinter diesen An-

forderungen zurückgeblieben ist, kann seine Schuld — das verwerfbare Mißverhältnis zwischen Handeln und Können — bejaht werden. Selbstverständlich ist es, daß die Bemessung der Fahrlässigkeit nach dem Können des Täters diesem nicht die Möglichkeit geben darf, sich hinter einem „non possumus“ zu verschanzen. In diesen Fällen trifft nämlich der Vorwurf nicht die Art und Weise der Durchführung eines Heileingriffes, dessen Technik der Handelnde nicht beherrscht, sondern schon die Übernahme einer Heilbehandlung, deren Anforderungen das individuelle Können des Arztes übersteigen. Aber auch das Übernahmewagnis beurteilt sich nicht generell, sondern nach den Umständen des konkreten Falles. Ein Arzt, der im Falle dringender Gefahr für das Leben des Patienten und bei Nichterreichbarkeit des Spezialisten eine Heilbehandlung wählt, die er selbst noch nicht genügend erprobt hat, wird auch im Falle des Scheiterns seiner Bemühungen weder mit Verantwortung, noch mit Schuld belastet werden können.

VI.

Abschließend seien, mit einzelnen Zusätzen für besondere, bisher noch nicht besprochene Fälle, die Ergebnisse unserer Untersuchung zusammengefaßt.

1. Die gebotene (Beurteilung ex ante), sachgemäß durchgeführte und erfolgreich verlaufene Heilbehandlung ist trotz Verursachung von Schmerz oder Substanzverlusten niemals tatbestandsmäßig i. S. der Körperverletzungsdelikte. Auf die Einwilligung des Patienten und andere Rechtfertigungsgründe kommt es nicht an. Auch bei den typischen riskanten Operationen fehlt es am bedingten Vorsatz. Denn der bedingte Vorsatz unterscheidet sich vom direkten nicht durch das Erfolgswissen, sondern durch den Erfolgswillen; die Inkaufnahme des Fehlschlages wird aber durch den Heilungswillen regelmäßig ausgeschlossen.

2. Die gebotene, sachgemäß durchgeführte und dennoch verunglückte Heilbehandlung erfüllt den Tatbestand des § 230 bzw. § 222, ohne daß das Handeln lege artis dem entscheidenden strafrechtserheblichen Erfolg die Beurteilung als sozial unerwünscht und damit als rechtswidrig zu nehmen vermag. Das Handeln lege artis hält sich aber innerhalb der Grenzen der generell gebotenen Sorgfaltspflicht, so daß schon die Tatverantwortung des Arztes entfällt. Die Frage der individuellen Fahrlässigkeitsschuld taucht nicht erst auf.

3. Die wegen unsachgemäßer Durchführung fehlgeschlagene Heilbehandlung ist tatbestandsmäßig-rechtswidrig und begründet infolge Außerachtlassung der verkehrsmäßigen Sorgfalt (Zurückbleiben hinter dem Maß des Sollens) die Tatverantwortung des Handelnden. Ob darüber hinaus noch fahrlässige Schuld zu bejahen ist, richtet sich nach den konkreten Umständen des Falles.

Grundätzlich sind der nicht sachgemäßen Durchführung der Behandlung die Fälle fehlender Indikation gleichzustellen (vgl. u. 4).

4. Als nicht sachgemäße Behandlungen müssen auch solche Eingriffe gelten, die zwar den gewünschten Erfolg erreichen, dabei aber vermeidbare Beeinträchtigungen im Wohlbefinden des Patienten hervorrufen (Tatbestand der „Mißhandlung“ nach § 223, die auch für § 230 gilt). Ferner gehören hierher voreilige und daher in concreto überflüssige Eingriffe. Diese sind objektiv nicht indiziert, dienen nicht der Gesundheitserhaltung

und erfüllen daher jedenfalls den Verursachungsbestand des § 230; bei Inkaufnahme der Nichterforderlichkeit der Behandlung durch den Arzt ist darüber hinaus der Tatbestand der vorsätzlichen Körperverletzung gegeben. Eine Rechtfertigung findet nicht statt. Tatverantwortung und Schuld sind bei Vorsatz ((Inkaufnahme der Überflüssigkeit des Eingriffes) stets gegeben, während bei objektiv irriger Annahme der Notwendigkeit einer solchen Behandlung Tatverantwortung und Schuld sich nach den für fahrlässige Körperverletzungen allgemein geltenden Grundsätzen bestimmen.

Die ärztliche Aufklärungspflicht bei Schockbehandlung

Von Dozent Dr. Dr. H. EHRHARDT, MARBURG/Lahn

Aus der Nervenlinik der Universität Marburg a. d. Lahn (Direktor Prof. Dr. W. Villinger)

Der therapeutische Nihilismus in der Psychiatrie wurde während der letzten 30 Jahre durch die Entwicklung grundsätzlich neuer Behandlungsverfahren durchbrochen. Wagner v. JAUREGG führte in der ersten Hälfte der 20iger Jahre die Fieberbehandlung der progressiven Paralyse ein, die heute noch zum eisernen Bestand jeder psychiatrischen Klinik gehört. Ob die Einführung der sog. Antibiotica (Penicillin etc.) in die Behandlung der Neurolues hier eine entscheidende Wandlung bringen wird, läßt sich vorläufig noch nicht übersehen. Die zweite umwälzende Neuerung in der psychiatrischen Therapie ist die Schock- oder Krampf-Behandlung der endogenen Psychosen¹⁾. 1934 berichtete SAKEL über ausgezeichnete Erfolge bei Schizophrenen durch wiederholte hypoglykämische Schocks, und ein Jahr später beschrieb v. MEDUNA ähnliche Erfolge durch künstliche, mit intravenösen „Cardiazol“-Injektionen ausgelöste, epileptische Krampfanfälle. Im Frühjahr 1938 führte CERLETTI vor der Medizinischen Gesellschaft in Rom die ersten durch Wechselströme ausgelösten Krampfanfälle beim Menschen vor, nachdem BINI einen Apparat konstruiert hatte, der eine genaue Dosierung der Spannung und der Durchlaufzeit des Stromes gestattete. Ein Jahr später wurde die Methode durch BINGEL und MEGGENDORFER sowie v. BRAUNMUEHL in Deutschland eingeführt. Bis zum heutigen Tage ist der Elektroschock (E. S.) — mit wenigen technischen Variationen — das international gebräuchlichste Behandlungsverfahren bei den endogenen

Psychosen. Verschiedene andere Methoden der Krampfprovokation haben sich — vor allem in Deutschland — nicht durchsetzen können. Lediglich das „Aneuxol“ (20%ige Aminophenazonlösung) hat sich uns in der letzten Zeit noch als brauchbar erwiesen²⁾.

Gerade für den Nicht-Psychiater, den Juristen, erscheint uns der Hinweis wichtig, daß wir durch die Schocktherapie in ihren verschiedenen Modifikationen keine endogene Psychose „heilen“ können. Es ist aber erwiesen, daß wir in einer erfreulich großen Anzahl von Fällen in oft überraschend kurzer Zeit die „Remission“, oder wenigstens eine mehr oder weniger weitgehende und langdauernde Besserung erzielen können³⁾. Selbstverständlich sind wir im Laufe der Jahre gegenüber den Methoden der Schocktherapie und ihren praktischen Ergebnissen kritischer geworden. Wir kennen heute besser die Möglichkeiten und Grenzen einer Behandlung von Geisteskrankheiten, der Ursache und deren Eigenart uns letztlich unbekannt sind. Wir haben auch wieder den Wert der zu Unrecht etwas in den Hintergrund getretenen Arbeitstherapie und einer Mental-Hygiene im weitesten Sinne schätzen gelernt. Trotzdem wird aber heute jeder verantwortungsbewußte Psychiater bei geeigneten Fällen etwa von Schizophrenie oder Depression versuchen, durch ein aktives Vorgehen in der Schockbehandlung schnell und möglichst durchgreifend zu helfen. Wir erinnern uns in diesem Zusammenhang, daß der Arzt im sog. Arztvertrag die Verpflichtung zur Behandlung übernimmt, und zwar „zur Behandlung auf einfachstem und schnellstem Wege, und

¹⁾ A. v. BRAUNMUEHL: Insujinschock und Heilkrampf. Stgt. 1947.

W. v. BAYER: Die moderne psychiatrische Schockbehandlung. Stgt. 1951.

²⁾ C. RIEBELING, Nervenarzt 20, 455 (1949).

³⁾ H. EHRHARDT, Nervenarzt 19, 513 (1948).

zwar gleichfalls unter Berücksichtigung des jeweiligen Standes der Wissenschaft und Praxis⁴⁾.

Der Elektroschock ist — wie gesagt — die heute noch gebräuchlichste und am häufigsten angewandte Methode der Schockbehandlung. Wir können im folgenden bei der Erörterung der ärztlichen Aufklärungspflicht in bezug auf die Schockbehandlung die verschiedenen anderen Behandlungsmethoden unberücksichtigt lassen, weil die juristische Problematik, um die es hier geht, im wesentlichen dieselbe ist. Bezüglich des E. S. steht fest, daß die Methode allgemein geübt wird, daß sie erprobt ist, daß sie sich bewährt hat. Es steht weiterhin fest, daß die Schockbehandlung im allgemeinen keine bleibenden und ernsten Veränderungen der „normalen“ Persönlichkeitsstruktur hinterläßt, während das etwa bei der Leukotomie — einer hier nicht zu erörternden hirnchirurgischen Behandlungsmethode der Geisteskrankheiten — fraglich oder zumindest unentschieden ist. Wir kennen aber eine ganze Reihe von Komplikationen körperlicher Art, die, wenn auch selten, so doch von den verschiedensten Autoren immer wieder beobachtet und beschrieben wurden⁵⁾. Frakturen und Luxationen, Herzstillstand und Kreislaufkollaps, Lungenabszeß und Schluckpneumonie, Aktivierung einer latenten, inzipienten oder inaktiven Lungentuberkulose, Atemstillstand und schließlich vereinzelte, mehr oder weniger unklare Todesfälle kürzere oder längere Zeit nach einem Schock sind bekannte Schockkomplikationen. In der Gerichtspraxis spielen eigentlich nur die Frakturen und Luxationen eine Rolle, auf die wir uns deswegen hier beschränken können. Die anderen Komplikationen sind entweder extrem selten, oder interessieren lediglich den behandelnden Arzt hinsichtlich seines Verhaltens gegenüber manchmal bedrohlich erscheinenden aber in der Regel folgenlos vorübergehender Reaktionen des menschlichen Organismus auf den Schock.

Aus den beobachteten Komplikationen, wie überhaupt aus den bisherigen Erfahrungen mit der Schockbehandlung ergeben sich eine Reihe von absoluten oder teilweisen Kontraindikationen für die Schockanwendung, die der behandelnde Arzt beachten muß. Besondere Vorsicht ist bei der außerklinischen (ambulant) Schockbehandlung geboten⁶⁾. Auf eine Besprechung der Kontraindikationen im einzelnen kann hier verzichtet werden. Sie ergeben sich in der Hauptsache bei ernsthaften organischen Erkrankungen verschiedenster Art. Deswegen ist vor jeder Schockbehandlung eine allgemeine körperliche Untersuchung erforderlich. In Zweifelsfällen muß der eine oder andere Facharzt zugezogen werden. Die eigentliche Entscheidung,

⁴⁾ LIERTZ-PAFFRATH, Hdb d. Arztrechts, S. 180.

⁵⁾ M. MUELLER: Prognose und Therapie d. Geisteskrankheiten. 2. Aufl. Stgt. 1949.

H. EHRHARDT: Ärztl. Forschung 2, 434 (1948)

⁶⁾ H. EHRHARDT: Nervenarzt 19, 37 (1948).

Ders.: N. Med. Welt 1, 1659 (1950).

ob eine Schockbehandlung zumutbar ist oder nicht, steht aber immer bei dem ausführenden Arzt. Nur er trägt die Verantwortung, er kann sie niemals auf einen Kollegen aus dem einen oder anderen Fachgebiet, der diagnostisch zu Rate gezogen wurde, abwälzen. Deswegen muß auch eine gründliche klinische Ausbildung und Erfahrung in der Schock- und Krampfbehandlung der Psychoßen von jedem Arzt gefordert werden, der sich auf diesem Gebiet betätigt.

Wie häufig sind nun die in der Gerichtspraxis bedeutsamen Frakturen und Luxationen im Verlaufe einer Schockbehandlung? Die Angaben darüber schwanken in der internationalen Literatur ganz erheblich. Das erklärt sich aus der unterschiedlichen Indikationsstellung, der jeweils angewandten Methode der besonderen Zusammensetzung des Patientenmaterials den angewandten Verhütungsmaßnahmen und dergleichen⁷⁾. Um eine ungefähre Vorstellung zu vermitteln nennen wir folgende Zahlen aus jüngster Zeit. In der Univ.-Klinik und Anstalt Göttingen⁸⁾ ereigneten sich im 2. Halbjahr 1949 bei 3000 Einzelkrämpfen: 1 Oberarm-Fraktur, 1 Kompressionsfraktur der Wirbelsäule, 2 Oberarm-Luxationen.

In der Univ.-Nervenklinik Marburg wurden in den Jahren 1949 und 1950 bei insgesamt 460 mit Schock behandelten Patienten und rund 4000 verabfolgten Einzelschocks folgende chirurgischen Komplikationen beobachtet:

2 Schulterluxationen, davon eine doppelseitige bei habitueller Luxationsneigung; 2 Kompressionsfrakturen des 5. bzw. 6. Brustwirbels; 2 Oberarm-Frakturen, davon eine doppelseitig (eine u. W. bisher noch nicht beschriebene Komplikation); 1 Fraktur des Pfannenbodens des rechten Hüftgelenks; schließlich kam noch eine Patientin zur Aufnahme, bei der sich im Laufe der Untersuchung eine rechtsseitige Schulterluxation als Folge einer mehrere Wochen vorher in einer anderen Anstalt durchgeführten Schockbehandlung fand. — Vergleichen wir die Zahlen mit den analogen Angaben im internationalen Schrifttum (MÜLLER, KALINOWSKY⁹⁾, WILCOXE¹⁰⁾ u. a.), so kann man das Risiko bezüglich der chirurgischen Komplikationen mit 1 bis höchstens 2% gemessen an der Patientenzahl angeben¹¹⁾. Legt man die Zahl der Einzelschocks zugrunde, so bleibt die Risikoziffer weit unter 1%.

Für die forensische Bewertung der chirurgischen Schockkomplikationen ist es von besonderer Wichtigkeit, da sie in der Regel ohne schwerwiegende

⁷⁾ Vgl. dazu EHRHARDT, Ärztl. Forsch. 1 c.

⁸⁾ Nach einer Mitteilung v. Herrn Prof. EWALD, Göttingen.

⁹⁾ KALINOWSKY, L. B. u. P. H. HOCH, Shock treatments, New York 1946.

¹⁰⁾ WILCOX, P. H.: Progr. i. Neurol. and Psychiatr., New York 1949, S. 499. Idem 1951 Vol. VI.

¹¹⁾ In unserem Breslauer Material v. 560 Pat. lag die Frakturhäufigkeit unter 1%.

Vgl. H. EHRHARDT: Ärztl. Forsch. a. a. O.

v. a. a. O. v. a. a. O. v. a. a. O. v. a. a. O.

Folgen ausheilen. Schockfrakturen haben im allgemeinen eine gute Heilungstendenz, zumal größere Dislokationen selten vorkommen. Das gilt vor allem für die Wirbelfrakturen, die hinsichtlich der Häufigkeit an der Spitze stehen. Komplizierte Frakturen im Bereich des Schulter- und Beckengürtels mit bleibenden Funktionsstörungen werden zwar immer wieder einmal gesehen, sind im ganzen aber doch so selten, daß sie sich anhand des einschlägigen Schrifttums in ihrer prozentualen Häufigkeit nicht fassen lassen. Die anderen bereits genannten ernsthaften Schockkomplikationen wie z. B. der Lungen-Abszeß und schließlich auch die Todesfälle sind gemessen an der Zahl der Behandlungen und auch der Behandelten so selten, daß man auch bei sorgfältigster Auswertung der Literatur darüber keine einigermaßen verbindlichen Risikozahlen geben kann.

Zur Verhütung der Komplikationen bei der Schockbehandlung sind eine ganze Reihe von Methoden angegeben worden, die wir hier nicht im einzelnen zu besprechen brauchen. Z. Zt. gibt es noch keine Methode die bei kritischer Abwägung aller Vor- und Nachteile so überzeugend wäre, daß man ihre „kunstgerechte“ Anwendung von dem behandelnden Arzt verlangen müßte. Selbstverständlich muß der Arzt die besondere Behandlungstechnik — die grundsätzlichen Komplikationsverhütungsmaßnahmen wie vorbereitende Untersuchung, Reizdosierung, Lagerung etc. beinhaltet — kennen und berücksichtigen. Die Anwendung von Curare und curare-ähnlichen Substanzen¹²⁾ oder von verschieden geformten, verzögerten bzw. einschleichenden Reizströmen¹³⁾ — um nur die beiden zukunftsreichsten Wege der Ausschaltung des Frakturrisikos beim Schock zu nennen — gehören deswegen vorerst nicht zur „regelrechten“ Behandlungstechnik. Ganz allgemein muß man ja vom ärztlichen Standpunkt vor der übereilten Anwendung nicht genügend erprobter und manchmal nicht ungefährlicher neuer Methoden in Diagnostik und Therapie warnen. Das gilt selbstverständlich auch für die Schockbehandlung.

Nach diesen einleitenden Bemerkungen über die psychiatrische Schocktherapie können wir die rechtliche Seite unter dem Gesichtspunkt des Schocks als ärztlicher Eingriff betrachten.

II.

Behandeln wir einen Kranken, der an einer psychischen Störung leidet, mit einem oder mehreren Schocks gleich welcher Art, so ist das in der geltenden Rechtsprechung ein Eingriff in die körperliche Integrität des Patienten, wie etwa eine Injektion, eine Narkose, eine Operation oder der-

¹²⁾ BENETT, A. E.: J. amer. med. Assoc. 114, 322, (1940). — DAVIES, D. L. u. A. LEWIS, Lancet 256, 775 (1949).

¹³⁾ WILCOX, I. c. PACELLA, B. L. J. Nerv. Dis. 109, 396 (1949).

v. BRAUNMUEHL, A.: Fsch. Neur. 19, 325 (1951).

gleichen (vgl. EGSt 25, 375 u. RGZ 68, 431). Die Schockbehandlung ist also ein ärztlicher Heil-Eingriff, der zunächst unter denselben strafrechtlichen und zivilrechtlichen Gesichtspunkten wie jeder andere ärztliche Eingriff gesehen werden muß. Höchststrichterliche Entscheide, die sich mit der Schockbehandlung und ihren Komplikationen befassen, liegen bisher nicht vor, da diese psychiatrischen Behandlungsmethoden relativ jungen Datums (s. o.) sind.

a) In der Strafrechtspraxis ist jeder lege artis bei einem psychisch erkrankten Menschen durchgeführte Schock eine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB. Jede Körperverletzung ist rechtswidrig. Die Rechtswidrigkeit und damit Strafbarkeit des ärztlichen Heileingriffes wird nur unter bestimmten Voraussetzungen ausgeschlossen. So z. B. wird das Handeln des Arztes durch ein förmliches Gesetz rechtmäßig, etwa bei körperlicher Untersuchung gem. § 81a StPO oder bei der Behandlung Geschlechtskranker auf Grund des Gesetzes v. 1. 10. 27. Insbesondere begründet die Einwilligung des Pat. die Rechtmäßigkeit des Heileingriffes (RGSt 38, 34; RG DR 1942, 333). Bei Gefahr in Verzug — also in Ausnahmefällen — ist dem Arzt die „Heilbehandlung ohne Auftrag“ im Interesse des Kranken bzw. Verletzten gestattet (RGZ 68, 431; RG JW 36, 3113). Demnach kann der Psychiater bei akuten Psychosen z. B. hochgradiger motorischer Erregung oder erheblicher Suicidgefährdung unter der Voraussetzung der „mutmaßlichen Einwilligung“ eine Schockbehandlung durchführen. Von diesen „Ausnahme- und Notfällen“ abgesehen, ist aber in der Regel die Einwilligung des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters die Voraussetzung der Rechtmäßigkeit einer als notwendig erkannten Schockbehandlung.

b) Entgegen diesem Standpunkt der gerichtlichen Praxis — und nur damit müssen wir uns in der ärztlich-psychiatrischen Praxis auseinandersetzen — ist die überwiegende Zahl maßgebender Rechtslehrer heute der Ansicht, daß „kunstgerechte“ ärztliche Behandlungsmaßnahmen keine Körperverletzung im Sinne des § 223 StGB sein können¹⁴⁾. Körperverletzung bedeutet Körperinteressenverletzung. Eine ordnungsgemäße ärztliche Behandlung wird aber gerade im Interesse des Körpers durchgeführt, kann also nicht gleichzeitig Körperinteressenverletzung sein. Für den Psychiater ist es nun von besonderer Bedeutung, daß auch unter diesem Gesichtspunkt das Einverständnis des Patienten oder seines gesetzlichen Vertreters nicht ganz gleichgültig ist, da man in einer Behandlung gegen den ausdrücklichen Willen des Pat. eine Verletzung der persönlichen Freiheit

¹⁴⁾ SCHMIDT, E.: in Hdb. d. gerichtl. Med., hrsg. v. PONSOLD, Stgt. 1950, S. 27 ff.

SCHOENKE, A.: Kommentar z. StGB, 5. Aufl. 1951, Anm. zu § 223.

¹⁵⁾ EHRHARDT, H.: Arztrecht (i. Druck).

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage kostenpflichtig abzuweisen, hilfsweise ihr zu gestatten, die Zwangsvollstreckung durch Sicherheitsleistung abzuwenden.

Die Zivil-Kammer des Landgerichts Marburg/L. hat nach Beweiserhebung durch Urteil vom 9. 11. 49 nach dem Klageantrag erkannt, und dabei der Klägerin ein Schmerzensgeld von 250.— DM zugebilligt. Sie hat ausgeführt, daß Dr. P. als behandelnder Arzt seine Pflicht, die Klägerin über die mit der Anwendung der Elektroschockmethode verbundenen Gefahren insbesondere die Gefahr des Eintretens von Knochenbrüchen, hinreichend aufzuklären, schuldhaft verletzt habe. Seine Unterlassung sei auch ursächlich für den der Klägerin entstandenen Schaden, denn es sei anzunehmen, daß die Klägerin bei entsprechender Aufklärung ihre Einwilligung zu der fraglichen Behandlungsweise nicht erteilt hätte. — Im Zuge der Beweisaufnahme hatte das Landgericht auch ein Gutachten der Univ. Nervenlinik Göttingen angefordert, das unter dem 25. 5. 49 erstattet wurde. Das Urteil ist in den entscheidenden Punkten der gutachtlichen Stellungnahme nicht erfolgt.

Die Universität legte am 15. 12. 49 durch ihren Prozeßbevollmächtigten gegen dieses Urteil Berufung ein. Sie beantragte, unter Abänderung des angefochtenen Urteils nach ihren im ersten Rechtszuge gestellten Anträgen zu erkennen: — Die Klägerin beantragte die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Der 2. Kasseler Zivilsenat des Oberlandesgerichts Frankfurt/Main hat im Rahmen der Beweisaufnahme ein Ergänzungsgutachten der Univ. Nervenlinik Göttingen (Prof. Dr. EWALD) angefordert, das unter dem 25. 10. 50 erstattet wurde. In dem Urteil des OLG vom 7. 3. 51 wird festgestellt:

„Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Landgerichts in Marburg/L. vom 9. November 1949 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden der Klägerin auferlegt.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Revision gegen dieses Urteil wird zugelassen.“

In der Urteilsbegründung folgt das OLG in den wesentlichen Punkten der übereinstimmenden Argumentation seitens des Gutachters und der Beklagten.

Die Klägerin beabsichtigte gegen das Urteil des OLG Revision beim Bundesgericht einzulegen. Ein diesbezüglicher Armenrechtsantrag durch die Prozeßbevollmächtigte der Klägerin wurde nach Prüfung der Aktenlage vom Bundesgericht am abgelehnt.

b) In der Urteilsbegründung befaßt sich das OLG zunächst mit der ursprünglich von der Klägerin aufgestellten Behauptung, daß die Fraktur

durch Sturz von der Liegestatt oder sonstige äußere Einwirkung infolge Unachtsamkeit des Arztes oder des Pflegepersonals entstanden sei. Die Beweisaufnahme hatte aber keinen Anhalt für eine derartige schuldhaftige Pflichtverletzung ergeben. — Es ist bemerkenswert, daß die meisten Prozesse dieser Art anscheinend mit dieser Problematik beginnen. Sie bildet gleichsam die erste Phase des Verfahrens in der es um eine mehr oder weniger grobe Verletzung der *lex artis* geht. Für den Laien ist der Kausalzusammenhang von Knochenbruch und äußerer Gewalteinwirkung so selbstverständlich und naheliegend, daß es stets besonderer Mühe bedarf, die speziellen Gegebenheiten im Schock oder Heilkrampf zu erklären. Der Entstehungsmechanismus der Schockfrakturen ist ein noch ungelöstes medizinisches Problem. Wir wissen nur, daß diese Frakturen nichts mit äußerer Gewalteinwirkung zu tun haben. Wenn ein Patient bei der Schockbehandlung aus dem Bett stürzt und einen Arm bricht, so ist das keine Schockfraktur. Da der Patient bei der Behandlung völlig bewußtlos ist, kann er zur Rekonstruktion des „Thaterganges“ gar nichts beitragen. Hat der Patient schon mehrere Schocks bekommen, zeigen sich mehr oder weniger ausgeprägte Gedächtnisstörungen, die sich auch auf die Geschehnisse vor der Schockbehandlung erstrecken. Die schockbedingten Gedächtnisausfälle klingen meist nach einigen Wochen weitgehend ab. Dazu müssen wir aber noch berücksichtigen, daß für nicht wenige Patienten nach der Remission — auch ohne Schockbehandlung — die Zeit der akuten Psychose in mehr oder weniger vollständiger Erinnerungslosigkeit versinkt. Wir werden also auch den Angaben des Patienten über das, was ihm vor der Schockbehandlung — also in einem akuten Stadium der Psychose — gesagt worden ist, sehr skeptisch gegenüberstehen.

Wir wenden uns zu unserer Urteilsbegründung zurück und finden als nächstes die Widerlegung der Behauptung der Klägerin, die ES-Behandlung hätte mit Rücksicht auf ihr Alter und den internen Befund nicht angewendet werden dürfen. Das Alter des Patienten war keine Kontraindikation. Das ergibt sich allein aus der Tatsache, daß die Psychosen des Rückbildungsalters zu den Hauptindikationen für die ES-Behandlung gehören. Die Erfolge sind bei diesen Erkrankungen besonders gut. — Eine Myodegeneratio cordis ist ein sehr häufiger Befund im höheren Lebensalter. Sofern keine schwereren Insuffizienzerscheinungen vorliegen, ergibt sich dadurch keine Kontraindikation. Die Patientin bekam außerdem zur Vorbereitung der Schockbehandlung Strophantin. Auf die Widerlegung der laienhaften Behauptung, daß die Cardiazolschock in solchen Fällen weniger gefährlich sei — weil Cardiazol doch ein „Herzmittel“ ist — brauchen wir hier nicht einzugehen. Dasselbe gilt für die Widerlegung der Behauptung, daß die arthrotischen Veränderungen der Brustwirbelsäule und ein sog. zarter Knochenbau bei der Indikationsstellung nicht entsprechend berücksichtigt wurden.

Im folgenden befaßt sich das Urteil mit der entscheidenden Frage der Belehrungspflicht, die laut Behauptung der Klägerin bei der Einholung ihrer Einwilligung von Dr. P. verletzt wurde. „Der Arzt, der sich von einem Patienten die Einwilligung zu einem Eingriff erteilen läßt, ist grundsätzlich verpflichtet, ihn zuvor über die damit verbundenen Gefahren zu belehren. Das ist in der Rechtsprechung anerkannt und wird auch von der Beklagten nicht bestritten“ (S. 9 Urteil). Die Beweisaufnahme hatte ergeben, daß Dr. P. die Klägerin in üblicher Weise aufklärte, indem er die Gefahren der ES-Behandlung mit dem Risiko einer Blindarmoperation verglich. Die möglichen Komplikationen wurden der Klägerin selbstverständlich nicht im einzelnen dargelegt. Es fragt sich, ob die Belehrung, die der Arzt der Klägerin erteilte, ausreichend war.

„Wie weit nun im allgemeinen die Belehrungspflicht des Arztes geht, ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum sehr umstritten. Das frühere Reichsgericht hat zwar auf das Bestehen und die Bedeutung dieser Pflicht in einer Reihe von Entscheidungen hingewiesen, sich aber doch gehütet, die sich daraus ergebenden Anforderungen zu überspannen (vgl. insbesondere JW. 32, 927; JW. 32, 3328; JW. 37, 3088; RGZ. 163, 138). In der Entscheidung Bd. 78, S. 433 führt es aus:

Eine Verpflichtung des Arztes, den Kranken auf alle nachteiligen Folgen aufmerksam zu machen, die möglicherweise bei einer dem Kranken angetragenen Operation entstehen können, kann nicht anerkannt werden. . . . Eine umfassende Belehrung des Kranken über alle möglichen nachteiligen Folgen der Operation würde nicht selten sogar falsch sein, sei es, daß der Kranke dadurch abgeschreckt wird, sich der Operation zu unterwerfen, obwohl sie trotz der damit verbundenen Gefahren geboten oder doch zweckmäßig ist, sei es, daß der Kranke durch die Vorstellung der mit der Operation verbundenen Gefahren in Angst und Eregung versetzt und so der günstige Verlauf der Operation und der Heilung gefährdet wird.

Diesen Ausführungen ist grundsätzlich zuzustimmen. Im übrigen darf nicht außer Acht gelassen werden, daß sich der Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht sehr wesentlich nach der Art des einzelnen Falles richtet. Von Bedeutung ist insbesondere, in welchem Grade die Operation im Interesse des Lebens und der Gesundheit des Patienten notwendig ist. Handelt es sich beispielsweise um eine kosmetische Operation (wie etwa in dem vom OLG. Naumburg, JW. 32, 3369 entschiedenen Fall), so wird man an die Pflicht des Arztes, den Patienten über Erfolgsaussichten und Komplikationsmöglichkeiten zu belehren, wesentlich höhere Anforderungen stellen müssen, als wenn es sich um einen Eingriff handelt, der zur Rettung des Lebens geboten ist (vgl. auch Goldhahn-Hartmann, Chirurgie und Recht, S. 33 ff. und die dort zit. Entscheidungen). Ein Fall dieser letzteren Art lag freilich bei der Klägerin nicht vor. Immerhin handelte es sich aber auch bei ihr um ein schwereres, quälendes Leiden, bei dem auch die Gefahr eines Selbstmordes nahelag. Allerdings hatte die Klägerin ausweislich der Krankengeschichte keine Suicidideen geäußert, und es kann ihr auch, ohne daß es der von ihr zu diesem Punkt beantragten Beweisaufnahme bedarf, geglaubt werden, daß sie derartige Ideen tatsächlich nicht hatte. Aber der Sachverständige weist mit Recht darauf hin, daß es bei dem Leiden der Klägerin erfahrungsgemäß oft vorkommt, daß der Kranke trotz ursprünglicher Ablehnung eines solchen Gedankens plötzlich doch den

Entschluß zum Selbstmord faßt, und daß deshalb die endogene Depression als eine lebensgefährdende Krankheit anzusehen ist. Die Schwere des Leidens der Klägerin und die Größe der mit ihm verbundenen Gefahr machte es also dem Arzt zur Pflicht, hier zu einer Behandlungsmethode, die so gute Erfolgsaussichten bot wie die Elektroschockmethode, mit Entschiedenheit zu raten. Er mußte allerdings auch darauf aufmerksam machen, daß die Behandlung gewisse Gefahren mit sich brachte. Diese Belehrung durfte aber nicht derartig sein, daß sich die Klägerin von der ihr drohenden Gefahr übertriebene Vorstellungen machte und dadurch davon abgeschreckt wurde, sich der an sich gebotenen Behandlung zu unterwerfen, oder auch in Angst und Eregung versetzt wurde, was den Erfolg der Behandlung hätte gefährden können.

Hierbei hatte nun aber der Arzt auch zu berücksichtigen, daß es sich bei der Klägerin um eine Gemütskranke handelte, und daß es gerade bei Depressiven in der Natur ihres Leidens liegt, stets das Schlimmste zu befürchten, Angst vor dem Kommenden zu haben und keine Entschlußkraft zu besitzen. Wenn der Arzt schon einem geistig gesunden Patienten nicht immer „alles“ sagen darf, da er sonst unter Umständen den Heilerfolg gefährden würde, so muß er einem an endogener Depression leidenden gegenüber mit noch weit größerer Vorsicht verfahren. Durch eine allzu gewissenhafte Aufklärung könnte er hier oft nur Schäden anrichten und gerade dadurch gegen seine — an erster Stelle stehende — ärztliche Pflicht, dem Patienten zu helfen, verstoßen. Man wird daher dem Sachverständigen zustimmen müssen, wenn er ausführt, daß es die Pflicht des behandelnden Arztes ist, dem Patienten die Entscheidung zu erleichtern, und daß er allein zu beurteilen vermag, welches Maß an Belehrung der Patient verträgt.“ (S. 10—11 d. Urteils).

Unter den geschilderten Umständen kann es nach Ansicht des OLG Dr. P. nicht als Verschulden angeordnet werden, wenn er eine Erörterung der möglichen Komplikationen bei der ES-Behandlung im einzelnen vermied.

„Die Möglichkeiten derartiger Komplikationen sind recht mannigfaltig, und selbst Todesfälle sind nicht ausgeschlossen. Das Gutachten des Sachverständigen ergibt aber, daß die Fälle solcher Komplikationen verhältnismäßig selten sind.“ (S. 12 d. Urteils).

Das Urteil befaßt sich dann auf Grund des Sachverständigengutachtens mit der Häufigkeit und Schwere der Komplikationen bei der Schockbehandlung. Es wird hervorgehoben, daß z. B. in der Göttinger Nervenambulanz (vgl. S. 5) bei 3 000 Einzelkrämpfen in 25 Fällen Kieferluxationen beobachtet wurden, die bekanntlich meist harmlos sind, und von vielen Autoren gar nicht zu den eigentlichen Schockkomplikationen gerechnet werden¹⁷⁾. Diese Kieferluxationen stehen in dem Göttinger Material weitaus an der Spitze, während nur 2 Frakturen beobachtet wurden. Andere Autoren berichten zwar aus anderen Kliniken über eine etwas größere Frakturhäufigkeit (s. o.). Es muß aber auch berücksichtigt werden, daß eine Schockfraktur in der Regel glatt verheilt und keinen Dauerschaden hinterläßt.

„Man kann mithin nicht sagen, daß gerade diese Gefahr eine besonders große sei und deshalb besonderer Hervorhebung bedürftig wäre. Hiernach kann

¹⁷⁾ Vgl. EHRHARDT, Ärztl. Forsch. 1 c.

nicht beanstandet werden, daß sich Dr. P. damit begnügt hat, seine Belehrung gegenüber der Klägerin in die allgemein gehaltene Form zu fassen, das Risiko der Behandlung sei annähernd ebenso groß wie das bei einer Blinddarmoperation bestehende. Gewiß sind die bei einer Blinddarmoperation bestehenden Gefahren wesentlich andere; aber auch sie sind recht mannigfaltig und schließen sogar die Gefahr des tödlichen Ausgangs in sich. Angesichts des häufigen Vorkommens der Blinddarmoperation pflegt das dem Laien bekannt zu sein, wie er freilich auch andererseits weiß, daß eine Blinddarmoperation im Regelfall ohne Komplikationen verläuft. Der von Dr. P. gebrauchte Vergleich kann daher nicht als unzutreffend bezeichnet werden. Es ist freilich nicht zu verkennen, daß Dr. P. mit seiner Anwendung bezweckte, eine Erörterung von Einzelheiten zu vermeiden. Aber gerade darin kann, wie ausgeführt, nach Lage des Falles eine schuldhaft Pflichtenverletzung nicht erblickt werden. An dieser Beurteilung vermag auch der Umstand nichts zu ändern, daß sein der Klägerin erteilter Rat, sich der Elektrokrampfbehandlung zu unterziehen, nachher zu bösen Folgen geführt hat; denn auch der beste Arzt wird für den glatten Verlauf eines von ihm empfohlenen Eingriffs nie garantieren können. Im übrigen ist aber auch darauf hinzuweisen, daß die Klägerin durch die Elektroschockbehandlung von ihrem psychischen Leiden geheilt worden ist; insoweit ist sie also von Dr. P. richtig beraten worden.

Ist hiernach nicht festzustellen, daß Dr. P. seine Aufklärungspflicht schuldhaft verletzt hat, so haftet die Beklagte für den der Klägerin entstandenen Schaden weder aus dem Gesichtspunkt einer Vertragsverletzung (bzw. der Verletzung eines vertragsähnlichen Verhältnisses) noch auf Grund der Vorschriften über die Schadensersatzpflicht für unerlaubte Handlungen. Es erübrigt sich daher, auf die durchaus zweifelhafte Frage einzugehen, ob eine unzureichende Erfüllung der ärztlichen Belehrungspflicht als ursächlich für den der Klägerin entstandenen Schaden anzusehen wäre." (S. 12-13 des Urteils.)

IV.

Aus dem zitierten Urteil des OLG möchten wir folgende wichtigen Gesichtspunkte noch einmal besonders herausheben:

1. Der Arzt allein kann beurteilen, welches Maß an Belehrung der Patient verträgt.
2. Die gesetzlich geforderte Aufklärung eines Geistes- oder Gemütskranken hat die Eigenart des Leidens bzw. der Persönlichkeit des Patienten in ganz besonderem Maße zu berücksichtigen.
3. Eine zurückhaltende Form der Belehrung etwa durch Vergleich des Schockrisikos mit den Gefahren einer Blinddarm- oder Bruchoperation ist grundsätzlich nicht zu beanstanden.
4. Die Schockfraktur bedeutet weder hinsichtlich der Häufigkeit noch der Schwere eine so große Gefahr für den Patienten, daß es einer ausdrücklichen Belehrung darüber bedarf.
5. Die endogene Depression ist wegen der Suicidgefährdung für

den juristischen Sprachgebrauch eine lebensgefährdende Erkrankung.

Für den Arzt und Psychiater ist dieses grundsätzliche Urteil von ganz besonderer Bedeutung, weil es in seinen klaren Formulierungen der heute verbreiteten Neigung entgegentritt, aus einem falsch verstandenen Freiheitsbegriff das eigenartige Verhältnis von Arzt und Patient in einem Paragraphengerüst fangen zu wollen. Eine Limitierung der ärztlichen Aufklärungspflicht ist nur in einem sehr elastischen und weiten gesetzlichen Rahmen möglich. Entscheidend bleibt das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Kranken. Gesetzliche Bestimmungen in diesem ganzen Fragenkomplex sind nur dann sinnvoll, wenn sie dieses eigenartige Vertrauensverhältnis unterstützen. Ganz besonders gilt dies für die Beziehungen zwischen dem Arzt und seinem psychisch Kranken. In dieser Sphäre werden alle gesetzlichen Bestimmungen noch problematischer.

In einem Aufsatz über „Juristische Fragen der psychiatrischen Praxis“ befaßt sich kürzlich SCHOENKE (Vgl. Nervenarzt, 22, 161 (1951)) u. a. auch mit der Aufklärungspflicht bei der ES-Behandlung. Unter Bezugnahme auf die von uns bereits erwähnten Entscheidungen des RG (vgl. S. 8 u. 18) stellt er fest: „Bei Depressionen und anderen geistigen Erkrankungen muß dieser Gesichtspunkt zu einer Einschränkung der Aufklärungspflicht führen. In welchem Umfange dies der Fall ist, hängt von der Art der Erkrankung und von der Persönlichkeit des gerade zu behandelnden Patienten ab.“

Bereits im nächsten Absatz spricht aber SCHOENKE von einer Erweiterung der Aufklärungspflicht, wenn der Pat. — und offenbar auch der psychisch Kranke — nach den Folgen und Komplikationsmöglichkeiten der geplanten Behandlung fragt. „Fragt der Patient z. B., ob durch die Schockbehandlung Gefahren für das Herz oder für das Gedächtnis entstehen könnten oder ob sonst Schädigungen am Körper zu erwarten seien, so muß der Arzt den Pat. auch auf entfernte, ungewöhnliche Schädigungsmöglichkeiten hinweisen, selbst wenn sie atypisch sein sollten.“ Wir sind der Ansicht, daß Fragen dieser Art, die von einem psychisch Erkrankten gestellt werden, keine Erweiterung der Aufklärungspflicht begründen. Dieselbe Auffassung ergibt sich aus dem oben zit. Urteil des OLG. Ffm. Bei einem Depressiven etwa berühren derartige Fragen meist den Kern seiner Psychose, seiner Gemütskrankung. Läßt sich der „pflichtbewußte“ Arzt von solchen Aufklärungswünschen verführen, müßte er gelegentlich ein schauerliches Gemälde dessen entwerfen, was sich ereignen kann. Natürlich erhält er auch die gewünschte Einwilligung zur Behandlung, die bei geschäftsfähigen Patienten, sofern keine „Gefahr im Verzuge“ vorliegt, notwendig ist. Gerade der gewissenhafte Psychiater wird die gesetzlich gefor-

derte Belehrung seiner Patienten sehr vorsichtig und sehr individuell handhaben, um nicht gegen die eigentlichen Interessen des Kranken zu verstoßen. Art, Inhalt und Umfang der Fragen eines psychisch Kranken dürfen für den Arzt niemals alleiniger oder entscheidender Gesichtspunkt hinsichtlich der Aufklärung sein.

Abschließend noch ein Wort zur Frage der Einwilligung und des dafür in manchen Kliniken und Anstalten gebräuchlichen Reverses. — SCHOENKE stellt in der zitierten Arbeit ausdrücklich fest, daß bei geschäftsfähigen Patienten die Einwilligung des Patienten selbst eingeholt werden muß. Die Einwilligung der Angehörigen genügt nicht. Das Vorgehen bei Geschäftsunfähigen ist unproblematisch, da der gesetzliche Vertreter (Vormund) die Einwilligung geben muß. Verweigert nun ein nicht entmündigter Patient mit ausgesprochen psychotisch bedingter Motivierung hartnäckig die Behandlung, bliebe nur die Bestellung eines Pflegers gem. § 1910 BGB als relativ einfacher und schneller Weg. Wenn man sich vor Augen hält, daß eine Depression oft nach 4—6 Schocks, also nach 2—3 Wochen, praktisch abgeklungen ist, wird man den Widerstand der Ärzte gegen die Einschaltung des Richters auch für diese Fälle verstehen. Behandlung in einer Nervenklinik oder gar Anstalt ist heute noch in weiten Kreisen mit einem stark negativen Wertakzent verbunden. Durch die Einschaltung des Vormundschaftsrichters auch in diesen „einfachen und kurzfristigen“ Fällen psychischer Störungen wird der Psychiater immer mehr ein Organ richterlicher Exekutive. Damit wird die Abneigung gegen jede Berührung mit dem Nervenarzt erheblich wachsen. Das natürliche Arzt-Patient-Verhältnis, auf das es bei psychisch Erkrankten so ganz besonders ankommt, wird immer illusorischer. Muß schon die Zweck-

mäßigkeit der Einschaltung des Richters bei der Anstaltsunterbringung „gemeingefährlicher“ Geisteskranker als fragwürdig bezeichnet werden¹⁹⁾ so gilt das in weit höherem Maße von der richterlichen Mitwirkung bei diesen „leichteren“ Fällen.

Bei der derzeitigen gesetzlichen Lage und der wohl nur vorübergehenden Falscheinschätzung des Begriffs der persönlichen Freiheit in einzelnen Kreisen muß der Psychiater ganz besonders bemüht sein, das eigentliche Interesse seiner Patienten, das er allein im Einzelfall einigermaßen richtig zu beurteilen vermag, zu wahren. Durch eine geeignete, also mehr oder weniger zurückhaltende Form der Belehrung wird er versuchen, die Einwilligung des Patienten zur Behandlung zu bekommen, was auch in den weitaus meisten Fällen gelingt. Darüber hinaus empfiehlt es sich, einen nahen Angehörigen, der ggf. auch als Pfleger oder Vormund in Frage käme, über Eigenart und Risiko der Behandlung zu informieren, und ihn eine entsprechend formulierte Einverständniserklärung (Revers) unterschreiben zu lassen. Gerade im Hinblick auf die schon erwähnten Gedächtnislücken des Patienten nach der Schockbehandlung ist es bei dem — heute und in Deutschland — noch bestehenden Mißtrauen gegen die Psychiatrie angebracht, wenn der Arzt im Falle einer Komplikation eindeutig belegen kann, daß er keineswegs im Dunkeln manövriert hat. Mag die Einverständniserklärung des nahen Angehörigen vor Gericht (formalrechtlich) belanglos sein, so bedeutet sie doch in jedem Fall eine moralische Rückendeckung für den Arzt, auf die er in der gegenwärtigen Situation der Psychiatrie nicht verzichten sollte.

¹⁹⁾ Vgl. EHRHARDT, Krankenhausarzt a. a. O.

Das Kassenarztrecht

Von Dr. A. KOCH, SOEST

Planung und Kassenarztstelle.

In Fortsetzung der auf Seite 97 dieser Zeitschrift begonnenen Ausführungen soll aus dem Inhalt des Kassenarztrechts die Veranlassung umschrieben und besprochen werden, die überhaupt zur Zulassung eines Kassenarztes führt.

Aus der Darstellung der Entwicklung des Kassenarztrechts ist zu entnehmen, daß mit der Ablösung der beschränkten Arztwahl schon unter der Herrschaft des Berliner Abkommens der Begriff der Verhältniszahl entstand, der seit dieser Zeit aus den vertraglichen oder gesetzlichen Be-

ziehungen zwischen den Parteien des kassenärztlichen Dienstes nicht mehr gewichen und auch für die weitere Zukunft kaum wegzudenken ist.

In der „Verhältniszahl“ kommt zum Ausdruck, daß einerseits eine gewisse Beschränkung in der Arztwahl besteht, andererseits aber auch eine bestimmte Anzahl von Ärzten zugelassen werden muß oder soll. Vergleicht man die Verhältniszahl in ihren absoluten Werten seit ihrer Einführung mit 1350 : 1 in ihrer Entwicklung und mit dem heutigen Wert 600 : 1, so kann aus dieser bloßen Gegenüberstellung nicht geschlossen werden, daß

eine der Parteien am kassenärztlichen Dienst durch diese Entwicklung benachteiligt worden sei, wenn man nicht gleichzeitig den gesetzlichen Ausbau der Krankenversicherung nach der Ausdehnung des von ihr erfaßten Personenkreises und des Leistungsumfanges für den Kranken schlechthin würdigt. Wenn in allen vertraglichen und gesetzlichen Ordnungen nach dem Berliner Abkommen an diesem Begriff festgehalten wurde, so darf darin die Lösung für einen grundsätzlichen Interessenausgleich der Vertragspartner gesehen werden. In der Regel ist man auch in der Beurteilung der Verhältniszahl in den Zeiten bis zum zweiten Weltkrieg davon ausgegangen, daß die Verhältniszahl nach dem Wortlaut des jeweiligen Gesetzes für die Instanzen, sei es Schiedsamt oder Zulassungsausschuß bindende Verpflichtung hatte, ungeachtet der Tatsache, ob praktisch ein Bedürfnis für die Schaffung neuer Kassenarztstellen bei der periodisch erfolgenden Überprüfung der Verhältniszahl bestand.

Mit diesem Prinzip wurde in der Mehrheit der nach dem Zusammenbruch ergangenen Zulassungsordnungen, mit Ausnahme von Hessen gebrochen. Im Land Hessen (Heinemann-Koch, 4. Aufl. S. 109) hat man sich an den Begriff der herkömmlichen Fassung der Verhältniszahl mit der starren Bindung angelehnt und das Verhältnis 1 : 600 verpflichtend festgelegt. Eine gewisse Ausnahmeregelung bei besonderem Bedürfnis ist allerdings vorgesehen. Im übrigen ist für die britische Zone, Bayern, Württemberg-Hohenzollern und Rheinland-Pfalz grundsätzlich bestimmt, daß auf 600 Versicherte ein Kassenarzt entfallen soll. (Heinemann-Koch, S. 38 a, S. 74, S. 120 e). Die Regelung für Berlin nach der ZulO vom 28. 8./3. 9. 1951 sieht vor, daß die Verhältniszahl auf die Einwohnerzahl bezogen wird und danach 1000 : 1 beträgt. Es erscheint nicht unwesentlich hier zu vermerken, daß in Württemberg-Hohenzollern und Rheinland-Pfalz der Fachminister ermächtigt ist, nach Anhörung der Partner des kassenärztlichen Dienstes eine andere Verhältniszahl festzusetzen, eine Ermächtigung, die die Grundlage dieses Dienstes wesentlich beeinflussen kann.

Die heute im überwiegenden Maße gültige Regelung der Verhältniszahl als Sollvorschrift führt in ihrer praktischen Handhabung zu der allgemein als „Planung“ bekannten Übung. Denn diese unstarre Bindung an die Norm 1 : 600 ermöglicht es dem Zulassungsausschuß, außer der Würdigung dieses absoluten Rechnungsverhältnisses ein jeweiliges Bedürfnis zur Grundlage seiner Entscheidung zu machen. Das ist z. B. in der Zulassungsordnung für die brit. Zone so ausgedrückt, daß der Zulassungsausschuß außer der Verhältniszahl die Einwohnerzahl, die Einkünfte der bereits vorhandenen Ärzte, sowie ein sachlich begründetes Bedürfnis nach gewissenhaftem freien Ermessen berücksichtigen kann. Diese Ermächtigung hat sich nach den Erfahrungen des Ver-

fassers als sehr zweckmäßig erwiesen, weil hierdurch die aus kriegsbedingten Gründen unnatürliche Bevölkerungsdichte in Landkreisen oder entsprechende Leere in bombenzerstörten Industriestädten Berücksichtigung in dem einen oder anderen Sinne finden konnte. Die starre Verhältniszahl mit unbedingter Verpflichtung hätte das nicht ohne weiteres zugelassen. So konnte und kann, insbesondere bei der regelmäßig wiederkehrenden halbjährlichen Überprüfung die Rückwanderung in die Industriestädte in vorbereitendem Sinne durch Bildung von Kassenarztstellen in den Wiederaufbausiedlungen ohne gesetzliches Hindernis, im Gegenteil, mit gesetzlicher Ermächtigung berücksichtigt werden. Es war und ist danach in Übereinstimmung beider Gruppen des Zulassungsausschusses möglich, sich außerhalb der eigentlichen Würdigung der Verhältniszahl zu bewegen.

So ist es auch verständlich, daß einzelne Ärzte aus der Beobachtung solcher Verschiebungen in der Bevölkerungszahl einzelner Gebiete auf entsprechende Erwartungen für eine Kassenarztstelle schließen, sich niederzulassen und einen Antrag auf Bildung einer Kassenarztstelle einreichen. Daß für einen solchen Antrag keine gesetzliche Legitimation für den einzelnen Arzt besteht, ist zweifelsfrei, immerhin kann die Standesvertretung oder auch der Zulassungsausschuß selbst die vortragene sachliche Darstellung mindestens als Anregung für die nächste Planungssitzung in diesem Bereich benutzen. Das vom Zulassungsausschuß wahrzunehmende pflichtgemäße Ermessen bei Entscheidungen der geschilderten Art ergibt sich aus der sachverständigen Erfahrung der zum Ausschluß gehörenden Ärzte und Kassenvertreter.

Mit dieser Ordnung der Planung von Kassenarztstellen, die, wie das aus der Erfahrung angeführte kurze Beispiel zeigt, wesentlich das tatsächliche Bedürfnis unter gleichzeitiger rechnerischer Ermittlung der Verhältniszahl berücksichtigt, wird die Voraussetzung für die Notwendigkeit zur Wahrnehmung des kassenärztlichen Dienstes geschaffen. Der entsprechende Beschluß des Zulassungsausschusses über die Bildung einer Kassenarztstelle ist danach ein Vorgang, der die Erfüllung des kassenärztlichen Dienstes in der Beziehung zwischen Ärzteschaft und Krankenversicherung, auf den jeweiligen Ort abgestellt, betrifft. Es muß danach dem Grunde nach anerkannt werden, daß dieser Beschluß grundsätzlich nicht nachprüfbar zu sein braucht, weil der abschließende Ausschluß aus dem sachverständigen Urteil der Vertreter der Ärzteschaft und Krankenkassen die Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse vornahm und nach deren Beurteilung seine Entscheidung entwickelte. Es ist wohl möglich, daß über den Begriff des Bedürfnisses nach Bildung einer Kassenarztstelle verschiedene Auffassungen bestehen können. Die Kollegialentscheidung dürfte aber hinreichende Gewähr dafür geben, daß sich eine sachverständige sachliche Beurteilung unter allen Umständen durchsetzt.

Erkennt man diese Gedanken an, so ist es nach Auffassung des Verfassers unnötig, aus der Tatsache, daß diese Planungsbeschlüsse nach der gesetzlichen Ordnung nicht berufungsfähig sind, die Folgerung zu ziehen, sie seien gemäß § 23 MRVO 165 anfechtbar. Es sollte hier bedacht werden, daß mit der Klage vor den Verwaltungsgerichten ein sachfremdes Gremium zuständig wird, das aus eigenem Wissen oder der Auslegung gesetzlicher Vorschriften die bestrittenen Entscheidungen nicht beurteilen kann. Hier sollte für die Würdigung dieses Instanzenzuges weniger der Begriff des Verwaltungsaktes im Sinne des § 23 a. a. O., um den es sich bei dem Beschluß des Zulassungsausschusses unzweifelhaft handelt, maßgeblich sein, als die Tatsache, daß der kassenärztliche Dienst grundsätzlich auf vertraglichen Beziehungen beruht, die erst im Laufe der Zeit durch Eingriff des Gesetzgebers in eine öffentlich-rechtliche Ordnung gehoben wurden.

Unter Herausstellung dieser Gedanken wird daher im Rahmen dieser Darstellung auf die Besprechung einschlägiger Entscheidungen der Verwaltungsgerichte zunächst verzichtet. Mindestens aber ist die in dieser Zeitschrift abgedruckte (s. S. 192) erstinstanzliche Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Arnberg 1 K 15/51 vom 11. Juli 1951 von Interesse, in der der freiberuflichen Tätigkeit und dem entsprechenden Risiko

des Arztes, auch des Kassenarztes, maßgebliches Gewicht beigemessen wird.

Der nach § 13 durch den Zulassungsausschuß gefaßte Beschluß hat die Kassenarztstelle zum Gegenstand und muß den Ort oder Ortsteil, für den sie gebildet wird, bezeichnen (§§ 14 Abs. 1, 32 Abs. 1 ZulO brit. Zone). Von der Wahrnehmung der kassenärztlichen Tätigkeit an diesem Ort her gesehen, ist es natürlich, daß der zugelassene Arzt nur mit Zustimmung des Zulassungsausschusses aus diesem Praxisbereich verziehen kann, und daß er gegebenenfalls sogar ohne diese Genehmigung seines Rechtes verlustig geht (§§ 21 Abs. 1, 22 Ziff. 3), und daß ihm die Zulassung entzogen werden kann, wenn er ohne wichtigen Grund und ohne Ruhensbeschluß die Kassenpraxis länger als 3 Monate nicht ausübt (§ 25 Ziff. 2 ZulO brit. Zone).

Was unter Kassenarztstelle begrifflich zu verstehen ist, ist im Gesetz direkt nicht gesagt. Es ist nicht nur der Ort oder der Ortsteil darunter zu verstehen, an dem der Kassenarzt sich nunmehr niederlassen kann, sondern es ist auch das, was schlechthin mit der räumlichen und personellen Umschreibung der „Praxis“ gemeint ist. Das ergibt sich auch schon daraus, daß § 21 den Begriff „Praxisbereich“ (erstmalig) verwendet, wie er offenbar in den allgemeinen Auffassungen der ärztlichen Berufsausübung verstanden werden soll.

Die Zulassung des Heimkehrers

Von Dr. A. KOCH, SOEST

In dem im Bundesgesetzblatt vom 30. Okt. 1951 veröffentlichten Gesetz zur Ergänzung und Änderung des Heimkehrer-Gesetzes (BGBl. I S. 875) sind Vorschriften enthalten, die für den davon betroffenen Personenkreis in Bezug auf die Bestätigung und Ausübung einer früher erworbenen Zulassung von größter Bedeutung sind.

Im § 7 b a. a. O. ist bestimmt, daß Heimkehrer im Sinne dieser Vorschriften, die vor ihrer Einberufung oder Internierung als Ärzte nach deutschen Vorschriften zugelassen waren, weiterhin als zur Kassenpraxis zugelassen gelten. Wer dabei als Heimkehrer gilt, ist im § 1 des Heimkehrergesetzes vom 19. Juni 1950 (BGBl. I S. 221) und in Art. I des Änderungsgesetzes vom 30. Okt. 1951 bestimmt. Es muß sich danach um Personen handeln, die aus Kriegs- oder Internierungshaft aus fremdem, d. h. ausländischem Gewahrsam entlassen worden sind und innerhalb von 2 Monaten nach ihrer Entlassung im Bundesgebiet oder im Lande Berlin Aufenthalt genommen haben. Für

Internierte aus der sowjetischen Besatzungszone oder dem sowjetischen Sektor von Berlin gelten zur Anerkennung des Begriffes „Heimkehrer“ nach Art. I Abs. 1 Ziff. c noch besondere Voraussetzungen.

Zählt ein Arzt zu diesem Heimkehrerkreis und war er vor seiner Einberufung oder Internierung nach deutschen Vorschriften zugelassen, so ist er weiterhin zugelassen.

Bei der Zulassung kann es sich nach dem Wortlaut des Gesetzes nur um eine normale Zulassung handeln, die außerhalb des Kriegsnotrechts erteilt wurde, nicht also auch um Teilnahmen am kassenärztlichen Dienst, die auf Notdienstverpflichtungen oder sonstigen Aufträgen beruhen. Ist der Heimkehrer gleichzeitig Vertriebener, so gilt nach der Vorschrift des Heimkehrergesetzes seine Zulassung nur fort, wenn sie beispielsweise im Sudetenland oder Österreich außerhalb des Kriegsnotrechts erworben wurde.

Weiter ist im Gesetz bestimmt, daß die Heimkehrer, sofern sie nicht inzwischen wieder zur Kassenpraxis zugelassen sind, sich innerhalb einer Frist von 3 Monaten nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 30. Oktober 1951 bei dem für ihren Wohnsitz oder ständigen Aufenthalt zuständigen Zulassungsausschuß zur Wiederaufnahme der Kassenpraxis zu melden haben. Diese Frist ist nach dem klaren Wortlaut der gesetzlichen Fassung eine Ausschlußfrist. Für Ärzte, die erst nach dem Inkrafttreten dieses Gesetzes ihren Aufenthalt im Bundesgebiet oder im Land Berlin nehmen, beginnt die Frist von 3 Monaten mit der ersten polizeilichen Anmeldung im Bundesgebiet oder im Land Berlin. Auch für diese Heimkehrer ist die Dreimonatsfrist eine Ausschlußfrist.

Es ist natürlich, daß die Altzulassung vom Heimkehrer durch Urkunden oder solchen gleichzeitige Beweismittel (amtliche Auskünfte z. B. des Arztregisters in Berlin o. ä.) belegt werden muß, wie es im allgemeinen Zulassungsverfahren für die Eintragung in das Arztregister und die Bewerbung (§§ 3, 11 Zulo britische Zone) gefordert wird und üblich ist.

Die Meldung des Heimkehrers beim zuständigen Zulassungsausschuß bewirkt, daß ihm nach der Vorschrift des § 7 b des Ergänzungsgesetzes zum Heimkehrergesetz unverzüglich ein Tätigkeitsbereich ohne Rücksicht auf die Zahl der im Zulassungsbezirk bereits Zugelassenen und ohne Anrechnung auf die Verhältniszahl zuzuweisen ist. Der Zulassungsausschuß hat in einem solchen Falle, also außerhalb der Planung gemäß § 13 (Zulo brit. Z.) in einem ordentlichen Beschlußverfahren (§§ 29, 35) nach mündlicher Verhandlung mit dem Antragsteller den Ort zu bestimmen (§ 32), an

welchem der Heimkehrer nunmehr seine Kassenpraxis wieder aufnehmen kann.

Dem Sinn der Vorschriften über die Hilfe für die Heimkehrer entsprechend wird der Ausschuß die eigenen Wünsche des Antragstellers, die sich auch auf den Heimat- oder Geburtsort beziehen können, von dem Gedanken leiten lassen müssen, daß dem Heimkehrer eine realisierbare Chance zur Wiedererrichtung einer Praxis geboten wird. Daß er dabei auch die Verhältniszahl in einzelnen Bereichen seines Bezirkes würdigt, kann nur im Interesse des Heimkehrers liegen und steht auch nicht im Widerspruch zu der Vorschrift, daß die Zuweisung des Praxisorts außerhalb der Verhältniszahl zu erfolgen hat.

Der Beschluß des Zulassungsausschusses ist nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 7 b a. a. O. berufungsfähig und unterliegt danach der Beurteilung nach §§ 29 ff. Zulo br. Z.

Ist der Heimkehrer noch nicht vor seiner Einberufung oder Internierung zugelassen gewesen, so kann aus dem allgemeinen Grundsatz der Hilfe und Berufsförderung für den Heimkehrer nach dem Heimkehrergesetz gefolgert werden, daß er im Kreise der Bewerber bevorrechtigt ist. Entsprechende Vorschriften sind für Württemberg-Hohenzollern, Hessen, Rheinland-Pfalz ausdrücklich ergangen (Heinemann-Koch, 4. Aufl. S. 78, 113, 120 g). Für die britische Zone fehlt eine entsprechende ausdrückliche gesetzliche Regelung. Die Rechtsprechung hat sich aber schon außerhalb ministerieller Empfehlungen in dem Sinne geholfen, daß die Eigenschaft der Spätheimkehrerschaft dem Vorrecht des Schwerbeschädigten gleichgestellt wurde (z. B. Berufungsausschuß Hamburg 71/49 vom 14. 11. 49 und 83/50 vom 24. 1. 50).

Rechtsgutachten

über die Fortgeltung von § 5 Abs. 2 der Berufsordnung vom 5. 11. 1937

Von Prof. Dr. G. KÜCHENHOFF, WERL

I. Nach § 5 Abs. 2 der Berufsordnung vom 5. November 1937 darf beim Auszug eines Arztes aus einem Hause für die Dauer eines halben Jahres kein anderer Arzt des gleichen Faches in dem gleichen Haus eine Praxis gründen, es sei denn, daß der bisherige Praxisinhaber seine Einwilligung gibt oder die ärztliche Bezirksvereinigung die Niederlassung genehmigt. Es fragt sich, ob diese Bestimmung noch heute als wirksam angesehen werden kann. Dies ist m. E. nicht der Fall!

II. Nach dem Gesetz zur Regelung der Niederlassung von Ärzten, Zahnärzten und Dentisten (Niederlassungsgesetz) vom 17. 3. 1949 (GVBl. S. 83) kann den ärztlichen Beruf im Lande Nordrhein-Westfalen in eigener Praxis jeder ausüben, der

1. eine deutsche Bestallung als Arzt besitzt, wobei der Arzt nach Ablegung der Staatsprüfung eine ärztliche Tätigkeit von einem Jahr in einem Krankenhaus nachgewiesen haben muß,

2. am 1. Oktober 1948 seinen Wohnsitz im Lande Nordrhein-Westfalen hatte oder nach diesem Zeitpunkt in das Land Nordrhein-Westfalen aus einem deutschen Lande zugezogen ist, in dem ebenfalls keine Beschränkung der Niederlassung besteht.

Jeder Arzt, der danach im Lande Nordrhein-Westfalen in eigener Praxis tätig sein will, hat vor Beginn seiner Tätigkeit sich bei der für den Tätigkeitsort zuständigen Verwaltungsbehörde (Gesundheitsamt) persönlich unter Vorlage der erforderlichen Nachweise anzumelden. Danach ist eine besondere Niederlassungsgenehmigung nicht mehr erforderlich. Es besteht vielmehr Niederlassungsfreiheit. Dies gilt auch in örtlicher und innerhalb des Ortes räumlicher Hinsicht. Mittelbar geht dies aus § 2 des Niederlassungsgesetzes vom 17. März 1949 hervor, wonach die Gründung einer Niederlassung in mehreren Orten unzulässig ist. Hieraus folgt durch argumentum e contrario, daß die Gründung einer Niederlassung innerhalb eines Ortes nach dem Belieben des Arztes zulässig ist.

III. Es könnte nun allerdings die Frage aufgeworfen werden, ob die Bestimmung der Berufsordnung und daher auch die des § 5 Abs. 2 nicht etwa dem Niederlassungsgesetz vom 17. 3. 49, das ja lediglich ein Landesgesetz ist, vorgehen. Zwar gilt auch für das Westdeutsche Recht der Satz, daß das Bundesrecht dem Landesrecht vorgeht. Art. 31 des Bonner Grundgesetzes bestimmt: Bundesrecht bricht Landesrecht.

Dieser Verfassungsrechtssatz gilt auch im Verhältnis zwischen Rechtsverordnungen des Reiches, die jetzt Bundescharakter haben, und Landesgesetzen. Indessen ist im vorliegenden Falle folgendes zu erwägen:

Die Niederlassungsfreiheit des nordrhein-westfälischen Landesgesetzes steht im Einklang mit

den Bestimmungen des Bonner Grundgesetzes u. a. die allgemeinen Grundrechte des Menschen. Diese verfassungsrechtlichen Normen sind stärker als andere bundesrechtlichen Normen, gehen also auch der Berufsordnung von 1937 im Konfliktsfall vor. Die Niederlassungsfreiheit auch in örtlicher und räumlicher Hinsicht folgt nun aus den Art. 2, 11 und 12 des Bonner Grundgesetzes. Nach Art. 2 hat jeder das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen das Sittengesetz verstößt. Nach Art. 12 haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, wobei die Berufsausübung durch Gesetze geregelt werden kann. Nach Art. 11 hat jeder das Recht auf Freizügigkeit. Faßt man diese drei grundlegenden Menschenrechte zusammen, so hat jeder das Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, freie Berufsausübung und Arbeitsplatzwahl, sowie auf Freizügigkeit. Aus dem Zusammenhalt dieser Rechte ergibt sich, daß das Prinzip der Niederlassungsfreiheit, wie es in dem nordrhein-westfälischen Niederlassungsgesetz vom 17. März 1949 wie in zahlreichen anderen Landesgesetzen normiert ist, einzig und allein verfassungskräftig ist. Mag also das Niederlassungsgesetz als Landesgesetz die schwächere Rechtsnorm gegenüber der Berufsordnung von 1937 als Reichs- und nunmehr Bundesverordnung sein, so ist andererseits diese Bundesrechtsverordnung nur im Rahmen der Bundesverfassung wirksam.

Die Berufsordnung könnte höchstens in standesrechtlicher Hinsicht Wirkungen haben. Indessen ist eine Verletzung von Standespflichten nicht ersichtlich, wenn ein Recht ausgeübt wird, das aus allgemeinen menschlichen Grundrechten folgt.

Ich bin daher der Auffassung, daß § 5 Abs. 2 der Berufsordnung überhaupt nicht mehr gültig ist.

Die Beweislast in Arztprozessen

Von Notar Dr. Gg. HEROLD, AUGSBURG

Man versteht unter „Beweislast“ die prozessuale Verpflichtung einer Partei in einem Zivilrechtsstreit, streitige Tatsachen, die sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen will, zu beweisen. Der „Beweisantritt“ erfolgt durch Benennung von Beweismitteln (Zeugen, Sachverständige, Urkunden, Augenschein und schließlich Parteivernehmung) unter Angabe der damit zu beweisenden Tatsachen.

Man hat die Frage der Beweislast nicht ganz zu Unrecht als das „Rückgrat des Zivilprozesses“

bezeichnet, kann sie doch u. U. prozeßentscheidend sein. Oft wird das Gericht, das unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden hat, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei (§ 286 ZPO), sich diese Überzeugung hinsichtlich einer bestimmten Tatsache nicht verschaffen können, ohne allerdings auch das Gegenteil für erwiesen anzunehmen. In solchen Fällen bleibt ein „Non liquet“

offen, und dieses geht nach dem Grundsatz der Beweislast zu Lasten der beweispflichtigen Partei; man sagt dann, sie sei „beweisfällig“ geblieben. Indessen genügt — so hat das Reichsgericht in RGZ 102, 321 ausgesprochen — bei der Ermittlung von Zusammenhängen, deren Feststellung im Sinne unbedingter Wahrheit sich dem menschlichen Erkennen entzieht, ein der Gewißheit nahekommender hoher Grad von Wahrscheinlichkeit, um einen Beweis als erbracht anzusehen.

Grundsätzlich hat jede Partei die Tatsachen zu beweisen, aus denen sie Rechte für sich herleitet. Wer also z. B. einen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung geltend macht, muß den objektiven Tatbestand des § 823 BGB. — widerrechtliche Verletzung des Lebens, des Körpers, der Gesundheit usw., den entstandenen Schaden sowie die Ursächlichkeit des Schadensereignisses — und ein Verschulden des Schädigers dartun. Eine Beweiserleichterung bietet hierbei der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz des Prima-facie-Beweises (Beweis des ersten Anscheins). Handelt es sich nämlich um einen sogenannten typischen Geschehensablauf, d. h. um den Fall, in dem ein gewisser Tatbestand feststeht (z. B. hochgradige Verbrennung des Patienten bei Röntgenbestrahlung), der nach den Erfahrungen des Lebens auf eine bestimmte Ursache hinweist (z. B. Überdosierung), dann hat diejenige Prozeßpartei, die einen von diesem gewöhnlichen Verlauf abweichenden Gang des Geschehens behauptet, diesen zu beweisen, in dem angenommenen Beispiel etwa, daß die Verbrennung lediglich auf eine Überempfindlichkeit des Patienten gegenüber Röntgenstrahlen zurückzuführen ist. Schon an diesem Beispiel wird deutlich, welche erhebliche Rolle dem Prima-facie-Beweis gerade in Arztprozessen, bei denen die Gerichte erfahrungsgemäß leicht zur Annahme typischer Geschehensabläufe neigen, zukommt. Der beklagte Arzt wird dadurch meist in die Stellung der beweispflichtigen Partei gedrängt und ihm obliegt es nun, sich zu entlasten.

Die oben erwähnte bedauerliche Neigung der Gerichte, durch Annahme eines Prima-facie-Beweises die Beweislast zu ungunsten des Arztes zu verschieben, findet jedoch in der höchstgerichtlichen Rechtsprechung, auch wenn diese nicht einheitlich ist, keine Stütze. Nicht ohne Grund hat das Reichsgericht (RGZ 130, 359) vor einer Verallgemeinerung der Beweisregel derart, daß jeder Kläger schließlich nur einen gewissen Grad von Wahrscheinlichkeit darzutun und der Arzt die Wahrscheinlichkeit zu entkräften habe, gewarnt. Es hat darüber hinaus den Prima-facie-Beweis im Falle des Abbrechens einer Injektionsnadel (Entscheidung v. 6. 6. 1933 VIII 41/33) sowie beim Zurückbleiben eines Fremdkörpers im Leib des Patienten nach einem operativen Eingriff (Entscheidung v. 9. 10. 1936 III 26/36) ausdrücklich mit der Begründung abgelehnt, derartige Mißgeschicke wie-

sen keinesfalls ohne weiteres auf ein Verschulden des Arztes hin. Grundlegend geblieben sind die Ausführungen des Reichsgerichts in seiner Entscheidung den Fall betreffend, in dem bei Entfernung einer Wucherung im Gehörgang ein abgemeißelter Knochensplitter vor das Trommelfell gefallen war und den Gehörnerv verletzt hatte: Hier wird gesagt, daß die Unmöglichkeit, die Ursache einer Verletzung des Kranken bei einer Operation festzustellen, keinesfalls zu Lasten des Arztes gehen dürfe (RGZ 78, 435). Andererseits hat das Reichsgericht später an anderer Stelle den Prima-facie-Beweis gegen einen Arzt sprechen lassen: „Es könne keinen Bedenken unterliegen, daß ein Verstoß gegen Regeln der ärztlichen Kunst regelmäßig ein Verschulden des behandelnden Arztes darstelle und es jedenfalls Sache des letzteren sein würde, darzutun, warum in dem Verstoß kein Verschulden liegen soll“ (HRR 34 Nr. 786). Welche Stellung der nunmehrige Bundesgerichtshof zu diesen Fragen einnehmen wird, bleibt abzuwarten. Aus seiner bisherigen Rechtsprechung sind einschlägige Entscheidungen bisher noch nicht bekannt geworden.

Der Arzt, den der typische Geschehensablauf eines Schadensfalles zum Gegenbeweise nötigt, braucht nun nicht positiv zu beweisen, daß ihn kein Verschulden treffe. Es genügt, wenn er (durch Sachverständigengutachten) dartut, daß der schädigende Erfolg auch ohne sein Verschulden eingetreten sein kann, m. a. W. daß im gegenständlichen Fall auch die Wahrscheinlichkeit oder Möglichkeit eines nichttypischen Verlaufes besteht (wie Anm. 3). Hingegen stimmt die Rechtsprechung darin überein, daß die Gerichte befugt sind, aus Verschulden des Arztes entstandenen Beweislücken Schlüsse zu dessen Ungunsten zu ziehen. Hat ein Arzt es beispielsweise unterlassen, eine ordnungsgemäße Krankengeschichte niederzulegen oder rechtzeitig eine Röntgenaufnahme herzustellen, und hindert dies die Feststellung, ob ein Schaden (z. B. eine unrichtige Operation) auf sein Verschulden zurückzuführen ist, so können aus seinem Unterlassen Folgerungen gezogen werden, die im Ergebnis einer Beweisfälligkeit auf seiner Seite gleichkommen (RG in HRR 32, 181; RGZ 105, 259).

Abschließend sei die für alle Schadensersatzprozesse bedeutungsvolle Vorschrift des § 287 ZPO erwähnt, die dem Gericht die Möglichkeit gibt, von einer beantragten Beweiserhebung abzusehen und über Entstehen und Höhe des Schadens unter Würdigung aller Umstände nach freier Überzeugung zu entscheiden. Ob auch das Vorhandensein eines ursächlichen Zusammenhanges zwischen schädigender Handlung und eingetretenem Schaden im Wege des freien Ermessens nach dieser gesetzlichen Bestimmung festgestellt werden darf, war lange Zeit in dieser Rechtsprechung strittig, wird aber jetzt zunehmend bejaht.

PRESSERUNDSCHAU

Prof. Dr. med. Theodor HEYNEMANN, der mehr als 30 Jahre Direktor der Universitäts Frauenklinik Hamburg und Ordinarius für Gynäkologie war, ist im Alter von 73 Jahren am 16. Dezember 1951 verstorben und auf seinen besonderen Wunsch in aller Stille am 21. 12. eingäschert worden. Mit ihm ist einer der ältesten und angesehensten Frauenärzte Hamburgs dahingegangen, der als Arzt und Wissenschaftler einen gleich hohen Ruf genoß. Seine wissenschaftliche Forschung galt insbesondere der Bekämpfung des Wochenbettfiebers und der Eklampsie. Zahlreiche namhafte Gynäkologen sind aus seiner Schule hervorgegangen. Seine Vorlesungen waren berühmt durch die plastische Klarheit seiner Diktion und durch eine umfassende Lektaturkenntnis, über die er mit souveräner Meisterschaft verfügte.

Ärztliche Berufs- und Standesorganisation.

1. Facharztordnung.

Die „Arbeitsgemeinschaft sozialistischer Ärzte“ begrüßt die Entscheidung des Bundesrates, das vom Bundestag angenommene Gesetz zur Neuordnung des „ärztlichen Facharztwesens“ dem Vermittlungsausschuß zur Überprüfung zugewiesen zu haben. Die ASÄ vertritt die Auffassung, daß die Facharztbildung heute als ein Teil der ärztlichen Aus-

bildung schlechthin angesehen und deshalb vom Staat selbst geordnet werden muß, wie die allgemeine ärztliche Ausbildung auch.

2. Erhöhung der Krankenpflichtversicherungsgrenze.

Die ASÄ begrüßt die vom Bundestag beschlossene Erhöhung der Pflichtversicherungsgrenze auf DM 500.— in der sozialen Krankenversicherung. Sie sieht darin einen ersten Schritt, in der Krankenversicherung den längst überfälligen Solidaritätsgedanken zu verwirklichen.

3. ASÄ Bundesvorstandssitzung.

Am 16. Dezember 1951 tagte in Bonn der Bundesvorstand der „Arbeitsgemeinschaft sozialistischer Ärzte“.

Neben organisatorischen Fragen befaßte sich der Vorstand mit der Erhöhung der Pflichtversicherungsgrenze, mit der Neuordnung des Facharztwesens, die er als eine Aufgabe des Staates ansah, und mit den Gesetzentwürfen zur Neuordnung des Kassenzweckrechts, in denen er eine brauchbare Diskussionsgrundlage für die Bundestagsarbeit sieht. Er begrüßt die in den Entwürfen zum Ausdruck kommende Stärkung des Gemeinschaftsgedankens der wesentlich im Gesundheitswesen tätigen Organe und Berufsgruppen.

BUCHBESPRECHUNGEN

LEHRBUCH DER GERICHTLICHEN MEDIZIN.
1950, 568 Seiten, 169 Abbildungen. Herausgegeben von Albert Ponsold. Georg Thieme Verlag, Stuttgart. Preis DM 49.—.

Das vorliegende Lehrbuch ist für einen Personenkreis bestimmt, der weit umfassender ist, als man bei flüchtiger Betrachtung des Titels zunächst annehmen könnte. Ärzte jeder Art, praktische Ärzte, Fachärzte, Amtsärzte, Werksärzte, sowie Studenten der Medizin — sie alle sind am Inhalt weitgehend interessiert. Das gleiche gilt in nicht minderem Maße für Juristen und Kriminalisten, mag es sich um Richter, Staatsanwälte, Strafverteidiger, Kriminalbeamte, Rechtsstudenten usw. handeln. Dieser letztere Personenkreis, Juristen und Kriminalisten, wird es zudem dankbar begrüßen, daß das Werk in seinen medizinischen Ausführungen in einer Sprache abgefaßt ist, die auch dem Nichtmediziner ohne weiteres verständlich ist. Deutsche Bezeichnung und Fachausdruck stehen meist nebeneinander; vom Gebrauch spezieller Fachausdrücke wurde bewußt nach Möglichkeit abgesehen, wie dies auch bei der Erstattung von Gutachten üblich ist.

Das Werk ist keineswegs nur ein Lehrbuch, das für Studenten der Medizin und der Rechtswissenschaft bestimmt ist. Es erweist sich, darüber weit hinausgehend, als ein unentbehrliches Handwerkszeug für den Praktiker. Lehrbuchmäßig ist vor allem die scharfe, klare, bis ins einzelne gehende Gliederung des Stoffes (die Inhaltsübersicht umfaßt nicht weniger als 14 Seiten), ebenso die Art der zahlreichen Abbil-

dungen im Text, die mit ihren Unterschriften und Erläuterungen immer klar das herausstellen, worauf es im einzelnen Fall entscheidend ankommt. Hierher gehört auch die Anwendung verschiedener Druckgrößen, je nachdem ob es sich um den Haupttext oder um Beispiele, Gesetzeszitate, Anmerkungen, weniger wichtige Erläuterungen und dergl. handelt. Ergänzt wird die Inhaltsübersicht durch ein sehr umfangreiches und sorgfältiges Sachverzeichnis.

Das Thema des Werkes ist sehr umfassend gesehen; auch das ärztliche Standesrecht, die Standesethik, die berufsständischen Zusammenschlüsse der Ärzte und die Versicherungsmedizin werden mitbehandelt. Der Inhalt läßt sich in seiner Vielfalt hier nur andeuten. Ein erster Teil des Buches befaßt sich mit der ärztlichen Berufstätigkeit unter juristischen, insbesondere strafrechtlichen, Gesichtspunkten (Fallübernahme, ärztliche Lebenserhaltungspflicht, ärztliche Schweigepflicht, ärztlicher Eingriff zu Heilzwecken, ärztliche Kunstfehler usw.), im zweiten Teil ist das Gebiet der gerichtlichen Psychiatrie bearbeitet. Besonders umfangreich ist Teil III: Todes- und Todesursachenermittlung. Er zerfällt in zahlreiche Einzelkapitel: Vitale Reaktion, Postmortale Veränderungen, Gewalttätiger Tod, Stumpfe Gewalt, Hirnverletzungen, Verblutung, Erstickten, Ertrinken, Vergiftung, Abtreibung, Kindstötung, Tod durch elektrische Energie und vieles andere mehr. Es folgen weitere Teile, und zwar über Feststellung der Vaterschaft, Trunkenheit und Süchtigkeit, Sittlichkeitsverbrechen usw. Hervorgehoben sei schließlich noch Teil X, wo unter „Methoden“

Spurennachweis, Leichenöffnung, Blutgruppenbestimmung u. a. eingehend dargestellt werden. Wie man sieht, ein ausgedehntes Gebiet, das hier nur angedeutet werden konnte. Sein Umfang wird einem bewußt, wenn man sich in die schon erwähnte, sehr ausführlich gehaltene Inhaltsübersicht vertieft. Vielleicht wäre es dem Verlag zu empfehlen, in seinen Prospekten, sofern noch nicht geschehen, gerade dieses Inhaltsverzeichnis in seinem vollen Umfang zu veröffentlichen; eine bessere Empfehlung für das wertvolle Buch kann es kaum geben. Daß an dem Werk eine ganze Reihe namhaftester Wissenschaftler und Praktiker mitgearbeitet haben, ist bei dem Umfang der Materie nicht verwunderlich. Sie haben die verschiedenen Einzelteile, Abschnitte und Unterabschnitte selbständig bearbeitet, und es ist deshalb besonders erfreulich, daß trotzdem ein geschlossenes, einheitliches Ganze zustande gekommen ist.

So gehört das vorliegende Werk, das mit seinem schönen Papier, seinem sauberen, ansprechenden Druck und dem geschmackvollen Einband auch rein äußerlich gefällt, nicht nur in jede öffentliche wissenschaftliche Bibliothek und in die Bibliotheken der ärztlichen Organisationen, der Gerichte, Verwaltungsbehörden usw., es müßte vor allem auch griffbereit auf dem Schreibtisch jedes einzelnen Praktikers stehen, der irgendwie mit den darin behandelten Sachgebieten zu tun hat.

Dr. Schmid, Karlsruhe

GESUNDHEITSRECHT. Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes (Reiches) und der Hansestadt Hamburg. Herausgegeben von Dr. Andrew Grapengeter, Präsident des Landesverwaltungsgerichts Hamburg und Dr. Helmuth Burmester, Oberregierungsrat bei der Gesundheitsbehörde Hamburg. Verlag Christen & Co. K.G., Hamburg, 1951.

Die Sammlung, von der jetzt der 1. Band vorliegt, ist auf 3 Bände in Loseblattform berechnet. Der 1. Band enthält die Abschnitte: A) Aufbau und Aufgaben der Gesundheitsverwaltung; B) Heilberufe; C) Apotheken und D) Verkehr mit Heil- und Betäubungsmitteln, Giften, Impfstoffen und Seren. Die einzelnen Abschnitte sind nach Art der Loseblattsammlungen wieder untergeteilt in numerierte Unterabschnitte und in diesen sind wiederum die einzelnen Gesetze, Verordnungen, Erlasse usw. fortlaufend beziffert. Dadurch erhält die Sammlung eine klare Gliederung und bei späteren Ergänzungen oder Änderungen einzelner Gesetze usw. ist die Einheftung von Nachblättern ohne weiteres möglich.

Gesammelt sind die Vorschriften des Bundes (Reiches), soweit sie noch in Kraft sind nach dem neuesten Stande sowie die der Hansestadt Hamburg. Durch den Zuschnitt auf die Verhältnisse in der Hansestadt Hamburg wird das Werk auf einen beschränkten Abnehmerkreis festgelegt. In anderen Ländern des Bundes wird es insofern von Interesse sein, als es eine lückenlose Sammlung des Bundesrechts bringt und außerdem zum Vergleichen anregt. Die Zusammenstellung ist mit Sachkenntnis und Beachtung der Rechtsentwicklung auf den einzelnen Gebieten erfolgt. Für den Praktiker, der sich mit Einzelfragen zu befassen hat, hängt die Benutzbarkeit solch einer Sammlung naturgemäß in hohem Maße von einem besonders sorgfältig ausgearbeitetem Stichwörterverzeichnis ab. Dieses ist für den 3. Band vorgesehen. Ein abschließendes Urteil kann daher erst nach Vorliegen des gesamten Werkes gegeben werden. Wird die Sammlung so fortgesetzt, wie sie zu erscheinen begonnen hat, bedeutet sie für den in Betracht kom-

menden Interessentenkreis eine wertvolle Erleichterung bei dem Auffinden der noch geltenden Gesetze, Verordnungen usw. in der Praxis.

Dr. Hense

DER ARZT IM STAATE (Die Verfassungsbeschwerde gegen die Bayerischen Ärztegesetze und die Entscheidung des Bayerischen Verfassungsgerichtshofes.) Herausgegeben von Ministerialdirektor a. D. E. Schindler. Albert Amann Verlag, München 19; 100 S. DM 3.50.

Der Vorstoß einiger Ärzte gegen die bayerischen Ärztegesetze ist in den wesentlichen Punkten negativ verlaufen. Das Urteil des Bay. Verfassungsgerichtshofes ist in dieser Zeitschrift 1951, 34 abgedruckt worden. In der vorliegenden Broschüre gibt der Verfasser, der als Vertreter der Ärzte in dem Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshofes tätig war und deswegen mit der Materie bestens vertraut ist, den Wortlaut der Beschwerde an den Verf. Gerichtshof und die Entscheidung wieder, knüpft sodann eigene erläuternde Bemerkungen hieran. Im Kernpunkt der Auseinandersetzungen standen bei diesem Streit die Fragen der Zwangsmitgliedschaft bei den kassenärztlichen Vereinigungen und das Zulassungswesen. Der Verfassungsgerichtshof hat in diesen Punkten die Rechtmäßigkeit der bay. Gesetze bejaht. Seine Prüfung hat sich aber auf die Vereinbarkeit dieser Gesetze mit der bay. Verfassung beschränkt. Noch offen bleibt daher die Frage, inwieweit sie mit dem Bonner Grundgesetz in Widerspruch stehen. Diese Entscheidung bleibt dem Bundesverfassungsgericht vorbehalten. Es handelt sich daher erst um eine Zwischenentscheidung und die Probleme harren weiterhin ihrer Endlösung. Der Verfasser nimmt in seinen erläuternden Bemerkungen zu der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes kritisch Stellung, vertieft die Ausführungen der Beschwerde begründung und äußert erhebliche Bedenken gegen die grundsätzliche Stellungnahme des Verfassungsgerichtshofes. Er verweist noch auf die seiner Überzeugung zustimmenden Bemerkungen in den Kommentaren von Nawiasky/Leusser zur Verfassung des Freistaates Bayern und von v. Mangoldt zum Bonner Grundgesetz, des weiteren auf ein Urteil des OLG Koblenz sowie auf die in dieser Zeitschrift 1951, 114 bereits besprochene Schrift von Prof. Dr. Küchenhoff zum Problem der freien Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit im Hinblick auf Art. 12 des Bonner GG. Zusammenfassend läßt sich sagen, daß die grundsätzlichen Fragen, die die gesamte Ärzteschaft berühren, noch im Fluß sind und erst durch eine grundsätzliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts oder durch den Gesetzgeber endgültig gelöst werden können. Zur Klärung der Fragen hat der Verfasser wertvolle Vorarbeit geleistet. Für denjenigen, der sich einen gründlichen Überblick verschaffen will, ist die Broschüre dringend zu empfehlen. Soweit einzelne Nebenfragen behandelt werden, ist von ihnen bereits in anderem Zusammenhang gesprochen worden, so z. B. über die Anfechtbarkeit der Entscheidungen der Zulassungsinstanzen in dem Aufsatz von Dr. Koch, Die rechtliche Stellung der Zulassungs- und Berufungsausschüsse (1951 S. 103 dieser Zeitschrift).

Dr. Hense

VERLAGSVERZEICHNIS. Georg Thieme Verlag.

Das Verlagsverzeichnis des Georg Thieme Verlages ist in ergänzter Form erschienen. Es stellt ein wertvolles Nachschlagewerk über alle im Verlag herausgegebenen Bücher und Zeitschriften medizinischen Inhalts dar. Auf Anforderung wird das Verzeichnis kostenlos zugesandt.

ARZTRECHT IM SCHRIFTTUM

Erlaubt es das Grundgesetz, die Aufstellung der Facharztordnung einem Ärztekammerausschuß zu übertragen?

(Ärztliche Mitteilungen 1951 Heft 35-36 Seite 474)

I

Gesetz und Rechtsverordnung sind nicht die einzigen Rechtsquellen. Das Deutsche Recht kennt daneben in langer und bewährter Entwicklung das autonome Recht in der Selbstverwaltung. Das Grundgesetz schützt das Recht der Autonomie ausdrücklich für die kommunale Selbstverwaltung in Artikel 28:

Den Gemeinden muß das Recht gewährleistet sein, alle Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze in eigener Verantwortung zu regeln.

Aus dem Schweigen des Grundgesetzes über die nichtgebietliche Selbstverwaltung ist nicht zu schließen, daß damit — entgegen der bewährten deutschen Rechtstradition — das Recht zur autonomen Regelung des der nichtgebietlichen Selbstverwaltung überlassenen Lebens- und Aufgabenkreises aufgehoben werden sollte. Die Autonomie in der Selbstverwaltung im Rahmen und nach Maßgabe der Gesetze entspricht den Grundsätzen des demokratischen und sozialen Rechtsstaats in der Vorstellung des Grundgesetzes und im Sinne des Subsidiaritätsprinzips. In diesem Sinne lebt die Autonomie in Deutschland auch nach dem Erlaß des Grundgesetzes unbestritten unter anderem z. B. in dem weiten Bereich der Sozialversicherung; in den Krankenkassen, in den Berufsgenossenschaften usw.

II

Das in der ganzen Welt anerkannte und hochgeachtete deutsche Facharztwesen ist aus der Selbstverantwortung der deutschen Ärzteschaft in deren Selbstverwaltung entwickelt worden. Will man im demokratischen Staat der Ärzteschaft diese aus eigenem Antrieb übernommene und in anerkannt hervorragender Weise gelöste Aufgabe nehmen, die ihr sogar der nationalsozialistische Staat im § 14 der Reichsärzteordnung zusprach?

Die Facharztanerkennung, d. h. die Bestätigung, daß der Arzt seine Praxis mit dem Hinweis auf ein bestimmtes Fachgebiet ausüben darf, ist und bedeutet kein öffentliches Examen über ein hervorragendes Wissen, das den Facharzt als einen Arzt höherer Ordnung gegenüber dem praktischen Arzt erscheinen ließe, der doch die erste und hauptsächlichste Verantwortung für den Kranken und für die Volksgesundheit zu tragen hat. Dem Kranken und der Volksgesundheit könnte kein schlechterer Dienst erwiesen werden, als durch eine solche Entwicklung, die Gedankengängen entspricht, die nur Rangordnungen und diese nur auf Grund staatlicher Prüfungen und Verleihungen anzuerkennen vermögen. Die Facharztanerkennung, wie sie die deutsche Ärzteschaft aus sich selbst heraus entwickelt hat, bedeute vielmehr lediglich die Bestätigung dafür, daß der Arzt, der durch die Approbation die staatliche Zulassung für das gesamte Gebiet der ärztlichen Heilkunde erworben hat, sich aus eigenem Entschluß in der Praxis eine ausreichende Zeit, in ausreichender Weise auf einem anerkannten Fachgebiet fort-

gebildet hat und darin besondere Erfahrungen gesammelt hat, die einen solchen Hinweis bei der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit rechtfertigen.

III

Die Autonomie in der Selbstverwaltung ist anerkanntermaßen nicht an das Vorhandensein einer juristischen Person des öffentlichen Rechts geknüpft, an der es auf dem Gebiete des Arztrechtes z. Z. auf Bundesbasis noch fehlt. Es genügt das Vorhandensein eines funktionsfähigen, d. h. rechtlich organisierten Trägers (FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1950, S. 348).

Einen solchen Träger will das vom Bundestag beschlossene Gesetz durch die Errichtung eines Ärztekammerausschusses schaffen. Ärztekammern bestehen in allen Ländern des Bundesgebietes. In den Ländern der britischen und der französischen Zone sowie in Bayern sind diese Ärztekammern Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen alle Ärzte angehören und deren Organe sie in demokratischer Verfassung bilden. In den Ländern Nord-Württemberg-Baden, Hessen und Bremen haben sich nach dem — in seinen Voraussetzungen und seinen Rechtswirkungen zweifelhaften — Eingriff der amerikanischen Mil.-Regierung Ärztekammern als eingetragene Vereine gebildet, zu denen weit über 90 Prozent aller Ärzte freiwillig ihren Beitritt erklärt haben. Welches Organ könnte also den Selbstverwaltungswillen der deutschen Ärzteschaft besser repräsentieren und ihn in demokratischer Weise zum Ausdruck bringen, als ein solcher Ärztekammerausschuß?

Daß ein Teil der Ärztekammern z. Z. als eingetragene Vereine aufzutreten gezwungen sind, kann kein Hinderungsgrund sein, sie an der Autonomie der ärztlichen Selbstverwaltung zu beteiligen, nachdem das moderne Arbeitsrecht den in privaten Rechtsformen organisierten Sozialpartnern in Betrieb und Wirtschaft in Gestalt der Betriebsvereinbarungen und der Tarifverträge anerkanntermaßen das Recht der Autonomie im Sinne der Setzung objektiven Rechts verliehen hat. Verstoßen deshalb etwa die Betriebsrätegesetze oder das Tarifvertragsgesetz gegen das Grundgesetz? Es kann aber immer nur eine Antwort auf eine verfassungsrechtliche Frage geben. Sie kann nicht unterschiedlich sein im Hinblick auf das machtpolitische Gewicht der beteiligten Wirtschaftsfaktoren.

IV

Schließlich kann auch der Hinweis darauf die verfassungsmäßige Grundlage des vom Bundestag beschlossenen Gesetzes nicht erschüttern, daß in den obengenannten Ländern der amerikanischen Zone nicht alle Ärzte den als eingetragenen Vereinen auftretenden Ärztekammern als freiwillig beigetretene Mitglieder angehören, daß also der autonomen Selbstverwaltung die Wirksamkeit für diese Nichtmitglieder der Ärztekammern fehlen würde. Die autonome Sat-

zung kann nämlich über diesen Personenkreis hinausgreifen, sofern eine entsprechende Ermächtigung dazu vorliegt (FORSTHOFF a. a. O. S. 347).

Diese Ermächtigung ist in dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz gegeben, ihre Rechtfertigung findet sie in der erforderlichen Genehmigung des Bundesministers des Innern — vergleichbar übrigens im Sinne der Ausführungen zu III der Allgemeinverbindlich-

keitserklärung von Tarifverträgen durch den Bundesminister für Arbeit.

(Auszug aus einem Aufsatz, der dem Bundesrat anlässlich der Beratung des „Gesetzes zur Anpassung der Facharztordnung für die deutschen Ärzte an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft“ als Eingabe der Arbeitsgemeinschaft der Westdeutschen Ärztekammern vorgelegt wurde.)

Gesundheitspolitischer Rückschritt? Die föderalistische Gesundheitsbremse

(Ärztliche Mitteilungen 1951 Heft 35/36 Seite 471, Ärztliche Mitteilungen 1952 Heft 1 Seite 6)

Nach der erfolgten Annahme des „Gesetzes zur Anpassung der Facharztordnung für die deutschen Ärzte an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und Praxis“ durch den Bundestag bedarf das Gesetz verfassungsmäßig zum Wirksamwerden noch der Genehmigung des Bundesrats. In diesem Gremium waren verfassungsrechtliche Bedenken laut geworden, die das Präsidium des Deutschen Ärztetages veranlaßt hatten, in einer Eingabe an den Bundesrat in eingehenden Darlegungen zu Facharzt und Facharztwesen Stellung zu nehmen. Wir entnehmen dieser Eingabe die folgenden bemerkenswerten Ausführungen:

Nach dem Zusammenbruch wurde den deutschen Ärzten von der ausländischen Ärzteschaft der Vorwurf gemacht, sie seien rückständig und ihre Aus- und Weiterbildung, namentlich die der Spezialisten, habe mit der Fortentwicklung der medizinischen Wissenschaft nicht Schritt gehalten. In dieser Form war das vielfach wegwerfende Urteil unbegründet, aber in mancher Beziehung war die Kritik nicht unberechtigt. Während der nationalsozialistischen Herrschaft und während des Krieges waren die deutschen Ärzte von der internationalen Wissenschaft abgeschnitten, sie konnten also an ihren Fortschritten nicht in genügendem Umfange teilnehmen. Die Deutschen Ärztetage betrachteten es daher als eine ihrer ersten und wichtigsten im Interesse der Kranken zu erfüllenden Aufgaben, den Anschluß an das internationale Niveau ärztlicher und spezialistischer Ausbildung wieder zu gewinnen, nachdem sie schon in den vergangenen Jahrzehnten das Facharztwesen aus eigener Kraft und ohne Mitwirkung des Gesetzgebers und des Staates so geregelt hatten, daß die deutsche Facharztordnung zum Muster für die meisten Kulturstaaten geworden war.

Während in Deutschland von jeher die Universitätsausbildung zum Arzt vom Staate vorgeschrieben war, haben die Ärzte das Facharztwesen durch Mehrheitsbeschlüsse der Deutschen Ärztetage selbst geregelt. Die Facharztordnung war niemals ein Gesetz, sie ist durch alleinige Anstrengungen des Berufes aus dem Bedürfnis entstanden, Ordnung in den eigenen Reihen zu halten, dem Kranken möglichst vollkommen ausgebildete Fachärzte zur Verfügung zu stellen und ihn vor Übervorteilung durch weniger gewissenhafte und weniger kenntnisreiche Ärzte zu schützen.

Es ist offenbar nicht genügend bekannt, daß die Ausbildung zum Facharzt im Anschluß an die auf der Universität erworbene allgemeine Bildung eine freiwillige ist. Wer Facharzt werden will tut es aus eigenem Entschluß, er nimmt freiwillig die damit verbundenen Kosten und Mühen auf sich, um nach voll-

deter Spezialausbildung das Recht auf die Anerkennung als Facharzt zu erwerben. Dem bescheidenen Rechte zur Führung einer Facharztbezeichnung steht also die Pflicht zu vieljähriger gewissenhafter Sonderausbildung gegenüber.

Das Spezialistentum hat auf dem ganzen Gebiete des Gesundheitswesens große Bedeutung erlangt. Ein Krankenhaus, das einen Chefarzt oder den Leiter einer Fachabteilung sucht, muß die Gewähr dafür haben, daß der Bewerber eine bestimmte Ausbildung genossen hat und daß er den an ihn zu stellenden Anforderungen in jeder Beziehung gewachsen ist. Diese Garantie hat ihm die Facharztordnung zu geben, die als Voraussetzung für die Berechtigung zur Führung einer Facharztbezeichnung eine bis ins einzelne geregelte Weiterbildung des Arztes fordert.

Die Ärzte sind Angehörige eines freien Berufes, dem die Freizügigkeit gesetzlich zugesichert ist. Diese Freizügigkeit würde eingeschränkt werden, wenn die Bedingungen für eine besondere ärztliche Tätigkeit und wenn die Anforderungen an den Facharzt in den einzelnen Ländern des Bundesgebietes verschiedenartig wären. Die Einheitlichkeit der Bestimmungen ist also aus diesem Grunde unentbehrlich.

Es ist ein beklagenswerter Mangel des Grundgesetzes, daß es die bundeseinheitliche Ordnung des Gesundheitswesens kaum zuzulassen scheint. Unsere vorläufige Verfassung ermöglicht eine verhängnisvolle Zersplitterung auf diesem für die Bevölkerung so wichtigen Gebiete, ja sie fordert sie geradezu heraus. Deswegen sollte jeder mit der Verfassung nur irgendwie zu vereinbarende Weg beschritten werden, um im Facharztwesen die nicht länger zu entbehrende Einheitlichkeit wieder herzustellen und es an die Fortschritte der medizinischen Wissenschaft und Praxis anzugleichen. Hierbei die von der besonderen Sachverständigkeit der Berufsangehörigen getragenen Selbstverwaltungskräfte zu schwächen oder zu zerstören, wäre ein staatspolitischer Fehler, dessen Folgen der Kranke zu tragen hat.

Eine Regelung durch die Länder statt durch den Bund würde alle Bemühungen vereiteln, zu einer bundeseinheitlichen Neuordnung zu gelangen. Die ärztlichen Rechtsverhältnisse sind in den Ländern zur Zeit noch ganz verschiedenartig, zum Teil sind sie unzulänglich oder überhaupt nicht geordnet. Wollte man aber zunächst die Herstellung einer einheitlichen Rechtsverordnung für die Ärzte des Bundesgebietes abwarten, so würde die Vereinheitlichung und Modernisierung des Facharztwesens auf unabseh-

bare Zeit hinausgeschoben, wiederum zum Schaden der Kranken und namentlich auch der versicherten Bevölkerung.

Die Mitwirkung eines Gesundheitsrates würde nicht ausreichen, um eine wirklich sachverständige, im Interesse der Kranken gelegene Ordnung von möglichst großer Vollkommenheit und Anpassungsfähigkeit zu schaffen. Die Gesundheitsräte haben Aufgaben genug, die ebenso wichtig sind, aber ohne medizinische Sachkunde gelöst werden können. Abgesehen davon, daß der Bundesgesundheitsrat noch nicht einmal gebildet und seine endgültige Zusammensetzung bis heute unbekannt ist, sind die bisher ins Leben getretenen oder im Entstehen begriffenen Gesundheitsräte einzelner Länder wiederum völlig verschiedenartig zusammengesetzt. Die Ärzte spielen in einigen Ländern überhaupt keine oder nur eine untergeordnete Rolle in diesen beratenden Organen. Manche Gesundheitsräte spiegeln sogar die Zusammensetzung der jeweils politischen oder gesellschaftlichen Kräfte eines Landes wieder. Die Gesundheit sollte aber ein den Wirkungen der Parteipolitik entrücktes menschliches Gut sein, dessen Bewahrung und Förderung nur in den besten und sachverständigsten Händen liegen darf.

Inzwischen ist die Entwicklung weitergegangen. Innenausschuß und Rechtsausschuß des Bundesrats waren verschiedener Auffassung. Durchgesetzt hat sich die Auffassung des Rechtsausschusses (Sitzung v. 7. 12. 51). Demgemäß hat der Bundesrat beschlossen, gemäß Artikel 77 Absatz 2 GG den Vermittlungsausschuß anzurufen, der aus Mitgliedern beider Gremien, also des Bundestages und des Bundesrats, besteht und voraussichtlich noch im Januar 1952 zur Entscheidung zusammentritt.

Wer sich für die einander entgegengesetzten Ansichten innerhalb des Bundesrats im einzelnen interessiert, sei auf die Reden der beiderseitigen Vertreter verwiesen, die in den „Ärztlichen Mitteilungen“ abgedruckt sind. Ganz offensichtlich hat die Angelegenheit eine eminent politische Seite. So führen die „Ärztlichen Mitteilungen“ zu den Darlegungen des Vertreters des Rechtsausschusses des Bundesrats wörtlich aus:

„Jedenfalls waren seine rein juristischen Begründungen nicht absolut überzeugend und nicht ohne Schwächen, wenn man nicht direkt sagen will, daß er Unrichtigkeiten sagte. Gerade diese Schwäche der Beweisführung war es, die den Eindruck hinterließ, daß nicht juristische Überzeugung, sondern ein dahinterstehendes parteipolitisches Ziel oder eine wenn nicht den Ärzten, so doch der beruflichen Selbstverwaltung gegenüber ablehnende Grundeinstellung das letzte Motiv für die Entscheidung war . . .“

Die Betrachtung der Zeitschrift schließt mit den Sätzen:

„Jedenfalls hat die SPD, die im Bundestag unterlegen war, bei der Beratung im Bundesrat gesiegt. Die Ärzte verstehen durchaus, warum der SPD daran gelegen war, ihre Niederlage im Bundestag mit Hilfe des Bundesrats und der verfassungsrechtlichen Bedenken in einen Sieg zu verwandeln. Sie verstehen das aus folgender Überlegung: Die sozialistischen Ärzte bilden in der Berufsorganisation eine kleine Minderheit. Bei allen Regelungen, die der Berufsorganisation übertragen sind, haben sie wenig Aussicht, sich durchzusetzen. Anders ist es bei Regelungen, die der Gesetzgeber oder die Regierung trifft, und bei denen die SPD als eine starke politische Partei größeren Einfluß gewinnen kann. Es ist klar, daß eine Partei, die weitgehende staatliche Lenkung anstrebt, eher in der Lage ist, eine eigene Machtposition auch in all den Gremien zu gewinnen, in denen sie an sich in der Minderheit ist, als eine Partei, die weitgehende Selbstverwaltung auch auf der beruflichen Ebene erstrebt. Was die Ärzte aber nicht verstehen, ist eine juristische Logik, die dahin geht, daß das Grundgesetz, das Hüter der Demokratie sein soll, dazu zwingen soll, daß wir zu einer immer weitergehenden staatlichen Regelung, und d. h. immer weiter zum Totalitarismus fortschreiten.“

Die Entscheidung über das Facharztgesetz wird jetzt im Vermittlungsausschuß fallen, in dem die SPD zwar stark vertreten ist, aber keine Mehrheit besitzt. Die Ärzte sind gespannt darauf, ob sie hier mit ihrer Tendenz zu weitgehender staatlicher Lenkung siegen wird, oder ob sich dort eine Mehrheit für den Gedanken der beruflichen Selbstverwaltung findet.“

Entwurf eines Gesetzes zum Schutze der Mutter (Mutterschutzgesetz)

(Ärztliche Mitteilungen 1952, Heft 1 — Sonderausgabe 3, S. 3 —)

In diesem Gesetz sind folgende wesentlichen Bestimmungen vorgesehen:

Es gilt für die Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen und für weibliche in Heimarbeit Beschäftigte. Für werdende Mütter sind Beschäftigungsverbote vorgesehen, die sich auf schwere körperliche Arbeiten, auf thermische und chemische Einwirkungen beziehen und im einzelnen im Gesetzestext aufgeführt werden.

Dem Gewerbeaufsichtsamt fällt die Aufgabe zu, festzustellen, ob eine Arbeit unter das Beschäftigungsverbot fällt. Werdende Mütter haben die Verpflichtung, dem Arbeitgeber den mutmaßlichen Tag der Niederkunft mitzuteilen. Der Arbeitgeber gibt diese Mitteilung dem Gewerbeaufsichtsamt weiter. Maßgebend für den festgesetzten Zeitraum vor der Niederkunft ist das Zeugnis eines Arztes oder einer Hebamme.

Nach der Niederkunft dürfen Wöchnerinnen bis zum Ablauf von 6 Wochen nicht beschäftigt werden. Für stillende Mütter verlängert sich diese Frist auf

8 Wochen, für stillende Mütter nach Frühgeburten auf 12 Wochen.

Um die tägliche Stillzeit sicherzustellen, werden den Arbeitgebern besondere Auflagen gemacht. Für werdende und stillende Mütter ist im übrigen Nacharbeit verboten. Für besondere Berufe sind Einzelvorschriften vorgesehen.

Darüber hinaus sieht das Gesetz die Regelung arbeitsrechtlicher Fragen vor, die sich mit der Kündigung und dem Arbeitsentgelt bei Beschäftigungsverbot befaßt.

Die Bestimmungen der gesetzlichen Krankenversicherung sind in den Entwurf eingearbeitet und finden Berücksichtigung. Bedeutungsvoll ist es, daß die den Trägern der gesetzlichen Krankenversicherung erwachsenden Kosten vom Bund ersetzt werden.

Um das Gesetz allgemein bekanntzumachen, ist öffentliche Auslage vorgesehen. Die Aufsicht über die Ausführung dieses Gesetzes obliegt den Gewerbeaufsichtsämtern. Die Nichtbeachtung dieser gesetzlichen Vorschriften wird bestraft.

RECHTSPRECHUNG

Nr. 21

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 2. März 1951 über die Strafbarkeit einer von einem Arzt vorgenommenen Abtreibung

Rechtssätze:

1. Einem Antrag auf Einholung eines fachärztlichen Obergutachtens ist zu entsprechen, wenn lediglich das Gutachten eines Amtsarztes ohne fachärztliche Ausbildung und Praxis vorliegt und die eigene Sachkunde des Tatrichters nicht ausreichend ist.

2. Der Vorsatz im Sinne des § 59 StGB ist ausgeschlossen, wenn der Angeklagte infolge tatsächlichen Irrtums eine Sachlage angenommen hat, die, wenn sie vorhanden wäre, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden würde. Dies gilt auch dann, wenn der Irrtum verschuldet ist. Beruht aber dieser Irrtum auf einer nicht pflichtgemäßen Prüfung der Tatumstände des angenommenen Rechtfertigungsgrundes, so kann bedingter Vorsatz in Frage kommen und so im gegebenen Fall trotz des Irrtums eine vorsätzliche Abtreibung angenommen und bestraft werden. Der Senat schließt sich damit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 61, 242) an.

BGH, 3. Strafsenat, Urt. v. 2. März 1951
— 3 StR 6/51 —

Aus den Gründen:

Die Strafkammer hat den Angeklagten wegen Abtreibung (§ 218 Abs. 3 StGB) in zwei Fällen verurteilt, weil er zweimal die lebende Leibesfrucht einer jeweils im zweiten bis dritten Monat schwangeren Frau vorsätzlich durch Einführen von Luminariastiften in den Gebärmutterhals und die anschließende Ausräumung der Gebärmutter abgetötet hat.

Die Revision des Angeklagten rügt die Verletzung von Rechtsnormen des Verfahrensrechtes und des sachlichen Rechtes.

I. Verfahrensrechtlich rügt die Revision die Verletzung des § 244 Abs. 2, 4 und 6 StPO durch Ablehnung des Antrags auf Bestellung eines Obergutachters im Urteil. Diese Revisionsrügen sind begründet.

1. Zum äußeren Tatbestand der Fremdabtreibung gehört nach § 218 Abs. 3 StGB die Feststellung, daß die Leibesfrucht zur Zeit des Beginns der beiden dem Angeklagten zur Last gelegten Eingriffe noch lebte. Die Strafkammer hat dies festgestellt, indem sie angenommen hat, die Gebärmutter sei fest und der Gebärmutterhals

geschlossen gewesen. Sie hat hieraus auf Grund des Gutachtens des Stadtarztes Dr. Sch. die Schlußfolgerung gezogen, daß eine Fehlgeburt noch nicht im Gange war, vielmehr die Schwangerschaft noch fortbestand, die Frucht also noch lebte.

Um dieses Gutachten zu entkräften, hat der Verteidiger in der Hauptverhandlung den Antrag gestellt, ein Obergutachten einzuholen zum Beweis dafür, daß nach dem Befund zur Zeit der beiden Eingriffe des Angeklagten die Schwangerschaft bereits durch Abort beendet gewesen sei, also die Schwangerschaft durch den Eingriff des Angeklagten nicht mehr hätte unterbrochen werden können.

Die Strafkammer hat diesen Beweis Antrag, der nach dem Protokoll als Hauptantrag, nicht bloß hilfsweise gestellt war, entgegen der zwingenden Vorschrift des § 244 Abs. 6 StPO nicht durch einen besonderen vor dem Schluß der Hauptverhandlung verkündeten Gerichtsbeschluß, vielmehr erst im Urteil (S. 5 unten) abgelehnt. Auf diesem von der Revision gerügten Verfahrensmangel beruht das Urteil. Es ist nicht ausgeschlossen, daß der Verteidiger nach Verkündung eines solchen Gerichtsbeschlusses zu diesem Beweisthema noch andere Beweisanträge gestellt hätte, und daß daraufhin die Strafkammer zu einem anderen Urteil gelangt wäre (RGSt 44, 345; 71, 74; 72, 183, 250; OGHSt 2, 153).

2. Die Strafkammer hätte diesen Beweis Antrag bei richtiger Anwendung des Abs. 4 des § 244 StPO nicht ablehnen dürfen.

Die Strafkammer hat die Ablehnung des Beweis Antrags damit begründet, daß auch ein anderer Gutachter bei dem vorliegenden Sachverhalt zu demselben Ergebnis kommen würde. Nach § 244 Abs. 4 Satz 2 StPO kann zwar der Tatrichter, wenn er überzeugt davon ist, daß durch das erste Gutachten bereits das Gegenteil der im Beweis Antrag behaupteten Tatsache erwiesen ist, die Anhörung eines weiteren Sachverständigen regelmäßig ablehnen. Dies gilt jedoch nach dem zweiten Satzteil des zweiten Satzes von § 244 Abs. 4 dann nicht, wenn der neue Sachverständige über Forschungsmittel verfügt, die denen des früheren Gutachters überlegen erscheinen. Dies macht die Revision zutreffend geltend. Die Urteilsgründe lassen nicht erkennen, ob der Tatrichter auf Grund dieser Rechtsnorm die Sachkunde des ersten Gutachters

gegenüber der Sachkunde des beantragten Obergutachters abgewogen und daraufhin die Überlegenheit des beantragten Obergutachters gegenüber dem ersten Gutachter verneint hat. Die Strafkammer hat damit, daß sie den ärztlichen Sachverständigen zur Begutachtung dieser medizinischen Frage herangezogen hat, zu erkennen gegeben, daß sie sich eine genügende eigene Sachkunde für die Entscheidung dieser Frage nicht zutraute. Danach ist wahrscheinlich, daß die Strafkammer auch nicht in der Lage war, auf diesem Gebiet festzustellen, daß es keinen Facharzt gäbe, der als Obergutachter das Gutachten, das der Stadtarzt als erster Gutachter erstattet hatte, erschüttern könnte. Die Zuziehung eines in der Geburtshilfe fachwissenschaftlich ausgebildeten Arztes mit größerer praktischer Erfahrung in der Frauenheilkunde drängte sich um so mehr auf, als der Angeklagte selbst praktischer Arzt mit zur Zeit der Taten 14jähriger Praxis und von dem Gutachter nicht nur die Frage zu prüfen war, ob nach dem Befund zur Zeit der Eingriffe objektiv die Schwangerschaft bereits beendet war, sondern auch, ob subjektiv der angeklagte Arzt, wie dieser geltend macht, in einem unverschuldeten Irrtum über das Weiterleben der Frucht zur Zeit seiner Eingriffe und über deren Erforderlichkeit sich befand und so nicht vorsätzlich abtrieb. Da die Gründe des Urteils nicht erkennen lassen, ob die Strafkammer die im 2. Satzteil von § 244 Abs. 4 StPO vorgeschriebene Prüfung der Überlegenheit des beantragten Obergutachters vorgenommen, hiernach diese Überlegenheit des Obergutachters verneint und deshalb den Beweisantrag abgelehnt hat, ist es mindestens möglich, daß die Strafkammer diese Prüfung unterlassen hat, und daß sie nach ordnungsmäßiger Prüfung dieser Frage vielleicht diesem Beweisantrag stattgegeben hätte. Es ist dann nicht ausgeschlossen, daß das Gericht im äußeren Tatbestand die Tötung einer lebenden Leibesfrucht oder wenigstens im inneren Tatbestand den Vorsatz der Tötung einer lebenden Leibesfrucht verneint hätte und so zu einer Freisprechung des Angeklagten gelangt wäre. Das Urteil beruht daher auf der Verletzung von § 244 Abs. 4 StPO.

3. Es beruht zugleich auf einer Verletzung der Aufklärungspflicht des § 244 Abs. 2 StPO, da für die Entscheidung der Schuldfrage die fachärztliche Beurteilung der Vorfrage, ob die Frucht zur Zeit des Eingriffs lebte und hilfsweise die weitere Vorfrage, ob die Schwangerschaftsunterbrechung nach den Regeln der ärztlichen Kunst zur Abwendung einer ernstesten Gefahr für Leben und Gesundheit der Mutter erforderlich war, von wesentlicher Bedeutung ist. Das Gutachten des Amtsarztes, der keine fachärztliche Ausbildung und Praxis hatte, erscheint zur Aufklärung dieser entscheidenden Vorfragen als nicht ausreichend. Dies gilt auch nach der Lebenserfahrung für die eigene Sachkunde des Tatrichters.

II. Die Revision rügt auch die Verletzung sachlichen Rechtes. Die Strafkammer hat nach den festgestellten Tatumständen zutreffend den äußeren Tatbestand der Fremdbtreibung nach § 218 Abs. 3 StGB als verwirklicht angenommen. Irrtumsfrei ist auch ihre Annahme, daß in den beiden Fällen objektiv der Rechtfertigungsgrund eines übergesetzlichen Notstandes dem Angeklagten nicht zur Seite steht. Die Strafkammer ist dabei von den auch vom erkennenden Senat vertretenen Grundsätzen der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 61, 242 und 62, 139) ausgegangen, die in § 14 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 529) in der Fassung vom 26. Juni 1935 (RGBl. I S. 773) Gesetz geworden sind. Dieser § 14 hat in der britischen Zone, zu welcher der Tatort gehört, seine Geltung behalten (OGH in NJW 50, 712).

Die Revision ficht insoweit das Urteil nicht an. Sie macht aber geltend, die Strafkammer habe keine ausreichenden tatsächlichen Feststellungen getroffen, welche die Annahme vorsätzlicher Tötung der Leibesfrucht nach den §§ 218 und 59 StGB rechtfertigen könnten.

Der Vorsatz im Sinne des § 59 ist dann ausgeschlossen, wenn der Angeklagte infolge tatsächlichen Irrtums eine Sachlage angenommen hat, die, wenn sie vorhanden wäre, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden würde. Dies gilt auch dann, wenn der Irrtum verschuldet ist. Beruht aber dieser Irrtum auf einer nicht pflichtgemäßen Prüfung der Tatumstände des angenommenen Rechtfertigungsgrundes, so kann außer der Fahrlässigkeit auch bedingter Vorsatz in Frage kommen und so im gegebenen Fall trotz des Irrtums eine vorsätzliche Abtreibung angenommen und bestraft werden. Der Senat schließt sich damit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RGSt 61, 242) an. Diese dem angeklagten Arzt zuzumutende pflichtgemäße Prüfung der Tatumstände betraf nicht nur die Frage, ob zur Zeit der beiden Eingriffe die Leibesfrucht noch lebte, sondern auch und vor allem die Frage, ob nach dem allgemeinen Gesundheitszustand der Frau die vom Angeklagten unternommene Unterbrechung der Schwangerschaft erforderlich und das einzig mögliche Mittel zur Abwendung einer gegenwärtigen Lebensgefahr oder einer schweren Gesundheitsschädigung der selben war, und zwar gerade in dem Zeitpunkt der beiden Taten. Die Strafkammer hatte, wie die Revision zutreffend rügt, aufzuklären, welche Vorstellung der Angeklagte zur Zeit der Taten über alle diese für den übergesetzlichen Notstand wesentlichen Tatumstände sich gemacht hat, ob der Angeklagte das Fehlen eines der zur Rechtfertigung wesentlichen Tatumstände als möglich erachtet und trotzdem die Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes der Abtreibung im Sinne des bedingten Vorsatzes in Kauf genommen hat. Diese Aufklärung hatte sich darauf zu erstrecken, ob der Angeklagte mit der von einem Arzt zu erwartenden

den Sorgfalt die im Sinne dieses Rechtfertigungsgrundes des übergesetzlichen Notstandes wesentlichen Tatumstände erforscht und abgewogen hat, bevor er zur Ausführung seiner Tat schritt. Die Revision irrt zwar, wenn sie glaubt, bei jeglichem Irrtum des Angeklagten über die Regeln der ärztlichen Kunst und über die Notwendigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung müsse die Strafbarkeit entfallen. Der Arzt, der es mit der pflichtgemäßen Prüfung der Tatumstände nicht ernst nimmt und die Diagnose für die Notwendigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung leichtfertig stellt, macht sich strafbar. Die Strafkammer hat bereits wichtige Feststellungen in dieser Richtung gegen den Angeklagten getroffen. Die Prüfung der Umstände, die der Angeklagte sich vorgestellt hat und die den Rechtfertigungsgrund abgeben können, ist jedoch nicht vollständig erfolgt. Insbesondere ist hinsichtlich der pflichtmäßigen Prüfung dieser Tatumstände durch den Angeklagten

der Sachverhalt nicht mit der erforderlichen Vollständigkeit und Klarheit festgestellt. Die Strafkammer hat zutreffend hervorgehoben, daß der angeklagte Arzt vor seiner Entscheidung einen Facharzt hätte hinzuziehen müssen. Um so wichtiger war es, daß die Strafkammer selbst zur Prüfung der Frage, ob der Angeklagte bei der ihm auferlegten Prüfung der Sachlage mit der ihm zuzumutenden Sorgfalt vorgegangen ist, sich nicht auf die eigene Sachkunde verließ, vielmehr einen erfahrenen, wissenschaftlich durchgebildeten Facharzt zur sorgfältigen Feststellung der Wahrheit zuzog.

Der zum inneren Tatbestand von der Strafkammer festgestellte Sachverhalt ist daher unvollständig und reicht nicht aus, die Annahme der vorsätzlichen Abtreibung im Schuldspruch zu tragen.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar.)

Nr. 22

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 6. März 1951 über die Strafbarkeit eines von einem Arzt vorgenommenen Eingriffs zur Unterbrechung der Schwangerschaft

Rechtssätze:

Gemäß Art. 5 der AVO hat sich der Arzt jeder auf die Unterbrechung einer Schwangerschaft gerichteten Tätigkeit vor einer Entscheidung der Gutachterstelle zu enthalten, es sei denn, daß der Eingriff wegen unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren nicht aufgeschoben werden kann. Nimmt der Arzt vor einer Entscheidung der Gutachterstelle und ohne eine unmittelbare Gefahr einen Eingriff vor, so ist er auch dann nach Art. 14 Abs. 1 in Verb. m. Art. 5 Abs. 1 AVO und Art. 14 Abs. 1 des Gesetzes vom 14. 7. 33 (24. 6. 35) zu bestrafen, wenn dieser Eingriff nicht zum Erfolge führt.

BGH, 2. Strafsenat, Urt. vom 6. März 1951
— 2 St R 29/51 —.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte öffnete am 9. August 1950 die Gebärmutter der schwangeren Ehefrau H., setzte einen mit einem Wattetampon gesicherten Querstift ein und versprach, am nächsten Tage die Auskratzung vorzunehmen. Hierzu kam es jedoch nicht, weil die Polizeibehörde eingriff. Die Frucht ging am 1. Oktober 1950 ab. Ob dies auf die Behandlung des Angeklagten zurückzuführen war, konnte die Strafkammer nicht feststellen.

Auf Grund dieses Sachverhalts hat die Strafkammer den Angeklagten wegen versuchter Fremd-

abtreibung zu drei Monaten Gefängnis verurteilt. Seine Revision ist begründet.

1. Zutreffend und von der Revision unbeanstandet beurteilt die Strafkammer den Eingriff des Angeklagten als Versuch einer Fremdbtreibung nach § 218 Abs. 3 S. 1 StGB. Sie stellt auch auf Grund der Sachverständigengutachten einwandfrei fest, daß die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Abwendung einer ernstesten Gefahr für das Leben oder die Gesundheit der Frau H. nicht erforderlich gewesen sei. Rechtlich bedenklich ist jedoch die Begründung für die Annahme, daß auch der Angeklagte die Unterbrechung zum Schutze der Schwangeren nicht für notwendig gehalten habe. Die Strafkammer bezeichnet es allein deshalb als ausgeschlossen, daß der Angeklagte dieser Ansicht gewesen sein könne, weil die Sachverständigen die Unterbrechung nicht für angezeigt angesehen haben. Das ist denkgesetzlich fehlerhaft; denn wenn zwei Ärzte eine medizinische Frage übereinstimmend beurteilen, so folgt daraus noch nicht mit logischer Notwendigkeit, daß auch ein dritter Arzt zu dem gleichen Ergebnis gelangt. Einen solchen Schluß hat die Strafkammer aber offenbar gezogen; denn sie läßt es an jeder anderen Begründung für ihre Auffassung, der Angeklagte habe die Gefährlosigkeit der Schwangerschaft der Frau H. erkannt, fehlen. Das ist um so angreifbarer, als gerade nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei schwierigen medizinischen

Fragen die Ansichten der Ärzte auseinandergehen. Die Folgerung der Strafkammer, der Angeklagte könne bei der Vornahme des Eingriffs keiner anderen Ansicht gewesen sein als die Sachverständigen in der Hauptverhandlung, widerspricht sowohl den Denkgesetzen wie auch der Lebenserfahrung. Darin liegt ein sachlich-rechtlicher Fehler, der zur Aufhebung des Urteils nötig ist.

2. Ergibt die neue Verhandlung, daß der Angeklagte die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Abwendung einer ernstesten Gefahr für die Gesundheit der Frau H. für erforderlich hielt, so hat er sich in einem Sachverhaltsirrtum befunden, der seine Schuld gemäß § 59 StGB. ausschließt, soweit ihm die Anklage ein Verbrechen gegen § 218 Abs. 3 S. 1 StGB. zur Last legt. Alsdann ist das Verhalten des Angeklagten unter dem Gesichtspunkt des § 14 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 in der Fassung des Gesetzes vom 24. Juni 1935 und der Art. 5 und 14 der vierten Ausführungsverordnung zu diesem Gesetze vom 18. Juli 1935 zu prüfen.

Nach Art. 5 der Ausführungsverordnung darf eine ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung erst vorgenommen werden, nachdem eine

Gutachterstelle den Eingriff für erforderlich erklärt hat, es sei denn, daß er wegen unmittelbarer Gefahr für Leben oder Gesundheit nicht aufgeschoben werden kann. Gemäß Art. 14 a. a. O. wird mit Gefängnis bestraft, wer den Vorschriften des Art. 5 zuwiderhandelt. Hat eine solche unmittelbare Gefahr auch nicht nach der Vorstellung des Angeklagten bestanden, so ist er jedenfalls nach Art. 14 a. a. O. zu bestrafen.

Allerdings spricht Art. 5 davon, daß eine Schwangerschaftsunterbrechung erst nach einer Erklärung der Gutachterstelle vorgenommen werden dürfe, während dieser von dem Angeklagten erstrebte Erfolg hier nicht eingetreten ist. Darauf kann es jedoch nicht ankommen. Der Gesetzgeber geht ersichtlich davon aus, daß ein ärztlicher Eingriff auch zum Erfolge führt. Wenn er dann vorschreibt, daß die Unterbrechung erst vorgenommen werden dürfe, wenn eine Gutachterstelle den Eingriff für erforderlich erklärt habe, so kommt darin deutlich zum Ausdruck, daß der Arzt sich jeder auf eine Unterbrechung gerichteten Tätigkeit vor einer Entscheidung der Gutachterstelle zu enthalten habe.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar.)

Nr. 23

Urteil des Landesarbeitsgerichts Bayern vom 30. März 1951 über die tarifgerechte Entlohnung eines Assistenzarztes in einem Krankenhaus einer Gemeinde

Leitsätze:

1. Würde eine nähere Untersuchung ergeben, daß der Chefarzt in einem Arbeitsvertragsverhältnis zum Krankenhausträger steht, so wäre eine Vertragsbestimmung, die dem Chefarzt zur Pflicht macht, die Bezahlung eines Praktikanten oder Assistenzarztes aus eigener Tasche zu übernehmen, nach neuzeitlichem Arbeitsvertragsrecht nicht haltbar.

2. Auch Pflichtassistenten können unter die Krankenhaustarifordnung fallen, da sie eine vollwertige ärztliche Tätigkeit im Sinne der Tarifordnung ausüben können.

3. Ebenso fällt der unter der Bezeichnung „Volontär“ eingestellte Hilfsarzt unter den persönlichen Geltungsbereich der Krankenhaustarifordnung, wenn er tatsächlich in der Stellung der Verantwortung und der Dienstobliegenheiten eines Assistenzarztes beschäftigt wird. Nicht die Bezeichnung, sondern die Beschäftigung ist ausschlaggebend.

4. Liegt ein arbeitsvertragliches Dienstverhältnis vor, so ergibt sich die Höhe der Vergütung unmittelbar aus § 7 der Tarifordnung.

LAG Bayern: Urt. v. 30. III. 1951

— Ber. Reg. I 45/51 —

Tatbestand:

In K. besteht ein Krankenhaus K.-Altstadt (neben einem anderen städtischen Krankenhaus). Unternehmerin dieses Altstädter Krankenhauses ist die Protestantische Spitalstiftung K., die eine eigene juristische Person mit einem Vermögen und eigenen Verpflichtungen ist, zu den sogenannten örtlichen Stiftungen gehört und nach § 66 der Deutschen Gemeindeordnung und nach §§ 63 und 64 der Bayr. Angleichungsverordnung zur Deutschen Gemeindeordnung vom 1. 4. 1935 wie andere örtliche Stiftungen von der Stadt K., vertreten durch den Stadtrat, verwaltet wird. Leitender Arzt dieses Stiftungskrankenhauses war seit Vertrag vom 23. 5. 1923 der praktische Arzt und Chirurg Dr. D. Im Krankenhaus bestanden zwei Abteilungen, die

chirurgische und die innere Abteilung, beide unter Leitung des Chefarztes Dr. D. Die chirurgische Abteilung unterstand unter Aufsicht von Dr. D. einem Assistenzarzt. Die interne Abteilung wurde in der Hauptsache von dem Kläger betreut. In dem Anstellungsvertrag des Chefarztes Dr. D. war die Vergütung für dessen Tätigkeit als Spitalarzt so geregelt, daß er seine Bezüge nicht von der Stiftung oder von der Stadt K., sondern aus seiner ärztlichen Tätigkeit und Liquidation, sowie aus den Beträgen erhielt, die das Krankenhaus bzw. die Stiftung und die Stadt von den Patienten des Krankenhauses selbst einhob. In Ziff. 16 des Vertrags heißt es:

Der Stadtrat erklärt sich damit einverstanden, daß im Spital ein Assistenzarzt oder Medizinalpraktikant als Hilfskraft für den Spitalarzt Wohnung erhält und freie Verpflegung. Seine Bezahlung ist Sache des Spitalarztes, dem zu diesen Zwecken die sogenannten Assistenzgelder überlassen werden. Die Aufnahme und Entlassung erfolgt durch den Spitalarzt mit Genehmigung des Stadtrates.

Der am 22. 9. 1912 geborene Kläger trat nach Ablegung seines Staatsexamens am 1. 11. 1946 im Stiftungskrankenhaus als Pflichtassistent ein. Hierüber berichtete der Chefarzt Dr. D. mit der Dienststellenbezeichnung „Städt. Krankenhaus K.-Altstadt“ am 6. 11. 1946 dem Stadtkreis K.:

Betreff: Anstellung eines Pflichtassistenten.

Herr Dr. H., geb. 22. September 1912 in H., ist am 1. November 1946 als Pflichtassistent im Krankenhaus K.-Altstadt eingetreten. Wir ersuchen um Gewährung freier Station und Wohnung im Krankenhause. Pflichtassistenten (früher Medizinalpraktikanten) müssen grundsätzlich in Krankenhäusern aufgenommen werden. Approbation 2. 9. 1946, Promotion 2. 10. 1946.

Nach Absolvierung des Pflichtassistentenjahres blieb der Kläger weiterhin als sogenannter Volontärarzt im Krankenhaus tätig. Ein schriftlicher Vertrag hierüber wurde nicht abgeschlossen, jedoch erhielt der Kläger freie Kost und ein monatliches Wohnungsgeld von 20.— DM. Auf wiederholtes schriftliches und mündliches Ersuchen des Chefarztes Dr. D. und auf eigenen Antrag faßte der Stadtrat folgenden dem Kläger am 6. 4. 1948 mit Unterschrift des Oberbürgermeisters ausgefertigten Beschluß:

Laut Beschluß des Personalausschusses vom 25. 3. 1948 wird dem Herrn Dr. H. im Altstädtischen Krankenhaus auf jederseitigen Widerruf ab 1. 4. 1948 eine monatliche Pauschalvergütung von 150.— DM und freie Kost und Wohnung im Krankenhaus gewährt.

Durch weiteren dem Kläger ausgefertigten Beschluß vom 15. 7. 1948 wurde diese Vergütung des Klägers ab 1. 8. 1948 auf 50.— DM monatlich neben freier Kost und Wohnung einseitig herabgesetzt. Eine Wohnung im Krankenhaus selbst hat der Kläger nie gehabt. Mit Schreiben vom 16. 8. 1948

an den Personalausschuß des Stadtkreises bat der Kläger um Überprüfung dieses Beschlusses. Er wies darauf hin, daß er als voller Assistenzarzt beschäftigt sei, nicht als Gastarzt, daß er Stationsarzt auf der ganzen inneren Abteilung sei, täglich durchschnittlich 12 Stunden Dienst mache, dazu jeden 2. Tag Abend- und Nachtdienst und jede 2. Woche Sonntagsdienst. Nebenbei habe er auch noch Labortätigkeit zu machen. Am 28. 3. 1949 schrieb der Chefarzt Dr. D. an den Stadtrat:

Betreff: Notwendigkeit eines 2. Assistenzarztes im Städt. Krankenhaus K.-Altstadt.

Seit rund 10 Jahren (Oktober 1939) ist am hiesigen Krankenhaus jeweils ein 2. Assistent beschäftigt. Es handelt sich bei dem Posten als 2. Assistenzarzt nicht etwa um eine Gast-Volontärarztstelle, wie sie an verschiedenen Krankenhäusern besteht, um dadurch jungen Ärzten Gelegenheit zu geben, die Arbeitsweisen an verschiedenen Betrieben kennen zu lernen, sondern eine 2. Assistentenstelle ist mit zunehmender Kompliziertheit der diagnostischen und therapeutischen Methoden und der vermehrten Inanspruchnahme der Krankenhäuser als Folge der zunehmenden Sozialisierung und der zunehmenden Verkehrs- und Betriebsunfälle und erweiterter Belegung des Hauses erforderlich geworden. Der 2. Assistent ist also zur Aufrechterhaltung des Betriebs im heutigen Umfange unbedingt benötigt und als Arbeitskraft auch voll beschäftigt. Es ist bei dem heutigen Stand des Krankenhausbetriebes unmöglich, daß ein Assistenzarzt Operations- und Stationsbetrieb, Ambulanz und Schriftverkehr bewältigt, zumal hier eine Laborantin und Röntgenassistentin fehlt, wie sie beispielsweise im Krankenhause B. bei geringerem Betrieb vorhanden ist. Ebenso ist es bei der in den letzten Jahren immer mehr zunehmenden nächtlichen Beanspruchung unmöglich, daß ein Assistent ohne Abwechslung das ganze Jahr hindurch Nacht- und Sonntagsdienst macht. Somit ist eine 2. Assistentenstelle den Bedürfnissen entsprechend dringend notwendig. Nach den Richtlinien der Bayr. Ärztekammer trifft auf 35 Betten außer dem Chefarzt ein Assistent, bei über 70 Betten ein zweiter Assistent.

Mit der Verfügung vom 19. 5. 1949, die der Kläger im Anschluß an ein Gesuch vom 27. 3. 1949, dem das Schreiben des Chefarztes vom 28. 3. 1949 beilag, erhielt, lehnte der Stadtrat das Gesuch ab:

Der Personalausschuß hat in seiner Sitzung vom 11. 5. 1949 in Ihrer Angelegenheit folgenden Beschluß gefaßt:

Die Errichtung einer 2. Assistentenstelle im altstädtischen Krankenhaus wird mit Rücksicht auf die Finanzlage der Stadt abgelehnt. Die Tätigkeit des Gesuchstellers Dr. H. als Pflichtassistent ist bereits am 1. 12. 1948 zu Ende gegangen. Die Bezüge des Dr. H., bestehend aus freier Verpflegung und Unterkunft sowie 50.— DM

monatliche Barvergütung, werden nicht geändert. Es soll daran gedacht werden, die Pflichtassistentenstelle des Dr. H. freizumachen, um einem jungen Arzt die Möglichkeit zur Ablegung der Pflichtassistentenzeit zu geben.

In der Folgezeit setzte der Kläger seine bisherige Tätigkeit ohne Änderung seiner Bezüge bis zum Klagetag fort. Eine Anstellung des Klägers als Stationsarzt erfolgte nicht. Klageerhebung zur Klärung der aufgeworfenen Rechts- und Sachverfahren erfolgte durch den Marburger Bund, Verband der angestellten Ärzte Deutschlands, am 11. 4. 1950. Vor Erlass des Urteils, am 1. 9. 1950, ist der Kläger aus dem Dienst des Krankenhauses ausgeschieden. Dieser Sachverhalt ist unter den Parteien unstrittig.

Mit der Klage beantragte der Kläger, die Beklagte zur Zahlung von 2000.— DM zu verurteilen. Zur Begründung führte er unter Vortrag des unstrittigen Sachverhalts aus:

Das dem Kläger gewährte Entgelt entspreche nicht der anzuwendenden Tarifordnung und der vom Kläger tatsächlich geleisteten Arbeit. Außerdem verstoße die Herabsetzung der am 25. 3. 1948 gewährten Vergütung gegen den Lohnstopp. Maßgebend für Dienststellung und Bezahlung könne allein der Umfang der tatsächlichen Beschäftigung sein. Danach habe der Kläger gemäß der für die Beklagte maßgeblichen Tarifordnung für die Gefolgschaftsmitglieder in den Kranken-, Heil- und Pflegeanstalten des Reichs, der Länder, der Gemeinden usw. vom 1. 4. 1939 / 2. 12. 1939/18. 6. 1944 Anspruch auf Vergütung gemäß Verg. Gruppe II der TO, da er als Stationsarzt tätig gewesen sei und mehr als 35 Betten betreut habe. Der Anspruch erstrecke sich auf die Zeit vom 1. 11. 1947, dem Tag der Beendigung des Pflichtassistentenjahres, bis zur Gegenwart. Unter Zugrundelegung der entsprechenden Dienstaltersstufe in der Ortsklasse C errechne sich danach für den Kläger insgesamt (gleichzeitig unter Umrechnung im Verhältnis 10 : 1 für die Zeit vom 1. 11. 1947 bis 30. 6. 1948) ein Gesamtbetrag bis zum 30. 4. 1950 von 14 429.09 DM. Davon seien die tatsächlich erhaltenen (für die Zeit vor der Währungsreform auch umgerechneten) Beträge in Höhe von 2 135.— DM abzuziehen, so daß eine Restforderung von 12 294.09 DM verbleibe. Von dieser Summe begehre die Klägerin im Kosteninteresse zunächst den Betrag von 2 000.— DM.

Die Beklagte beantragte kostenpflichtige Klageabweisung mit der Begründung:

Der Kläger habe nach Ablauf des Pflichtassistentenjahres eine Stellung als 2. Assistent und Stationsarzt nicht bekommen. Vielmehr sei dies ausdrücklich abgelehnt worden, zumal der Kläger noch nicht Facharzt sei. Er sei also auch nach Ablauf der Pflichtassistentenzeit noch in der Ausbildungszeit als Volontär, um sich die Möglichkeit zu schaffen, den Facharztstitel dort zu er-

werben. Volontäre in dieser Stellung und Tätigkeit fielen nicht unter die Tarifordnung. Wenn eine 2. Assistenzarztstelle, die übrigens auch ausdrücklich abgelehnt worden sei, vorhanden wäre, wäre hierfür nur ein erfahrener Facharzt mit abgeschlossener Fachausbildung in Betracht gekommen. So werde das auch im übrigen Bayern gehandhabt. Nach einer von der Arbeitsgemeinschaft für das Krankenhauswesen in Bayern aufgestellten Statistik, die 632 Krankenanstalten mit 67 514 Betten umfaßt habe, seien dort insgesamt 4 913 Ärzte tätig, davon 3 496 als angestellte Ärzte, 1 417 als sogenannte Belegärzte, 875 als Assistenzärzte, von denen nur 551 nach TO.A bezahlt würden (TO.A III), mitunter auch nach TO.A VIII und IX. Von den Assistenzärzten würden 308 mit einer festen Vergütung von 50.— bis 400.— DM nach freier Vereinbarung bezahlt und eine geringe Zahl von 16 sei ganz ohne Vergütung. Dabei gebe es in diesen Krankenanstalten 569 Volontärärzte, von denen nur 2 nach TO.A bezahlt würden, während 432 nur ein Taschengeld in verschiedener Höhe bezögen, zum Teil auch ohne Verpflegung. Von 637 beschäftigten Hilfsärzten, die ihre Ausbildung in einem Krankenhaus erhalten, seien 5 nach TO.A bezahlt, 284 arbeiten mit einer festen (nicht tariflichen) Vergütung und 348 ohne Vergütung. Aus diesem Bild ergebe sich, daß die dem Kläger eingeräumte Stellung und Bezahlung nicht außergewöhnlich sei. Eine 2. Assistentenstelle, wie der Kläger sie praktisch forderte, sei im Stellenplan nicht vorgesehen, auch nicht notwendig. Es genüge ein Medizinalpraktikant. Der Kläger sei auch weder als Stationsarzt angestellt noch tätig gewesen. Der Stationsarzt sei der Chefarzt Dr. D., neben ihm ein stellenplanmäßiger Assistenzarzt, dem der Kläger helfe. Selbständige Eingriffe in der chirurgischen Abteilung dürfe der Kläger nicht machen. Einstufung in die Tarifgruppe II TO.A sei unzumutbar, zumal der stellenplanmäßige Assistenzarzt Vergütung nach Tarifgruppe III habe. Nach Ausscheiden des Klägers am 1. 9. 1950 sei auch an seine Stelle kein Ersatz getreten. Der Chefarzt Dr. D. habe nach seinem Vertrag die ärztliche Tätigkeit in eigenem Namen und auf eigene Rechnung geführt und erhalte selbst seine Vergütung von den Patienten und nicht von der Stiftung. Demgemäß habe Dr. D. auch von sich aus dem Kläger eine zusätzliche Vergütung auf eigene Kosten gezahlt. Nur für einen Assistenzarzt habe die Stiftung auf Antrag des Chefarztes Dr. D. auch die Bezahlung des Assistentengehaltes übernommen.

Das Arbeitsgericht erhob Beweis durch Vernehmung des Chefarztes Dr. D., der im wesentlichen bekundete:

Der Kläger sei vom 1. 11. 46 bis zum 31. 10. 47 Pflichtassistent, im Anschluß daran bis 31. 10. 48 Volontärarzt gewesen. Er habe dafür die gleiche

Vergütung wie als Pflichtassistent (mit späterer Kürzung von 150.— RM auf 50.— DM) erhalten. In seiner Eigenschaft als Volontärarzt habe der Kläger sowohl dem Chefarzt als auch dem Assistenzarzt unterstanden. Anschließend daran sei der Kläger dann als 2. Assistenzarzt verwendet worden. Der Chefarzt selbst habe beide Abteilungen geleitet und die chirurgische Abteilung selbst mit dem Assistenzarzt geführt. Die interne Abteilung habe tatsächlich der Kläger als Assistenzarzt gehabt, wobei er allerdings dem Chefarzt unterstanden habe. Der Kläger habe Untersuchungen vorgenommen und im allgemeinen selbständig ordiniert. Die täglichen Visiten seien vormittags von dem Chefarzt zusammen mit dem Kläger, nachmittags habe der Kläger noch Laboratoriumsarbeit, mikroskopische Untersuchungen und Analysen, Verwaltung der Hausapotheke und Verhandlungen mit den Vertretern der pharmazeutischen Industrie wegen Bestellungen usw. unter sich gehabt, ebenso verantwortliche Röntgendiagnosen und Durchleuchtungen. Im Krankenhaus befänden sich 88 Betten, durchschnittlich je zur Hälfte auf die beiden Abteilungen verteilt, so daß auf die innere Abteilung 44 Betten gekommen seien, von denen der Kläger selbständig mindestens 35 Betten betraut habe. Ab November 1948 sei der Kläger in der Lage gewesen, als Assistenzarzt tätig zu sein. Ein Vertrag sei mit dem Kläger nicht besonders abgeschlossen worden. Auf jeden Fall habe am Krankenhaus die Notwendigkeit bestanden, eine 2. Hilfskraft einzustellen, da es für den Chefarzt wie für den 1. Assistenzarzt unmöglich gewesen sei, das Krankenhaus allein zu betreuen.

Mit Urteil vom 18. September 1950 (Streitwert 2000.— DM) gab das Arbeitsgericht Augsburg der Klage statt:

Die Passivlegitimation der Stiftung als eigene Rechtspersönlichkeit, vertreten durch die Stadt K., sei gegeben. Zur Sache habe die Beweiserhebung das Klagevorbringen bestätigt. Die Kammer sei der Ansicht, daß zwischen dem Kläger und der Stadt bzw. der Stiftung ein Anstellungsvertrag an sich nicht abgeschlossen wurde, so daß Ansprüche auf der Grundlage eines Vertragsverhältnisses nicht geltend zu machen seien. Es sei auch erwiesen, daß der Stadtrat zu keinem Zeitpunkt einen Willen zum Vertragsabschluß gehabt habe, was auch noch durch die Betonung der jederzeitigen Widerruflichkeit und die einseitige Herabsetzung der Pauschalvergütung erhärtet würde. Die einschlägige Tarifordnung gelte ausdrücklich nur für die auf Privatdienstvertrag beschäftigten Angestellten. Es sei daher zu prüfen, ob die Verpflichtung nicht aus einem anderen Rechtsgrund entstanden sei. Eine Zahlungsverpflichtung aus §§ 823, 826 scheide aus. Jedoch sei die Anspruchsgrundlage aus dem Umstand der tatsächlichen Beschäftigung zu entnehmen. In der bestrittenen Frage der Ent-

lohnung von Pflichtassistenten und Volontärärzten sei die unmittelbare Anwendung der Tarifordnungsbestimmungen zu verneinen, die Klage aber insoweit begründet, als sie auf § 612 BGB. gestützt werde. Die Beschäftigung des Klägers nach Ablauf seiner Pflichtassistenten- und Volontärzeit sei keineswegs so geartet gewesen, daß sie nur der freiwilligen beruflichen Fortbildung gedient hätte. Es habe sich vielmehr nach der Beweisaufnahme um hochwertige Dienstleistung gehandelt, die auch im Interesse der Beklagten gelegen habe und deshalb vergütungspflichtig sei. Die Beklagte habe sich dadurch tatsächlich die Bezahlung eines planmäßigen angestellten Assistenzarztes erspart. Sie habe von der Dienstleistung des Klägers gewußt und deren Entgegennahme ohne entsprechende Gegenleistung verstoße gegen Treu und Glauben und den Sinn des § 612 BGB. Die Beklagte habe auch zugegeben, daß unmittelbar vor dem Eintritt des Klägers im Jahre 1946 ein 2. Assistenzarzt tätig gewesen sei. Der § 16 des zwischen der Beklagten und dem Chefarzt Dr. D. abgeschlossenen Vertrags stehe der Annahme eines Anstellungsverhältnisses und eines Vergütungsanspruchs zwischen dem Kläger und der Beklagten nicht entgegen. Für die Höhe der Vergütung könne die einschlägige Tarifordnung entsprechend angewandt werden. Danach komme dem Kläger auf Grund seiner erwiesenen Tätigkeit die Vergütung nach der Verg. Gruppe II TO.A zu mindestens seit dem 1. 11. 1949. Das ergebe für die Zeit vom 1. 11. 1949 bis 30. 4. 1950 einen Betrag von insgesamt 3924.— DM, auf der Grundlage einer Monatsvergütung für diese Zeit sei der Klagebetrag von 2000.— DM belegt, selbst wenn man die Leistungen des Chefarztes Dr. D. für diese 6 Monate (monatlich 150.— DM) zu Lasten des Klägers zur Anrechnung bringe. Dabei bleibe allerdings die Frage offen, ob diese freiwilligen Leistungen überhaupt verrechnungsfähig seien.

Gegen dieses Urteil hat die Beklagte form- und fristgerecht Berufung eingelegt mit dem Antrag, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage kostenpflichtig abzuweisen. Gleichzeitig verkündete sie dem Chefarzt Dr. D. den Streit mit der Begründung, daß der Vergütungsanspruch nach § 16 des mit dem Chefarzt bestehenden Vertrags gegen diesen, nicht gegen die Stadt geltend zu machen sei. Zur Berufungsbegründung wiederholte die Beklagte das erstinstanzliche Vorbringen und führte weiter aus:

Die Arbeitsgemeinschaft für das Krankenhauswesen in Bayern habe folgende Begriffsbestimmung gegeben:

- a) **Hilfsärzte** sind voll approbierte Ärzte, die im Sinn des § 1 Ziff. 3 des Krankenhaustarifs überwiegend im Rahmen ihrer Fachausbildung oder ärztlichen Fortbildung planmäßig zur Unterstützung eines Assistenzarztes eingesetzt sind.

- b) Pflichtassistenten sind Ärzte in der gesetzlich vorgeschriebenen Ausbildungszeit.
- c) Volontärärzte sind Ärzte, die für die ärztliche Versorgung der Kranken nicht erforderlich und zu ihrer Ausbildung oder ärztlichen Fortbildung zugelassen sind.
- d) Assistenzärzte sind Fachärzte oder voll approbierte Ärzte als planmäßige Stationsärzte, Institutsärzte oder gleichgestellte wissenschaftliche Assistenten.

Diese Personen fielen nicht unter den Krankenhausstarif. Sie müßten für jeden fest umgrenzten Zeitraum und ausschließlich oder überwiegend zum Zweck ihrer Vor- oder Ausbildung beschäftigt werden. Eine etwa gezahlte Vergütung unterliege freier Vereinbarung. Diese Begriffsbestimmungen seien sowohl dem Chefarzt Dr. D. als auch dem Kläger bekannt gewesen. Solle man aber wirklich die Tarifordnung anwenden, so käme nur Verg. Gruppe III in Frage. Dem Kläger sei bekannt gewesen, daß er auf Grund des Stellenplans der Beklagten nicht als Assistenzarzt verwendet werden konnte. Der Kläger habe auch eine Station nicht als verantwortlicher Arzt oder Assistenzarzt geleitet. Dabei müßte dem Kläger auch die Gewährung der freien Station angerechnet werden, was monatlich mit 106.— DM anzurechnen sei. Mit diesem Erstattungsanspruch würde vorsorglich aufgerechnet, ebenso mit den Vergütungen, die Dr. D. selbst gezahlt habe. Im übrigen werde, wie in der ersten Instanz, der Einwand der mangelnden Passivlegitimation geltend gemacht.

Der Vertreter des Klägers beantragte kostenpflichtige Zurückweisung der Berufung:

Er verteidigte das Urteil erster Instanz, soweit es mit seinem erstinstanzlichen Vorbringen in Einklang stehe und vertrat darüber hinaus den Standpunkt, daß tatsächlich ein Anstellungsverhältnis des Klägers in stillschweigend vollzogenem Arbeitsvertrag bestehe, das unter die Tarifordnung falle. Darüber sei sich auch die Beklagte ernsthaft nicht im Zweifel gewesen, denn es werde ein Zeitungsausschnitt überreicht, wonach im Altstädtischen Krankenhaus eine 2. Assistenzarztstelle (TOA III) errichtet würde und Bewerber sich beim Stadtrat melden sollten. Die von der Beklagten vorgelegte Begriffsbestimmung sei nicht richtig. Der Begriff Pflichtassistent sei ein öffentlich-rechtlicher Begriff und bezeichne die Tätigkeit, die erforderlich sei, damit später ein approbierter Arzt sich als selbständiger Arzt niederlassen könne. Der Kläger sei aber, wie unbestritten ist, schon bei seiner Einstellung approbierter Arzt gewesen. Der Kläger sei schon seit 2. 9. 1946 approbiert gewesen.

Das Berufungsgericht erhob Beweis durch Vernehmung des Chefarztes Dr. D. als sachverständigen Zeugen, der im wesentlichen seine Aussage erster Instanz wiederholte und ergänzend angab:

Sein Vertrag von 1923 sei durch die Praxis längst überholt. Früher hätten in dem Spitalkrankenhaus nur Pfründner Aufnahme gefunden. Er habe dann eine chirurgische und gynäkologische Abteilung ausgebaut. Schon 1930 sei ein Assistenzarzt genehmigt und von der Stadt besoldet worden. Im Jahr 1939 sei daneben noch eine Volontärarztstelle genehmigt und zwar auf Kosten der Stadt mit freier Verpflegung und 150.— DM. Der eigentliche Unternehmer des Krankenhauses sei die Stadt bzw. die Stiftung, nicht er als Chefarzt. Auch der Assistenzarzt Dr. Z. sei im Jahr 1936 zunächst als Praktikant eingestellt. Nach dem 1. 11. 1947 hätte der Kläger nicht mehr Pflichtassistent sein können und sei deshalb von diesem Zeitpunkt ab als Volontärarzt geführt. Der Begriff Volontärarzt werde verschieden beurteilt. Nach seiner Ansicht sei Volontärarzt ein Arzt, der sein Pflichtassistentenjahr hinter sich hat und zunächst als Volontär mit einem kleinen freien Gehalt eingestellt wird. Nach Notwendigkeit könne er als Hilfsarzt mit Assistententätigkeit hereingenommen werden. Als der Kläger Volontär geworden sei, habe schon Bedarf für einen 2. Assistenzarzt bestanden, der ja auch früher schon beschäftigt gewesen sei. Auch der frühere sei von der Stadt eingestellt, ohne ihn, den Chefarzt, zu fragen. Der Kläger sei überaus tüchtig gewesen. Nach seinem Weggang sei deshalb die Stelle ausgeschrieben worden. Der Kläger sei von der Stadt gekündigt worden. Ein Stellenplan sei nicht vorgelegt, darüber auch nicht gesprochen worden. Eine Trennung in der Tätigkeit eines Assistenten oder eines Hilfsarztes sei nicht zu markieren. Wenn die 90 Betten unter 2 Assistenten aufgeteilt würden, teile sich die Bettenzahl zwischen diesen Herren. Der Kläger sei aber auch im ganzen Querschnitt durch die anfallende ärztliche Arbeit tätig gewesen. Er habe auch bei größeren Operationen assistiert. Nach Ansicht des Zeugen falle die Tätigkeit des Assistenten nicht in die Gruppe TO. II. Man könne auch nicht sagen, daß Dr. H. die 35 Betten in besonderer Verantwortlichkeit selbständig betreut habe. Denn in dem Krankenhaus habe der Assistenzarzt wohl eine Betreuung von 35 Betten, aber ohne besondere Verantwortlichkeit, da Stationen im eigentlichen Sinn nicht bestünden und der Chefarzt selbst täglich Visite selbständig und selbsttätig unter der Begleitung der Herren mache. Keiner der beiden Herren habe in diesem Sinn eine selbständige Betreuung gehabt.

Im übrigen kann auf Akteninhalt verwiesen werden.

Entscheidungsgründe:

I. Warum die Beklagte die Passivlegitimation bestreitet, ist nicht recht verständlich. Die Klage war ursprünglich gegen die Stadtgemeinde K. erhoben. Diese beanstandete

dieses Klagerubrum unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Passivlegimitation mit dem Hinweis darauf, daß das von ihr selbst unter eigenem Namen betriebene Städt. Krankenhaus hier nicht in Frage komme, daß es sich bei dem sog. Altstadt Krankenhaus um ein Krankenhaus einer protestantischen Spitalstiftung handle, die eigene Rechtspersönlichkeit sei und daß nach dem Statut der Stiftung die Stiftungsverwaltung und damit auch die Verwaltung des Krankenhauses in der Hand des Stadtrats läge. Daraufhin hat das Arbeitsgericht das Klagerubrum für den beklagten Teil umgestellt auf „Protestantische Spitalstiftung, vertreten durch den Stadtrat der Stadtgemeinde K.“ Das ist rechtlich in Ordnung und wird auch von dem Berufungsgericht übernommen.

II. Es ist unter den Parteien unstreitig, daß das Krankenhaus der Beklagten zu denjenigen Krankenhäusern gehört, die dem Geltungsbereich der Tarifordnung für Belegschaftsmitglieder in den Krankenanstalten des früheren Reichs, der Länder, Gemeinden (Gemeindeverbände) und der Träger der Sozialversicherung vom 1. 4. 39 — 2. 12. 1939/8. 6. 1944 unterworfen sind. Zwar handelt es sich hier nicht um ein Krankenhaus im eigentlichen Selbsteigentum der Stadtgemeinde K. Das Rechtsverhältnis aber, das die unter der Verwaltung der Stadt stehende Stiftung mit der Stadt und damit mit dem Stadtrat verbindet, begründet die Annahme, daß es sich hier um das Krankenhaus einer Gemeinde (der Stadtgemeinde K.) im Sinn der Tarifordnung handelt.

III. Die Beklagte wendet ein, daß der Kläger, wenn er Anstaltsarzt gewesen sei, nicht in Diensten der Stadt, sondern in Diensten des leitenden Chefarztes Dr. D. gestanden habe. Sie beruft sich dabei auf Ziffer 16 des zwischen ihr und dem Chefarzt Dr. D. abgeschlossenen Vertrages vom 23. 5. 23, wo bestimmt ist, der Stadtrat erkläre sich damit einverstanden, daß im Spital ein Assistenzarzt oder Medizinalpraktikant als Hilfskraft für den Spitalarzt Wohnung und freie Verpflegung erhalte, daß seine Bezahlung aber Sache des Spitalarztes sei. Es kann dahingestellt bleiben, ob die Bestimmung dieser Ziffer 16 nach den heutigen sozialrechtlichen Auffassungen für die Ordnung des Dienstverhältnisses eines Chefarztes in einem Krankenhaus mit dem Krankenhauseigentümer nach Grundsätzen von Treu und Glauben überhaupt noch Bestand hat. Schon im Urteil vom 7. 11. 1931 (Bensh. Sammlg. Bd. 15 Seite 528) hat das RAG entschieden, daß der leitende Arzt eines Krankenhauses nach der Art seines Vertrages auch dann Arbeitnehmer sein kann, wenn das Krankenhaus ihm als Gegenleistung lediglich die Entfaltung einer die Grundlagen seiner Lebensführung bildenden ärztlichen Tätigkeit ermöglicht, indem es ihm die erforderlichen Räume, Hilfsmittel und Hilfe zur Verfügung stellt. Im RAG vom 10. 8. 1932 (Bensh. Sammlg. Bd. 15, Seite 550) ist ausgesprochen, daß auch der

leitende Arzt eines Krankenhauses Arbeitnehmer sein kann (vgl. dazu auch LAG Bayern vom 15. 11. 1948 — 230/48, Amtsbl. BAM 1951 Nr. 2). Würde eine nähere Untersuchung unter diesem Gesichtspunkt ergeben, daß auch der Chefarzt Dr. D. tatsächlich in einem Arbeitsvertragsverhältnis zur Beklagten gestanden hat, so wäre eine Vertragsbestimmung, die ihm zur Pflicht macht, die Bezahlung eines Praktikanten oder Assistenzarztes aus eigener Tasche zu übernehmen, in der Tat nach neuzeitlichem Arbeitsvertragsrecht nicht haltbar. Es mag dies hier offen bleiben. Denn aus der Beweisaufnahme (vgl. Schreiben des sachverständigen Zeugen Dr. D. vom 6. 11. 1949 und 28. 3. 1948 an den Stadtkreis K. und Aussage des Zeugen Dr. D. selbst) ist zu ersehen, daß schon seit 1930 ein Assistenzarzt genehmigt und vom Krankenhaus selbst, d. h. von der Beklagten besoldet worden ist. Daraus ergibt sich, daß die Beklagte selbst schon den § 16 des genannten Vertrags preisgegeben hat. Es ist weiter danach festzustellen, daß schon seit Oktober 1939, also lange vor Eintritt des Klägers in das Krankenhaus, auch ein zweiter Assistenzarzt beschäftigt war, dessen Besoldung auch zu Lasten der Stadt und nicht des Chefarztes erfolgte. Schließlich ist als unstreitig festzustellen, daß die Stadt auch dem Kläger selbst, wie sie auch den Charakter des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers im Krankenhaus einschätzen möchte zunächst 150.— RM und dann 50.— DM nebst freier Verpflegung (und Station) aus städtischem Etat gezahlt hat. Es steht schließlich auch fest, daß nach Ausscheiden des Klägers nun endlich doch der vom Chefarzt Dr. D. wiederholt geforderte zweite Assistenzarzt aus Mitteln der Stadt eingestellt wurde. Endlich hat der Zeuge Dr. D. auch bekundet, daß auch der frühere zweite Assistenzarzt von der Stadt selbst eingestellt worden sei, ohne ihn, den Chefarzt, zu fragen. Das alles wäre unverstänlich gewesen, wenn die Ziffer 16 des Vertrages noch Bestand hätte, wie dies die Beklagte jetzt gegen den Anspruch des Klägers einwendet. Damit gewinnt die Aussage des Zeugen Dr. D., sein Vertrag von 1923 sei durch die Praxis längst überholt, eine starke Stütze. Es muß der Beklagten, die dem Chefarzt Dr. D. den Streit verkündet hat, überlassen bleiben, sich gegebenenfalls hierüber mit Dr. D. selbst auseinanderzusetzen. Für die Entscheidung über den Charakter des Beschäftigungsverhältnisses des Klägers bei der Beklagten aber läßt sich mit Berufung auf den § 16 des Vertrags der Standpunkt der Beklagten nicht stützen.

IV. Es kommt deshalb entscheidend nur darauf an, wie das Rechtsverhältnis der Beklagten zum Kläger zu beurteilen ist. Dabei sind zunächst einige Begriffe zu klären. Wenn ein Student der Medizin (nach Ablegung des Vorexamens cand. med.) nach Abschluß seiner Universitätsprüfung nicht schon während des Studiums 6 Monate als sog. Famulus praktisch gearbeitet hat (famuliert hat), dann muß er nach

Ablegung des Staatsexamens noch 6 Monate „famulieren“. Danach bekommt er die Bestallung (§ 7 der Bestallungsordnung für Ärzte vom 17. 9. 39 — RGBL. 1939 I S. 1273). Auch dann aber kann er sich noch nicht selbständig niederlassen. Er muß vielmehr noch ein Pflichtassistentenjahr und im Anschluß daran ein Landvierteljahr oder, was heute die Regel ist, an dessen Stelle 3 weitere Pflichtassistentenmonate in Klinik-tätigkeit, im ganzen also 15 Monate absolvieren. Zum Teil in Überschneidung hiermit schreibt das Bayer. Gesetz zur Regelung des ärztlichen Niederlassungswesens vom 23. 12. 1948/30. 8. 1950 (GVBl. 1949 Seite 2 und 1950 Seite 161) vor, daß ein Arzt, der sich als praktischer Arzt niederlassen will, eine nicht selbständige Tätigkeit von 2 Jahren ableisten muß, in denen die 15 Monate des Pflichtassistentenjahres mit enthalten sein können. Will der Arzt neben seiner Zulassung als Kassenarzt zugelassen werden, so verlangt das Gesetz über die Zulassung von Ärzten zur Tätigkeit bei den Krankenkassen vom 14. 6. 1949 den Nachweis einer dreijährigen ärztlichen Tätigkeit. Für die Zulassung zum Facharzt gilt die besondere Regelung (jetzt „Berufsordnung und Facharztordnung für die Ärzte in Bayern“ nach Entschließung des Bayer. Staatsministeriums des Innern vom 13. 12. 1950 gemäß Art. IV, 4 des Bayer. Arztgesetzes vom 2. 5. 1946 — siehe Bayer. Ärzteblatt, 5. Jahrgang 1950 Heft 12), wonach für die Ärzte mit Staatsexamen vor dem 1. 1. 1948 neben dem Pflichtassistentenjahr noch eine in der Zahl der Jahre je nach dem Ausbildungsfach gestaffelte Fachausbildungszeit verlangt wurde, die in die Assistentenstelle und mit Anrechnung der Ausbildung im Pflichtassistentenjahr und in sog. Volontär- oder Hilfsarztstelle erfolgen konnte. Für die Ärzte, die ihr Staatsexamen nach dem 31. 12. 1947 abgelegt haben, bestimmt der § 3 der erwähnten Berufs- und Facharztordnung eine gleichfalls bis zu 5 Jahren gestaffelte Fachausbildungszeit in der Regel in Assistentenstellen und mit Anrechnung der Weiterbildung in sog. Hilfsarztstellen nur dann, wenn für den Hilfsarzt gleichartige Ausbildung wie bei einem Assistenzarzt verwandt wird. Diese Ausbildung ist in abhängiger Stellung abzuschließen. Der Begriff des Medizinalpraktikanten, wie er früher üblich war, besteht bereits seit der Bestallungsordnung für Ärzte vom 17. 9. 1933 nicht mehr. Wird für die zweijährige Ausbildung bis zur Niederlassungsgenehmigung ausdrücklich verlangt, daß sie in nicht selbständiger Tätigkeit geschehen muß, so ist dabei offen gelassen, ob sie im Stand des Volontärs, im Stand eines unbezahlten Pflichtassistenten oder im Stand eines Arbeitsvertragsverhältnisses geschieht. Auch für die Ausbildungszeit zur Facharztzulassung ist eine ausdrückliche Regelung darüber nicht gegeben. Es ist nur gesagt, daß die Weiterbildung „in der Regel in Assistentenstellungen“, gegebenenfalls auch in Hilfsarztstellungen erfolgen soll. Volontärtätigkeit, wie sie die alte Facharztordnung vor dem 1. 1. 1948

noch erwähnte, ist in der Neuregelung nicht ausdrücklich genannt, begrifflich aber auch nicht ausgeschlossen. In welcher Art die Tätigkeit, die das Gesetz vom 23. 12. 48/30. 8. 1950 ausdrücklich als „nicht selbständige Tätigkeit“ bezeichnet, im Sinn des Arbeits- und Dienstvertragsrechts ausgeführt wird, ist vom Standpunkt der eigentlichen Ausbildungszeit danach offen gelassen. Das schließt nicht aus, daß bei der Untersuchung von Fall zu Fall innerhalb wie außerhalb der Pflichtassistentenzeit und der weiteren Ausbildungszeit ein Arbeitsvertragsverhältnis oder auch nur eine Art Studienausbildungsverhältnis ohne Arbeitsvertragsgrundlage oder auch ein Volontärverhältnis im echten arbeitsrechtlichen Sinn des Volontärbegriffs vorliegt. Ebenso bleibt es neben etwaiger Einzelvertragsregelung auch der Begriffsbildung des Krankenhaustarifrechts, hier der Krankenhaus-TO vom 2. 12. 1939 in der Fassung vom 18. 6. 1944 überlassen, in welchem Umfang sie diese Ausbildungs- und Fortbildungstätigkeiten innerhalb der arbeitsrechtlichen Ebene von der Tarifordnung erfassen will oder nicht. Ob nun diese Tätigkeiten in abhängiger Stellung in einem echten Arbeitsverhältnis zurückgelegt werden oder als Volontäre ist Sache der Dienststellung im einzelnen. Auch ein Arzt, der bereits 10 Jahre nach Abschluß des Staatsexamens hinter sich hat, kann, wenn er will, noch Volontär sein. Es kann also auch die Pflichtassistentenzeit unter Einschluß der vorgeschriebenen 2 Jahre vor der Niederlassung Volontärzeit oder arbeitsvertragsrechtliche Dienstzeit in abhängiger Stellung sein. In dieser Eigenschaft können also auch Pflichtassistenten unter die Krankenhaustarifordnung fallen (so Dr. Sachs, Krankenhaustarifrecht, Ärzteverlag-GmbH., Gießen 1951 Seite 21) und im Sinn des Ärzterechts sind also die Pflichtassistenten bereits „approbierte Ärzte“, die vollwertige ärztliche Tätigkeit im Sinn der Tarifordnung ausüben können. Dagegen sind Volontärärzte, in welcher zeitlichen Kategorie auch immer, ausdrücklich außerhalb der Tarifordnung, weil sie als Volontäre rechtsbegrifflich nicht im Arbeitsverhältnis sind. Der Kommentar von Dr. S. zum Krankenhaustarifrecht weist bei der Erläuterung zum persönlichen Geltungsbereich der Krankenhaus-Tarifordnung darauf hin, daß Volontärärzte nicht von dieser Tarifordnung erfaßt sind. Damit allein ist aber die jeweilige rechtliche Stellung eines Volontärs noch nicht abschließend geklärt, da es durchaus denkbar ist, daß auch ein „Volontärdienst“ sich im Einzelfall tatsächlich als Dienst im Arbeitsvertrag darstellt, ohne daß damit der Volontär in den persönlichen Geltungsbereich der Tarifordnung gestellt wird. Denn den persönlichen Geltungsbereich unter bewußtem Ausschluß der Volontäre abzugrenzen, auch wenn diese im Arbeitsverhältnis stehen, ist Sache der Tarifvertragsparteien. Im allgemeinen werden auf die Arztvolontäre die Grundsätze anzuwenden sein, die das Arbeitsrecht zum Volontärbegriff in an-

deren Berufen aufgestellt hat. Das RAG hat mehrfach ausgesprochen, daß Volontäre im allgemeinen nicht zu den Arbeitnehmerberufsgruppen im Sinn des Tarifrechts, Arbeitsvertragsrechts oder Betriebsrätegesetzes gehören (vgl. RAG vom 26. 8. 1931 — Bensch. Sammlg. Ed. 13 Seite 172), da der Inhalt des Volontärverhältnisses (vgl. § 82 a RGB für den kaufm. Volontär in Verbindung mit RAG vom 23. 11. 1929 — Bensch. Sammlg. Bd. 7 Seite 485 und vom 16. 4. 1930 — Bensch. Sammlg. Bd. 9 Seite 281) in dem damit verbundenen Zweck beruht, der regelmäßig nicht erst auf den Erwerb der Kenntnisse, sondern Vertiefung bereits vorhandener Kenntnisse gerichtet ist. Das mag gerade für den ärztlichen Volontär im besonderen gelten, namentlich wenn es sich um Volontärdienst für den Zweck der zweijährigen Ausbildung zum praktischen Arzt oder um die längere Ausbildungszeit zum Facharzt handelt. Bei Prüfung der Frage, ob im Einzelfall ein solches Volontärverhältnis vorliegt, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Es geht also nicht an, daß ein Beschäftigter unter der Bezeichnung „Volontär“ arbeitet, während er in Wahrheit als Angestellter beschäftigt wird. Dieser in RAG vom 13. 6. 1934 (Bensch. Sammlg. Bd. 21 Seite 69) und vom 13. 11. 1935 Bensch. Sammlg. Bd. 35 Seite 225) vertretene Standpunkt ist auch auf die Beurteilung der Arztvolontäre unbedenklich anzuwenden.

V. Selbst wenn man hier dem Standpunkt folgt, daß der Kläger nach Absolvierung des Pflichtassistentenjahres weiterhin als sog. Volontärarzt im Krankenhaus ohne schriftlichen Vertrag tätig blieb, daß die Beklagte ihn nicht anders denn als Volontär hat ansehen wollen und ihm nur dieser Eigenschaft nach Ablauf des Pflichtassistentenjahres eine Vergütung von 150.— RM, später auf 50.— DM gekürzt, zugebilligt hat, ja selbst wenn weiter berücksichtigt wird, daß die Beklagte zunächst ausdrücklich abgelehnt hat, eine zweite etatsmäßige Assistenstelle im Altstädt. Krankenhaus zu bewilligen, so würde das nicht ausreichen, um den Standpunkt des Klägers über seine arbeitsrechtliche Stellung im Krankenhaus zu Fall zu bringen. Mag der Kläger nach Abschluß des Pflichtassistentenjahres in diesem Sinn Volontärarzt gewesen sein, mag er in den Begriff des „Hilfsarztes“ fallen, wie ihn die Beklagte gegeben hat und mag er auch noch nicht Assistenzarzt im fachärztlichen Sinn, also nach Abschluß weiterer Ausbildungsjahre für die Zulassung gewesen sein; Volontär im Rechtscharakter von Volontärärzten, die nur vorübergehend an Krankenanstalten tätig sind, um ihre ärztlichen Kenntnisse zu vertiefen, ist er nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme von dem der Klage zu Grunde gelegten Zeitpunkt, das ist ab 1. 11. 1947, nicht mehr gewesen. Denn nach den Feststellungen ist der Kläger von diesem

Zeitpunkt ab (Ablauf des Pflichtassistentenjahres) tatsächlich bereits in der Stellung und in der Tätigkeit beschäftigt gewesen, die vor ihm schon ein ordentlicher zweiter Assistenzarzt bekommen hat. In dem Augenblick, in dem der Kläger, mochte er nach Ablauf des Pflichtassistentenjahres in den Augen der Beklagten auch als Volontär gegolten haben, tatsächlich in der Stellung, der Verantwortung und den Dienstobliegenheiten eines Assistenzarztes beschäftigt, in den Krankenhausbetrieb und den Dienstplan eingegliedert wurde, leistete er ärztliche Tätigkeit im Sinn eines Assistenzarztes der Tarifordnung und ist damit in den persönlichen Geltungsbereich der Krankenhaus-Tarifordnung eingetreten. Mögen die von der Beklagten mit Bezug auf die Richtlinien der Arbeitsgemeinschaft für das Krankenhauswesen aufgestellten Begriffsbestimmungen über Hilfsärzte, Pflichtassistenten, Volontärärzte und Assistenzärzte im übrigen zutreffen oder nicht, so wäre das also für die hier zu entscheidende arbeitsvertragsrechtliche und tarifrechtliche Frage nicht entscheidend, solange nicht etwa ein neuer Tarifvertrag für die Krankenhausärzte hier eine den Verhältnissen auch im Sinn der Vorschriften für die Ärzteausbildung angepaßte arbeitsrechtliche Begriffsbestimmung gegeben hat. Dies alles ist vom Standpunkt des Arbeits- und Sozialrechts um so bedeutungsvoller, wenn die von der Beklagten vorgelegte Statistik der Arbeitnehmerschaft für das Krankenhauswesen in Bayern richtig ist und damit ein für die arbeits- und sozialrechtliche Betrachtung nicht uninteressantes Bild für das Zahlenverhältnis zwischen angestellten Ärzten, sogenannten Belegärzten, Assistenzärzten und unbezahlten Volontärärzten gibt.

Der Arbeitsrichter hat sich hier nicht allein von den berufsständischen Begriffsbestimmungen und von der in der Praxis üblich gewordenen Einfügung des Nachwuchses junger Ärzte in Nichtbesoldung, in Volontärvergütung oder in Taschengeld oder auch in den ordentlichen Etat leiten zu lassen. Für ihn muß der Grundsatz maßgebend sein, daß nicht die Bezeichnung, sondern die Beschäftigung ausschlaggebend ist und die Vergütung für diese Beschäftigung zu bestimmen hat, mit Anlegung des strengen Maßstabs, den RAG vom 13. 6. 1934 und 13. 11. 1935 (a. a. O.) mit Recht betonen.

Volontäre im Sinne des Urteils RAG vom 26. 8. 1931, die nicht zu den Arbeitnehmerberufsgruppen im Sinn des Arbeitsrechts gehören, sind danach keinesfalls Ärzte, die im Werdegang des Klägers bei der Beklagten so beschäftigt werden, wie dies erwiesenermaßen beim Kläger der Fall war.

VI. Wie die Beschäftigung wirklich aussah, kann danach nur Gegenstand der tatsächlichen Feststellungen im Er-

gebnis des Parteivortrags und der Beweisaufnahme sein. Danach ist in Übereinstimmung mit den Feststellungen des Arbeitsgerichts davon auszugehen, daß der Kläger tatsächlich eine hochwertige ärztliche Dienstleistung in der Stellung eines Assistenzarztes gegeben hat. Es steht weiter fest, daß nach dem 8. 11. 1947 der Kläger zwar nicht mehr Pflichtassistent sein konnte und von da ab den Titel eines Volontärarztes geführt haben mag, daß er aber nicht als solcher vorübergehend zur Vertiefung der Ausbildung, sondern in der Tat als zweiter Assistenzarzt beschäftigt worden ist. Denn schon damals war Bedarf für einen zweiten Assistenzarzt vorhanden, ein solcher war früher auch da gewesen und nach Ausscheiden des Klägers wieder eingestellt. Die 90 Betten sind unter der verantwortlichen Aufsicht des Chefarztes Dr. D. unter die beiden Assistenzärzte, den ersten Assistenzarzt Dr. Z. und den Kläger verteilt worden. Der Kläger ist im Querschnitt durch die gesamte anfallende ärztliche Tätigkeit beschäftigt worden. Er hatte bei größeren Operationen zu assistieren. Zwar hat er die ihm anvertrauten Betten nicht in eigener Verantwortlichkeit selbständig betreut, da er nach Darstellung des Zeugen Dr. D. in dem Krankenhaus die Betreuung ohne Verantwortlichkeit im eigentlichen Sinn führte und der Chefarzt selbst täglich die Visiten machte.

VII. Nach diesen Gesichtspunkten beantwortet sich die weiter zu entscheidende Frage, ob der Kläger den Anspruch auf Gruppe II der Krankenhaustarifordnung hat, wie die Klage das begehrt.

Der § 1 der Tarifordnung bestimmt, daß die Tarifordnung für die auf Privatdienstvertrag Beschäftigten der Krankenanstalten jeder Art gilt, in denen die Pfleglinge ständiger Aufsicht und ärztlicher Pflege bedürfen. Daß unter diese Beschäftigten auch die Ärzte fallen, ist unstrittig. Um einen der Ausnahmefälle des § 1 Abs. 2 der Tarifordnung handelt es sich hier nicht. Insbesondere kann das Krankenhaus der Beklagten nicht als freie gemeinnützige Anstalt oder Einrichtung betrachtet werden. Der § 1 Abs. 3 nimmt die Ärzte in leitender Stellung und die Personen, die für einen fest umgrenzten Zeitraum ausschließlich oder überwiegend zum Zweck ihrer Vor- oder Ausbildung beschäftigt werden, insbesondere Volontäre und Praktikanten von der Anwendung der Tarifordnung ausdrücklich aus. Daß es sich um einen solchen Ausnahmefall beim Kläger nicht gehandelt hat, ist dargetan. Nach § 7 der Tarifordnung hat der Kläger danach Anspruch auf tarifliche Vergütung in dem Rahmen der Vergütungsordnung zur Krankenhaustarifordnung (Anlage I zu § 7). Danach fallen unter die besondere Verg. Gruppe I Oberärzte, die sich durch besondere verantwortliche Tätigkeit und hochwertige Leistung aus der Verg. Gruppe II der Allg. TOA herausheben, insbesondere, wenn ihnen mindestens drei Ärzte der Verg.

Gruppe III oder II der Allg. TOA unterstellt sind. Unter die besondere Verg. Gruppe II fallen nach Tätigkeitsmerkmalen Assistenzärzte mit besonderer Verantwortlichkeit, die sich durch besondere Leistungen aus der besonderen Verg. Gruppe III herausheben: Assistenzärzte als ständige Vertreter des leitenden Arztes, erste Assistenten, Assistenzärzte (Stationsärzte), denen mindestens ein Assistenzarzt unterstellt ist oder die mindestens 35 Betten betreuen. Unter die besondere Verg. Gruppe III fallen Assistenzärzte und sonstige Ärzte. Die Klage und die Berufungsbeantwortung begehren Vergütung nach Verg. Gruppe II der Tarifordnung, da der Kläger „Stationsarzt“ gewesen sei und 35 Betten betreut habe. Das Vorliegen dieser Tätigkeitsmerkmale hält aber das Berufungsgericht entgegen der Annahme des Arbeitsgerichts nicht für erwiesen. Maßgebend für diese Feststellung ist die Aussage des Chefarztes Dr. D. Danach ist der Kläger als zweiter Assistenzarzt verwendet worden. Die beiden Abteilungen, eine chirurgische und eine innere Abteilung in ihrer Eigenschaft als „Stationen“ im Sinn der Verg. Gruppe II, hat der Chefarzt selbst geleitet und lediglich die chirurgische Abteilung der Führung des ersten Assistenzarztes gegeben. Mochte der Kläger danach auch die innere Abteilung bearbeitet, dort Untersuchungen vorgenommen und im allgemeinen selbständig ordiniert haben, so hat der Zeuge Dr. D. doch bekundet, daß die täglichen Visiten von ihm selbst zusammen mit dem Kläger und nur nachmittags von dem Kläger allein gemacht worden sind. Daneben hat der Kläger auch bei größeren Operationen assistiert, hat auch mindestens 35 Betten betreut, jedoch, wie der Chefarzt bekundet, nicht in eigener selbständiger und besonderer Verantwortlichkeit. Diese Tätigkeitsmerkmale reichen nicht aus, um die Voraussetzungen der Verg. Gruppe II der besonderen Tarifordnung als erwiesen anzusehen. Denn hierfür betonen die Eingangsworte der Verg. Gruppe II ausdrücklich die besondere Verantwortlichkeit, die der Kläger nach der eigenen Verantwortlichkeit des Chefarztes und nach dessen Darstellung nicht hatte. Deshalb reicht auch nicht aus, daß in der inneren Abteilung mindestens 35 Betten der Betreuung des Klägers unterstanden. Denn auch hier ist nach den Eingangsworten vorauszusetzen, daß diese Betreuung in besonderer Verantwortlichkeit geschieht. Dagegen ist als erwiesen anzusehen, daß der Kläger, mochte er nach Ablauf des Pflichtassistentenjahres Volontär oder wie auch immer genannt worden sein, tatsächlich Assistenzarzt im Sinn der Verg. Gruppe III gewesen ist. Das entspricht auch der weiteren Feststellung, daß vor Eintritt des Klägers bereits ein zweiter etatmäßiger Assistent tätig war und ein solcher nach Ausscheiden des Klägers bei der Beklagten auch tatsächlich wieder berufen worden ist. Daß sich der Arbeitsanfall im Krankenhaus seit Ausscheiden des zweiten Assistenten

etwa gerade für die Zeit, in der der Kläger nach Ansicht der Beklagten dort als „Volontär“ oder „Praktikant“ gearbeitet hat, so wesentlich verringert habe, um damit das Einziehen der zweiten Assistenzarztstelle gerade für die Dauer der Tätigkeit des Klägers zu rechtfertigen, ist von der Beklagten selbst nicht behauptet, auch nach allgemeinen Erfahrungstatsachen nicht zu vermuten. Im Gegenteil spricht jede Vermutung dafür, daß auch im Fall des Klägers, wie in einer Reihe anderer die Landesarbeitsgerichte beschäftigten Parallelfälle, tatsächlich die untervergütete Arbeitsleistung eines vollleistungsfähigen Arztes verlangt und gegeben worden ist, ohne daß die Frage nach dem eigentlichen Charakter der Arbeitsverhältnisse und einer Tarifordnungsvergütung sorgfältig genug geprüft wurde. Wenn hier Mißstände auch ohne arbeitsrechtliches oder arbeitsvertragliches Verschulden eingetreten sind, so ist es Aufgabe der Arbeitsgerichtsbarkeit, auch hier nach sozialrechtlichem Gewissen die für den ärztlichen Dienst und seinen Nachwuchs durch Rechtslage und tatsächliche Feststellungen gebotenen Korrekturen zu treffen.

VIII. Der Kläger hat in dem von ihm aufgestellten Zahlenwerk einen Vergütungsanspruch von 12 294,09 DM unter Währungsumstellung für die Zeit vom 1. 11. 47 bis 30. 4. 50 errechnet, indem er von einem für die Verg. Gruppe II an sich unstreitigen Tarifgehalt von 654.— DM ausgeht. Dabei sind die dem Kläger unstreitig gewährten Barbezüge, die die Beklagte als „widerrufliche Volontärvergütung“ gekennzeichnet hat, abgezogen. Welches abschließende Zahlenwerk sich demgegenüber im Rahmen des § 7 der Krankenhaustarifordnung unter Zugrundelegung der Verg. Gruppe III ergibt, kann hier offen bleiben. Der Kläger hat sich auf die Geltendmachung eines Teilbetrags von 2000.— DM beschränkt und hierfür die Berufungsinstanz auch keine Klageerweiterung gegeben. In der Höhe von 2000.— DM aber ist der Anspruch des Klägers als Leistungsanspruch auch im Rahmen der Verg. Gruppe III einwandfrei begründet. Alles andere kann der unter den Parteien noch offenstehenden Schlußabrechnung überlassen werden.

IX. Bei diesem Ergebnis kann die Frage ununtersucht bleiben, ob dem Kläger auch vom Standpunkt der Beklagten selbst nicht auch noch die freie Wohnung im Krankenhaus, die ihm als Volontär oder Praktikant neben „freier Station“ zugestanden hätte, tatsächlich gewährt oder nachträglich in Rechnung zu stellen ist. Denn durch die Zubilligung des Tarifgehalts ab 1. 11. 1947 macht sich lediglich notwendig, die dem Kläger tatsächlich gezahlten Barbezüge von der zu errechnenden Schlußsumme in Abzug zu bringen, wie dies die Klage ja auch will. Ebenso kann dahingestellt bleiben, ob die Beklagte nach dem § 18 des Währungsumstellungsgesetzes, nach dem

eine RM-Vergütung im Verhältnis 1 : 1 in DM-Vergütung umzurechnen war und nach den damals noch geltenden Lohnstopbestimmungen überhaupt berechtigt war, die dem Kläger mit 150.— RM bewilligte und auch monatelang ausgezahlte „Volontärvergütung“ einseitig auf 50.— DM herabzusetzen. Bedenken dagegen würden wegen Verstoßes gegen die Lohnstopbestimmungen nur dann ausscheiden, wenn erwiesen worden wäre, daß der Kläger tatsächlich als Volontär oder Praktikant außerhalb eines arbeitsrechtlichen Dienstverhältnisses und damit außerhalb des für das Arbeitsrecht gegebenen Lohnstops geblieben wäre, was nach den Feststellungen nicht der Fall ist. Bedenken hätten auch gegen die Art der einseitigen Herabsetzung trotz der „unter Widerruf gewährten Volontärvergütung“ unter dem Gesichtspunkt bestehen können, daß auch ein solcher vertraglich zulässiger Widerruf nach ständiger Rechtsprechung des früheren Reichsgerichts und Reichsarbeitsgerichts nicht zuzulassen ist, wenn er sich als unbegründeter Willkürakt darstellen würde. Jedoch kann das alles hier offen bleiben.

X. Im Ergebnis ist danach das erstinstanzliche Urteil mit kostenpflichtiger Zurückweisung der Berufung zu billigen, obwohl gegen die rechtliche Begründung des Arbeitsgerichts Bedenken bestehen. Das Arbeitsgericht hat das Rechtsergebnis auf Grund der von ihm richtig angenommenen tatsächlichen Feststellungen nicht ganz folgerichtig durchdacht. Es geht zwar richtig davon aus, daß das Dienstverhältnis des Klägers ein arbeitsvertragliches Dienstverhältnis war. Es will dann aber „die unmittelbare Anwendung“ der Tarifordnungsbestimmungen verneinen und stützt deshalb die Vergütung nicht unmittelbar auf die Vergütungsnorm des § 7 der Tarifordnung und der dazu gehörigen Vergütungsgruppe, sondern auf die nach § 612 BGB. einem Arbeitsvertrag begriffsnotwendige Vergütung. Das ist rechtsirrig. Wird ein Beschäftigungsverhältnis als Arbeitsvertrag festgestellt und ergibt sich weiter, daß dieser Arbeitsvertrag unter einen Tarifvertrag und eine tarifliche Vergütungsgruppeneinteilung fällt, so ist zwar der § 612 BGB. insoweit beachtlich, als er das Begriffsmerkmal der Vergütung für arbeitsvertragliche Tätigkeit aufstellt. Für die Tatsache und Höhe der Vergütung ist aber dann nicht mehr im Sinn von § 612 BGB. eine gerichtliche Entscheidung grundlegend (§ 612 Abs. 2), sondern eben die Tarifordnung. Rechtsirrtümlich ist auch die Annahme des Arbeitsgerichts, daß für den Kläger die Verg. Gruppe II anzuwenden sei. Da aber der allein zur Entscheidung stehende Betrag von 2000.— DM auch im richtigen Zahlenwerk der Verg. Gruppe III liegt, ist dieser in der Rechtsbegründung des Arbeitsgerichts liegende Rechtsirrtum für die Be-

stätigung des erstinstanzlichen Urteilstenors unerheblich. Er war lediglich in der Begründung des Landesarbeitsgerichts zu korrigieren.

(Übersandt von Prof. Dr. Küchenhoff)

Anmerkung:

Bei der Frage der Einstufung eines Assistenzarztes in TOA II geht die Ansicht der einzelnen Gerichte immer noch in der Auslegung der einschlägigen Bestimmung weit auseinander. Das vorstehende Urteil will die Betreuung von mehr als 35 Betten allein nicht genügen lassen, um eine Einstufung in TOA II zu rechtfertigen. Es verlangt darüber hinaus eine besondere Verantwortlichkeit, ja sogar eine eigene selbständige Verantwortlichkeit. Diese Selbständigkeit ist aber schon einmal bestimmt nicht in der Anlage 1 zu § 7 als Voraussetzung für die Einstufung nach TOA II verlangt. Dafür bietet die Formulierung überhaupt keinen Anhaltspunkt. Eine eigene selbständige Verantwortlichkeit hat ein Assistenzarzt niemals, das ergibt sich ja schon aus der Bezeichnung „Assistenz-

arzt“ von selbst. Besondere Verantwortung kann er natürlich auch als Assistenzarzt unter Aufsicht des Chefarztes haben.

Nun ist die Frage, gehört zu der Einstufung nach TOA II sowohl die Voraussetzung, daß der Assistenzarzt mindestens 35 Betten betreut und darüber hinaus noch diese Betreuung in besonderer Verantwortung vornimmt, oder ist in der Tatsache, daß der Assistenzarzt mehr als 35 Betten betreut, schon die besondere Verantwortung enthalten. Dieser letzten Auffassung hat sich nunmehr in einer Entscheidung vom 19. Oktober 1951 das LAG Hamm (2 Sa 96/51) angeschlossen. Zutreffend kommt es zu dem Ergebnis, daß die Betreuung von mindestens 35 Betten oder die ständige Vertretung des leitenden Arztes lediglich als Beispiele für das Vorliegen „besonderer Verantwortlichkeit“ und für „besondere Leistungen“ im Sinne der tariflichen Bestimmung zu gelten haben. In der Tatsache allein also, daß dem Assistenzarzt mehr als 35 Betten anvertraut werden, liegt das Kennzeichen „besonderer Verantwortlichkeit“.

Ass. C. Berglar-Plass.

Nr. 24

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 5. April 1951 über den Begriff der „Abgabe“ im Sinne der §§ 3, 10 Nr. 1 Opiumgesetz

Rechtssätze:

Die Verabreichung von Betäubungsmitteln durch unmittelbare Anwendung an dem Körper eines anderen, besonders durch Einspritzungen, ist keine „Abgabe“ im Sinne der §§ 3, 10 Nr. 1 des Gesetzes. Es kann hierin jedoch die unbefugte Ausübung der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes vom 17. Februar 1939 zu finden sein.

BGH, 4. Strafsenat. Urt. vom 5. April 1951
— 4 StR 70/50 —.

Aus den Gründen:

Der Ehemann der Angeklagten, der den Kaufmannsberuf erlernt hat und während des Krieges als Sanitäter in verschiedenen Lazaretten tätig war, betätigte sich nach dem Zusammenbruch bis zum Juni 1947 in Mecklenburg als Arzt. Nach seiner Flucht in die Westzone war er von 1947 ab als Betriebsarzt für Einheiten der Besatzungsmacht im Landkreis Hannover tätig. Er ist deshalb rechtskräftig verurteilt worden. Die Angeklagte, die geprüfte Krankenschwester ist, hat auf Anweisung ihres Mannes in dessen Gewerbebetrieb bei einem Patienten mehrmals Morphiumeinspritzungen gemacht. Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Vergehens gegen das Opiumgesetz zu einer Geldstrafe verurteilt.

Ihre Revision ist begründet:

Das Urteil beruht insofern auf Rechtsirrtum, als es in der Verabreichung von Morphium durch Einspritzungen einen Verstoß gegen das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln — Opiumgesetz — sieht. Nach § 3 dieses Gesetzes sind unter anderem „der Erwerb, die Abgabe und die Veräußerung sowie jeder sonstige gleichartige Verkehr“ mit Rauschgiften, zu denen gemäß § 1 auch Morphium gehört, nur mit Erlaubnis der Gesundheitsbehörde gestattet. Im § 10 Nr. 1 wird mit Strafe bedroht, wer solche Stoffe „erwirbt, abgibt, veräußert oder sonst in den Verkehr bringt“. Die fast wörtlich übereinstimmende Zusammenfassung der Tatbestände in beiden Vorschriften zeigt, daß die Abgabe wie der Erwerb und die Veräußerung als regelmäßige Erscheinungsform des „Inverkehrbringens“ gedacht ist. Hierunter ist nach der herkömmlichen Gesetzessprache der Umsatz der Ware durch Übertragung der Verfügungsgewalt zu verstehen (vgl. RGSt. 36, 424, 426). Diese Auslegung entspricht auch dem Zweck des Gesetzes, welches verhüten will, daß Rauschgifte zu anderen als von der Gesundheitsbehörde freigegebenen Zwecken an den Verbraucher gelangen. Eine Abgabe im Sinne des Opiumgesetzes liegt hiernach nur vor, wenn Betäubungsmittel durch Gewahrsamsübertragung — auch ohne rechtsgeschäftliche Grundlage

— einem anderen zur Verfügung überlassen werden, so daß er sie nach Belieben verbrauchen oder weitergeben kann. Der Begriff deckt sich mit der im § 367 Nr. 3 StGB. mit Strafe bedrohten „Überlassung“ von Giften und Arzneien. Der Verbrauch von Betäubungsmitteln durch Verzehr oder unmittelbare Anwendung an dem Körper eines anderen, besonders durch Einspritzungen, fällt dagegen nicht unter das Gesetz, denn auf diese Weise wird das Betäubungsmittel nicht in den Verkehr gebracht. Als strafbare Handlung käme in diesen Fällen nur der Erwerb ohne behördliche Erlaubnis in Betracht (RGSt. 33, 305; 62, 369, 391; 67, 193; 69, 100; Schneidewin bei Stenglein, Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, 5. Aufl., Ergbd., Opiumgesetz § 3 Anm. 1a β , Anselmino-Hamburger, Kommentar zum Opiumgesetz 1931 S. 56, 303). Die Angeklagte hat sich also nicht gegen das Opiumgesetz vergangen, indem sie Morphium durch Einspritzungen verabfolgte.

Damit ist aber die rechtliche Beurteilung der Tat nicht erschöpft. Das Landgericht hat bisher nicht geprüft, ob in der Verabreichung von Morphium nicht eine unbefugte Ausübung der Heilkunde im Sinne des Heilpraktikergesetzes vom 17. Februar 1939 zu finden ist, die im § 5 mit Gefängnis bis zu einem Jahr und mit Geldstrafe bedroht wird. Gegen die Fortgeltung dieser durch das Gesetz neugeschaffenen Strafbestimmung bestehen keine Bedenken. Ausübung der Heilkunde ist nach § 1 Abs. 2 des Gesetzes jede berufs- oder gewerbsmäßige Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körper-

schäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienst von anderen ausgeübt wird. Nach dieser Bestimmung ist die Angeklagte nicht schon dadurch entlastet, daß sie die Einspritzungen auf Anweisung ihres Mannes gemacht hat. Es kommt vielmehr nur darauf an, ob sie die Injektionen berufs- oder gewerbsmäßig, nicht nur gelegentlich, verabreicht hat. Berufsmäßige Ausübung ist anzunehmen, wenn die Angeklagte die Tätigkeit zu einer dauernden oder doch wiederkehrenden Beschäftigung machen wollte, Gewerbsmäßigkeit, wenn die Tätigkeit gegen Entgelt vorgenommen wurde, um sich dadurch eine Einnahmequelle von einer gewissen Dauer zu verschaffen.

Zu einer schuldhaften Verletzung des § 1 Abs. 2 des Heilpraktikergesetzes genügt es, wenn die Angeklagte mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Das ist hier der Fall. (Wird ausgeführt.) Für die Feststellung des Verschuldens nach dem Heilpraktikergesetz bedarf es aber noch der Erwägung, ob die Angeklagte bei dieser Sachlage auch bezüglich ihrer eigenen berufsmäßigen Betätigung als Heilgehilfin im Dienste ihres Mannes vorsätzlich gehandelt hat.

Falls sich eine berufsmäßige Ausübung der Heilkunde im Sinne des § 1 Abs. 2 des Heilpraktikergesetzes durch die Angeklagte nicht nachweisen lassen sollte, wäre noch zu prüfen, ob sie durch die Verabfolgung der Morphiumeinspritzungen nicht wenigstens ihrem Mann Beihilfe zur unbefugten Ausübung der Heilkunde geleistet hat.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar.)

Nr. 25

Urteil des Bundesgerichtshofs vom 29. Mai 1951 über die Bestrafung wegen Volltrunkenheit

Rechtssätze:

1. An der Rechtsprechung des Reichsgerichts, daß auch ein pathologischer Rausch die Voraussetzungen des § 330 a StGB. erfüllt, daß jedoch in diesem Fall die Schuldfrage besonders sorgfältiger Prüfung bedarf (RGSt. 73, 132), wird festgehalten.

2. Die Begründung, die Angeklagte sei eine haltlose Psychopathin, sie werde mit größter Wahrscheinlichkeit wieder dem Alkohol verfallen und dann erhebliche neue Straftaten begehen, reicht aus, um die Anordnung der Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt zu rechtfertigen.

BGH, 1. Strafsenat, Urt. vom 29. Mai 1951
— 1 StR 231/51 —

Aus den Gründen:

Nach den Feststellungen des Schwurgerichts hat die Angeklagte am 16. Mai 1949 zwei Kinder durch

Erwürgen getötet. Sie befand sich während der kurz nacheinander begangenen Taten in einem durch Alkoholgenuß hervorgerufenen Rausch, der ihre Zurechnungsfähigkeit ausschloß. Ihr natürlicher Wille ging bei dem Würgegriff an dem einen Kind nur dahin, es zu mißhandeln; das andere wollte sie töten. Den Rauschzustand hat die Angeklagte fahrlässig herbeigeführt; ihre Zurechnungsfähigkeit war schon, als sie das tat, erheblich vermindert.

Das Schwurgericht hat die Angeklagte wegen Volltrunkenheit (§ 330 a StGB.) zu 5 Jahren Gefängnis ohne Anrechnung der erlittenen Untersuchungshaft verurteilt. Es hat ferner ihre Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt angeordnet. Die Handlungen, die die Angeklagte im Rausch begangen hat, erfüllen nach der Ansicht des Schwurgerichts — von ihrer Zurechnungsfähigkeit

abgesehen — im ersten Falle den Tatbestand des § 226 StBG., im zweiten Falle den des § 212 StBG.

Die Revision der Angeklagten rügt Verletzung sachlich-rechtlicher Normen.

I. Zum Schuldspruch.

1. Die Revision bestreitet die Anwendbarkeit des § 330 a StBG., weil der Rauschzustand der Angeklagten pathologisch gewesen sei.

Das Urteil stellt fest: Die Angeklagte, die sich schon 1936 in einem Strafverfahren wegen Diebstahls auf starke Trunkenheit berufen hatte, ist seit 1947 mehr und mehr dem Trunke verfallen. Sie vertrug zeitweise erhebliche Mengen Alkohol, ohne berauscht zu werden, war aber auch häufig nach starkem Alkoholgenuß sinnlos betrunken, so daß sie sich vernachlässigte, sich höchst auffällig, auch in der Öffentlichkeit, benahm, nicht nach Hause fand, jähzornig, gewalttätig, gegen andere tätlich wurde, einmal auch Gegenstände entwendete. Der ständige Alkoholgenuß führte zu einem Abbau (Deprobation) der Persönlichkeit, verbunden mit Alkoholintoleranz. Am Tage der Tat hat die Angeklagte eine Flasche leichten Rotwein und eine Flasche 30%igen Likör innerhalb einiger Stunden getrunken, eine Menge, die das Schwurgericht für die Verhältnisse der alkoholgewohnten Angeklagten an sich nicht als übermäßig bezeichnet, die jedoch bei ihrer „abnormen Veranlagung“ zu einem pathologischen, ihre Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rauschzustande führte. Offenbar ist das Schwurgericht auf Grund der Ausführungen des Sachverständigen Prof. Dr. L. der Ansicht, daß die genossene Menge geistiger Getränke bei einem alkoholgewohnten Menschen nur zu einem „mittleren“ Rauschzustande geführt haben würde.

Das Reichsgericht hat in der Entscheidung vom 22. Januar 1936 (RGSt. 70, 85) ausgeführt, zum Tatbestand des § 330 a gehöre, daß die Zurechnungsunfähigkeit allein durch einen Rausch herbeigeführt werde; die Anwendung der Vorschrift wurde abgelehnt für den Fall, daß die Zurechnungsfähigkeit des Täters durch einen „Blutkoller“ mitverursacht war, den eine ihm unmittelbar vor der Tat zugebrachte Kopfverletzung hervorgerufen hatte. In einer weiteren Entscheidung vom 21. 8. 39 (HRR 1561) hat das Reichsgericht den Tatbestand des § 330 a verneint, sofern die Zurechnungsfähigkeit des Täters nicht allein auf dem Alkoholgenuß, sondern zugleich auf einer Gehirnerschütterung beruhte, die er kurz vor der Tat durch einen Schlag erlitten hatte. Diese Rechtsprechung ist in mehreren Entscheidungen (vom 6. April 1937, HRR 1938, 190; vom 25. November 1938, RGSt. 73, 11; vom 4. Januar 1940, HRR 587; vor allem vom 14. März 1939 RGSt. 73, 132) dahin erläutert worden, daß eine Bestrafung aus § 330 a dann entfalle, wenn zu dem Alkoholgenuß ein weiterer, äußerer Umstand hinzutrete, der zusammen mit

dem Alkoholgenuß die Zurechnungsunfähigkeit herbeiführe. Habe dagegen eine besondere Veranlagung des Täters, etwa seine besondere Empfindlichkeit gegen Alkohol, in Verbindung mit Alkoholgenuß den seine Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch verursacht, so stehe dies einer Anwendung des § 330 a nicht entgegen, auch ein pathologischer, auf dem Boden einer entsprechenden Disposition des Täters entstandener Rausch erfülle die Voraussetzung der Vorschrift.

An der zuletzt angeführten Rechtsprechung ist festzuhalten. Gegen das grundsätzliche Erfordernis, der Alkoholgenuß müsse die einzige Ursache der Volltrunkenheit, d. h. der Zurechnungsunfähigkeit, sein, sind Bedenken geäußert worden, weil es mit der sonst im Strafrecht anerkannten Ursächlichkeitslehre nicht vereinbar sei (von Weber, DR 1939, 993; zweifelnd auch RG HRR 1938, 190). Diese Frage bedarf hier nicht der Entscheidung. Jedenfalls kann eine mitwirkende Ursache, die nicht von außen kommt, sondern in einer Eigenschaft des Täters liegt, einer Bestrafung aus § 330 a nicht entgegenstehen. Die gegenteilige Meinung der Revision findet auch im Schrifttum keine Stütze (vgl. Kohlrausch-Lange, Anm. II; Schönke, Anm. II 3; Rohde in LpzKomm., Anm. 3 c, alle zu § 330 a; Mezger, Studienbuch II S. 207). Sie läßt sich weder aus dem Wortlaut noch der Entstehungsgeschichte der Vorschrift rechtfertigen; zu deren Zweck steht sie in unlöslichem Widerspruch, zumal in einem Falle wie dem vorliegenden, wo die Alkoholintoleranz durch den vorausgehenden ständigen Alkoholmißbrauch entstanden ist. Erfahrungsgemäß ist die Widerstandsfähigkeit gegen Alkohol auch unter normal veranlagten Personen recht verschieden, u. a. von der mehr oder weniger großen Gewöhnung abhängig. Sie kann auch beim einzelnen je nach den Umständen stark wechseln. Die Grenzen zur abnormen Alkoholintoleranz sind nicht scharf. Wo im Einzelfall die Grenze liegt, kann für die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vorschrift nicht entscheidend sein. Zu beachten ist nur, daß bei einem pathologischen Rausch die Frage, ob sich der Täter schuldhaft in diesen Zustand versetzt hat, besonders sorgfältiger Prüfung bedarf; dieses Erfordernis ist bereits vom Reichsgericht betont (RGSt. 73, 132, 134). Die Angriffe der Revision auf die oben angeführte Rechtsprechung sind demnach nicht begründet.

2. Die Revision wendet sich sodann gegen die Annahme des Schwurgerichts, die Angeklagte habe den ihre Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch fahrlässig herbeigeführt. Die Ausschreitungen, die sie früher im Rausch begangen habe, seien Bagatellen gegenüber der Tötung der beiden Kinder. Mit einer solchen Folge ihres Rausches habe sie nicht zu rechnen brauchen.

§ 330 a verlangt nicht, daß die im Zustand der Volltrunkenheit begangene, mit Strafe bedrohte Handlung von der Schuld des Täters umfaßt

wird. Wenn dies der Fall ist, wird § 330 a im allgemeinen sogar unanwendbar und der Täter aus dem Gesetz strafbar sein, dessen Tatbestand er im Rausch verwirklicht hat; seine Schuld hat sich ja hierauf bezogen, als er durch den übermäßigen Rauschgiftgenuß die Ursache für die Verwirklichung des Straftatbestandes setzte. Im Schrifttum wird § 330 a zum Teil dahin ausgelegt, der Täter müsse wissen oder erkennen können, daß er im Rausch zu Straftaten irgendwelcher Art oder wenigstens zu Ausschreitungen neige. Aber auch diese Ansicht ist abzulehnen; hierwegen wird auf die zum Abdruck bestimmte Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 12. April 1951 — 4 StR 78/50 — verwiesen, der der erkennende Senat beitrifft. Die Schuld des Täters braucht sich nur darauf zu erstrecken, daß er durch Genuß geistiger Getränke oder anderer berauschender Mittel in einen die Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch gerät. Das Schwurgericht hat dies hier mit rechtlich einwandfreier Begründung festgestellt. Es führt aus, die Zurechnungsfähigkeit der Angeklagten sei, als sie sich betrank, „infolge ihrer abgesunkenen Persönlichkeit“ zwar erheblich vermindert (§ 51 Abs. 2 StBG.) gewesen. Gleichwohl habe sie nach den Umständen und ihren persönlichen Fähigkeiten erkennen können, daß sie durch den an sich nicht unbeträchtlichen Alkoholgenuß in einen ihre Zurechnungsfähigkeit ausschließenden Rausch geraten könne. Mit diesen, durch Anführung von Einzeltatsachen belegten Darlegungen ist die nach § 330 a genügende Schuldform der Fahrlässigkeit zutreffend festgestellt. Übrigens würden die Feststellungen des Schwurgerichts zur Bejahung der Fahrlässigkeit der Angeklagten selbst dann hingereicht haben, wenn man der weitergehenden Ansicht folgen und für § 330 a verlangen wollte, daß der Täter um seine im Rausch vorhandene Neigung zu Ausschreitungen wisse oder sie erkennen könne.

II. Zur Sicherungsmaßnahme.

Die Revision bittet um Prüfung, ob die vom Schwurgericht angeordnete Unterbringung der Angeklagten in einer Heil- oder Pflegeanstalt aufrechtzuerhalten ist.

Daß die Angeklagte den Rausch im Zustand verminderter Zurechnungsfähigkeit herbeigeführt, das Vergehen nach § 330 a also unter den Voraussetzungen des § 51 Abs. 2 begangen hat, hat das Schwurgericht rechtlich zutreffend begründet; die Revision erhebt insoweit auch keine Einwendungen. Dann war es aber nach § 42 b StBG. geboten, neben der Strafe die Unterbringung der Angeklagten in einer Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen, wenn die öffentliche Sicherheit es erfordert. Das bejaht das Schwurgericht mit der Begründung, die Angeklagte sei eine haltlose Psychopathin, sie werde mit größter Wahrscheinlichkeit wieder dem Alkohol verfallen und dann erhebliche neue Straftaten begehen. Diese Begründung ist ausreichend.

Nach der Ansicht des Sachverständigen Prof. Dr. W. ist die Angeklagte nach der langen Untersuchungshaft jetzt alkoholentwöhnt. Danach wird sie es erst recht sein, wenn sie ihre fünfjährige Gefängnisstrafe hinter sich hat. Das Urteil läßt nicht erkennen, ob es sich die Ansicht des Sachverständigen W. zu eigen macht, ebensowenig, ob mit der Alkoholentwöhnung auch die Persönlichkeitsveränderung, die bei der Angeklagten infolge ihrer Trunksucht eingetreten ist, etwa wieder rückgängig gemacht ist. Aber darauf allein kommt es nicht an. Selbst wenn die Angeklagte nach der fünfjährigen Strafhaft nicht mehr vermindert zurechnungsfähig wäre, so war doch das Schwurgericht, wie sich aus dem Urteil ergibt, auf Grund der Gutachten mehrerer Sachverständiger davon überzeugt, daß sie, falls sie die Freiheit wieder erlangen würde, in diesen Zustand mit Wahrscheinlichkeit erneut verfallen würde; denn voraussichtlich werde sie wieder das Trinken anfangen. Diese Wahrscheinlichkeit bezeichnet das Schwurgericht als groß, einmal schon wegen der im Charakter der Angeklagten begründeten Haltlosigkeit und Unberechenbarkeit, sodann aber auch wegen der äußeren Verhältnisse, die sie nach einer Entlassung aus der Strafhaft in der Freiheit antreffen würde. Diese Erwägungen des Tatrichters können nicht als rechtsirrig bezeichnet werden; wenn das Schwurgericht die Unterbringungsanordnung darauf stützt, so ist das mit dem Wortlaut und dem Zweck des § 42 b StGB. durchaus vereinbar.

Der Revision ist zuzugeben, daß die Angeklagte nur dann in einer Heil- oder Pflegeanstalt untergebracht werden darf, wenn sonst keine Möglichkeit besteht, die von ihr ausgehende Gefahr zu beseitigen; denn nur dann erfordert die öffentliche Sicherheit diese Maßregel. Die Revision meint, der Gefährlichkeit der Angeklagten könne auch durch eine mildere Maßnahme ausreichend vorgebeugt werden, nämlich durch eine psychotherapeutische Behandlung. Das Schwurgericht hat indes die Frage, ob die Angeklagte in einer Heil- oder Pflegeanstalt unterzubringen ist, mit den beiden von ihm vernommenen Psychiatern eingehend erörtert; beide haben sich dafür ausgesprochen. Daraus darf der sichere Schluß gezogen werden, daß die Sachverständigen und mit ihnen das Gericht eine andere, etwa die von der Revision vorgeschlagene Behandlung nicht für ausreichend erachtet haben, um einen Rückfall der Angeklagten in ihre Trunksucht und damit ihre Gefährlichkeit auszuschließen. Aus denselben Gründen kann auch nicht beanstandet werden, daß das Gericht die Frage nicht ausdrücklich erörtert hat, ob die Angeklagte statt in einer Heil- oder Pflegeanstalt etwa nach § 42 c StGB. in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt unterzubringen sei; gegen eine solche Unterbringung hätte es wohl auch wegen ihrer auf zwei Jahre beschränkten Höchstdauer (§ 42 f Abs. 2) erhebliche Bedenken haben dürfen. Das Schwurgericht hat ferner geprüft, ob die Unterbringung der Angeklagten bei ihren Angehörigen

gen ihre Gefährlichkeit beseitigen könne, und die Frage verneint. Die von der Revision weiter vorgeschlagene Unterstellung der Angeklagten unter die Überwachung eines Gesundheitsamtes ist im Gesetz nicht vorgesehen, steht auch in keinem Verhältnis zu der vom Schwurgericht angenommenen Gefährlichkeit der Angeklagten, so daß das Gericht hierauf nicht einzugehen brauchte. Das

Schwurgericht war vielmehr auf Grund der von ihm festgestellten Tatsachen und ihrer bedenkenfreien Würdigung verpflichtet, die Unterbringung der Angeklagten in eine Heil- oder Pflegeanstalt anzuordnen, und durfte dies auch nicht, wie die Revision meint, einer späteren Entschließung der Verwaltungsbehörden überlassen.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar.)

Nr. 26

Urteil des Bundesgerichtshofs über die Strafbarkeit der Verschreibung großer Mengen von Betäubungsmitteln

Rechtssatz:

Die Verschreibung von Betäubungsmitteln ist auch dann ärztlich unbegründet (§ 6 der Verordnung über das Verschreiben Betäubungsmittel enthaltender Arzneien und ihre Abgabe in den Apotheken), wenn der Arzt bei der Verschreibung weiß, daß er die verordnete Menge beim Kranken nicht anwenden werde, mag auch die dann angewandte Menge ärztlich begründet sein.

BGH, 2. Strafsenat, Urteil vom 25. September 1951 — 2 StR 287/51 —

Aus den Gründen:

Der Angeklagte ist praktischer Arzt. Ihm liegt zur Last, er habe durch ein und dieselbe Handlung fortgesetzt in dreifacher Beziehung gegen das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (Opiumgesetz = OG) und gegen die Verordnung über das Verschreiben Betäubungsmittel enthaltender Arzneien und ihre Abgabe in den Apotheken (Verschreibungsverordnung = VVO) verstoßen und er habe außerdem in sachlichem Zusammenhang damit einen fortgesetzten Betrug begangen.

Die Strafkammer hat ihn freigesprochen. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist insoweit begründet, als Verstöße gegen die §§ 6 und 19 VVO in Betracht kommen.

I. 1. Zur Anklage wegen Verletzung von § 6 VVO stellt die Strafkammer folgenden Sachverhalt fest: Der Angeklagte verschrieb mehreren seiner Patienten in auffallend großen Mengen Arzneien, die Betäubungsmittel enthielten, wie Morphin, Scopolamin, Dolantin, Pervitin u. a. Er verabreichte sie regelmäßig durch Einspritzungen. Zu diesem Zweck mischte er zuvor häufig verschiedene Sorten von Betäubungsmitteln (= Btmn) nach einem selbst erfundenen Verfahren; von ihm versprach er sich deswegen besonderen Heilerfolg, weil es darauf abzielte, die untere Grenze der Empfindlichkeit des Kranken gegen Btm womöglich nicht

zu überschreiten und durch öfteren Wechsel der Btm-arten eine „Entgiftung“ des Kranken zu bewirken. Um dies zu erreichen, verwendete der Angeklagte für die Mischung der zu spritzenden Arznei den Inhalt von Ampullen, die er in Originalpackungen zu 5 oder 10 Stück verordnete, nur zum Teil. Die Reste warf er weg, weil er sie aus Sterilitätsgründen für denselben oder einen anderen Kranken nicht mehr verwenden wollte.

Die Strafkammer ist der Überzeugung, es läge dann, wenn der Angeklagte seinen Patienten die ganzen Mengen der ihnen verschriebenen Btm eingegeben hätte, „zweifelloso ein Mißbrauch i. S. des § 6 VVO“ vor. Da er aber die Verschreibungen nicht mit der Absicht, die verschriebenen Arzneimengen voll anzuwenden, vorgenommen habe, sei § 6 aaO nicht verletzt. Denn dies setze dann, wenn ein Arzt einem Patienten eine größere Menge an Btmn verordne, als sich ärztlich vertreten lasse, voraus, daß er dies in der Absicht tue, diese Menge voll dem Patienten zu verabreichen. Eine solche Absicht könne aber dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden.

Diese Auffassung beruht auf einer irrigen Auslegung des § 6 VVO. Ihm zufolge dürfen die in Frage kommenden Arzneien, zu deren Verordnung neben Zahn- und Tierärzten nur Ärzte befugt sind, „nur dann verschrieben werden, wenn die Anwendung des Betäubungsmittels ärztlich . . . begründet ist“. Der Sinn dieser Bestimmung ergibt sich aus dem Zweck, den das OG und die zu seiner Ausführung erlassene VVO verfolgen. Das Gesetz will verhüten, daß die seiner Regelung unterworfenen Stoffe zu anderen als zu Zwecken der Heilung oder der wissenschaftlichen Forschung oder im Widerspruch zu einem sonstigen öffentlichen Interesse an Verbraucher gelangen (vgl. RGSt 62, 369 (389)). Mit Recht betont das RG, daß, wenn dieses Ziel erreicht werden soll, eine entsprechend weite Auslegung der ihm dienenden Bestimmungen geboten ist. Es ist daher erforder-

lich, daß nicht nur eine gänzlich unbegründete Verschreibung von Btmn unterbunden wird, sondern auch die einer medizinisch nicht gerechtfertigten Menge.

Dies muß auch dem Zusammenhang der Vorschriften des OG und der VVO entnommen werden. Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 OG ist u. a. der Erwerb, die Abgabe und die Veräußerung sowie jeder sonstige gleichartige Verkehr mit Rauschgiften nur Personen gestattet, denen hierzu die Erlaubnis erteilt worden ist. Sie braucht nach § 3 Abs. 4 Satz 2 aaO nicht, „wer die Stoffe und Zubereitungen aus den Apotheken auf Grund ärztlicher Verschreibung . . . erwirbt“. Er bedarf auch nicht des sonst für den Erwerb von Btmn vorgeschriebenen Bezugscheines, weil an dessen Stelle für den Erwerb in Apotheken die ärztliche Verschreibung tritt (§ 4 Abs. 1 Satz 4 aaO). Bei diesem rein äußerlichen Erfordernis des Rezeptzwangs hat es der Gesetzgeber aber nicht bewenden lassen. Schon während der Geltung des alten OG vom 30. Dezember 1920 durften Rauschgiftmittel damals zwar ohne förmliche Erlaubnis, jedoch nur als Heilmittel erworben oder abgegeben werden (§ 2 Abs. 4 OG 1920). Das aus späteren ergänzenden Vorschriften (§ 2 Abs. 5 OG 1920 und den dazu ergangenen Ausführungsbestimmungen) von der Rechtsprechung zutreffend gefolgerte förmliche Erfordernis des Rezeptzwangs (vgl. RGSt 62, 284, 383 ff.; 65, 59) diente nur dazu, die Kontrolle des Verkehrs mit Btmn zu verstärken. Nun vereinigt § 6 VVO das äußerliche Erfordernis der ärztlichen Verschreibung mit dem ihrer sachlichen Begründetheit in einer Bestimmung. Daß nicht erst bei der Abgabe der Arznei in den Apotheken, sondern schon im Zeitpunkt ihrer Verschreibung durch den Arzt von ihm geprüft werden muß, ob sie ärztlich begründet ist, soll von vornherein einem Mißbrauch mit Btmn vorbeugen (vgl. auch Schneidewin in Stenglein, Komm. zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, 5. Aufl., Ergbd., Opiumgesetz 1933 § 3 Anm. 2). In den §§ 9 und 10 der VVO sind überdies die Mengen der verschiedenen Rauschgiftarten, die der Arzt für jeden Patienten und jeden Krankheitstag verschreiben darf, festgelegt. In den §§ 26 ff. wird der Apotheker verpflichtet, bei der Abgabe von Betäubungsmitteln u. a. den Tag der Abgabe auf den Verschreibungen zu vermerken, diese zurückzubehalten und über die Abgabe der Arzneien ins einzelne gehende Eintragungen in ein Buch zu machen, die auch Abgabetag und abgegebene Menge ersehen lassen müssen.

Diesen Bestimmungen ist zu entnehmen, daß die Kontrolle des Verkehrs mit Btmn bereits bei der ärztlichen Verschreibung einsetzen und nicht auf den Zeitpunkt ihrer Verwendung verlegt werden soll. Schon eine ärztliche Verschreibung von Btmn ist untersagt, wenn und soweit sie nichtärztlich begründet ist. Daraus folgt, daß auch die Menge des verordneten Mittels schon bei der Verschreibung medizinisch gerechtfertigt sein muß. Es kommt für die Begründetheit der ärztlichen Ver-

ordnung nicht darauf an, daß die später beim Patienten angewandte Menge ärztlich begründet ist. Auch in einem solchen Fall liegt ein Verstoß gegen § 6 VVO vor, wenn die verordnete Menge jenem Erfordernis nicht entspricht. Weiß dies der verschreibende Arzt, mag es dann auch nur zur Verabreichung einer ärztlich begründeten Menge kommen und mag seine Absicht bei der Verschreibung nur darauf gerichtet sein, so ist auch der innere Tatbestand einer Zuwiderhandlung gegen § 6 aaO erfüllt. Nur diese Auslegung wird dem Sinne der Vorschrift und ihrem Zweck gerecht, wie er sich aus ihrer Entstehungsgeschichte und aus dem Zusammenhang mit anderen Bestimmungen ergibt. Sie liegt auch den Richtlinien für die ärztliche Verschreibung narkotischer Mittel zu Grunde, die der damalige Reichsminister des Innern durch Rundschreiben vom 2. März 1925 den Landesregierungen mitgeteilt hat, und die u. a. besagen: „Die Ärzte sollen eine schriftliche Verordnung von Betäubungsmitteln nur aus der Hand geben, wenn sie diese nach Art, Form und Menge vor ihrem Gewissen und der ärztlichen Wissenschaft voll verantworten können“ (abgedruckt bei Anselmino-Hamburger, Komm. zum OG 1931, S. 195). Träfe die Auslegung der Strafkammer zu, so wäre dem Mißbrauch einer zuviel verschriebenen Menge von Betäubungsmitteln Tür und Tor geöffnet. Daß der Angeklagte in den Fällen, in denen er wissentlich eine größere Menge von Arzneien verschrieb, als er später dem Patienten zu verabreichen beabsichtigte, den Tatbestand des § 6 aaO voll verwirklicht hat, kann demnach nicht bezweifelt werden.

Nun ging allerdings seine von der Strafkammer für unwiderlegt gehaltene Verteidigung dahin, er habe bei der Behandlung seiner Kranken mit Btmn abweichend von den Grundsätzen der Schulmedizin neue erfolgreiche Methoden der Mischung verschiedener Betäubungsmittelarten entwickelt und deshalb nicht die volle Menge der verschriebenen Arzneien beim einzelnen Kranken anwenden können.

Mit diesem Vorbringen machte der Angeklagte geltend, sein Verfahren sei ärztlich gerechtfertigt gewesen. Es lag daher der Strafkammer ob, zunächst zu prüfen, ob die Mischmethode den Regeln der ärztlichen Kunst entsprach. Hierzu nimmt die Strafkammer allerdings Stellung. Sie meint, für die Entscheidung dieser Frage könnten die „Richtlinien für die Anwendung von Btmn in der ärztlichen Praxis“ vom 13. Februar 1939 (Deutsches Ärzteblatt S. 171) nur einen gewissen Anhalt bieten, sie seien aber für den Strafrichter nicht verbindlich; zudem hänge die Entscheidung über die Begründetheit einer ärztlichen Behandlungsweise „weitgehend von dem Gewissen des einzelnen Arztes“ ab, das im Interesse des Fortschritts der ärztlichen Wissenschaft nicht starr an das gebunden werden dürfe, was ein Durchschnittsarzt nach dem jeweiligen Stand der Wissenschaft tue oder lasse. Auf Grund dieser Erwägungen kommt die Strafkammer zu dem Ergebnis, es könne in

Übereinstimmung mit der Auffassung eines in der Hauptverhandlung vernommenen ärztlichen Sachverständigen nicht als erwiesen angesehen werden, „daß der Angeklagte die sich hiernach ergebenden Grenzen der Verschreibung und Anwendung von Btmn nach Grund der Krankheit, Art oder Menge der Btmn überschritten hätte“.

Diese Ausführungen gehen fehl. Dafür, ob die Arzneimittelverschreibung eines Arztes sachlich begründet, d. h. ob das darin verordnete Mittel nach Art und Menge als Heilmittel geeignet und für den Patienten erforderlich ist, können, wie das RG in Bd. 62, 369 (385) in Auslegung von § 2 Abs. 4 OG aF zutreffend ausführt, nur die allgemein oder weitaus überwiegend anerkannten Regeln der ärztlichen Wissenschaft maßgebend sein, „nicht aber die hiervon abweichende wissenschaftliche Überzeugung einzelner Ärzte“; es bleibt daher „im Falle eines offensichtlichen Widerstreites zwischen den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und dem erkennbaren Willen des Gesetzes bis auf weiteres das Gesetz maßgebend“. Auch der Strafrichter darf jene Richtlinien bei seiner Entscheidung nur dann außer acht lassen, wenn er sie auf Grund eigener besserer Sachkunde oder neuer Erkenntnisse der ärztlichen Wissenschaft für überholt halten müßte. Daß eine dieser Voraussetzungen zuträfe, kann dem Urteil nicht entnommen werden. Eigenes Wissen auf dem Gebiet der ärztlichen Wissenschaft legt die Strafkammer nicht dar. Daß ihr solche Erkenntnisse gutachtlich vermittelt und von ihr verwertet worden wären, ist dem Urteil ebensowenig zu entnehmen. Wenn auch die Strafkammer sich für ihre Überzeugung, dem Angeklagten könnten ärztlich unbegründete Verschreibungen nicht nachgewiesen werden, auf einen ärztlichen Sachverständigen beruft, so ist nicht klar, ob dessen Äußerungen auf bestimmten Untersuchungen beruhten oder nicht vielmehr, was nach der einschlägigen Stelle des Urteils eher angenommen werden kann, nur Erwägungen enthielten, die auch die Strafkammer über die Gewissenshaltung des einzelnen Arztes anstellt. Mit Recht rügt deshalb die Revision, die Strafkammer habe ihre Aufklärungspflicht verletzt. Denn es hätte für das Gericht nahe gelegen, ein ärztliches Gutachten darüber einzuholen, ob die Verschreibungen des Angeklagten in Verbindung mit seinem Mischverfahren ärztlich begründet waren.

Dieses Gutachten wird insbesondere auch klären müssen, ob dann, wenn das Mischverfahren des Angeklagten an sich der Heilung seines Patienten dienlich war, es keine Möglichkeit gab, nur die Menge an Btmn zu beziehen, die er für die Anwendung beim einzelnen Kranken benötigte.

Nur so kann die sachliche Grundlage für die Beurteilung auch des inneren Tatbestandes gewonnen werden. Denn ohne sie läßt sich nicht einwandfrei prüfen, ob der Angeklagte durch den etwaigen Irrtum, so verfahren zu dürfen oder gar zu müssen, wie er es tat, entschuldigt sein könnte.

Als solcher Irrtum käme aber nicht etwa die bloße Meinung in Betracht, seine Verschreibungsmethode sei ärztlich gerechtfertigt. Vielmehr müßte es sich um die Annahme eines Sachverhalts handeln, der, hätte er bestanden, das Vorgehen des Angeklagten gerechtfertigt haben würde. Freilich könnte auch dann dem Angeklagten keine vorsätzliche Zuwiderhandlung gegen § 6 der VVO vorgeworfen werden, wenn er an keine der etwaigen Möglichkeiten gedacht haben sollte, den Widerspruch zwischen seiner Verschreibungsmethode und den Richtlinien der ärztlichen Wissenschaft zu lösen.

2. Auch die Feststellungen des Landgerichts zum inneren Tatbestand der dem Angeklagten zur Last liegenden Verstöße gegen § 19 a u. d VVO tragen den Freispruch insoweit nicht.

Wie festgestellt, unterließ der Angeklagte auf verschiedenen Rezepten die Angabe der Anschrift des Patienten, auf anderen die Angabe seiner eigenen Anschrift. Die Strafkammer begründet ihre Auffassung, er habe sich keiner vorsätzlichen Verfehlungen schuldig gemacht, damit, daß es in seiner großen Praxis naturgemäß zu Flüchtigkeiten gekommen, er infolge vieler Anfeindungen körperlich erschöpft gewesen und keines der äußerlich mangelhaften Rezepte von den Apotheken beanstandet worden sei. Diese Begründung genügt nicht für die Annahme, dem Angeklagten könne kein vorsätzliches Handeln nachgewiesen werden. Einerseits kann daraus, daß seine fehlerhaften Rezepte in den Apotheken ohne weiteres beliefert wurden, kein Schluß auf seine innere Verfassung im Zeitpunkt der Ausstellung der Rezepte gezogen werden. Andererseits ist es möglich, daß auch ein flüchtiges, ja selbst im Zustand der Erschöpfung geschehenes Handeln vorsätzlich ist.

II. Im übrigen begegnet das Urteil keinen Bedenken.

1. Das gilt für die Beurteilung der Fälle, in denen der Angeklagte einzelnen Patienten zwar eine größere Menge an Btmn verordnet hatte, als er nachher bei ihnen anwandte, in denen er aber nach der Überzeugung der Strafkammer z. Zt. der Verschreibung weder voraussah noch damit rechnete, daß Reste entstehen würden. Denn zum inneren Tatbestand eines Verstoßes gegen § 6 VVO gehört im Falle einer mengenmäßig unbegründeten ärztlichen Verschreibung, daß der Arzt bei der Verschreibung weiß oder wenigstens mit der Möglichkeit rechnet und diese billigend in Kauf nimmt, er werde diese Menge für die Behandlung des Kranken nicht brauchen. Die Überzeugung der Strafkammer, dieser Vorsatz habe dem Angeklagten nicht nachgewiesen werden können, ist aus Rechtsgründen nicht angreifbar.

2. Auch die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe durch die Verwertung so entstehender Arzneireste für andere Patienten als die, denen er sie verschrieben hatte, keinen Betrug zum Nach-

teil der Kasse dieser Patienten oder der sie betreuenden Fürsorgebehörde begangen, ist rechtlich nicht zu beanstanden. Wie den Feststellungen des Urteils zu entnehmen ist, kam die Verwertung solcher Reste einmal der einen Kasse oder Fürsorgebehörde auf Kosten einer anderen, dann wieder umgekehrt zugute. Danach fehlt es für die Annahme eines Betrugs oder einer Untreue bereits am Nachweis eines Vermögensschadens der

Versicherungsträger oder Fürsorgebehörden. Vollends ist den Feststellungen der Strafkammer nicht der Nachweis zu entnehmen, daß sich der Angeklagte etwa der Möglichkeit, es könne ein solcher Schaden entstehen, bewußt war. Ein solcher Nachweis könnte nach den Feststellungen des Landgerichts offensichtlich auch nicht mehr erbracht werden.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar.)

Nr. 27

Zur Ungültigkeit der nordrhein-westfälischen Sparverordnung betr. Abgabe von 50 Prozent der 10000 DM übersteigenden Privateinnahmen der med. Universitätsprofessoren und Chefärzte

Leitsätze:

1. Die Einnahmen des Beamten aus privater Tätigkeit rechnen nicht zu seinen „Bezügen“.
2. Für Einnahmen aus genehmigungsfreier oder generell genehmigter Nebentätigkeit besteht eine Abführungspflicht nur insoweit, als staatliche Mittel in Anspruch genommen werden. Der Beamte ist lediglich verpflichtet, eine anteilmäßige Entschädigung für die Inanspruchnahme staatlichen Personals und staatlicher Einrichtungen abzuführen.
3. Die von der Landesregierung getroffenen Maßnahmen stellen sich als eine über das Gebotene und Erlaubte hinausgehende Anteilnahme der öffentlichen Hand an Privateinnahmen, als Sondersteuer und Enteignung dar und nicht als Maßnahmen auf dem Gebiete des Beamtenrechts.

LG Köln: Urt. v. 23. 11. 51.
— 9 0 79/50 —

Tatbestand:

Der Beklagte ist seit 18 Jahren ordentlicher Professor an der Universität Köln und Direktor der Universitäts-Augenklinik.

Unter Berufung auf § 10 der 3. Verordnung der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zur Sicherung der Währung und öffentlichen Finanzen vom 19. 3. 1949 (Gesetz- und Verordnungsblatt NRW 1949 S. 29 ff.) — im folgenden kurz „3. SparVO“ genannt (wie es auch — im Gegensatz zur Auffassung der Klägerin — der amtliche Sprachgebrauch in den Durchführungsbestimmungen zu dieser VO und wie es auch der Sprachgebrauch der Gerichte einschließlich BGH ist) — verlangt die Klägerin, zur Geltendmachung auch von der Stadt Köln ermächtigt, mit der vorliegenden Klage vom Beklagten zunächst Auskunft in Gemäßheit des Klageantrages Nr. 1 und weiter Zahlung gem. Klageantrag Nr. 2.
Die Klägerin beantragt:

den Beklagten zu verurteilen:

1. Auskunft zu erteilen, über die in der Zeit vom 1. 7. 49 bis 31. 3. 50 erzielten Einnahmen aus der persönlichen Behandlung von stationären Kranken der ersten und zweiten Klasse und aus sonstiger ärztlicher Nebentätigkeit, die mit der Inanspruchnahme der Universitätseinrichtungen im Zusammenhang steht;
2. 50% der aus dieser Tätigkeit erzielten, den Betrag von jährlich 10 000.— DM übersteigenden Bruttoeinnahmen an die Stadthauptkasse abzuführen.

Der Beklagte beantragt:

Abweisung der Klage; im Verurteilungsfalle Vollstreckungsnachlaß gem. § 713 Abs. 2 ZPO.

Der Beklagte hält die 3. SparVO und insbesondere den § 10 dieser VO für rechtsungültig. Er beruft sich hierzu im wesentlichen auf die Ausführungen des Kölner Universitätsprofessors Dr. H. C. Nipperdey in dessen Rechtsgutachten vom 14. 6. 1949, betitelt: „Rechtsungültigkeit der 50% Abgabeverpflichtungen für Hochschullehrer, Klinikdirektoren und Chefärzte“ (Anlage b in Hülle Bl. 42 d. A.). Hiernach sei die Vorschrift des § 10 aus nachstehenden Gründen ungültig:

A) Ermächtigungsgrundlage der 3. SparVO sei die Bestimmung des § 27 II c UmstG, wonach die Landesregierungen bis 31. 3. 1949 ermächtigt gewesen seien, auf dem Gebiete des Beamtenrechts, insbesondere des Besoldungs- und Versorgungsrechts, die Maßnahmen zu treffen, die ihnen zur Sicherung der Währung und der Finanzen geboten erschienen.

- I. Da § 27 II c UmstG auf dem Gebiete des Beamtenrechts ermächtige, liege die erste Ermächtigungsüberschreitung des § 10 der 3. SparVO schon darin, daß nach Abs. 6 dieser Vorschrift die getroffene Regelung auch Anwendung finde auf „Chefärzte und sonstige

leitende Ärzte" von öffentlichen Einrichtungen, „denen durch Vereinbarung oder gewohnheitsmäßige Duldung ein Liquidationsrecht zugestanden ist“. Soweit diese Personen Nichtbeamte im beamtenrechtlichen Sinne seien, sei daher § 10 ungültig.

- II. § 10 der 3. SparVO bedeute einen Eingriff in die Ansprüche, welche die hier in Betracht kommenden Beamten neben ihren allgemeinen gegen den öffentlichen Dienstherrn gerichteten beamtenrechtlichen Ansprüchen noch auf besonderer vertraglicher Grundlage hätten. Ein derartiger Sondereingriff sei eine unzulässige Enteignung.
- III. Durch die 3. SparVO hätte allenfalls auf dem hier in Betracht kommenden Gebiet nur die Entschädigung für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel geregelt werden können, wie dies auch in Abs. 3 des § 10 durch die Verwendung des Wortes „Entschädigung“ zum Ausdruck komme. In Wahrheit sei jedoch unter dem Deckmantel der Entschädigung eine „äußerst massive Honorarbeteiligung“ (so Nipperdey, a. a. O., S. 12) angeordnet worden. Dies sei eine neuartige Form einer Besteuerung und nicht durch die Ermächtigung des § 27 II c UmstG gedeckt.
- IV. Es hätten nur Maßnahmen getroffen werden dürfen, die „zur Sicherung der Währung und der öffentlichen Finanzen geboten erscheinen“. Darunter seien — unter Berücksichtigung des beamtenrechtlichen Gebietes — nur echte Sparmaßnahmen, also Etatsentlastung, zu verstehen. § 10 der 3. SparVO sei aber keine Sparmaßnahme, keine Etatsentlastung, sondern nichts anderes als eine Erschließung neuer, zusätzlicher Einnahmequellen, die zudem garnicht als Entlastung des Etats, sondern — wie in Abs. 5 des § 10 ausdrücklich betont — „der Verstärkung der persönlichen, sachlichen und allgemeinen Verwaltungsausgaben der Institute und Krankenhausanstalten“ dienen sollten.

B) Die Ungültigkeit des § 10 der 3. SparVO ergebe sich aber weiterhin aus folgendem:

§ 10 gehe davon aus, daß der Runderlaß des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 25. 4. 1939 in seiner Ziff. 11 für Klinikdirektoren seiner Zeit rechtsgültig bestimmt habe, was bei Inanspruchnahme öffentlicher Mittel vom Verdienst aus freiberuflicher Arztstätigkeit abzuführen sei. Diese Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 39 sei aber vom gleichen Minister durch RdErl. vom 26. 3. 1942 aufgehoben worden. Diese Aufhebung sei deshalb erfolgt, weil der RdErl. vom 25. 4. 39 insoweit seinerseits seine Ermächtigungsgrundlage, nämlich die Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer vom 18. 4. 1939, überschritten habe. Die Ermächtigung habe sich auf die Regelung des Unkostenfaktors für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel beschränkt. Der RdErl. vom 25. 4. 39 habe aber von

den Klinikdirektoren Abgaben verlangt, die jenseits des Unkostenfaktors lagen und auf eine nicht durch Unkostengesichtspunkte bedingte, prozentuale Beteiligung der öffentlichen Hand hinzielten. Die in § 10 der 3. SparVO getroffene Erwähnung der Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 39 habe keine konstitutive, sondern lediglich deklaratorische Bedeutung. Es entspreche einem anerkannten Rechtsgrundsatz des Staatsrechts, daß eine Ermächtigung eine VO nur dann decke, wenn sie im konkreten Falle ausdrücklich zur Stützung der VO verwendet worden sei. Die Ungültigkeit der Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 39 bestehe nach wie vor weiter; die Bestimmung des § 10 der 3. SparVO, die von seiner Gültigkeit ausgehe und lediglich modifiziere, sei daher wegen des grundlegenden Mangels ihres Substrats ungültig.

C) Schließlich ergebe sich die Ungültigkeit des § 10 der 3. SparVO daraus, daß diese Regelung gegen den verfassungsmäßig festgelegten Gleichheitsgrundsatz verstoße. Der Gleichheitsgrundsatz enthalte das Gebot, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln und umfasse insbesondere das Verbot der Willkür und sachfremden Differenzierung. Durch die hier in Frage stehende Bestimmung sei nur ein verschwindend kleiner Bruchteil der Beamtenschaft mit einer Sonderbelastung belegt worden. Diese Sonderbelastung gefährde auch die ärztliche Versorgung und den Fortschritt der ärztlichen Wissenschaft, da sie selbstbewußte und ausgezeichnete Forscher und Ärzte von der Beamtenlaufbahn abschrecke. Die in Wahrheit eine Abschöpfung der Einnahmen der Klinikdirektoren und Chefärzte darstellende Maßnahme des § 10 stelle sich aber auch als eine Willkür dar, da sie objektiv unwahrhaftig sei. Die objektive Unwahrhaftigkeit liege darin, daß unter dem Deckmantel der Unkostenvergütung eine massive Beteiligung der öffentlichen Hand an den Einnahmen aus der privaten genehmigungsfreien oder genehmigten Tätigkeit statuiert werde. Ein derartiger Tatbestand könne im Rechtsstaat im Hinblick auf den Gleichheitsgrundsatz keine rechtliche Anerkennung finden (so Nipperdey, a. a. O., S. 14/15).

Demgegenüber trägt die Klägerin vor:

Die Besonderheit der Kölner Universitätskliniken im Vergleich zu den übrigen Universitätskliniken liege darin, daß bei ihnen die Aufgabe der Forschung und der Lehre eine staatliche und die der Krankenversorgung eine städtische Aufgabe sei. Die Stadt Köln habe durch den zwischen ihr und dem Land Preußen am 27. und 29. 5. 1919 abgeschlossenen, nun im Verhältnis zum Lande Nordrhein-Westfalen geltenden Staatsvertrag zugleich mit den anderen für die medizinische Fakultät benötigten Kliniken der Universität auch die Augenklinik für Lehrzwecke zur Verfügung gestellt, wobei die Verwaltung der Kliniken bei der Stadt verbliebe. Die Rechte und Pflichten des Beklagten im Krankenhausbetrieb ergäben sich aus der „Dienstanweisung für die Direktoren der Universitätskliniken in ihrer Stellung als Leiter

städtischer Krankenhausabteilungen vom 19. 10. 22" (Anlage a in Hülle Bl. 62 d. A.). Diese Dienst-anweisung sei mit den aus der 3. SparVO folgenden Einschränkungen in den hier interessierenden Punkten noch heute gültig. Mit dieser Dienst-anweisung habe die Stadt Köln als Träger der städtischen Krankenanstalten die Rechtsverhältnisse dieser Anstalten — sowohl in Beziehung zwischen Anstaltsträger und Kranken wie zwischen Anstaltsträger und Leiter — im Wege öffentlich-rechtlicher Regelung festgelegt; dies ergebe sich aus Ziff. 2 Abs. 1 und 2:

„Unbeschadet ihrer Verpflichtungen gegenüber der Kölner Universität ihre ärztliche Tätigkeit hauptsächlich den städtischen Krankenanstalten zu widmen.“

„Daß eine sorgsame und gründliche Behandlung der Kranken gewährleistet ist“ (Abs. 1) und daß „sämtliche Kranken mit gleicher Sorgfalt zu behandeln“ sind (Abs. 2).

Der Krankenhausträger sei gegenüber allen Patienten — ohne Rücksicht auf Verpflegungs-kategorie, Selbstzahler (Privatpatienten) und Kassenpatienten — zur Gewährung der ärztlichen Leistung verpflichtet, so wie auch folgerichtig der Krankenhausträger gegenüber allen Kranken für die ärztliche Leistung haftbar sei. Wenn dem Beklagten durch die erwähnte Dienst-anweisung ein Eigenliquidationsrecht hinsichtlich der Patienten der 1. und 2. Klasse zugestanden sei, so sei zu berücksichtigen, daß hierdurch keine originären Honoraransprüche des Beklagten entstanden seien. Es handele sich hier um Einnahmen, die der Beklagte aus einem Amte ziehe, und zwar um Nebeneinnahmen, die dem Beklagten neben dem Gehalt und dessen Zulagen sowie den Kolleggeldern zuflössen. Die Gesamtheit dieser Einnahmen, mögen sie Einkünfte aus dem Nebenamt oder — wovon die Klägerin überzeugt sei — Nebeneinkünfte aus dem Hauptamt sein, stelle die Entschädigung für die Gesamtheit der Dienstleistungen dar. Nach § 3 Abs. 1 DBG gehöre die volle Hingabe der Arbeitskraft zu den Pflichten des Beamten. Durch den § 27 UmstG habe nun die Landesregierung die Ermächtigung erhalten, auf dem Gebiete des Beamtenrechts, — wobei die Gebiete des Besoldungs- und Versorgungsrechts als Beispiele, nicht als Einschränkung der Ermächtigung genannt seien — die ihr geboten erscheinenden Maßnahmen zu treffen. Wenn also schon eine Abänderung des Versorgungsrechts, dessen Regelungen wohlervorbene Rechte i. S. der Weimarer RV bedeuteten, möglich sei, um wieviel mehr hätte von der Ermächtigung zu Einsparungen auf dem Gebiete der Nebeneinnahmen Gebrauch gemacht werden können. Die Regelung derartiger Nebeneinkünfte sei demnach eine Angelegenheit des Beamtenrechts. Wenn durch § 10 der 3. SparVO den öffentlichen Krankenhausträgern nunmehr untersagt sei, diese Einkünfte ihren Klinikdirektoren in vollem Umfang zu belassen, weil deren Höhe offenbar in einem Mißverhältnis zu den öffentlichen Finan-

zen stehe, aus denen laufend erhebliche Zuschüsse für den Betrieb der öffentlichen Krankenanstalten aufzubringen seien, so halte sich die Landesregierung mit der getroffenen Regelung im Rahmen des ihr erteilten Auftrages, die öffentlichen Finanzen zu sichern. Es seien den Krankenhausträgern keine neuen Einnahmequellen eröffnet worden, sondern sie seien lediglich an einer großzügigen, den heutigen Verhältnissen nicht mehr entsprechenden Verfügung über ihre Einnahmen gehindert. Der Honoraranspruch gegen den Patienten sei aus dem Rechtsverhältnis zwischen Krankenhausträger und dem Patienten entstanden und sei somit ein dem Beklagten überlassener Vermögenswert des Krankenhausträgers. § 10 der 3. SparVO lege den Umfang fest, inwieweit der Krankenhausträger diese Einnahmen dem Beklagten überlassen dürfe. Die neue Regelung halte sich daher innerhalb der Ermächtigung, nicht nur der formellen Legitimation, sondern auch dem Sinn und Zweck nach.

Aber auch — so trägt die Klägerin weiter vor — wenn man innerhalb dieser öffentlich-rechtlichen Betrachtungsweise — entgegen dem in der Dienst-anweisung vom 19. 10. 22 ausdrücklich ausgesprochenen Willen des Anstaltsträgers — annehmen wolle, daß dem Beklagten gegenüber Selbstzahlern das „Recht der freien Praxis“ eingeräumt worden sei — was nach der Gestaltung der Kölner Verhältnisse nicht angenommen werden könne —, so würde dies im Hinblick auf das Klagebegehren nichts ändern. Die Ermächtigung des § 27 UmstG erfasse das gesamte Beamtenrecht, soweit es Anlaß zu Maßnahmen biete, die den Zweck einer Sicherung der öffentlichen Finanzen verfolgen, daher auch Maßnahmen zur Überprüfung und gegebenenfalls Einschränkung von vermögensrechtlichen Ansprüchen, die aus dem Beamtenrecht herrühren. Das von der Gegenseite vorgelegte Gutachten von Nipperdey, das auf eine vom gleichen Verfasser herrührenden Gutachten „Chefarzt und Krankenhaus“ basiere, betrachte die Vorgänge im Krankenhaus nur unter privatrechtlichen Gesichtspunkten. Die Rechtsbeziehungen der Kölner Krankenanstalten zu ihren Kranken und zu den Klinikdirektoren seien jedoch öffentlich-rechtlich gestaltet. Aber auch bei einer privatrechtlichen Betrachtungsweise komme man zu dem Ergebnis, daß dem Klinikdirektor (wie dem Chefarzt) nur ein derivativer und kein originärer Honoraranspruch gegen den Patienten zustehe. In aller Regel käme es nur zwischen dem Krankenhausträger und dem Patienten zum Abschluß eines Vertrages, der die vom Krankenhausträger zu erbringenden Leistungen einschließlich der ärztlichen Leistung umfasse. Wenn es dem Patienten einmal an der Person des behandelnden Arztes gelegen sei, so gehöre diese Erwägung in das Bereich der Motive. Lediglich in den sogenannten Belegkrankenhäusern komme es zum Abschluß eines „aufgespaltenen Arzt-Krankenhaus-Vertrages“. Von diesem Sonderfall abgesehen, sei stets von einem einheitlichen Krankenhauseaufnahmevertrag auszugehen. Die Gewährung

eines Liquidationsrechtes durch den Krankenhaus-träger an einen beamteten oder angestellten leitenden Arzt könne keine weitere rechtliche Bedeutung haben als eben nur die, daß der Arzt durch das Krankenhaus ermächtigt werde, in bestimmten Umfang zu liquidieren. Eine Unterscheidung der Patienten in Selbstzahler und Zahlungsunfähige sei auch aus sozialen und ethischen Gründen nicht vertretbar. Diese Ansicht, daß nämlich der Patient bei Krankenhäusern mit beamteten oder angestellten Ärzten auch hinsichtlich der ärztlichen Betreuung lediglich einen Vertrag mit dem Krankenhaus schließe, werde auch durch die höchstrichterliche Rechtsprechung und zwar durch das Urteil des Reichsgerichts vom 30. 6. 1936 (JW 1936/3182), die Urteile des Bundesgerichtshofes vom 11. 4. 1951 (II ZR 68/50) und vom 10. 5. 1951 (III ZR 102/50) sowie durch das Rechtsgutachten von Professor Molitor vom 26. 2. 1951 (Anlage a in Hülle Bl. 100 d. A.) wie durch die beiden Aufsätze des Reg.-Rats Spahn (Anlagen c, d in Hülle Bl. 100 d. A.) bestätigt. Die Regelung des § 10 der 3. SparVO — so führt die Klägerin weiter aus — bedeute auch keinen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz. Es liege keine Willkür vor, sondern ernste Erwägungen hätten zum Erlaß der 3. SparVO geführt. Man könnte viel eher argumentieren, daß ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz dann vorläge, wenn die geringen Ruhegehaltsbezüge der Pensionäre und Witwen gekürzt würden, die hohen Bezüge der leitenden Krankenhausärzte aber unangetastet blieben. Daß keine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes vorliege, werde zudem durch das Urteil des BGH vom 10. 5. 1951 — III ZR 184/50 — (Bl. 89 ff. d. A.) belegt.

Gemäß Beweisbeschuß vom 9. 2. 1951 (Bl. 64 d. A.) wurden die Akten Ca 195/49 des Arbeitsgerichts Bielefeld beigezogen und eine Auskunft des Finanzministers von Nordrhein-Westfalen darüber eingeholt, welche Erwägungen zu dem Erlaß des § 10 der 3. Spar VO geführt haben.

Auf den Inhalt der abschriftlich z. d. A. genommenen Urteile des Arbeitsgerichts Bielefeld vom 20. 7. 1949 und des Landesarbeitsgerichts Hamm vom 29. 9. 1949 (Anlagen a und b in Hülle Bl. 71 d. A.) wie auf den Inhalt der Auskunft des Finanzministers vom 8. 6. 1951 (Bl. 72—85 d. A.) wird im folgenden Bezug genommen.

Zu der Auskunft des Finanzministers bemerkt die Klägerin:

Aus ihr könne unmißverständlich entnommen werden, daß es sich bei den in § 10 der 3. SparVO getroffenen Anordnungen um echte beamtenrechtliche Maßnahmen handle. Es könne dahingestellt bleiben, ob es sich bei den Einkünften der Klinikdirektoren aus der Behandlung von Patienten der 1. und 2. Klasse um Bezüge aus einer Nebentätigkeit oder um Nebeneinnahmen aus dem Hauptamt handle. Auf jeden Fall handle es sich um Maßnahmen, die der Landesregierung zum Zwecke der Sicherung der Währung und der öffentlichen Finanzen auf dem Gebiete des Beamtenrechts geboten erschienen.

Der Beklagte verweist im Hinblick auf die Auskunft des Finanzministers auf seine vorher vorgebrachten Gesichtspunkte und trägt dann noch vor: Der Beklagte und viele seiner Kollegen nähmen seit Jahren die Kolleggeldgarantie von DM 1000.—, in Anspruch. Die tatsächlich aufkommenden Kolleggelder lägen unter dem Betrag von DM 1000.—. (Die weiteren Ausführungen des Beklagten hierzu beruhen offensichtlich auf einem Schreibfehler in der dem Beklagten zugegangenen Abschrift der Auskunft; in dem Original ist die Rede von Kolleggeldern von DM 1000.— bis DM 7000.—, nicht — wie der Beklagte entnommen hat — von DM 10 000.— bis DM 7000.—.)

Hinsichtlich der übrigen Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der vorbereiteten Schriftsätze der Parteien sowie auf den Inhalt der von ihnen überreichten Unterlagen, von denen noch besonders das von dem Beklagten überreichte Urteil des Landgerichts Detmold vom 7. 11. 1950 — O. 160/49 — (Anlage a in Hülle Bl. 42 d. A.) zu erwähnen ist, verwiesen. Alles dies war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

I.

Wenn in der Klageschrift als Kläger „das Kuratorium der Universität Köln“ aufgeführt ist, so handelt es sich hierbei — wie die entsprechenden §§ 3, 8, 11 der Satzung der Universität Köln (Anlage a in Hülle Bl. 46 d. A.) belegen — um eine ungenaue Parteibezeichnung. Die Universität Köln ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts (§ 3 der Satzung). Zur Verwaltung, insbesondere der Vermögensangelegenheiten, ist als Organ das Kuratorium bestellt (§ 8 der Satzung; vgl. auch: Wende, Grundlagen des Preußischen Hochschulrechts, 1930, S. 57, wo die besonderen Verhältnisse der Kölner Universität ausdrücklich erwähnt werden). Dieses Kuratorium, das also lediglich Organ ohne eigene Rechtspersönlichkeit ist, wird gerichtlich vertreten durch seinen 1. Vorsitzenden (§ 11 der Satzung). Somit muß die Parteibezeichnung der Klägerin richtig lauten: „Die Universität Köln, vertreten durch das Kuratorium, dieses vertreten durch seinen 1. Vorsitzenden, den Oberbürgermeister der Stadt Köln.“ Die Ungenauigkeit der Parteibezeichnung war unschädlich und konnte von Amts wegen berichtet werden.

II.

Die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts ergibt sich aus § 71 Abs. 2 Ziff. 1 GVG.

III.

Was die Zulässigkeit des Rechtsweges betrifft, so ist diese zwar nicht von den Parteien, insbesondere nicht vom Beklagten, irgendwie in Frage gestellt worden. Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist jedoch eine allgemeine Prozeßvoraussetzung, die nicht etwa durch Parteivereinbarung begründet

werden kann, sondern stets von Amts wegen zu untersuchen ist. Nach dem Inhalt der Klageschrift und besonders nach den in diesem Punkte ausdrücklichen Erklärungen der Klägerin handelt es sich im vorliegenden Falle um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit zwischen den Parteien. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten gehören nun grundsätzlich nicht vor die ordentlichen Gerichte, es sei denn, daß sie kraft Gesetzes (oder kraft Gewohnheitsrechts; vgl. BGH vom 12. 4. 51 in NJW 1951/800 ff.) zugewiesen sind. Die gesetzliche Zuweisung an das ordentliche Gericht folgt aus Art. 129 Abs. 1 S. 3 Weimarer RV (vgl. BGH vom 4. 6. 1951 in NJW 51/889). § 142 des noch heute gültigen DBG vom 26. 1. 1937 sah nun vor, daß vermögensrechtliche Ansprüche des Beamten gegen den Fiskus durch Klage vor den Verwaltungsgerichten geltend zu machen sind. Da jedoch die Vorschrift des § 142 DBG bisher nicht in Kraft getreten ist, verbleibt es gem. § 182 Halbsatz 2 DBG bei der bisherigen Vorschrift, dem Rechtsweg vor den ordentlichen Gerichten (vgl. die Zusammenstellung bei: Fischbach, Deutsches Beamtengesetz und Bundespersonalgesetz, 1951, S. 994 zu § 142). Seit jeher gehörten auch Klagen des Fiskus gegen den Beamten, sofern vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis geltend gemacht werden, vor die ordentlichen Gerichte (§ 142 Abs. 2 DBG; vgl. auch Fischbach, a. a. O., S. 1000; Stein-Jonas, ZPO, 17. Aufl., 1949, Vorbem. II B la vor § 1). Nun ist allerdings der Begriff „vermögensrechtlicher Anspruch“ i. S. des Beamtenrechts nicht mit dem des GVG identisch, sondern enger. Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen des Beamten gehören hauptsächlich seine Ansprüche auf Gehalt, Wohnungsgeldzuschuß, ggf. Kinderzuschläge und mit dem Amt zusammenhängende Zulagen sowie auf Ersatz für die im dienstlichen Interesse gemachten Aufwendungen (vgl. Fischbach, a. a. O., S. 1000—1002). Bei Klagen des Fiskus gegen einen Beamten muß es sich ebenfalls um vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis, wie z. B. Rückzahlung zuviel erhobenen Gehalts oder Rückgriffshaftung, handeln. Bei der hier vorzunehmenden Prüfung der Zulässigkeit des Rechtsweges genügt jedoch insoweit das Klagevorbringen, da aus ihm das Verfolgen vermögensrechtlicher Ansprüche aus dem Beamtenverhältnis hinreichend dargetan wird; für die Entscheidung, ob im Einzelfall der Rechtsweg zulässig ist, kommt es nämlich allein auf die vom Kläger geltend gemachte Rechtsfolge an (vgl. Stein-Jonas, a. a. O., Vorbem. II C 1 vor § 1).

Der in den Fällen einer vom Beamten gegen den Fiskus angestregten Klage als Prozeßvoraussetzung notwendige sogenannte Vorbescheid gem. § 143 DBG ist für Klagen des Fiskus gegen den Beamten heute nicht mehr erforderlich (vgl. Fischbach, a. a. O., S. 1009 und S. 1017 Anm. 1).

Die Zulässigkeit des Rechtsweges ist also gegeben.

IV.

Bedenken gegen die von der Klägerin gewählte Prozeßart und Fassung der Klageanträge (1. Auskunft, 2. Leistung) bestehen im Hinblick auf die grundlegenden Ausführungen in RGZ 108/7 nicht (vgl. auch Stein-Jonas, a. a. O., II zu § 254; Baumbach, ZPO, 19. Aufl., Anm. 2 zu § 254).

V.

Was die Sachbefugnis der Klägerin angeht, so ergeben sich Bedenken, weil bei Klagen eines Beamten wegen vermögensrechtlicher Ansprüche grundsätzlich die Klage gem. § 144 S. 1 DBG gegen den durch die oberste Dienstbehörde vertretenen Dienstherrn — dies wäre vorliegend der Kultusminister von Nordrhein-Westfalen — zu richten ist und dies auch dann gilt, wenn der Beamte in der Rolle des Beklagten ist (vgl. Fischbach, a. a. O., S. 1024). Dies ist jedoch nur der Regelfall; im übrigen gilt der Satz, daß die Klage gegen den Dienstherrn zu richten ist, der den streitigen Anspruch zu erfüllen hat (Fischbach, a. a. O., S. 1022). Zwar sind die Kölner Universitätsprofessoren genau wie ihre Bonner Kollegen unmittelbare Landesbeamte. Gehaltsansprüche der Kölner Universitätsprofessoren richten sich jedoch nicht gegen die Staatskasse (vgl. Wende, a. a. O., S. 71; § 13 der Satzung der Universität Köln), sondern gegen die Universität Köln selbst, die dann — da Vermögensangelegenheit — durch das Kuratorium vertreten wird. Hiernach und weil im vorliegenden Falle die Erfüllung des streitigen Anspruches an die Kölner Stadthauptkasse begehrt wird, die Stadt Köln aber die Klägerin auch zur Klageerhebung ermächtigt hat, erscheint die Sachbefugnis der Klägerin, zumindest ihr Prozeßführungsrecht, gegeben.

VI.

Die Klage ist aber sachlich nicht begründet.

1. Gegen die formelle Gültigkeit der 3. SparVO, die im Gesetz- und Verordnungsblatt nur mit der Unterschrift des Ministerpräsidenten und zweier Fachminister — ohne Hinweis auf die Mitwirkung der übrigen Regierungsmitglieder — veröffentlicht worden ist, sind in diesem Rechtsstreit seitens des Beklagten keine ausdrücklichen Einwendungen erhoben worden. Die Kammer folgt in diesem Punkt der heute wohl überwiegenden Meinung, daß die 3. SparVO als formell gültig anzusehen ist (vgl. a.: Nipperdey, a. a. O., S. 11; LG Detmold in dem erwähnten Urteil vom 17. 11. 1950; BGH in dem erwähnten Urteil vom 10. 5. 51 mit weiteren Zitaten — Bl. 98 d. A. —).

2. Die Kammer hält jedoch die besondere Vorschrift des § 10 dieser SparVO, aus welcher die Klägerin ihren Anspruch herleiten will, in materieller Hinsicht ungültig.

3. Bevor die Gründe hierfür dargelegt werden, erscheint es angebracht, die Rechtsentwicklung, die zu dieser Vorschrift führte, aufzuzeigen. Dies ist um so mehr erforderlich, als § 10 der 3. SparVO

selbst auf frühere gesetzliche Bestimmungen zurückgreift und daher nur im Zusammenhang mit ihnen gewürdigt werden kann. Dies ist in der „Stellungnahme des Verbandes der leitenden Krankenhausärzte zu dem Standpunkt der Landesregierung Nordrhein-Westfalen zur 3. SparVO“ (in „Der Krankenhausarzt“, August 1951, Heft 8, S. 288 — Anlage f. in Hülle Bl. 102 d. A. —) offenbar nicht erkannt worden. Eine bloße Verweisung auf die im Urteil des LG Detmold enthaltene Rechtsentwicklung reicht nicht aus, da es sich im Detmolder Fall um einen beamteten Arzt handelt, der nicht Hochschullehrer und nicht Klinikdirektor ist.

a) Ausgangspunkt sind die nach wie vor gültigen Vorschriften der §§ 10—14 DBG (vgl. im folgenden: Fischbach, a. a. O., S. 251 ff.). Aus ihnen ergibt sich, daß der Beamte grundsätzlich zur Übernahme von Nebentätigkeiten der Genehmigung seines Dienstvorgesetzten bedarf, und sodann, daß, wenn für eine Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst eine Vergütung überhaupt zugelassen ist, diese sich im Regelfall nur in bestimmten engen Grenzen bewegen soll. Bei privaten Nebentätigkeiten ist grundsätzlich keine geldmäßige Grenze gezogen, doch hat es die Behörde in der Hand, durch Versagen der Genehmigung einem zu stark entwickelten Streben nach Nebenverdienst entgegenzutreten. Die Nebentätigkeit ist der allgemeine Begriff; unter ihr wird sowohl das Nebenamt wie die Nebenbeschäftigung verstanden; letztere kann eine solche im öffentlichen Dienst oder eine private Beschäftigung sein.

Hinsichtlich der Genehmigungsbedürftigkeit heißt es in § 11 DBG:

„Nicht genehmigungspflichtig ist . . . eine schriftstellerische, wissenschaftliche . . . oder Vortragstätigkeit der Beamten sowie die mit der Lehr- oder Forschungstätigkeit zusammenhängende Gutachtertätigkeit von Lehrern an öffentlichen Hochschulen . . .“

b) Näheres im allgemeinen und für bestimmte Beamtengruppen sowie über die Entgeltfähigkeit und Abführungspflicht ist dann gem. § 14 DBG: „Das Nähere über die Tätigkeit der Beamten wird durch Verordnung geregelt. Dabei wird auch bestimmt, ob und inwieweit der Beamte die für eine Nebentätigkeit gezahlte Vergütung abzuführen hat.“

durch die gleichfalls nach wie vor (vgl. auch RdErl. des Finanzministers von NRW vom 13. 9. 50 in MBINRW 50/864) gültige „Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. Juli 1937“ (RGBl. I S. 753 ff.) geregelt. Von den für den vorliegenden Rechtsstreit wesentlichen Bestimmungen seien zitiert:

„Nr. 6 (Abs. 1): Ärztlichen . . . Beamten, auch Lehrern an öffentlichen Hochschulen, kann die oberste Dienstbehörde die Ausübung der Privatpraxis nur aus dienstlichen Gründen oder mit Rücksicht auf örtliche Belange genehmigen.“

Nr. 11 (Abs. 1): Für ein Nebenamt oder eine Nebenbeschäftigung im öffentlichen Dienst wird grundsätzlich eine Vergütung nicht gewährt

(Abs. 2): Ausnahmen können zugelassen werden.

a) bei Ausübung einer Lehrtätigkeit . . .

Nr. 15 (betr. jährliche Rechnungslegung des Beamten über Einnahmen aus Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst).

Nr. 16 (betr. Meldepflicht des Dienstherrn an Finanzminister, falls ein Beamter für Nebenbeschäftigung mehr als RM/DM 5000.— pro Jahr erzielt).

Nr. 17 (betr. jährliche Berichtspflicht des Beamten über Einnahmen aus genehmigter Nebentätigkeit außerhalb des öffentl. Dienstes).

Nr. 20: Für die Nebentätigkeiten der Hochschullehrer kann der Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern und dem Reichsminister der Finanzen zusätzliche Vorschriften erlassen.“

c) Für Preußen hat der Preußische Finanzminister in seinen „Richtlinien für die Durchführung der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten“ vom 21. 10. 1937 — I C 3310 D — Pr. BesBl. 37/227 (die lt. Tiemann-Deermann-Schumacher-Draeger, Die Amtsführung des Lehrers, Schulrecht, 10. Aufl., 1951, S. 617, als heute noch gültig anzusehen sind) erläuternd u. a. ausgeführt, daß

aa) die schriftstellerische, wissenschaftliche, künstlerische oder Vortragstätigkeit nach § 11 DBG genehmigungsfrei ist, und daß dem Beamten die Einnahmen aus dieser Nebentätigkeit in voller Höhe zu belassen sind;

bb) sonstige Nebenbeschäftigungen außerhalb des öffentlichen Dienstes genehmigungsbedürftig sind; Einnahmen hieraus dürfen den Beamten in unbegrenzter Höhe belassen werden.

d) Auf Grund der in Nr. 20 der VO vom 6. 7. 37 erteilten Ermächtigung wurde dann von den zuständigen Ministern die — unbestritten heute noch gültige — „Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer“ vom 18. 4. 39 (RGBl. I/797) erlassen. Die für vorliegenden Fall wichtigsten Bestimmungen dieser VO lauten:

I. Gutachtertätigkeit der Hochschullehrer.

1.

(1) Übernehmen Hochschullehrer die Erstattung von Gutachten über Fragen ihres Fachgebiets einschließlich der hierfür erforderlichen Untersuchungen, ohne hierzu durch Gesetz, Rechtsverordnung oder Verwaltungsanordnung verpflichtet zu sein, so steht diese

Tätigkeit im Zusammenhang mit der Lehr- und Forschungstätigkeit und bedarf keiner Genehmigung; die dem Hochschullehrer hierfür zufließenden Nebenvergütungen sind, vorbehaltlich der Bestimmungen dieser Verordnung, von der Ablieferungspflicht frei.
(2—5)

2.

(1) Soweit zur Anstellung der Untersuchungen und zur Abgabe der Gutachten staatliche Einrichtungen, staatliches Personal und Material in Anspruch genommen werden, sind die Hochschullehrer verpflichtet, einen bestimmten Hundertsatz der erhaltenen Vergütung an die Staatskasse abzuführen.
(2—3)

3.

Nr. 15, 16 und 17 der Verordnung vom 6. 7. 37 (RGBl. I/753) finden, soweit es sich um genehmigungsfreie Nebentätigkeiten handelt, keine Anwendung.

4.

.

II. Nebentätigkeit der Direktoren der Universitätskliniken.

5.

(1) Den Direktoren der Universitätskliniken ist es gestattet, Kranke der I. und II. Verpflegungsklasse privat zu behandeln und für die Behandlung ein besonderes Honorar zu fordern, sofern die Kranken die persönliche Behandlung durch den Direktor der Klinik besonders wünschen.

(2)

6.

Den Direktoren der Universitätskliniken ist die Ausübung freier Sprechstundenpraxis gestattet.

7.

(1) Über den Bereich der Bestimmungen der Nr. 5 und 6 dieser Verordnung hinaus ist den Direktoren der Universitätskliniken die Ausübung von Privatpraxis nicht gestattet.

(2)

8.

Für die Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, staatlichen Personals und Materials haben die Klinikdirektoren einen bestimmten Hundertsatz der ihnen aus dieser Tätigkeit (Nr. 5 und 6) zufließenden Vergütungen an die Staatskasse abzuführen.

III. Gemeinsame Bestimmungen.

9.

(1) Die Höhe des Hundertsatzes der abzuführenden Vergütung (Nr. 2 Abs. 1 und Nr. 8) bestimmt der Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung.

(2) Werden städtische Einrichtungen, städtisches Personal und Material in Anspruch genommen, so ist der festzusetzende Hundertsatz der Vergütung (Nr. 2 Abs. 1 und Nr. 8) an die Stadtkasse abzuführen.

(3)

10.

Die zur Durchführung dieser Verordnung erforderlichen Verwaltungsanordnungen erläßt der Reichsminister für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung.

11.

Diese Verordnung tritt mit Wirkung vom 1. Januar 1939 in Kraft; sie findet auf Nebeneinnahmen, die vor dem 1. Januar 1939 erwachsen sind, keine Anwendung. Alle dieser Verordnung entgegenstehenden Regelungen werden vom gleichen Zeitpunkt ab aufgehoben."

e) In Durchführung der Ermächtigung in Ziff. III 9 der obigen VO vom 18. 4. 1939 erging der RdErl. des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 25. 4. 1939 — WA 930, V, Z II a (b) — (Pr. MinAmtsbl. DuSch Wiss. 1939 S. 277).

In diesem RdErl. heißt es unter

B I 3: „Die . . . bisherigen Erfahrungen haben eindeutig gezeigt, daß auf Grund der allgemeinen Bestimmungen über die Nebentätigkeit der Beamten ein großer Teil der Fälle von Nebentätigkeiten im Bereich der Verwaltungen für Wissenschaft und Volksbildung nicht in sachentsprechender Weise zu erfassen war. Vor allem bedurfte es dringend einer reichseinheitlichen Regelung für die Ausübung von Privatpraxis der Hochschullehrer der Medizin. . . . Ich habe daher auf Grund von Nr. 20 der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. Juli 1937 (RGBl. I/752) im Einvernehmen . . . die Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer vom 18. April 1939 (RGBl. I/797) erlassen, die mit Wirkung vom 1. Januar 1939 in Kraft tritt.

Erläuternd bemerke ich hierzu folgendes:

(4—5)

6. Werden zur Anstellung von Untersuchungen und zur Abgabe von Gutachten

a) staatliche Einrichtungen . . . in Anspruch genommen,

b) staatliches Personal beschäftigt oder

c) staatliches Material verbraucht,

so hat der Hochschullehrer hierfür eine Entschädigung von je 5 v. H. für jeden dieser Fälle an die Staatskasse abzuführen.

Wird staatliches Personal überwiegend für die Untersuchungs- und Gutachtertätigkeit der Hochschullehrer in Anspruch genommen, so sind diese verpflichtet, der Staatskasse an Stelle der Entschädigung nach Ziff. 6 Abs. 1

die Vergütungen und Löhne anteilmäßig zu erstatten.
(7—10)

11. Von der dem Klinikdirektor durch die persönliche Behandlung der Patienten 1. und 2. Klasse sowie aus der sonstigen ärztlichen Nebentätigkeit zufließenden Bruttoeinnahme bleiben ihm 30 000.— RM jährlich ungekürzt belassen. Von der 30 000.— RM jährlich übersteigenden Einnahme bis einschl. 50 000.— RM sind 5 v. H. an die Staats-(Stadt-)kasse abzuführen

12. (betr. Sammelnachweisung der abgeführten Beträge).

13.“

Die Gültigkeit dieser Bestimmungen wurde schon damals als Ermächtigungsüberschreitung in Zweifel gezogen (vgl. Nipperdey, a. a. O., S. 7; Urteil des LG Detmold, a. a. O., S. 7).

f) Durch den — nicht veröffentlichten — RdErl. des gleichen Ministers vom 26. 3. 1942 — WA 579 (b) — (Abschrift als Anlage b in Hülle Bl. 62 d. A.) wurden die Bestimmungen unter Abschnitt B I Ziff. 11, 12 des RdErl. vom 25. 4. 1939 außer Kraft gesetzt (nicht dagegen der gesamte RdErl., wie das LG Detmold — a. a. O., S. 7 — annimmt). Die hier wesentliche Bestimmung des RdErl. vom 26. 3. 1942 lautet:

„Betr.: Nebentätigkeit der Klinikdirektoren.

1. In Nr. 8 der Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer vom 18. 4. 1939 — RGBL I/797 — ist den Klinikdirektoren die Verpflichtung auferlegt worden, für die Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen, staatlichen Personals und Materials einen bestimmten Hundertsatz der ihnen aus der privaten Behandlung von Kranken der 1. und 2. Verpflegungsklasse in den Universitätskliniken zufließenden Vergütungen an die Staatskasse abzuführen.

Die Höhe des Hundertsatzes ist von mir in Durchführung der Nr. 9 der Verordnung vom 18. 4. 1939 durch Runderlaß vom 25. April 1939 — WA 930, V, Z II a — festgesetzt worden. Nachdem nunmehr in Aussicht genommen ist, die Gebührenregelung für die Universitätskliniken reichseinheitlich neu zu ordnen und in diesem Zusammenhang auch die Frage der Entschädigung des Staates für Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen usw. bei Ausübung von Privatpraxis durch die Klinikdirektoren zu berücksichtigen, setze ich die Bestimmungen unter Abschnitt B I Ziff. 11 und 12 meines Runderlasses vom 25. 4. 1939 — WA 930, V, Z II a — mit Wirkung vom 1. Januar 1941 ab außer Kraft.“

g) Soweit ersichtlich folgte nun keine weitere Regelung bis zur Schaffung des § 10 der 3. SparVO. Diese Vorschrift trägt die Überschrift „Bezüge der Hochschullehrer und Klinikdirektoren“ und steht im Kapitel I der VO mit der Überschrift „Beamtenrechtliche Vorschriften“.

Sie setzt in ihrem Abs. 1 den erwähnten — nicht veröffentlichten — RdErl. vom 26. 3. 42 — WA 579 (b) — außer Kraft.

In Abs. 2 heißt es:

„Die Bestimmungen in Abschnitt B I Ziff. 11 seines RdErl. vom 25. 4. 1939 — Pr.MinAmtsbl. DuSch Wiss. 1939 S. 277 — sind mit der folgenden Änderung anzuwenden:

Übersteigen die den Klinikdirektoren aus der persönlichen Behandlung von Patienten der 1. und 2. Klasse sowie die sonstigen aus Nebentätigkeit zufließenden Bruttoeinnahmen 10 000.— DM jährlich, so sind 50 v. H. des übersteigenden Betrages an die Landeshauptkasse (Stadthauptkasse) abzuführen. Als Nebentätigkeit im Sinne vorstehender Bestimmungen gilt nur eine Beschäftigung, die mit der Inanspruchnahme staatlicher Einrichtungen im Zusammenhang steht.“

Abs. 3 lautet:

„B I Ziff. 6 des RdErl. vom 25. 4. 1939 erhält folgende Fassung:

Werden zur Anstellung der Untersuchungen und zur Abgabe der Gutachten

a) staatliche Einrichtungen in Anspruch genommen,

b) staatliches Personal beschäftigt oder

c) staatliches Material verbraucht,

so hat der Hochschullehrer hierfür eine Entschädigung von je 10 v. H. für jeden dieser Fälle an die Staatskasse abzuführen.“

Nach Abs. 6 soll diese Regelung auch sinn gemäße Anwendung finden auf „Klinikdirektoren anderer öffentlicher Einrichtungen sowie auf deren Chefärzte und sonstigen leitenden Ärzte, denen durch Vereinbarung oder gewohnheitsmäßige Duldung ein Liquidationsrecht zugestanden ist.“

Die der Staats-(Stadt-)kasse zufließenden Einnahmen sollen gem. Abs. 5 „zur Verstärkung der persönlichen, sachlichen und allgemeinen Verwaltungsausgaben der Institute und Krankenhausanstalten“ verwendet werden.

In den zur 3. SparVO ergangenen Durchführungsbestimmungen vom 1. 7. 1949 (MBINRW 1949/667) regelt Abschnitt II (Überschrift: „Einnahmen der Klinikdirektoren“) die Verwendung der Beträge. Abschnitt III bringt Sonderregelungen für städtische Klinikdirektoren. Abschnitt IV (Überschrift: „Entschädigung für Gutachtertätigkeit“) lautet:

„Die vorstehenden Bestimmungen gelten sinngemäß für die Abführung der Entschädigungen nach § 10 Abs. 3 und 4 und für deren Verwendung.“

Im Abs. 3 des Abschnittes V heißt es, daß die der Staatskasse verbleibenden Beträge als

„Anteile des Landes gemäß VO vom 18. 4. 39 an den Einnahmen der Hochschullehrer aus Neben- und Gutachtertätigkeit“

zu vereinnahmen sind.

Soweit die Rechtsentwicklung.

4. Bei der 3. SparVO handelt es sich um eine Rechtsverordnung. Sie unterliegt somit den allgemeinen Gültigkeitsvoraussetzungen dieser Verordnungen, als deren wichtigste anzusehen ist, daß sie sich im Rahmen der gegebenen gesetzlichen Ermächtigung halten muß. Zur Prüfung der Gültigkeit derartiger Rechtsverordnungen ist das ordentliche Gericht befugt (vgl. für die Zeit bis 1933: Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. 2, 1932 S. 255; für die Zeit nach 1945: Peters, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1949, S. 90). Die Befugnis des ordentlichen Gerichts, den in zahlreichen Fällen vorliegenden Widerspruch zwischen dem ermächtigenden Gesetz und der abgeleiteten Verordnung aus der Welt zu schaffen, soll und muß unbestritten bleiben (vgl. a.: Peters, a. a. O.).

Es bedarf auch keiner Aussetzung des Verfahrens und Vorlage der Akten beim Landes- oder Bundesverfassungsgericht gem. Art. 100 GG, da diese Bestimmung nur auf Gesetze Anwendung findet. Auch die in der Brit. Zone durch die VO Nr. 165 eingeführte Verwaltungsgerichtsbarkeit hat auf dieses Nachprüfungsrecht des ordentlichen Gerichts keinen Einfluß (vgl. BGH in NJW 51/358). Schließlich steht auch die Tatsache, daß die 3. SparVO auf einer besatzungsrechtlichen Norm, dem UmstG, beruht, ihrer — der SparVO — Nachprüfung nicht entgegen, denn sie selbst ist deutsches Recht (vgl. Hamb. OVG in DVBl. 51/48 ff.).

5. Ob — wie das LG Detmold in seinem erwähnten Urteil vom 7. 11. 1950 mit beachtlicher Begründung ausgeführt hat — die Regelung des § 10 der 3. SparVO gegen den Gleichheitsgrundsatz verstößt und deshalb ungültig ist, kann dahingestellt bleiben. Ferner braucht der Streit der Parteien darüber, ob es sich bei den Honoraransprüchen der Klinikdirektoren gegen die Privatpatienten um Ansprüche aus originärem oder abgeleitetem Recht (vom Krankenhaussträger her) handele, nicht entschieden werden, da es hierauf nicht ausschlaggebend ankommt; die von der Klägerin in diesem Zusammenhang zitierten höchstrichterlichen Entscheidungen betreffen zudem völlig andersliegende Fälle. Zu der von der Klägerin herangezogenen „Dienstweisung für die Direktoren der Universitätskliniken als Leiter städtischer Krankenanstalten“ vom 19. 10. 1922 ist zu bemerken, daß diese Dienstweisung — zumindest in der hier allenfalls in Betracht kommenden Ziff. 3 — durch die spätere reichseinheitliche und heute noch gültige VO vom 18. 4. 1939 (durch deren Ziff. III 11) überholt und nicht mehr gültig ist; im übrigen ist dies vorliegend ohne Einfluß, da die Klägerin ihr Begehren ausdrücklich auf die in § 10 der 3. SparVO getroffene Regelung stützt.

Die Kammer hält jedoch diese Bestimmung aus nachstehenden Gründen für ungültig.

6. A. a) Die 3. SparVO beruht wie alle Sparverordnungen des Landes Nordrhein-Westfalen

auf § 27 (genauer: § 27 II c) des UmstG, wonach die Landesregierungen ermächtigt wurden, auf dem Gebiete des Beamtenrechts, insbesondere des Besoldungs- und Versorgungsrechts, die Maßnahmen zu treffen, die ihnen zur Sicherung der Wahrung und der öffentlichen Finanzen geboten erscheinen. Aus der oben wiedergegebenen Entwicklung der rechtlichen Bestimmungen über die Nebentätigkeit der Beamten im allgemeinen und der Hochschullehrer und Klinikdirektoren im besonderen ist zu folgern, daß die Fragen der Nebentätigkeit im Verhältnis zwischen Dienstherrn und Beamten einer Regelung auf Grund der Ermächtigung des § 27 II c UmstG an sich zugänglich waren (vgl. a.: Nipperdey, a. a. O., S. 12).

b) Hieraus ergibt sich aber auch schon die erste Ermächtigungsüberschreitung des § 10, soweit er nämlich gem. seinem Abs. 6 auch Anwendung auf Nichtbeamte finden soll. Dies ist bisher auch in zwei rechtskräftigen Urteilen von Landesarbeitsgerichten — Hamm und Düsseldorf (vgl. die Wiedergabe in der Zusammenstellung von Schmelcher, Anlage d in Hülle Bl. 102 d. A.) — ausdrücklich festgestellt worden. Beide LAGe entschieden, daß § 10 der 3. SparVO insoweit rechtsungültig sei, als er nichtbeamtete Ärzte umfassen solle. Eine derartige teilweise Nichtigkeit dem Inhalt nach hat die Nichtigkeit der ganzen Rechtsverordnung zur Folge, wenn es sich nicht um einzelne abtrennbare Bestimmungen handelt und man annehmen kann, daß die Rechtsverordnung auch ohne sie erlassen worden sei (vgl. Anschütz-Thoma, a. a. O., S. 254). Auch die Kammer hält in Übereinstimmung mit der Auffassung der LAGe Hamm und Düsseldorf den § 10 der 3. SparVO, soweit er Anwendung auf nichtbeamtete Ärzte finden soll, wegen offensichtlicher Ermächtigungsüberschreitung für ungültig, nimmt aber an, daß § 10 auch ohne diese Regelung erlassen worden wäre.

c) § 10 trägt die Überschrift „Bezüge der Hochschullehrer und Klinikdirektoren“, was auf Gehaltsansprüche und öffentlich-rechtliches Einkommen hindeutet. Nun sind jedoch die Begriffe „Bezüge“ und „Dienstbezüge“ im beamtenrechtlichen Sinne feststehende Bezeichnungen. Aus der amtlichen Begründung zu den §§ 62—64 DBG (abgedruckt bei Fischbach, a. a. O., S. 669) ist zu entnehmen, daß unter „Bezügen“ Geldgewährungen schlechthin, also auch die auf Kannbestimmungen beruhenden (z. B. Unterhaltszuschüsse) zu verstehen sind, während „Dienstbezüge“ — als engerer Begriff — die Geldgewährungen sind, die durch Gesetz pp. vorgeschrieben sind. Von „Bezügen“ als solchen ist im DBG nur in § 68 Abs. 2 die Rede, wonach der Widerrufsbeamte bei Entlassung durch Widerruf für den Monat, in dem ihm der Widerruf mitgeteilt worden ist, seine vollen Bezüge (der Empfänger eines Unterhaltszuschusses also auch diesen) erhält. Sonst kennt das DBG wie das Besoldungs-

recht nur den Begriff der „Dienstbezüge“, der allerdings oft auch durch das kürzere Wort „Bezüge“ ersetzt wird (vgl. Abs. 4 der Nr. 116 a der Besoldungsvorschriften vom 12. 3. 28). Unter Dienstbezügen versteht man allgemein (vgl. DV zu § 38 DBG, abgedruckt bei: Fischbach, a. a. O., S. 530) die Geldbezüge, auf deren Gewährung der Beamte einen Rechtsanspruch hat; es handelt sich dabei um „die dem Beamten auf Grund des von ihm bekleideten Amtes zustehenden regelmäßigen wiederkehrenden Geldbezüge“ (so Fischbach a. a. O.). Der Beamte erhält seine Bezüge, einerlei, ob er vorübergehend keine Dienste leistet (Krankheit, Urlaub, Erfüllung staatsbürgerlicher Pflichten — vgl. RGZ 107, 180 —) oder ob er viel oder wenig arbeitet, oder ob er, z. B. im Wartestand, gar nichts zu arbeiten hat. Nirgendwo aber findet sich ein Anhaltspunkt dafür, daß die Einnahmen des Beamten aus privater Tätigkeit zu seinen „Bezügen“ rechnen; wie aus der oben wiedergegebenen Rechtsentwicklung zu entnehmen ist, werden hierfür stets nur die Bezeichnungen „Vergütungen“ oder „Einnahmen“ oder „Einkünfte“ verwendet. Hiernach zeigt ein erster Blick auf den Inhalt der Vorschrift des § 10, daß dieser Inhalt mit der Überschrift in einem offenen Widerspruch steht, daß die Überschrift falsch ist. Zwar geht aus der Auskunft des Finanzministers vom 8. 6. 1951 (Bl. 73/78/80/81 d. A.) hervor, daß die Landesregierung die Einnahmen der Hochschullehrer und Klinikdirektoren aus Gutachtertätigkeit und aus der Behandlung von Privatpatienten als „Bezüge“ ansehen will. Dies kann aber nur als eine Verkennung der Rechtslage und der rechtlichen Begriffe bezeichnet werden.

- d) Was die Gutachtertätigkeit der Hochschullehrer betrifft, so hat schon früher (vor Erlass des DBG und der anschließenden Spezialverordnungen) die Verwaltungsübung diese Tätigkeit als grundsätzlich genehmigungs- und abführungsfrei angesehen (vgl. Brand, Beamtenrecht, Band 8 in Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, 1930, S. 106; Wende, a. a. O., Seite 84). Mit Inkrafttreten des DBG wurde dann — wie oben aufgezeigt — in § 11 dieses Gesetzes die Gutachtertätigkeit der Hochschullehrer ausdrücklich als nicht genehmigungspflichtig bezeichnet. In Ziff. I 1 der VO vom 18. 4. 1939 wurde dies dann nochmals ausdrücklich wiederholt; zugleich wurde festgestellt, daß die aus der Gutachtertätigkeit erzielten Vergütungen (vorbehaltlich der Bestimmungen dieser VO) ablieferungsfrei sind. Diese Feststellung der Ablieferungsfreiheit war an sich nur eine Wiederholung einer bereits getroffenen Regelung; der bei Nebentätigkeit eines Beamten auf privatem Sektor erzielte Verdienst wird nur in einem Falle erfaßt, nämlich gem. Ziff. 13 der VO vom 6. 7. 37 bei nebenamtlicher Tätigkeit in einem Gesellschaftsorgan als Vorstandsmitglied oder dergl., d. h., daß sonst die von einem Beamten auf

privaten Gebiet mit Genehmigung erzielten Einkünfte keiner Abführungspflicht unterliegen. Daß Hochschullehrer bei Nebentätigkeit im öffentlichen Dienst hinsichtlich der hieraus gewonnenen Einkünfte nicht den in Nr. 11, 12 der VO vom 6. 7. 1937 angeführten Beschränkungen unterliegen, ist in diesen Bestimmungen selbst erwähnt und zudem in der Ziff. I 1 der VO vom 18. 4. 1939 nochmals festgelegt.

In Ziff. I 2 dieser VO heißt es nun, daß die Hochschullehrer, soweit sie zur Anstellung der Untersuchungen und zur Abgabe der Gutachten staatliche Einrichtungen pp. in Anspruch nehmen, verpflichtet sind, einen bestimmten Hundertsatz der erhaltenen Vergütung abzuliefern; damit ist klar und unmißverständlich zum Ausdruck gebracht, daß es sich bei dem „Hundertsatz“ nur um eine auf den Umfang der Inanspruchnahme abgestellte Entschädigung handeln kann (dies kommt in Abs. 2, wonach bei überwiegender Inanspruchnahme staatlichen Personals eine Verpflichtung zur **anteilmäßigen** Vergütung festgelegt wird, noch stärker zum Ausdruck). Eine derartige Entschädigungspflicht der Hochschullehrer ist auch recht und billig, weil andernfalls in der entschädigungslosen Zurverfügungstellung staatlicher Mittel eine nicht gerechtfertigte Bevorzugung einer bestimmten Personengruppe liegen würde. Daß diese Entschädigung aber auch nicht mehr als den Charakter eines Unkostenfaktors haben soll, ergibt sich nicht nur aus Wortlaut und Sinn der VO vom 18. 4. 1939, sondern ebenfalls aus den erwähnten RdErl. des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 25. 4. 1939 und vom 26. 3. 1942. Aber auch die Ausdrucksweise im § 10 der 3. SparVO (Abs. 3: „... so hat der Hochschullehrer hierfür eine **Entschädigung** . . . abzuführen“; vgl. auch die mehrfache Verwendung „Entschädigung“ in den Durchführungsbestimmungen zu § 10) läßt keinen anderen Schluß zu.

- e) Was die freiberufliche Tätigkeit der ärztlichen Hochschullehrer und Klinikdirektoren betrifft — die ja den eigentlichen Kern dieses Rechtsstreits darstellt —, so hat das DBG hierfür eine grundsätzliche Genehmigungsfreiheit nicht ausgesprochen. Es ist insoweit von der früheren Verwaltungsübung abgewichen, nach der bei ärztlichen Hochschullehrern die Ausübung der Privatpraxis als genehmigungsfrei angesehen wurde (vgl. Wende, a. a. O., S. 84).

Nach Nr. 6 der VO vom 6. 7. 1937 kann die oberste Dienstbehörde den beamteten Ärzten, auch den Lehrern an öffentlichen Hochschulen, die Ausübung der Privatpraxis aus dienstlichen Gründen genehmigen. Als „dienstlicher Grund“ gilt bei beamteten Ärzten hauptsächlich der Gesichtspunkt, daß diese Ärzte — bei oft einseitiger behördlicher Arbeit — die Fühlung mit Praxis und Wissenschaft verlieren könnten (vgl. Fischbach, a. a. O., S. 281). Was für den beamteten

Arzt im allgemeinen gilt, trifft für den Medizinprofessor im besonderen Maße zu; er bedarf — insbesondere wegen der Schulung des Nachwuchses — der ständigen und intensiven Wechselbeziehungen zwischen Theorie und Praxis. Wegen dieser Notwendigkeit einer größeren Freizügigkeit sah dann auch die Nr. 20 der VO vom 6. 7. 1937 vor, für die Hochschullehrer zusätzliche Sonderbestimmungen zu erlassen, was mit der VO vom 18. 4. 1939 geschah. Nach Ziff. III 5, 6 dieser VO ist den Direktoren der Universitätskliniken die private Behandlung der Kranken der 1. und 2. Verpflegungsklasse sowie die Ausübung freier Sprechstundenpraxis gestattet.

Was oben bezüglich der Abführungspflicht bei Gutachtertätigkeit ausgeführt wurde, trifft im gleichen Umfange für die genehmigte ärztliche Nebentätigkeit der Klinikdirektoren zu. Der Unterschied zur Gutachtertätigkeit liegt lediglich darin, daß es sich bei dieser um eine **genehmigungsfreie**, bei der innerhalb der Klinik ausgeübten Privatpatientenbehandlung und bei der innerklinischen Sprechstundenpraxis um eine **generell genehmigte** Nebentätigkeit handelt. Für beide Tätigkeiten besteht grundsätzlich keine Abführungspflicht, es sei denn, daß öffentliche Mittel in Anspruch genommen werden; hierfür — aber auch nur hierfür — ist, unter Berücksichtigung des Umfanges der Inanspruchnahme, eine Entschädigung zu entrichten.

B. Nun spricht zwar die VO vom 18. 4. 1939 — von deren vollen Gültigkeit auch die Landesregierung ausgegangen ist (vgl. die ausdrückliche Erwähnung in Abschnitt V Ziff. 3 der DV, wie die Auskunft des Finanzministers vom 8. 6. 1951) — davon, daß als Entschädigung für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel „ein bestimmter Hundertsatz“ abzuführen ist. Eine derartige Entschädigungsabgabe muß aber in Beziehung zu dem Wert des in Anspruch genommenen öffentlichen Hilfsmittels stehen. Es ist allerdings nicht leugbar, daß es bei der Vielzahl der in Betracht kommenden Möglichkeiten sehr schwierig ist, für den Einzelfall den jeweiligen Unkostenfaktor rechnerisch festzulegen. Diese Einsicht mag daher Anlaß zu der in der VO vom 18. 4. 1939 gewählten Form „bestimmter Hundertsatz“, d. h. Pauschalierung, gewesen sein. So hat denn auch der RdErl. vom 25. 4. 1939 unter B I 3 ausdrücklich hervorgehoben, daß es die praktischen Schwierigkeiten bei der Erfassung der Nebentätigkeit der Hochschullehrer und der Inanspruchnahme staatlicher Mittel sind, die Veranlassung zu einer pauschalen Regelung geben. Eine derartige Pauschalabgabe wird zwar selten im richtigen Verhältnis zu dem Wert der in Anspruch genommenen Hilfsmittel stehen, jedoch mag sie, sofern das Mißverhältnis nicht zu offensichtlich und zu stark wird, noch gelten.

In Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 1939 wurden nun den Klinikdirektoren die hier in Frage stehen-

den Einnahmen bis zu einer Höhe von 30 000.— RM jährlich ungekürzt belassen; von 30 000.— bis 50 000.— RM waren 5%, von der 50 000.— RM übersteigenden Summe (in unbegrenzter Höhe) 10% abzuführen.

Nach § 10 der 3. SparVO sollen die Einnahmen bis 10 000.— DM von jeder Abgabe befreit sein, während von den 10 000.— DM übersteigenden Bruttoeinnahmen 50% abzuführen seien.

Die Klinikdirektoren mit Nebeneinnahmen bis 30 000.— RM bzw. 10 000.— DM sollten demnach von jeder Entschädigungsabgabe für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel befreit sein; mit diesen Unkosten sollte offenbar die Allgemeinheit oder der Klinikdirektor mit Einnahmen über 30 000.— RM bzw. 10 000.— DM belastet werden.

Im Jahre 1939 sah man bei Einnahmen zwischen 30 000.— bis 50 000.— RM einen Hundertsatz von **fünf** als ausreichende Pauschalabgabe für die Entschädigung an. 10 Jahre später soll es bereits ab 10 000.— DM der **zehnfache** Hundertsatz sein (wobei der nordrhein-westfälischen Landesregierung bekannt war oder zumindest bekannt sein mußte, daß die Aufhebung der mit Erlaß vom 25. 4. 1939 getroffenen Abgabe wegen offener Ermächtigungsüberschreitung erfolgt ist).

Aus der Auskunft des Finanzministers vom 8. 6. 1951 ist nun zu entnehmen (Bl. 77 d. A.), daß sich die Landesregierung bewußt war, daß seit dem RdErl. vom 26. 3. 1942 hinsichtlich der Entschädigungsabgaben der Hochschullehrer bei Inanspruchnahme öffentlicher Mittel ein Vakuum bestand. Nicht auf Grund einer Beanstandung eines Rechnungshofes, sondern auf Grund der gegenüber der Allgemeinheit bestehenden Verpflichtung der Regierung lag nichts näher, als daß der zuständige Minister, der Kultusminister, von der in Ziff. III 9 der VO vom 18. 4. 1939 gegebenen Ermächtigung Gebrauch machte und nun endlich die Höhe der Entschädigungssätze durch Verwaltungsanordnung festlegte. Dies ist jedoch nicht geschehen, sondern man beschritt einen anderen Weg.

In der Auskunft des Finanzministers wird (unter III 4 — Bl. 82 d. A. —) hinsichtlich der Entschädigung ausgeführt, daß bei Privatkliniken die Kosten der Unterhaltung so hoch seien, daß sie einen wesentlichen Teil der Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit aufzehren, in Krisenzeiten sogar oft übersteigen würden. Aus diesem allgemein gehaltenen Satz ist nicht zu entnehmen, ob und inwieweit seitens der Landesregierung überhaupt Ermittlungen im einzelnen angestellt worden sind, welche Unkostenfaktoren festgestellt wurden, und daß gerade 50 v. H. der Einnahmen als Entschädigung in Betracht kommen. Es ist eine allgemein bekannte Tatsache (und wird zudem durch die in Hülle Bl. 46 d. A. befindlichen Rechnungen belegt), daß die hier in Betracht kommenden Krankenanstalten z. B. bei Krankenhausbehandlung eines Privatpatienten außer den Pflegekosten (in denen neben den eigentlichen Kosten für Verpflegung

auch ein Anteil für Personal und allgemeine Unterhaltungskosten enthalten ist) auch sämtliche Nebenleistungen berechnen; bei einer Operation z. B. hat der Privatpatient stets an das Krankenhaus (die Klinik) als Vergütung für die sogenannten Operationsleistungen (womit **nicht** die ärztlichen Leistungen abgegolten werden) einen Betrag von durchweg 60.— DM (und höher) zu bezahlen. Sehr kraß liegen auch die Unterschiede zwischen dem tatsächlichen Wert und dem vom Krankenhaus in Rechnung gestellten Betrag bei Inanspruchnahme von Geräten (z. B. Elektrokardiogramm, Durchleuchtung).

Die Kammer ist mit dem LG Detmold der Überzeugung, daß die Landesregierung, wenn es ihr darum zu tun gewesen wäre, den Unkostenfaktor festzusetzen, genaue Ermittlungen über Umfang und Wert der Benutzungen angestellt hätte. Dies ist, wie aus der Auskunft des Finanzministers entnommen werden kann, offensichtlich nicht geschehen. Die Ausführungen in dieser Auskunft lassen dagegen mit aller Deutlichkeit erkennen, daß es darauf ankam, die Einnahmen der Klinikdirektoren zu kürzen, wobei sich die Landesregierung bewußt war oder bewußt sein mußte, daß es sich um Einnahmen aus genehmigungsfreier oder generell genehmigter privater Nebentätigkeit handelt, für die generell keine Abführungspflicht besteht, sondern nur, wenn und insoweit staatliche Mittel in Anspruch genommen werden. Es kann nicht angenommen werden, daß sich die Landesregierung in rechtlicher Hinsicht die völlig haltlose Auffassung des Hamburger Rechnungshofes (vgl. Auskunft des Finanzministers — Bl. 77. A. —) zu eigen gemacht hat, wonach — unter ausdrücklichem Festhalten an der VO vom 18. 4. 1939 — „die Entschädigung für die Inanspruchnahme öffentlicher Mittel über eine Entschädigung über die Unkosten hinausgehen dürfe“. Eine derartige Auffassung wird eindeutig durch den klaren Wortlaut und den Sinn der entsprechenden Bestimmungen der VO vom 18. 4. 1939 widerlegt. So lautet es denn auch in Abschnitt V 3 der Durchführungsbestimmungen zu § 10 der 3. SparVO über die Verwendung der eingehenden Beträge, daß sie als „Anteile des Landes gem. VO vom 18. 4. 1939 an den Einnahmen der Hochschullehrer aus Neben- und Gutachtertätigkeit“ zu vereinnahmen sind.

In tatsächlicher Hinsicht und in Wahrheit stellen sich jedoch die von der Landesregierung getroffenen Maßnahmen als eine beträchtliche, über das Gebotene und Erlaubte weit hinausgehende Anteilnahme der öffentlichen Hand an Privateinnahmen, als Sondersteuern und Enteignung, als eine „äußerst massive Honorarbeteiligung“ (so Nipperdey, a. a. O., S. 12), jedoch nicht als Maßnahmen auf dem Gebiete des Beamtenrechts dar. Soweit aber reichte nicht die Ermächtigung aus § 27 II c des UmstG, womit die Vorschrift des § 10 der 3. SparVO ungültig ist.

C. Des weiteren hält die Kammer die Vorschrift des § 10 der 3. SparVO aber noch aus folgendem Grunde für ungültig:

§ 10 geht — wie eine Fassung zeigt und wie die Auskunft des Finanzministers vom 18. 6. 1951 belegt (unter IV 3 b — Bl. 83 d. A. —) — davon aus, daß der RdErl. des Reichsministers für Wissenschaft, Erziehung und Volksbildung vom 25. 4. 39 in Ziff. 11 seiner Zeit rechtsgültig bestimmt habe, was bei Inanspruchnahme öffentlicher Mittel von den Klinikdirektoren aus ihrem freiberuflich erzielten Verdienst abzuführen sei. Die Ziff. 11 dieses Erlasses war aber — wie oben aufgezeigt — durch den RdErl. vom 26. 3. 1942 außer Kraft gesetzt worden. Die Landesregierung war nun offenbar der Ansicht, es bedürfe lediglich einer Aufhebung des Erlasses vom 26. 3. 1942, um die von einer eigenen Rechtsgrundlage (Ziff. III 9 der VO vom 18. 4. 1939) getragene Ziff. 11 des Erlasses vom 25. 4. 1939 wieder aufleben zu lassen, die man dann einfach modifizieren könne. Aus den vorhergehenden Ausführungen ergibt sich aber, daß die Ziff. 11 des Erlasses vom 25. 4. 1939 **nicht** von der Ermächtigungsgrundlage, der Ziff. III 9 der VO vom 18. 4. 1939, gedeckt wurde, weshalb diese Ziff. 11 dann auch am 26. 3. 1942 mit Wirkung vom 1. 1. 1941 (also über 1 $\frac{1}{4}$ -jähriger Rückwirkung) außer Kraft trat.

In der Auskunft des Finanzministers vom 8. 6. 1951 heißt es nun unter Ziff. IV 3, 4 (Bl. 83 d. A.; Unterstreichungen wie in der Auskunft):

„Aus § 10 der 3. SparVO ist ersichtlich, daß die Lösung auf folgende Weise gefunden wurde:

- a) Beibehaltung der Grundlinien des vorgefundenen Systems, so der Verordnung über die Nebentätigkeit der Beamten vom 6. 7. 1937 und der Verordnung über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer vom 18. 4. 1939.
- b) Wiederherstellung des Erlasses vom 25. 4. 39 unter Ermäßigung der Freigrenze und Erhöhung der Hundertsätze.

Diese äußere Form sollte aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß der wesentliche Inhalt (Herabsetzung der Freigrenze, Erhöhung der Hundertsätze) gänzlich neu auf der Ermächtigung durch § 27 Ziff. 2 UmstG beruhte, und daß durch diese neue Grundlage alle Schlußfolgerungen, die etwa aus der Beibehaltung des äußerlichen Gerüsts in der Richtung einer sich daraus ergebenden Begrenzung der Abführungspflicht zu ziehen versucht würden, von Grund aus hinfällig sein würden.“

An dieser Erklärung ist zunächst die (oben schon hervorgehobene) Feststellung wesentlich, daß auch die Landesregierung von der nach wie vor bestehenden Gültigkeit der VO vom 6. 7. 1937 und insbesondere der VO vom 18. 4. 1939 ausgeht. Im übrigen soll mit dieser Erklärung offenbar gesagt werden, daß sämtlichen irgendwie begründeten

Einwendungen gegen den § 10 mit dem Hinweis auf die in § 27 II c UmstG gegebene Ermächtigung begegnet würde. Demgegenüber ist die Kammer folgender Auffassung: Wenn die Landesregierung das von ihr Geplante hätte als Recht setzen wollen, so wäre wohl für sie nichts einfacher in ermächtigungsrechtlicher Hinsicht (aber wohl auch nichts verfehlter in kultur- und sozialpolitischer Hinsicht) gewesen, als — gestützt auf § 27 II c UmstG und unter Suspendierung (denn zu mehr als zu vorübergehenden Maßnahmen reicht § 27 II c UmstG sowieso nicht aus) der entgegenstehenden Verordnungen — eine Zwischenregelung der Bestimmungen über die Nebentätigkeit der Hochschullehrer und Klinikdirektoren zu erlassen. Zum gleichen Ziel hätte die Landesregierung gelangen können, wenn sie im § 10 der 3. SparVO ausdrücklich in konstitutiver Form den RdErl. vom 25. 4. 1939 in Kraft gesetzt hätte, der dann — vorbehaltlich einer Bejahung der Ermächtigungsgrundlage — aus § 27 II c UmstG die Rechtfertigung gefunden hätte, die er nach Ziff. III 9 der VO vom 18. 4. 39 nicht hat (vgl. hierzu und im folgenden: Nipperdey, a. a. O., S. 13). So aber ist die Landesregierung nicht vorgegangen. Wenn es in Abs. 2 des § 10 der 3. SparVO heißt:

„Die Bestimmungen in Abschnitt B I Ziff. 11 seines RdErl. vom 25. 4. 1939 sind mit der folgenden Änderung anzuwenden. . . .“, so hat das keine konstitutive, die Ziff. 11 dieses RdErl. in Kraft setzende, sondern lediglich dekla-

ratorische Bedeutung. Diese deklaratorische Erklärung kann auch nicht in eine konstitutive Erklärung umgedeutet werden. Wie Nipperdey (a. a. O., S. 14) unter zutreffender Berufung auf Anschütz-Thoma (a. a. O., S. 255) richtig ausführt, wird eine dem Inhalt nach bestehende Nichtigkeit nicht dadurch geheilt, daß dem Verordnungsberechtigten (der Landesregierung) neben dem Verordnungsrecht, auf das er sich 'in concreto' stützt (Ziff. III 9 der VO vom 18. 4. 1939) und das den Inhalt nicht deckt, ein konkurrierendes Verordnungsrecht (§ 27 II c UmstG) zur Verfügung steht, das den Inhalt (falls man die Ermächtigung als so weitgehend bejaht) zwar decken würde, aber zur konstitutiven Inkraftsetzung (der Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 1939) gar nicht verwendet worden ist. Die Ungültigkeit der Ziff. 11 des RdErl. vom 25. 4. 1939 besteht nach wie vor weiter. Die Auffassung der Landesregierung, diese Ziffer habe aus § 27 II c UmstG eine neue Grundlage erhalten, trifft aus dem oben erwähnten staatsrechtlichen Grundsatz nicht zu. Daher ist der hier in Frage stehende Abs. 2 des § 10 der 3. SparVO auch aus diesem Grunde ungültig.

D. Nach alledem konnte der Klägerin kein Erfolg beschieden sein. Sie war demnach mit ihrer Klage abzuweisen.

Die Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91, 710 S. 1 ZPO.

(Übersandt von Prof. Dr. Küchenhoff.)

Nr. 28

Urteil des Landesverwaltungsgerichts Arnsberg über die Frage, ob ein Kassenarzt gegen einen Zulassungsausschuß auf Unterlassung der Bildung einer Kassenarztstelle klagen kann

Leitsatz:

Ein Kassenarzt kann nicht mit Erfolg mit der Begründung, er werde wirtschaftlich beeinträchtigt, dem Beschluß auf Bildung einer Kassenarztstelle in seiner Nachbarschaft widerstreiten.

Landesverwaltungsgericht Arnsberg,
Urteil vom 11. 7. 1951 — I K 15/51 —.

Aus den Gründen:

Die Klägerin wurde im Jahre 1946 in A. als Kinderärztin zu den Krankenkassen zugelassen. Ihr Praxisbereich umfaßt u. a. (es folgt Aufzählung mehrerer Ortschaften).

Am 25. 10. 1950 erkannte der beklagte Zulassungsausschuß eine Kassenarztstelle für eine Fachärztin für Kinderkrankheiten in F. als notwendig an und erteilte der Ärztin Frau Dr. St.

hierfür am 10. 1. 1950 die Zulassung. Nach Kenntnis von der erstgenannten Entscheidung legte die Klägerin am 1. 12. 1950 Einspruch ein, der mit Bescheid vom 13. 12. 1950 von dem Beklagten als unzulässig zurückgewiesen wurde.

Diesen Einspruchsbescheid greift die Klägerin nunmehr mit der am 11. 1. 1951 eingegangenen Klage an. Sie trägt vor, nach ihrer Auffassung sei sie zur Erhebung der Klage aktiv legitimiert. Wenn sie auch in dem Zulassungsverfahren nicht beteiligt sei, so liege doch in der Neuzulassung einer Kinderärztin in F. eine Beeinträchtigung ihrer Rechte, die sie zur Erhebung der Anfechtungsklage nach § 23 MRVO. 165 berechtige. Nach § 13 der Zulassungsordnung (ZO) solle die Errichtung einer Kassenarztstelle nur für eine bestimmte Kassenmitgliederzahl erfolgen. Diese Schutzbestimmung, die dem Arzt eine Mindestzahl von Patienten und ein Existenzminimum garantiere, gebe ihr das in

§ 23 MRVO 165 geforderte subjektive öffentliche Recht, das durch die Einrichtung der fachärztlichen Kassenarztstelle in F. beeinträchtigt sei. Sie habe nämlich eine ausgesprochene Landpraxis und werde deshalb verhältnismäßig wenig in Anspruch genommen. Bei Einrichtung der kinderärztlichen Kassenarztstelle in F. erleide ihre Praxis einen Verlust von zumindest einem Drittel. Für Fachärzte sei eine Richtzahl von 70 000 Einwohnern vorgesehen, die in der Praxis zwar auf 40 000 bis 70 000 unterschritten würde. Immerhin müßten aber zumindest 40 000 Einwohner gefordert werden. Auch werde die mit großer Mühe im Krankenhaus in A. aufgebaute Kinderstation, die gerade aus dem F.er Gebiet stark beansprucht werden, gefährdet, da die neu zugelassene Ärztin sich dafür einsetzen werde, im Krankenhaus in H. eine Kinderstation einzurichten.

Die Klägerin stellt den Antrag,

1. den Beschluß des Beklagten vom 25. Okt. 1950 nebst Einspruchsbescheid vom 13. Dez. 1950 aufzuheben,
2. den Beschluß des Beklagten vom 10. Jan. 1951, durch den die Kinderärztin Dr. I. St. als Kassenärztin in F. zugelassen ist, aufzuheben.

Der Beklagte stellt den Antrag,
die Klage abzuweisen.

Er führt aus, die Zulassung zum kassenärztlichen Dienst gebe dem Kassenarzt Gelegenheit, an der Versorgung der Kranken im Kassendienst teilzunehmen. Sie bedeute aber nicht, daß dem Kassenarzt eine Existenz geschaffen oder garantiert werde. Er stehe auch als Kassenarzt im freien Beruf, wie auch der Patient freie Arztwahl habe. Weiter trägt er vor, die Klägerin sei an dem Zulassungsverfahren, das die F.er Kinderärztin betreffe, nicht beteiligt und deshalb zur Klageerhebung nicht legitimiert. Beteiligt an diesem Verfahren seien vielmehr nur die Krankenkassenverbände und die Kassenärztliche Vereinigung. Der Arzt selbst hingegen habe keine Rechte. Seine vermeintlichen Ansprüche könne er nur durch die Kassenärztliche Vereinigung vertreten lassen. Im übrigen liege in der Zulassung der Kinderärztin Frau Dr. St. nach seiner Auffassung kein Ermessensmißbrauch. Die Klägerin könne jedenfalls nicht verlangen, daß das für F. bestehende Bedürfnis für eine Kinderärztin ihren Interessen hintangestellt werde.

Im übrigen werden auf den Inhalt des vorgetragenen Schriftsatzes Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht erhobene Klage ist nicht begründet:

1. Die Zulassung der Ärzte zum kassenärztlichen Dienst ist in der Verordnung über die Zulassung von Ärzten zur Tätigkeit bei den Krankenkassen (Zulassungsordnung) vom 21. 4. 1948 geregelt. Gemäß §§ 28, 29 dieser Verordnung beschließt der

Zulassungsausschuß — also der Beklagte — über die auszuschreibenden Stellen. Er entscheidet auch über die Zulassung der Ärzte, die sich um die ausgeschriebenen Praxen beworben haben. Gegen diese Entscheidung des Zulassungsausschusses können die Kassenärztliche Vereinigung, die Krankenkassenverbände wie auch die beteiligten Ärzte Berufung beim Berufungsausschuß einlegen (§ 29 Abs. 2 ZO). Beteiligt ist aber der Arzt, der sich für die Zulassung beworben hat, nicht jedoch ein bereits zugelassener Arzt, der glaubt, durch die Neuzulassung in seiner Existenz gefährdet zu sein (vgl. Tieding, Komm. z. Zulassungsordnung Anm. zu § 29). Die Klägerin ist demnach nicht als Beteiligter in dem Ausschreibungs- und Zulassungsverfahren anzusehen und folglich auch nicht zur Einlegung der Berufung in diesem in der Zulassungsordnung geregelten Zulassungsverfahren legitimiert. Daraus folgt weiter, daß sie nicht die Möglichkeit hatte, vor Klageerhebung die in der Zulassungsordnung vorgesehene Beschwerde- bzw. Berufungsmöglichkeit auszuschöpfen. Ihre ohne Inanspruchnahme dieser Stellen gegen den Beklagten gerichtete Klage ist deshalb zulässig.

2. Der vor dem Verwaltungsgericht zu erhebenden Klage muß nach § 44 MRVO 165 ein mit einem Einspruchsbescheid endendes Verfahren vorausgehen, es sei denn, daß der angefochtene Verwaltungsakt durch eine Kollegialbehörde in einem förmlichen Verfahren beschlossen worden ist (§ 44 Abs. 2 MRVO 165). Hinsichtlich des mit dem Antrag zu 1 angefochtenen Beschlusses des Beklagten vom 25. 10. 1950, ist dieser Einspruchsbescheid am 13. 12. 1950 ergangen. In Bezug auf den im Antrag zu 2 angegriffenen Verwaltungsakt, nämlich die Zulassung der Ärztin Frau Dr. St. in F., liegt ein derartiger Einspruchsbescheid jedoch nicht vor. Da der Beklagte aber eine Kollegialbehörde — i. S. des § 44 Abs. 2 MRVO 165 ist — er setzt sich zusammen aus Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassenverbände — bedarf es hier eines Einspruchsbescheides nicht, wie er auch hinsichtlich der Entscheidung vom 25. 10. 1950 nicht notwendig gewesen wäre (§ 44 Abs. 2 MRVO 165).

3. Nach § 23 MRVO 165 kann die Anfechtung eines Verwaltungsaktes nur darauf gestützt werden, daß der Verwaltungsakt den Kläger in seinen Rechten beeinträchtigt, weil er rechtswidrig sei. Zur Substanziierung der Klage gehört also in erster Linie, daß der Klägerin ein subjektives öffentliches Recht zur Seite stehe, auf dessen Beeinträchtigung sie sich berufen kann.

In dem in der Zulassungsordnung geregelten Verfahren, das zur Ausschreibung einer kassenärztlichen Stelle führt, sind Vertragsparteien die Kassenärztliche Vereinigung und die Krankenkassenverbände. Die Ärzte als solche sind an diesem Verfahren nicht beteiligt. Das gleiche gilt von dem Verfahren, mit dem ein Arzt zum kassenärztlichen Dienst zugelassen wird. Wenn dem sich bewerbenden Arzt in diesem letztgenannten Ver-

fahren trotzdem eine Berufungsmöglichkeit gegeben ist (§ 29 ZO), so spricht dies nicht dagegen. Der Arzt, der sich um eine Kassenarztstelle bewirbt, ist an dem Zulassungsverfahren interessiert. Ihm soll deshalb die Möglichkeit gegeben werden, seine Belange wahrzunehmen. Er hat eine ähnliche Stellung wie die des Beigeladenen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren. Vertragsparteien bleiben aber trotzdem ausschließlich die Kassenärztliche Vereinigung, die die Interessen des Arztes vertritt, und die Krankenkassenverbände.

Das Recht, im Berufungsverfahren seine Interessen wahrzunehmen, gibt die Zulassungsordnung nur dem beteiligten Arzt, d. h. wie Tieding in seinem Kommentar zu § 29 ZO ausführt, nur dem Arzt, der sich für die Zulassung beworben hat. Da die Klägerin ihre Zulassung bereits erhalten hat, gehört sie nicht zu diesem Kreis. Aus vertraglichen Gesichtspunkten oder aus einer Beteiligung am Ausschreibungs- und Zulassungsverfahren kann sie deshalb irgendeine Rechtsbeeinträchtigung nicht herleiten.

Die Klägerin glaubt nunmehr in § 13 ZO, der die Zulassungsgrundsätze festlegt und mit dem Satz beginnt: „Auf je 600 Mitglieder soll ein Kassenarzt entfallen“, sei ihr als Kassenärztin eine Mindestzahl von Patienten, die ihr ein Existenzminimum beschließen, garantiert. Das Abweichen von dieser Mindestzahl aber stelle eine Rechtsbeeinträchtigung i. S. des § 23 MRVO 165 dar. Diese Auffassung der Klägerin ist irrig. Ein subjektives öffentliches Recht ist gegeben, wenn der Staatsbürger auf Grund einer subjektiven Gesetzesnorm von der Behörde ein bestimmtes Verhalten zur Befriedigung seines individuellen Interesses zwingend herbeiführen kann (vgl. hierzu Werder-Lapps-Ortsmann, § 23 Anm. 1 und dort zitierte Literatur; Van de Sandt § 23 Anm. 1). Der von der Klägerin angeführte § 13 ZO gibt ihr aber kein derartiges bei der Behörde durchsetzbares öffentliches Recht, vielmehr enthält diese Bestimmung nur eine Richtlinie, nach der die Ausschreibung der Kassenarztstellen erfolgen soll. Dies ergibt sich eindeutig aus der Fassung der Gesetzesnorm: „Auf je 600 Kassenmitglieder soll ein Kassenarzt entfallen.“ Wenn beabsichtigt

gewesen wäre, dem Kassenarzt mit dieser Bestimmung eine Existenzgarantie in dem Sinne des subjektiven öffentlichen Rechts zu geben, so hätte dies in einer anders gewählten Fassung zum Ausdruck kommen müssen. In dem vorliegenden Gesetzestext läßt sich diese Unterstellung der Klägerin jedenfalls nicht hineininterpretieren.

Der Gesetzgeber hat dem Arzt, der glaubt, in seinem Praxisbereich eingeschränkt zu werden, ein derartiges Recht aber auch überhaupt nicht geben wollen, wie aus den nachstehenden Erwägungen folgt:

Der Arzt — auch der Kassenarzt — ist Angehöriger eines freien Berufs, der in standesrechtlich geregelter Konkurrenz seine Praxis ausübt. Durch die Zulassung zum kassenärztlichen Dienst soll die Versorgung der Krankenkassenmitglieder gesichert werden. Sie gilt also in erster Linie dem sozialen Interesse und bezweckt vor allen Dingen eine Sicherung des Sozialversicherungsträgers, aber soll sie dem Arzt eine Existenzgarantie geben. In gewissem Umfange wird sich zwar für den Arzt aus seiner Zulassung zu den Krankenkassen eine Existenzsicherung ergeben; sie begründet aber keineswegs ein subjektives öffentliches Recht oder auch nur die Anwartschaft auf ein solches Recht, die evtl. auch die Anfechtungsklage aus § 23 der MRVO 165 rechtfertigen würde. Der Arzt ist und bleibt auch nach seiner Zulassung zum kassenärztlichen Dienst Angehöriger eines freien Berufes, der sich, wie auch die Mitglieder der übrigen freien Berufe, sei es der Rechtsanwalt oder der Apotheker, im Lebens- und Konkurrenzkampf durchsetzen muß.

Diese Ausführungen zeigen, daß weder die Ausschreibung der Kassenarztstelle in F. vom 25. 10. 50 noch die Zulassung der Frau Dr. St. vom 10. 1. 51 eine Beeinträchtigung eines subjektiv öffentlichen Rechts der Klägerin enthält, weil ihr solche Rechte überhaupt nicht zustehen. Die nach § 23 MRVO 165 in erster Linie geforderte Klagevoraussetzung der Rechtsbeeinträchtigung ist somit nicht gegeben, so daß die Abweisung der Klage erfolgen muß.

Unter diesen Umständen erübrigt sich — weil rechtlich unerheblich — ein Eingehen auf den weiteren Vortrag der Klägerin.

HOCHSCHULNACHRICHTEN

Am 18. Januar 1952 vollendete der Präsident des Deutschen Ärztetages und 1. Vorsitzender der Arbeitsgemeinschaft der Westdeutschen Ärztekammern, Dr. Hans Neuffer, in Stuttgart sein 60. Lebensjahr. Aus diesem Anlaß wurde er von der Landesregierung zum Professor und von der Universität Tübingen zum Ehrensenator ernannt.

Bonn:

Die Medizinische Fakultät der Universität Bonn hat die *venia legendi* des außerplanmäßigen Professors Dr. A. Gütgemann auf Chirurgie und Urologie erweitert.

Hamburg:

Prof. Dr. Ottokar T e s a r vollendete am 31. Dez. 1951 sein 70. Lebensjahr. Prof. Dr. Tesar hat diesen Tag außerhalb Hamburgs verlebt. Der Rektor hat ihm die Glückwünsche der Universität telegraphisch ausgesprochen.

Prof. Dr. Rudolf L a u n vollendete am 1. Januar 1952 sein 70. Lebensjahr. Der Rektor und der Dekan der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät, Prof. Dr. Ritschl, haben Prof. Dr. Laun aus diesem Anlaß aufgesucht und ihm die Glückwünsche der Universität und der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät ausgesprochen.

Der Senat der Hansestadt Hamburg hat den ordentlichen Prof. Dr. Hermann Schultze-v. Lasaulx mit Wirkung vom 1. November 1951 zum Oberlandesgerichtsrat am Hanseatischen Oberlandesgericht ernannt.

Der Senat der Hansestadt Hamburg hat den außerordentlichen Prof. Dr. Johannes Seischab zum ordentlichen Prof. ernannt.

Der Senat der Hansestadt Hamburg hat den Präsidenten des Hanseatischen Oberlandesgericht Dr. Herbert Ruscheweyh zum Honorarprofessor ernannt.

Der Senat der Hansestadt Hamburg hat den ordentlichen Prof. an der Akademie für Gemeinwirtschaft Dr. Karl-Hermann Capelle zum Honorarprofessor ernannt.

Der ehemalige ordentliche Prof. für Gynäkologie, ehemaliger Direktor der Universitäts-Frauenklinik, Dr. med. Theodor Heynemann, ist am Sonnabend, dem 15. Dezember 1951, im 74. Lebensjahre nach kurzer Krankheit verstorben. Die Einäscherung hat auf Wunsch des Entschlafenen im Krematorium des Friedhofes Ohlsdorf in aller Stille stattgefunden.

Prof. Dr. Josef Kimmig ist von der Freien Universität Berlin zu mehreren Gastvorlesungen im Januar 1952 eingeladen worden.

Prof. Dr. Heinrich Lippelt ist vom British Council für drei Wochen nach England eingeladen. Der Aufenthalt gilt dem Austausch über Erfahrungen in der Grippe-Diagnostik und -Bekämpfung und der Wiederanknüpfung internationaler Beziehungen des Hamburger Tropeninstituts.

Marburg:

Prof. Dr. jur. Emil KIESSLING, kommissarischer Direktor des Instituts für Papyrusforschung und antike Rechtsgeschichte in der Rechts- und Staatswissen-

schaftlichen Fakultät, hat einen Lehrauftrag für das Fach der Papyriologie in der Philosophischen Fakultät erhalten.

Die „Akademie der Arbeit“, eine Einrichtung des Deutschen Gewerkschaftsbundes zur Ausbildung ihrer Mitarbeiter an der Universität Frankfurt, hat Prof. Dr. Georg WUNSCH von der Theologischen Fakultät Marburg gebeten, die Evangelische Sozialethik in ihrem Rahmen zu vertreten. Prof. Dr. Wunsch hält z. Zt. dort über dieses Gebiet regelmäßig Vorlesungen und Aussprachen.

Der Marburger Dozent Dr. Helmut RÖHR hat einen Lehrauftrag für das Fach der wissenschaftlichen Politik in der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Frankfurt erhalten.

Der Ordinarius für Wissenschaftliche Politik Prof. Dr. jur. Wolfgang ABENDROTH ist auf der letzten Tagung der Vereinigung Deutscher Staatsrechtslehrer, die im Oktober 1951 in Göttingen stattfand, in den Vorstand der Vereinigung gewählt worden. Die nächste Tagung der Vereinigung wird im Oktober 1952 in Marburg stattfinden.

Europafahne für die Universität.

Der Senat der Universität hat nach seiner Sitzung vom 26. 11. 1951 den Antrag der Studentenschaft, es möge gestattet werden, bei offiziellen Anlässen die Europa-Fahne zu zeigen, mit einer befürwortenden Stellungnahme an das Kultusministerium weitergeleitet. Der Senat führt in seinem Schreiben an den Kultusminister aus, daß das Bekenntnis der Studentenschaft zu einem freien und geeinten Europa mit Sympathie und Wohlwollen begrüßt worden sei, daß in dem Beschluß der Studentenschaft die Begeisterung für eine große politische Idee und Aufgabe zum Ausdruck komme, und daß der Senat für eine wohlwollende Entscheidung dankbar wäre, um die Wirkung dieses Beschlusses nicht abzuschwächen.

FORTBILDUNG

Die Akademie für medizinische Forschung und Fortbildung der Justus-Liebig-Hochschule zu Gießen veranstaltet im Einvernehmen mit der werksärztlichen Arbeitsgemeinschaft und der Arbeitsgemeinschaft der staatlichen Gewerbeärzte vom 17. bis 23. Februar 1952 einen Fortbildungskurs für Werksärzte. Teilnehmen können Werksärzte und solche Ärzte, die für werksärztliche Belange Interesse haben.

Kursgebühren DM 20.—. Unterbringung und Verpflegung kann in den Kliniken erfolgen.

Anmeldung, Auskunft und Prospekte durch Prof. Gg. Herzog, Gießen, Pathologisches Institut, Klinikstraße 32 g.

„Deutsche Gesellschaft für Allergieforschung“

Frühjahrstagung am 19. und 20. 4. 1952 in der Universitäts-Augenklinik Frankfurt/Main Eschenbachstraße 14 (Beginn am 19. 4. 52 um 15 Uhr).

Teilnehmerkarte: DM 5.— (für Assistenten DM 2.—) (Mitglieder der Gesellschaft haben freien Eintritt)

Vortragsmeldungen werden erbeten an: Prof. Dr. K. Hansen Lübeck, Siedtisches Krankenhaus Süd

Amtsarztlehrgang

an der Akademie für Staatsmedizin Düsseldorf

Der 12. Lehrgang für Amtsärzte an der Akademie für Staatsmedizin in Düsseldorf wird in der Zeit vom 15. April bis einschließlich 25. Juli 1952 durchgeführt mit einer Unterbrechung vom 31. Mai bis einschließlich 8. Juni 1952.

Anmeldungen zu diesem Lehrgang werden unter gleichzeitiger Vorlage beglaubigter Abschriften von

- a) der Approbationsurkunde als Arzt,
- b) der Urkunde über den Erwerb der medizinischen Doktorwürde bei einer deutschen Universität,
- c) dem Entnazifizierungsbescheid

bis zum 20. März 1952 erbeten. In besonders gelagerten Fällen können Anmeldungen auch nach diesem Zeitpunkt berücksichtigt werden.

Die Anmeldungen sind zu richten an:

Akademie für Staatsmedizin,
Düsseldorf, Landeshaus,
(Fernsprecher 1029, Nebenanschluß 418)

Weitere Auskunft kann bei der gleichen Stelle eingeholt werden.

Ergänzende Bekanntmachungen zum Internationalen Kongreß:

Internationaler Kongreß für Physikalische Medizin 1952 in London.

Vom 14. bis 19. Juli 1952 findet in London der Internationale Kongreß für Physikalische Medizin statt

Vorläufige Tagesordnung:

Montag, 14. Juli, nachmittags:

„Entwicklungen in der physikalischen Medizin im letzten Jahrzehnt.“

Dienstag, 15. Juli:

„Physical Education“ — Krankengymnastik.

Mittwoch, 16. Juli:

„Rehabilitation and Resettlement“ — Wiederherstellungstherapie.

Donnerstag, 17. Juli:

„Die Behandlung der chronischen rheumatischen Erkrankungen.“

Freitag, 18. Juli:

„Elektrodiagnostische Methoden.“

Vortragsanmeldungen bis spätestens 25. Januar an Herrn Professor Dr. med. G. Boehm, Institut für Physikalische Therapie und Röntgenologie der Universität München, Ziemssenstraße 1a. Dort auch Auskunft über nähere Einzelheiten und Anforderung der Programme.

Die 16. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Verdauungs- und Stoffwechselkrankheiten findet vom 25. bis 28. September 1952 in Essen statt.

Vorsitzender: Prof. Dr. Gerhard Katsch
Direktor der Med. Universitätsklinik Greifswald.

Hauptthema: Endokrine und exokrine Krankheiten des Pankreas.

STELLENANZEIGEN

ASSISTENZARZT

Für die innere Abteilung des Kreiskrankenhauses Oschersleben/Bode (DDR) wird für sofort ein Assistenzarzt gesucht. Bezahlung nach Tarif (netto etwa DM 600 —)

Angebote unter A 3 an den Verlag.

Chirurgisch-gynäkologische Abteilung eines Krankenhauses (140 Betten) sucht zum 1. März 1952 einen **VOLONTÄRASSISTENTEN.**

Geboten wird freie Unterkunft und Verpflegung, kein Gehalt.

Angebote unter A 4 an den Verlag.

Die Stelle des

CHEFARZTES

gleichzeitig leitenden Arztes der Inneren Abteilung am Stadtkrankenhaus Wetzlar (rund 400 Betten) ist wegen des Ausscheidens des bisherigen Chefarztes (Prof. Dr. Grote) wegen Erreichen der Altersgrenze zum 1. April

1952 neu zu besetzen. Es wollen sich nur Bewerber melden, deren große klinische Erfahrung, mit Bevorzugung physikalisch-diätetischer Methodik, sich auf eine entsprechende wissenschaftliche Basis gründet.

Besoldung nach TOA I, Liquidationsrecht in der 1. und 2. Klasse, konsultative Praxis. Ausführliche Bewerbungen werden bis zum 1. März 1952 an den Bürgermeister der Stadt Wetzlar erbeten.

CHEFARZTSTELLE

für Tuberkulosenkrankenhaus und Lungenheilstätte mit 350 Betten (Frauen und Männer) neu zu besetzen. Langjährige Erfahrung als Lungenfacharzt und Lungenchirurg erforderlich. Besoldung und Privatpraxis nach Vereinbarung. Spätere Übernahme in das Beamtenverhältnis möglich.

Bewerbungen von nur ersten Kräften sind mit lückenlosem Lebenslauf, beglaubigten Zeugnisabschriften und Lichtbild umgehend an die Verwaltung des Provinzialverbandes Westfalen, Personalabteilung, in Münster/Westf., Hindenburgplatz 87, zu richten. Vorstellung nur auf besondere Aufforderung.

Berichtigung

In dem Artikel „Das Kassenarztrecht“ — Heft 5/6. Seite 103, 3. Zeile — muß es richtig heißen:

„daß das Leistungsvermögen der einzelnen Krankenkassen nach der Veränderung der Beitragseinnahme

oder Leistungspflicht keine entsprechende veränderte Bewertung erfuhren oder durch das Honorarsystem die einzelne ärztliche Leistung, insbesondere durch das Scheinpauschale in bedenklichem Maße anonymisiert wurde.“

JURISTISCHE SCHRIFTFÜHRUNG:

Oberlandesgerichtsrat Dr. jur. Hense, Hamm/Westfalen, von der Marck-Straße 17 /
Assessor Berglar-Plass, Hamm/Westfalen, Droste-Hülshoff-Straße 13

ÄRZTLICHE SCHRIFTFÜHRUNG:

Oberarzt Dr. med. Herbert Kienle, Karlsruhe, Schubertstraße 2

VERLAG:

Medizinisch-Wissenschaftlicher Verlag GmbH, Karlsruhe, Schubertstraße 2, Telefon 54 86

ANZEIGEN:

Anzeigenverwaltung des Medizinisch-Wissenschaftlichen Verlages, Karlsruhe

DRUCK:

Buchdruckerei Ernst Stieß, Inhaber Joseph Leutner, Karlsruhe, Steinstraße 13

Die „Zeitschrift für das gesamte Arztrecht“ erscheint alle zwei Monate in einem Doppelheft. Bezugspreis für das Doppelheft DM 2,65 zuzüglich Versandkosten. Die Bezugsdauer verlängert sich jeweils um ein halbes Jahr, wenn nicht eine Abbestellung bis zum 15. des letzten Monats eines Halbjahres erfolgt. — Zu beziehen durch die Buchhandlungen oder den Verlag. — Nachdruck auch auszugsweise nur mit Genehmigung der Schriftleitung gestattet. — Recht der Übersetzung und anderweitigen Verwendung vorbehalten.