

# **Badische Landesbibliothek Karlsruhe**

**Digitale Sammlung der Badischen Landesbibliothek Karlsruhe**

## **Zeitschrift für das gesamte Arztrecht. 1951-1952 1952**

5/6 (1.5.1952) [Datum geschätzt]

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 i. Br. / Dr. jur. Drost, Bundesrichter, Karlsruhe / Dr. med. habil. Dr. phil. Ehrhardt, Dozent für Psychiatrie und Neurologie, Marburg / Prof. Dr. med. A. Förster, Direktor des Institutes für Gerichtliche und Soziale Medizin, Marburg / Landesarbeitsgerichtsdirektor Dr. Franke, Frankfurt/Main / Dr. jur. Gelhaar, Bundesrichter, Karlsruhe / Dr. jur. Hense, Oberlandesgerichtsrat, Hamm/Westf. / Notar Dr. Georg Herold, Augsburg / Walter Isele, Rechtsanwalt und Notar, Kassel / Dr. jur. Koch, Verwaltungsrat z. Wv., Soest/Westf. / Dr. jur. M. Kohlhaas, Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe / Prof. Dr. jur. Maurach, München / Prof. Dr. med. Rauch, Psychiatrische und Neurologische Universitäts-Klinik, Heidelberg / Prof. Dr. med. Redeker, Ministerialdirektor im Bundesministerium des Innern, Bonn / Prof. Dr. med. P. Röttgen, Neurochirurg, Abt. der Chirurgischen Universitäts-Klinik, Bonn / Oberregierungsrat Sauer, Oberversicherungsamt Kassel / Dr. med. habil. C. L. Paul Trüb, Oberregierungs- und Obermedizinalrat, Düsseldorf / Dr. jur. Willms, Oberregierungsrat am Bundesverfassungsgericht, Karlsruhe / Landesarbeitsgerichtsdirektor Wilsing Hamm/Westfalen

Herausgegeben von Dozent Dr. med. habil., Dr. phil. Fr. Kienle und Rechtsanwalt Prof. Dr. G. Küchenhoff

2. JAHRGANG

1952

NR. 5/6

## Zur Strafrechtstheorie von Tatbestand und Schuld

von Rechtsanwalt Prof. Dr. Günther KUCHENHOFF, WERL

I. Das vordringliche Problem der Strafrechtstheorie und Strafrechtspflege scheint die Gewinnung eines grundsätzlich neuen Standpunktes in der Tatbestands- und Schuldlehre, insbesondere in der Irrtumslehre zu sein. Die sogen. Vorsatztheorie und die sogen. Schuldtheorie bemühten sich lange um die Lösung des Schuldbegriffs als des „Kardinalproblems des Strafrechts“ (vgl. dazu Horst Schröder MDR 1951 Seite 387 ff, Welzel NJW 1951 S. 577 f, beide mit weiteren eingehenden Literaturnachweisen). Hierbei war es vielfach nicht einfach, Vorsatz- und Schuldtheorie begrifflich voneinander abzugrenzen; so erhielt Welzel von Mezger eine Rüge, daß er seine, Welzels, Schuldtheorie „schlankweg“ als „die“ Schuldtheorie bezeichnet habe (vgl. NJW 1951 Seite 870). Auch sonst ließ der Streit an Schärfe nichts zu wünschen übrig (vgl. Mezger a. a. O. Seite 870). Bei allem Streit der Theorien bestand aber allmählich darüber Einigkeit, daß die alte reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen strafrechtlichem Irrtum endlich überholt sei. So verkündete Horst Schröder triumphierend: „Das monströse Gebilde der reichsgerichtlichen Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum ist zusammengebrochen und damit der Weg freigemacht für eine neue und befriedigende Rechtsprechung“ und Welzel hielt es für richtig, zu mahnen: „Möge sich der Bundesgerichtshof der Größe der Entscheidung, die vor ihm liegt, gewachsen zeigen,

und möge er bald sprechen“, wobei Welzel in schönem Selbstbewußtsein hinzufügte: „die Wege sind gewiesen!“

Nun hat der Bundesgerichtshof gesprochen und die Siegespalme den Vertretern der Schuldtheorie überreicht. Der Große Strafsenat für Strafsachen hat in seinem Beschluß vom 18. März 1952 (NJW 1952, S. 593 ff) zunächst noch einmal die alte reichsgerichtliche Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum, ferner die Unterschiede zwischen der Vorsatz- und Schuldtheorie in einer ungeheuer prägnanten Form dargestellt und danach ausgesprochen: die jene Unterscheidung von strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum enthaltende Rechtsprechung des Reichsgerichts werde aufgegeben (a. a. O., S. 594). Nur die Schuldtheorie, die den Vorsatz als Tatvorsatz und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als ein vom Vorsatz getrenntes selbständiges Schulselement begreife, führe „ohne Schwierigkeiten und Widersprüche zur allseitigen sachgemäßen Anwendung der aus dem Wesen der Schuld sich zwingend — vor aller gesetzlichen Normierung — ergebenden Rechtsätze, daß die wissentliche und willentliche Verwirklichung der tatbestandsmäßigen rechtswidrigen Tat dem Täter zur Schuld zuzurechnen ist, wenn er das Unrecht dieser Tatbestandsverwirklichung kannte oder bei der ihm zuzumutenden Anspannung des Gewissens hätte kennen



können und sich trotzdem in Freiheit zu ihr entschloß, und daß der Verbotsirrtum, wenn er unüberwindlich ist, die Schuld ausschließt, wenn er überwindlich ist, sie mindert, aber den Tatvorsatz nicht beseitigt".

Demgemäß schließt der entschuldbare Verbotsirrtum die Schuld des Täters aus. Nicht verschuldeter Verbotsirrtum gestattet dagegen eine Strafmilderung nach der Strafe für den Versuch (§ 44 StGB).

Freilich betont der Bundesgerichtshof von vornherein (a.a.O. S. 594), daß nicht jeder Verbotsirrtum den Vorwurf der Schuld ausschließt. Wörtlich führt der Gerichtshof aus:

„Mängel im Wissen sind bis zu einem gewissen Grade behebbar. Der Mensch ist, weil er auf freie sittliche Selbstbestimmung angelegt ist, auch jederzeit in die verantwortliche Entscheidung gerufen, sich als Teilhaber der Rechtsgemeinschaft rechtmäßig zu verhalten und das Unrecht zu vermeiden. Dieser Pflicht genügt er nicht, wenn er lediglich das nicht tut, was ihm als Unrecht klar vor Augen steht. Vielmehr hat er bei allem, was er zu tun im Begriff steht, sich bewußt zu machen, ob es mit den Sätzen des rechtlichen Sollens im Einklang steht. Zweifel hat er durch Nachdenken oder Erkundigungen zu beseitigen. Hierzu bedarf es der Anspannung des Gewissens, deren Maß sich nach den Umständen des Falles und nach dem Lebens- und Berufskreis des Einzelnen richtet. Wenn er trotz der ihm danach zuzumutenden Anspannung des Gewissens die Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns nicht zu gewinnen vermochte, war der Irrtum unüberwindlich, die Tat für ihn nicht vermeidbar. In diesem Falle kann ein Schuldvorwurf gegen ihn nicht erhoben werden. Wenn dagegen bei gehöriger Anspannung des Gewissens der Täter das Unrechtmäßige seines Tuns hätte erkennen können, schließt der Verbotsirrtum die Schuld nicht aus. Je nach dem Ausmaß, in dem es der Täter an der gehörigen Gewissensanspannung hat fehlen lassen, wird der Schuldvorwurf aber gemindert“.

Bei der Anwendung dieser Grundsätze auf den zur Entscheidung stehenden Fall hat dann der Große Senat für Strafsachen im Bundesgerichtshof am 18. März 1952 bekanntgemacht hat, ist am 10. 4. 1952 (5 StR 195/52) eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen ergangen, welche eine wichtige Mahnung zu besonnener Prüfung enthält, ob im konkreten Falle wirklich ein entschuldbarer Verbotsirrtum vorliegt. In eingehenden Ausführungen hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes es als rechtlich unerheblich angesehen, wenn im Falle eines Beischlafs zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie (§ 173 Abs. 2 StGB n. F.) die Täter nicht das Bewußtsein hatten, eine Blutschande zu begehen. Der Bundesgerichtshof hat hier treffend ausgeführt, daß das Delikt des § 173 Abs. 2 StGB nach dem geltenden positiven Recht nur ein qualifizierter Fall des Ehebruchs sei und daß in jedem Falle bei den Beteiligten die Kenntnis vorausgesetzt werden müsse, sich strafbar gemacht zu haben, gegen das 6. Gebot verstoßen zu haben (vgl. dazu im einzelnen NJW 1952 S. 671 ff). Besonders interessant ist in unserem Zusammenhange des Weiteren die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 8. Juli 1952 (BGHSt Bd. 3, S. 111 ff), wo auf einen Irrtum über die Richtigkeit eines Gesetzes und eines rechtskräftigen Urteils mit abgestellt ist und ein Unrechtsbewußtsein der Täterin trotz rechtskräftiger Gerichtsentscheidung angenommen wird.

Faßt man diese beiden bisher ergangenen Entscheidungen zusammen, so scheint sich schon jetzt als Grundlage für die demnächst fällig werdende systematische Durchdringung des Strafrechts an

ger Annahme der tatsächlichen Voraussetzungen eines Rechtfertigungsgrundes (§ 59 StGB) und dem— bei nicht gehöriger Anspannung des Gewissens unterlaufenden (also bei solcher Fahrlässigkeit die Schuld nicht ausschließenden) Irren über die rechtliche Bewertung eines Verhaltens (vgl. BGHSt Bd. 3, S. 12/13).

Gleichwohl ist die strafrechtliche Überlegung mit der Entscheidung des Bundesgerichtshofes keineswegs abgeschlossen. Der Bundesgerichtshof stellt ja selbst darauf ab, ob der Täter bei gehöriger Anspannung des Gewissens das Unrechtmäßige seines Tuns hätte erkennen können. Die entscheidende Schuldfrage ist also zur Gewissensfrage geworden. Und es wird nicht immer die tatsächliche Feststellung leicht sein, ob im konkreten Falle der Täter sein Gewissen in der erforderlichen Weise angespannt hat, um das Unrechtmäßige seines Tuns einsehen zu können.

Darüber hinaus wird eine allgemeine grundsätzliche Erörterung unvermeidlich sein, daß es gewisse Delikte gibt, welche in ihrem Unrechtsgehalt so allgemein geläufig sind, daß schlechterdings von jedem Täter erwartet werden muß, daß er die erforderliche Einsicht in das Unrechtmäßige seines Tuns gewonnen hat. Hier werden noch eine Fülle tiefgründiger Erörterungen und systematischer Abgrenzungen erforderlich sein. Es darf behauptet werden, daß das gesamte Strafgesetzbuch unter dem Gesichtspunkt überprüft werden muß, in welchem Umfange es Normen enthält, die als **Gewissensnormen** anzusehen sind und bei denen es als schlechterdings ausgeschlossen scheinen muß, daß der Täter sich auf die mangelnde Einsicht in das Unrechtmäßige seines Verhaltens berufen könnte.

Bereits kurze Zeit nach Erlass des Beschlusses, den der Große Senat für Strafsachen im Bundesgerichtshof am 18. März 1952 bekanntgemacht hat, ist am 10. 4. 1952 (5 StR 195/52) eine weitere Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Strafsachen ergangen, welche eine wichtige Mahnung zu besonnener Prüfung enthält, ob im konkreten Falle wirklich ein entschuldbarer Verbotsirrtum vorliegt. In eingehenden Ausführungen hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofes es als rechtlich unerheblich angesehen, wenn im Falle eines Beischlafs zwischen Verschwägerten auf- und absteigender Linie (§ 173 Abs. 2 StGB n. F.) die Täter nicht das Bewußtsein hatten, eine Blutschande zu begehen. Der Bundesgerichtshof hat hier treffend ausgeführt, daß das Delikt des § 173 Abs. 2 StGB nach dem geltenden positiven Recht nur ein qualifizierter Fall des Ehebruchs sei und daß in jedem Falle bei den Beteiligten die Kenntnis vorausgesetzt werden müsse, sich strafbar gemacht zu haben, gegen das 6. Gebot verstoßen zu haben (vgl. dazu im einzelnen NJW 1952 S. 671 ff). Besonders interessant ist in unserem Zusammenhange des Weiteren die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 8. Juli 1952 (BGHSt Bd. 3, S. 111 ff), wo auf einen Irrtum über die Richtigkeit eines Gesetzes und eines rechtskräftigen Urteils mit abgestellt ist und ein Unrechtsbewußtsein der Täterin trotz rechtskräftiger Gerichtsentscheidung angenommen wird.

Faßt man diese beiden bisher ergangenen Entscheidungen zusammen, so scheint sich schon jetzt als Grundlage für die demnächst fällig werdende systematische Durchdringung des Strafrechts an



Hand der neuen bundesgerichtlichen Schuldtheorie ein wichtiger Anhaltspunkt zu ergeben, ja geradezu ein roter Faden, an Hand dessen die systematische Prüfung möglich ist: Überall dort, wo es sich bei dem Verstoß gegen Strafgesetze zugleich um einen Verstoß gegen Normen handelt, die in dem allgemeinen sittlichen Bewußtsein der Menschen einer bestimmten Zeit fest verankert sind, muß ohne weiteres davon ausgegangen und vom Gesetzgeber wie vom Richter erwartet werden, daß der Täter die Einsicht in das Unrecht hat. Mord, Totschlag, Diebstahl, Betrug, Untreue und Unterschlagung, Freiheitsberaubung werden beispielsweise ohne weiteres Delikte sein, welche jedenfalls den Menschen unserer Tage gewissensmäßig als strafwürdiges Unrecht erscheinen. Sind also die Strafnormen aufgebaut auf allgemeinmenschlichen Grundrechten, oder sind die Strafnormen Ausgestaltungen eines grundlegenden Sittengesetzes wie des Dekalogs in einer christlichen Welt, so scheint es sicher, daß ein Irrtum des Täters über derartige Normen unbeachtlich ist.

II. Infolgedessen dürfte es erneut erforderlich sein, eine allgemeine Abgrenzung zu versuchen zwischen denjenigen Gruppen von gesetzlichen Bestimmungen, bezüglich deren ein Verbotsirrtum des Täters unerheblich ist, und von solchen Bestimmungen, gegenüber denen ein Verbotsirrtum möglich sein kann. Man möchte geneigt sein, eine allgemeine mehr politische Formel dahin zu finden, daß die Bestimmungen des alten würdigen Strafgesetzes von 1871 jedenfalls Normen enthalten, deren Kenntnis allgemein vorausgesetzt werden kann, während spätere, insbesondere die nach 1933 erlassenen Strafgesetzbuchnovellen nicht mehr das einfache Unrechtsbewußtsein, das bei jedem Menschen vorausgesetzt werden muß, spiegeln. Indessen steht einer derartigen allzusummarischen Betrachtung beispielsweise die ernste Mahnung in Werner Bergengruens Buch „Das Feuerzeichen“ warnend entgegen. Der durch Gesetz vom 28. Juni 1935 gestrichene § 322 StGB war, wie jenes Büchlein schlagend beweist, nicht mehr Bestandteil des allgemeinen Rechtsbewußtseins, oder besser des allgemeinen Unrechtsbewußtseins; mindestens gilt dies in dem von Bergengruen behandelten Falle. Demgemäß kann das Kriterium zur Unterscheidung zwischen denjenigen Fällen, in denen ein Verbotsirrtum beachtlich ist, von denjenigen, in denen ein solcher Verbotsirrtum unerheblich ist, nur in einem religiös fundierten ethischen Moment gefunden werden, auf welches die Entscheidung des Bundesgerichtshofes mit seinem Hinweis auf das Erfordernis der **Gewissensprüfung** verweist:

Zu untersuchen ist somit, in welchem Umfange das einzelne Strafgesetz Ausdruck der in einer bestimmten Zeit allgemein geltenden sittlichen Überzeugung ist. Erleichtert wird die Feststellung einer solchen allgemeinen sittlichen Überzeugung dann, wenn diese Überzeugung auf religiöser Grundlage beruht und diese religiöse Grundgasse in bestimmten konkreten Weisungen ihren Ausdruck gefunden hat, wie im Dekalog. Man kann infolgedessen den Satz prägen:

Einentschuldbarer Verbotsirrtum, der geeignet ist, die Schuld des Täters auszuschließen, kann nur in Be-

tracht kommen, wenn der Irrtum sich allein auf ein rein positiv-rechtliches Gebot, also auf eine bloße Anordnung bezieht. Wenn sich dagegen der Verbotsirrtum zugleich bezieht auf ein dem allgemeinen Sitten- und Ordnungsgesetz entspringende Norm, so ist der Irrtum nach wie vor strafrechtlich unbeachtlich. Vom Standpunkt des Naturrechtlers ist die Formel noch einfacher:

Ein Verbotsirrtum, der sich zugleich auf Sätze des Naturrechts, wie sie insbesondere in den 10 Geboten enthalten sind, bezieht, ist auch strafrechtlich unerheblich.

III. Es soll nicht bezweifelt werden, daß auch diese allgemeine Formel noch vieler detaillierter Klarstellungen bedarf. Man wird auch jeweils sagen müssen, welche Normen den allgemeinen sittlichen und religiösen fundamentalen Auffassungen einer bestimmten Zeit und eines bestimmten Volkes entsprechen und bei welchen Normen es sich lediglich um zweckbedingte und wegen der äußeren Ordnung des Zusammenlebens erlassene Bestimmungen handelt. Schon jetzt aber dürfte feststehen, daß eine bestimmte Gruppe von Fällen auszuschließen ist, in denen nach wie vor der Satz gelten muß, daß Unkenntnis nicht vor Strafe schützt.

Bevor die weitere ins einzelne gehende systematische Untersuchung in Angriff genommen werden kann, scheint es richtig, diesen grundsätzlichen Gedanken einmal herauszustellen.

IV. Bei Überprüfung der gesamten bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes scheinen jene erneuten Hinweise auf allgemein gehaltene Unterscheidungsmöglichkeiten zwischen beachtlichem und unbeachtlichem Strafrechtsirrtum in einem modernen Sinne mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes nicht völlig zu disharmonisieren:

1. Zunächst darf einmal in aller Ehrfurcht vor der Entscheidung des Bundesgerichtshofes in dem Beschluß vom 18. März 52 folgendes bemerkt werden:

Es ist nicht ganz einzusehen, warum gerade der vom Bundesgerichtshof in dem Beschluß vom 18. März 1952 entschiedene Fall den Anlaß dazu gegeben hat, daß der Große Senat für Strafsachen von der Rechtsprechung des Reichsgerichts im strafrechtlichen Schuldproblem abgewichen ist. In dem zu entscheidenden Falle hatte der Angeklagte, ein Rechtsanwalt, die Verteidigung in einer auf mehrere Verhandlungstage berechneten Strafsache gegen eine Frau übernommen, ohne ein bestimmtes Honorar zu vereinbaren. Am ersten Tage verlangte der Angeklagte von der Frau in der ersten Verhandlungspause mit der Drohung, andernfalls die Verteidigung nicht weiterzuführen, Zahlung von 50 DM. Am nächsten Morgen nötigte der Anwalt die Frau nochmals mit der Drohung, die Verteidigung nicht weiterzuführen, einen Honorarschein über 400 DM zu unterzeichnen. Es soll nun mit dem Bundesgerichtshof nicht darüber gerechnet werden, ob nicht in jenem Falle bereits objektiv die Haltung des Anwalts im Rahmen von §§ 320 ff, 316 BGB gerechtfertigt (wenn auch gewiß nicht schön) war. In jedem Falle darf mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit angenommen werden, daß auch das



Reichsgericht auf der Grundlage seiner Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum den Irrtum des Anwalts darüber, daß er nach den genannten Bestimmungen des bürgerlichen Rechts berechtigt sei, alsbald die Honorierung seiner Leistung zu verlangen bzw. sicherzustellen, ein zivilrechtlicher, also ein außerstrafrechtlicher Irrtum gewesen wäre. Es bestand also, wenn man von dem Prinzip ausging, Rechtsfragen nur in dem Umfange zu entscheiden, wie der praktische Fall zu ihrer Entscheidung zwingt, in dem gegebenen Fall kaum ein solcher Anlaß, die grundsätzlichen Fragen der strafrechtlichen Schuldtheorie zu erörtern. Denn — wenn man von dem mitgeteilten Tatbestand ausgehen darf — ein Irrtum über die Befugnis, die eigene Leistung zu verweigern, solange die Gegenleistung nicht sichergestellt ist, bzw. noch nicht bewirkt ist, hätte auch nach der reichsgerichtlichen Schuldlehre zum Freispruch geführt. Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 18. März 1952 bietet also nach meinem Dafürhalten **tatbestandsmäßig** nicht gerade ein Musterbeispiel, an Hand dessen man die theoretischen Unterschiede zwischen der Rechtsprechung des Reichsgerichts und der neuen Lehre des Bundesgerichtshofes einleuchtend klarlegen könnte. Es wird ein Fall abgewartet werden dürfen, in welchem der Bundesgerichtshof einen Tatbestand entscheidet, der nach der alten Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ein anderes Ergebnis hervorgerufen hätte. Man könnte geneigt sein, einen solchen Fall in jenem Bergengruenschen Falle vom „Feuerzeichen“ zu sehen. Aber auch in der dortigen Fassung des Tatbestandes hätte man bei richtiger Beurteilung der Sachlage mit dem Gesichtspunkte des Notstandes auskommen können.

Alle diese Überlegungen zeigen, daß es auch im Hinblick auf den Beschluß des Bundesgerichtshofes vom 18. März 1952 angezeigt ist, erneut grundsätzliche Unterscheidungen zwischen Fallgruppen zu finden, in denen die Beachtung des strafrechtlichen Irrtums von vornherein ausgeschlossen ist und in denen der Verbotsirrtum erheblich sein kann. Jedenfalls stehen die Ausführungen des Bundesgerichtshofes dem Versuch nicht entgegen, eine Unterscheidung in dem Sinne zu finden, daß zwischen dem Irrtum über ein positives Gesetz und dem Irrtum über allgemeine sittlich-religiös fundierte Normen unterschieden wird. Um Formeln zu prägen, könnte man die Fassung vorschlagen: Enthält ein strafrechtliches Verbot zugleich ein naturrechtliches oder sonstiges allgemeines sittliches Verbot, so ist der Strafrechtsirrtum unerheblich. Liegt jedoch in dem Strafgesetz nicht zugleich der Ausdruck einer naturrechtlichen oder sonstigen allgemeinen sittlichen Norm, so ist der entschuldbare Verbotsirrtum geeignet, die Schuld des Täters auszuschließen.

Überprüft man die übrige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes auf ihre Vereinbarkeit mit jener ersten Formel hin, so hält sich in ihrem Rahmen in jedem Falle die bereits oben zitierte Entscheidung zu § 173 Abs. 2 StGB. In den weiteren

bisher veröffentlichten Entscheidungen des Bundesgerichtshofes fällt auf, daß diese Entscheidungen vielfältig von dem alten Unterschied zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum im Sinne des Reichsgerichts getragen zu sein schienen. So hat der Bundesgerichtshof in seiner grundsätzlichen Entscheidung vom 5. Januar 1951 (BGH St. Bd. I S. 13 ff), in welcher es um die Frage ging, ob die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt vor einer zur Abnahme einer solchen Versicherung nicht zuständigen Behörde als Versuch nach § 156 Abs. 2 StGB zu bestrafen ist, folgendes ausgeführt:

„Im allgemeinen wird sich jemand, der eine eidesstattliche Erklärung abgibt, überhaupt keine besonderen Gedanken über die „Zuständigkeit“ der Behörde machen. Das ist für den inneren Tatbestand des § 156 StGB auch nicht erforderlich. Es reicht aus, wenn der Täter weiß, vor welcher Behörde und in welchem Verfahren er die Versicherung erstattet. Daß er auch den Schluß auf die Zuständigkeit der Behörde ziehe, ist nicht notwendig. Ein etwaiger Irrtum wäre als Subsumtionsirrtum unbeachtlich. Die Zuständigkeit der Behörde ist, soweit es sich um die Frage des Vorsatzes handelt, der Beamteneigenschaft vergleichbar. Zum inneren Tatbestande eines Beamtendeliktes gehört nicht, daß der Täter weiß, er sei Beamter. Er braucht vielmehr nur die Tatsachen zu kennen, aus denen seine Beamteneigenschaft hervorgeht (RG JW 1939, 625); denn ein Irrtum, der weder den äußeren noch den inneren Tatbestand des Delikts ergreift, nimmt der mit der Strafe bedrohten Handlung nicht den Charakter einer Straftat. Ebensowenig kann dann aber auch ein nicht auf tatsächlichem, sondern nur auf normativem Gebiet liegender Irrtum die Strafbarkeit eines an sich straflosen Verhaltens begründen.

Der Senat vertritt deshalb die Auffassung, daß die Abgabe einer falschen Versicherung an Eides Statt vor einer unzuständigen Behörde ein versuchtes Vergehen nach § 156 StGB nur dann ist, wenn der Täter sich irrigerweise Tatsachen vorstellt, die die Zuständigkeit der Behörde ergeben. Das ist jedenfalls dann nicht der Fall, wenn die fragliche Stelle schon der allgemeinen Zuständigkeit zur Abnahme von eidesstattlichen Erklärungen ermangelt und der Angeklagte sich keine dem entgegenstehenden Tatsachen vorgestellt hat“.

Der Bundesgerichtshof kommt daher im konkreten Falle, in welchem in einer falschen Versicherung an Eides Statt vom Angeklagten unrichtige Angaben gemacht worden sind, um die Anstellung als Eisenbahnsekretär zu erlangen, zur Aufhebung der Verurteilung wegen versuchter Abgabe einer falschen eidesstattlichen Versicherung. Außerhalb des Zusammenhanges mit dem konkreten Falle bleibt aus den obigen Ausführungen der Satz in seiner allgemeinen Bedeutung bestehen, daß ein Irrtum, der weder den äußeren noch inneren Tatbestand eines Delikts ergreift, der mit Strafe bedrohten Handlung nicht den Charakter einer Straftat nimmt.

Die Unterscheidung zwischen strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Gesichtspunkten klang auch schon in der ersten veröffentlichten Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 21. 11. 1950 an (BGH des Bundesgerichtshofes vom 21. 11. 1950 an BGHSt Bd. I S. 3). Hier wird bei Fortentwicklung des



strafrechtlichen Begriffs der Waffe auf Mittel, die ihre Wirkungen auf chemischem (nicht mechanischem) Wege ausüben, betont, daß die für die frühere Auslegung maßgebenden Gründe ihren Ursprung nicht in „strafrechtlichen Erwägungen“ sondern gerade in der außerstrafrechtlichen Auffassung vom Wesen der Waffe hatten“. Im weiteren Verlauf der Entscheidung wird hervorgehoben (a.a.O. S. 3), gerade die strafrechtliche Würdigung führe zu dem Schluß, daß dem vom Gesetzgeber mit den einschlägigen Strafvorschriften (§ 223 a, 250 Nr. 2 StGB) verfolgten Zweck nur die weitere Fassung des Waffenbegriffs, die der heut allgemeinen Auffassung entspräche, gerecht werden könne.

Auch sonst gewann man bei Überprüfung der bisher veröffentlichten Strafurteile des Bundesgerichtshofes die Überzeugung, daß das höchste Westdeutsche Gericht an der alten Unterscheidung des Reichsgerichts zwischen Normen- und Tatbestandsirrtum festhalte, selbstverständlich unter Ausdehnung des Tatbestandsbegriffs auf alle zivil-, verwaltungs- und sonstigen außerstrafrechtlichen Rechtslagen. Daß hierbei ebensowenig wie bei den Instanzgerichten die positive Sonderbestimmung von § 31 des Wirtschaftsstrafgesetzes (WStG) für ihren Geltungsbereich, das Wirtschaftsstrafrecht, außer acht gelassen wurde, kann als Selbstverständlichkeit angesehen werden. Nirgends zeigte sich bisher der Gedanke, den Grundsatz jener Sonderbestimmung auf das allgemeine Strafrecht zu übertragen.

Folgende Entscheidungen des Bundesgerichtshofes scheinen mir die Richtigkeit der hier vertretenen Auslegung seiner bisherigen Rechtsprechung zu bestätigen:

In der Entscheidung des Bundesgerichtshofes vom 5. Juni 1951 (BGHSt Bd. 1 S. 203 ff) wird in einem Falle, in welchem der wegen Totschlags verurteilte Angeklagte durch den Irrtum, sein Schwiegervater und seine Frau unterhielten ehebrecherische Beziehungen, zum Zorn gereizt und dadurch auf der Stelle zur Tat hingerissen worden war, ausgeführt, die Strafermäßigung des § 213 StGB komme dem Totschläger nicht zugute, der irrtümlicherweise die tatsächlichen Voraussetzungen einer Mißhandlung oder schweren Beleidigung annimmt. Die Beweisführung des Bundesgerichtshofes bewegt sich hierbei vollkommen in den Bahnen der Unterscheidung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum. Wörtlich heißt es a. a. O. S. 207:

Der Auffassung des Gerichts „kann auch nicht mit dem Einwand begegnet werden, daß in Rechtsprechung und Schrifttum in entsprechender Anwendung des § 59 Abs. 1 StGB dem Täter, dem ein Unrechts- oder Schuldausschließungsgrund zur Seite steht, derjenige gleich behandelt wird, der irrtümlicherweise die tatsächlichen Voraussetzungen eines solchen Umstandes, etwa im Falle vermeintlicher Notwehr oder vermeintlichen Notstandes, annimmt. Denn die für die Entscheidung der Schuldfrage richtige Anwendung des in § 59 Abs. 1 enthaltenen Grundgedankens kann nicht ohne weiteres bei der Auslegung von Bestimmungen gelten, die wie § 213 ausschließlich Vorschriften für die Strafzumessung geben. Vielmehr läßt sich, wie auch das Reichsgericht a. a. O. (nämlich RGSt Bd. 69 S. 314) unter Hinweis auf § 157 a. F. StGB mit Recht betont, „die Entscheidung darüber, ob das Gesetz eine bestimmte Strafmilderung

nur an das tatsächliche Vorhandensein des Sachverhalts, der sie begründet, oder — in entsprechender Anwendung des § 59 StGB — auch an die irrige Vorstellung des Täters davon knüpft, nicht allgemein, sondern nur für jeden gesetzlichen Strafmilderungsgrund besonders aus seinem Zweck heraus treffen.

Der aus § 59 StGB hergeleitete Einwand, es müsse auch der Fall wirklicher dem nur vermeintlicher Kränkung in § 213 gleichgeachtet werden, ist auch deshalb nicht stichhaltig, weil das Strafgesetzbuch jene vermeintliche Gleichstellung nicht schlechthin kennt. Denn bei der Verwirklichung der Tatbestände von Strafgesetzen, die sowohl vorsätzlich wie fahrlässig verletzt werden können, wird dem wirklich gerechtfertigten oder entschuldigten Täter der im tatsächlichen Irrtum über einen Unrechts- oder Schuldausschließungsgrund befindliche Täter nur dann gleichgestellt, wenn er seinen Irrtum nicht verschuldet hat. Bei § 213 aber würde, wäre der auf § 59 StGB gestützte Einwand richtig, der vermeintlich werden müssen.“

In der Entscheidung des 4. Strafsenats vom 4. Mai 1951 wird mit besonderer Sorgfalt der innere Tatbestand des Zeugenmeineides nach § 154 StGB festgestellt (RGHSt Bd. 1 S. 148 ff). Scharf wird hervorgehoben, daß nur derjenige vorsätzlich falsch schwört, welcher bewußt etwas Falsches beschwört, wozu erstens gehört, daß sich der Angeklagte des wirklichen Sinnes seiner Aussage bewußt ist, ferner bei der Eidesleistung weiß, daß der Inhalt seiner Aussage unrichtig ist. In der Entscheidung geht es darum, daß die Angeklagte in einem Unterhaltsrechtsstreit ihres Sohnes als Zeugin beschworen hatte, sie hätte mit einem bestimmten Mann nur einmal geschlechtlich verkehrt und zwar außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit. Der BGH führt dazu aus, daß sie dann, wenn der Angeklagte bei der Eidesleistung den mehrmaligen Verkehr mit dem Mann im Gedächtnis gehabt hätte, sie dennoch nur dann vorsätzlich falsch geschworen hätte, wenn sie sich außerdem darüber klar gewesen wäre, daß auch gerade dieser Umstand des mehrmaligen geschlechtlichen Verkehrs mit dem Mann außerhalb der gesetzlichen Empfängniszeit unter den Eid falle (a. a. O. S. 150). Bei der Prüfung dieser Frage stellt das Gericht genau auf den Inhalt des Beweisbeschlusses und dessen Klarheit ab. Es werden also Tatbestandsfragen und ein Tatbestandsirrtum im Sinne der alten reichsgerichtlichen Rechtsprechung untersucht. Nicht dagegen wird darauf abgestellt, daß die Angeklagte sich etwa in einem Irrtum über die Verbotswidrigkeit ihrer Eidesleistung befunden hätte.

Einen ähnlichen Fall hat die hoffentlich ebenfalls zur Veröffentlichung gelangende Entscheidung des Landgerichts Arnsberg vom 20. Februar 1952 — 2 Ms 248/51 — zum Gegenstande. Hier handelt es sich darum, daß der Angeklagte vor dem Standesbeamten bei Eingehung seiner 3. Ehe an Eides Statt formulärmäßig versichert hatte, er sei „einmal verheiratet“ gewesen, während er in Wirklichkeit bereits zweimal die Ehe eingegangen war, das zweite Mal nach ordnungsmäßiger Auflösung der vorangegangenen Ehe. Der Angeklagte hatte bei der dritten Eheschließung geglaubt, vor dem Standesbeamten nur über die vorangegangene zweite Ehe



schließung Auskunft geben zu müssen. Auch hier hat das Gericht in tatbestandsmäßig überaus sorgfältiger Weise festgestellt, daß der Angeklagte sich in tatsächlicher Hinsicht in dem Irrtum befunden habe, daß der Inhalt seiner eidesstattlichen Versicherung sich nicht auf die Zahl der Eheschließungen, sondern lediglich auf die vor der beabsichtigten dritten Eheschließung erfolgte zweite Eheschließung bezog. Allein Tatfragen spielten also für das Gericht eine Rolle, nicht die Frage, ob der Angeklagte der Meinung war, seine Wahrheitspflicht bezöge sich nicht auf die früheren Eheschließungen, ferner der Meinung war, die Frage, wie oft er schon verheiratet gewesen sei, ginge niemanden etwas an, auch nicht den Standesbeamten, der sich nur dafür zu interessieren habe, daß die letzte Ehe aufgelöst sei, da ja schon der Standesbeamte, vor dem die zweite Ehe geschlossen worden sei, seinerzeit die Auflösung der ersten Ehe habe prüfen müssen.

Hinzuweisen ist ferner im vorliegenden Zusammenhange auf die Entscheidung des Großen Senats des Bundesgerichtshofes für Strafsachen vom 11. Mai 1951 (BHG St. S. 158 ff), wo die berühmte Frage, ob ein Diebstahl aus einem Gebäude oder aus einem abgeschlossenen Raum mittels Einsteigens im Sinne des § 243 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegt, wenn der Dieb, der auf ordnungsmäßigem Wege in das Gebäude gelangt ist, in eine umschlossene Abteilung dieses Gebäudes einsteigt, im Unterschied zu der bisherigen ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts dahin entschieden worden ist, daß ein **Dieb, der auf ordnungsmäßigem Wege in ein Gebäude gelangt und in eine umschlossene Abteilung dieses Gebäudes einsteigt**, einen Diebstahl aus einem umschlossenen Raum mittels Einsteigens begeht. Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes müßte einen Dieb selbst dann treffen, wenn er vor Begehung seiner Tat an Hand der reichsgerichtlichen Judikatur zu der festen Überzeugung gelangt wäre, daß als umschlossene Räume im Sinne des § 243 Nr. 2 nur in „bestimmter Weise begrenzte Teile der Erd- oder Wasserfläche“ anzusehen seien (vgl. noch RGSt Bd. 70 S. 360). Selbst ein solcher „kundiger“ Dieb, der sich bei seinem Normenirrtum in allerbesten Gesellschaft befinden würde, könnte nicht damit gehört werden, daß er sich in einem durchaus begrifflichen Irrtum über die **besondere** Strafbarkeit seines Verhaltens im Sinne der qualifizierenden Merkmale von § 243 StGB befunden habe. Der Irrtum über die **Qualifikation** des positiv-rechtlichen Straftatbestandes ist also unbeachtlich.

V. Unter diesen Umständen kann es nicht hoch genug gewertet werden, daß Arthur Wegner in seinem jüngst erschienenen Werk „Strafrecht Allgemeiner Teil“, Göttingen 1951, bes. Seite 127 ff, 166 ff nochmals auf die alte Unterscheidung zwischen strafrechtlichem Irrtum mit grundsätzlichen Betrachtungen, auf die hier nachdrücklich hingewiesen sei, eingegangen ist. Wir finden bei Wegner eine eindringliche Rechtfertigung der reichsgerichtlichen Unterscheidungen und die ausführlichste, von innerer persönlicher Bewegtheit getragene Erörterung des modernen Theorienstreits mit einer so eindeutigen, fest begründeten Stellungnahme, daß seinen Ausführungen kaum noch etwas hinzugefügt werden kann. Wenn dies hier doch versucht wird, so geschieht dies nur, um darauf hinzuweisen, daß

Wegners Ausführungen in Übereinstimmung stehen mit den philosophischen Unterscheidungen von Heinrich Rickert zwischen der Welt des Seins und der Welt der Werte und Ideen (vgl. dazu im einzelnen meinen Aufsatz im 2. Jahrgang, Heft 3/4 S. 197 ff dieser Zeitschrift und mein „Staatsrecht Allgemeiner Teil“, in Grundrissen der Rechtswissenschaft, herausgegeben von Professor Dr. Reinhart Maurach, Hannover Hermann-Schroedel-Verlag, 1951, S. 8).

Heinrich Rickert hat in seinen großen Werken (vgl. insbesondere „Allgemeine Grundlegung der Philosophie“, Tübingen 1921, bes. S. 112 ff, 121 ff, 129 ff, 132 ff, 171 ff, 203 ff, 254 ff, ferner: „Gegenstand der Erkenntnis“, Tübingen 1921, „Die Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung“, 5. Aufl. 1929) ein umfassendes Weltbild gezeichnet und den Blick darin geöffnet für den Unterschied zwischen der Welt des Seins einerseits und der Welt der Werte andererseits. In der Welt des Seins begegnet uns das **Existieren**, das Da-Sein. In der Welt der Werte und Ideen **existiert** dagegen nichts; Werte **gelten** vielmehr! In diese Unterscheidung zwischen Sein und Wert, Existieren und Gelten fügt sich die hier erneut vertretene Unterscheidung zwischen Tatsachenirrtum und Normenirrtum ohne Schwierigkeiten ein. Der Tatbestand, das Tatsächliche im weitesten hier als bekannt vorausgesetzten (reichsgerichtlichen) Sinne liegt im Bereich des Existierens; die strafrechtliche Verbotsnorm im Sinne eines Unwerturteils der Allgemeinheit, das über ein menschliches Verhalten so scharf ist, daß die Schuld eine Sühne zu fordern scheint, liegt dagegen im Bereiche der Werte und des Geltens.

Wer sich nun auf der Seinsebene irrt, handelt nicht schuldhaft. Hierüber besteht kein Streit und kann auch positivrechtlich im Hinblick auf § 59 StGB kein Streit bestehen. Auf der Seinsebene liegt dabei nicht allein das rein tatsächliche Geschehen in Raum und Zeit (die physische Realität im Sinne von Heinrich Rickert), auch nicht das tatsächliche Geschehen in der Zeit allein (die psychische Realität im Sinne von Heinrich Rickert — wichtig für die Behandlung der Putativnotwehr und des Putativnotstandes als Tatsachenirrtum auch, soweit sich der Irrtum auf die Willensrichtungen des Gegners bezieht!). Auf der Seinsebene liegen vielmehr auch die **Gestaltungen** tatsächlicher Beziehungen durch rechtliche Vorschriften oder rechtliche Ordnungen, mag es sich dabei um Bestimmungen oder Grundsätze zivilrechtlicher oder verwaltungsrechtlicher, wenn nur nicht **strafrechtlich wertender**, Art handeln.

Demgegenüber ist es unerheblich für das Unwerturteil der Allgemeinheit, wenn der Handelnde sich in den Wertgrößen und grundlegenden, insbesondere allgemeinmenschlich, sittlich, meist zugleich religiös begründeten Wertschätzungen seiner Zeit und seiner Gesellschaftsordnung nicht zurechtfindet. Für eine menschenkundliche Betrachtung besteht der Sinn des Strafrechts vor allem auch darin, den Menschen in den Rhythmus der Gesellschaftsordnung, in der er lebt und die er stört, hineinzuzwingen, wobei es zur Bestrafung erforderlich ist, daß das eine besondere Sühne oder Erziehung fordernde strafrechtliche Unwerturteil in Bewegung gesetzt ist. Von diesem Standpunkt kann derjenige nicht besser gestellt sein, welcher die Normen seiner Zeit und seiner Ge-



sellschaftsordnung von vornherein nicht anerkennt oder nicht kennt, als derjenige, welcher sie zwar anerkennt und kennt, sich aber über sie hinwegsetzen zu können glaubt. Wer eine **Norm** im Prinzip mißachtet oder verkennt, ist in der Wertewelt ein mindestens so gefährlicher Störer der jeweiligen Sozialordnung, wie derjenige, welcher im konkreten Falle nach Anlage, Erziehung oder sonstigen Umwelteinflüssen außerstande ist, die Normen einzuhalten. Moralisches Irresein genügt für die Anwendung von § 51 StGB ebensowenig wie der Irrtum über strafrechtliche Verbotsnormen nach Analogie von § 59 StGB zu behandeln ist. In seltsamer Weise treffen also allgemeine philosophische Betrachtungen über Sein und Dasein, Existieren und Wert, tatsächliche Gegebenheiten und deren Spiegelung in der Seele des Täters einerseits und die Unverbrüchlichkeit der in der jeweiligen Sozialordnung geltenden grundsätzlichen, insbesondere sittlichen und religiösen Werte andererseits zusammen mit dem einfachen, im besten Sinne des Wortes volkstümlichen, weil tiefste Erkenntnis enthaltenden, aus ursprünglicher Welt-einsicht stammenden Satze: **Unkenntnis schützt vor Strafe nicht**; womit erkennbar gemeint ist, daß die **Unkenntnis einer grundlegenden, kurz: naturrechtlich begründeten strafrechtlichen Verbotsnorm**, mag die Unkenntnis im Einzelfall auch verständlich sein, nichts an der Strafbarkeit eines Verhaltens ändert.

Für den Strafverteidiger liegt es heute nahe, den Streit zwischen sogen. Schuld- und Vorsatztheorie und die Ablehnung der alten Unterscheidungen zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum dafür zu benutzen, um die strafrechtliche Unkenntnis des Angeklagten auch über § 31 WStG hinaus geltend zu machen, in der Weise, der Angeklagte habe die Strafwürdigkeit seines Verhaltens nicht erkannt und angesichts seiner persönlichen Entwicklung und der über sein Verständnis hinaus wachsenden Kompliziertheit der Lebens- und daher auch Rechtsverhältnisse nicht erkennen können. Eine solche weitgehende Verlagerung der Strafbarkeit eines Verhaltens in die inneren Vorgänge des Angeklagten hätte für die Verteidigung vielfach den Vorteil, daß dem Angeklagten die Fähigkeit zur Erkenntnis der Strafbarkeit oder die korrekte Kenntnis derselben nachgewiesen werden müßte, aber nicht immer nachgewiesen werden kann. Man denke z. B. an Sittlichkeitsdelikte wie die Kuppelei bei Gewährung der Gelegenheit zur Ausübung des Beischlafs zwischen Verlobten durch die Eltern oder an die Fälle des § 330c StGB (unterlassene Hilfeleistung), dies insbesondere in dem Falle, wo der Angeklagte nach bestem Wissen und Gewissen der Meinung war, daß der § 330c StGB nicht mehr gelten könne, weil das darin erwähnte „gesunde Volksempfinden“ zeige, daß das Gesetz nationalsozialistischen Charakter habe und infolgedessen überholt sei (vgl. die in der Zeitschrift für das gesamte Arztrecht Jahrgang 1 (1951) Heft 5/6 Seite 115 ff wiedergegebene Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 28. 6. 1951, dazu Aufsatz in Jahrgang 1 (1951) Heft 3 und 4 S. 70 ff derselben Zeitschrift).

Die gesamte Strafrechtspflege würde (und dies sei rein theoretischen Ausführungen entgegengehalten!) wegen der bisher allzuwenig beachteten

strafprozessualen Notwendigkeit, das strafrechtliche Schuldbewußtsein des Angeklagten exakt festzustellen, ins Wanken geraten, wenn dem Angeklagten in nicht gerade alltäglichen Fällen das Bewußtsein der Strafwürdigkeit seines Verhaltens in irgendeiner Hinsicht nachgewiesen werden müßte. Wenn man rechtspolitische Bestrebungen außer Betracht läßt, darf festgestellt werden, daß sich in der täglichen Praxis — soweit jedenfalls gesehen werden kann — die Gerichte und die Anwaltschaft sich im Rahmen der alten reichsgerichtlichen Theorie gehalten und lediglich auf die Feststellung des objektiven Tatbestandes und die auf **Tatsachen** bezogene Schuld des Angeklagten Wert gelegt haben, wie denn auch die Rechtsprechung der erstinstanzlichen Gerichte — ebenfalls: soweit gesehen werden kann — an jener Unterscheidung in der täglichen Praxis bislang festgehalten hat.

Nach Erlaß der Bundesgerichtshofentscheidung vom 18. März 1952 wird es also erneuter Unterscheidungen innerhalb des Verbotsirrtums bedürfen.

VI. Es wäre schließlich auch **rechtspolitisch** unerfreulich, wenn die scharfe Abgrenzung zwischen strafrechtlichem und außerstrafrechtlichem Irrtum im allgemeinen Strafrecht — wie seit geraumer Zeit im Steuerrecht und neuerdings im Wirtschaftsstrafrecht durch die positive Bestimmung des § 31 WStG völlig überwunden würde, wenn also zwischen beachtlichem Tatsachenirrtum und entschuldigbarem Verbotsirrtum nicht die große Gruppe der Fälle des **unentschuldabaren Verbots-, weil** (einmal kurz zusammengefaßt) **Naturrechtsirrtums** gestellt würde.

Daß im Wirtschaftsstrafrecht die Grenzen zwischen Normen- und Tatsachenirrtum verwischt worden sind, hat m. E. seinen letzten Grund darin, daß im Wirtschaftsrecht das Strafrecht über seine ursprüngliche Aufgabe, das Unwerturteil der Allgemeinheit im Rahmen der Gedanken von Schuld und Sühne durch eine Strafe auszusprechen, hinausgegangen ist und sich allzusehr reinen Zweckmäßigkeitserwägungen im Interesse einer bloßen Sicherung von wirtschaftlichen Ordnungen zugewandt hat. Auch hier bietet sich dem Lebenskundigen die Auffassung des einfachen Menschen als Korrektiv für theoretische Erwägungen dar: Es ist charakteristisch, daß vielfach das Wirtschaftsdelikt nicht als „echtes Delikt“ empfunden wird. Selbst in Zeiten besonderer wirtschaftlicher Not ist zwischen dem Wirtschaftsdelikt und einem allgemeinen Verbrechen oder Vergehen des Strafgesetzbuches ein bedeutender Unterschied in der öffentlichen Meinung gemacht worden. Von dem Allgemeinverbrecher rückt „man“ ab. Wer gegen Wirtschaftsgesetze verstieß, begegnete dem leicht hingeworfenen Wort, daß doch alle allzumal Sünder seien. Die Überspitzung des Strafrechts hat im Wirtschaftsstrafrecht dazu geführt, daß von Gesetzes wegen die Verbotsnorm **nicht mehr als allgemein bekannt unterstellt**, nicht mehr als unbedingt verbindlich angesehen wird. Das rechtspolitische Problem, in das diese Zeilen ausmünden, liegt infolgedessen nicht in der Erhaltung, ja Erweiterung von Grenzverwischungen aus Zeiten einer Hypertrophie des Strafrechts, sondern in der **scharfen Besinnung auf die Unterschiede zwischen Existenz und Wert, Sein und Gelten**, Tatsachen im weitesten Sinne einerseits und strafrechtliche Normen mit den ihnen zugrunde liegenden allgemein-



menschlichen Unwerturteilen andererseits. **Wo das Strafrecht sein Maß als Ordnungsmacht für grundlegende sittliche Normen einhält und nicht zur Sicherung wirtschaftlicher oder sonst (rein äußerlich) zweckmäßiger Situationen verwendet wird, können wir dann auch praktisch-lebensmäßig zu dem auf die großen gewissenbedingten, strafrechtlich ausgestalteten Naturrechtsnormen bezogenen Satz zurückkehren, daß Unkenntnis nicht vor Strafe schützt.**

VII. Es ergibt sich daher zusammengefaßt im Anschluß an die Ausführungen auf S. 197 ff dieser Zeitschrift (Jahrg. 2).

1. Zu unterscheiden ist zwischen Sein und Wert.

2. Irrtum auf der Seinsebene enthebt vom Vorwurf strafrechtlich erhobenen Vorsatzes. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, so ist der Handelnde oder Unterlassende strafbar, wenn von dem verletzten Gesetz auch das fahrlässige Verhalten mit Strafe bedroht ist.

3. Irrtum über Grundanliegen in der Wertwelt enthebt nicht vom Vorwurf strafrechtlich erheblicher Schuld.

4. In Übergangszeiten und unter Übergangsmenschen (bei Ablösung einer Wertwelt durch eine neue) kann es sein, daß ein positivrechtliches Verbot nicht zugleich ein generelles **Unwerturteil in der Wertwelt** in dem Augenblick der Aburteilung

des Täters enthält. In Übergangszeiten und unter Übergangsmenschen kann es auch vorkommen, daß aus Gründen äußerer Ordnung strafrechtliche Bestimmungen erlassen werden, hinter denen kein sie forderndes allgemeingültiges Werturteil steht. Der **Sinn** dieser Bestimmungen ist formell vorhanden, ein jeden Menschen ergreifender **Wert** jedoch nicht ohne weiteres erkennbar. In diesen Fällen ist Raum für den Verbotsirrtum. Wer allein über den **Sinn** einer Vorschrift irrt, irrt noch nicht ohne weiteres über einen **menschlich berührenden Wert**. Wer also ein Gesetz übertritt, das kein allgemeines Werturteil verwirklicht, handelt im strafrechtlichen Sinne nicht schuldhaft, wenn er — ohne Fahrlässigkeit — das gesetzliche Verbot nicht kennt.

5. Wo allgemein menschliche, religiöse oder sittliche Überzeugungen in einer bestimmten Zeit in einer bestimmten Rechtsgemeinschaft in besonderer Verdichtung dazu geführt haben, daß sie als Forderungen des Gewissens auftreten — wo insbesondere diese Forderungen des Gewissens den einer bestimmten Welt entsprechenden Ausdruck gefunden haben wie in der christlichen Welt die Zehn Gebote — kann der Irrtum des einzelnen Menschen über einen solchen **Grundwert des Daseins** nicht zur Entschuldigung wegen Unkenntnis der einen solchen Grundwert strafrechtlich ausgestaltenden Verbotsnorm führen.

## Was muß der Arzt von der Ausdehnung der Unfallversicherung auf weitere Berufskrankheiten auf Grund des Ges. v. 26. Juli 1952 wissen?

Von Dr. med. Grömig, Lübeck.

Die gesetzliche Unfallversicherung gewährt dem Versicherten Schutz gegen Arbeitsunfälle, die in einem inneren Zusammenhang mit der Beschäftigung in einem Unternehmen oder mit einer sonstigen versicherten Tätigkeit stehen.

Unter einem Arbeitsunfall verstehen Rechtsprechung und Schrifttum ein körperlich schädigendes, zeitlich eng begrenztes Ereignis, das mit einer versicherten Tätigkeit in ursächlichem Zusammenhang steht.

Wesentliches Merkmal eines Unfalles ist also, daß die Schädigung in einem eng begrenzten Zeitraum eintritt, welcher höchstens eine Arbeitsschicht dauert. Eine Handprellung oder Entzündung, die während zweier Arbeitsschichten durch wiederholte, andauernde Einwirkungen hervorgerufen wird, ist kein Arbeitsunfall.

Auch eine Häufung kleiner Schädigungen innerhalb nur einer Arbeitsschicht stellt einen Unfall dar, wenn hierdurch eine Körperschädigung bedingt worden ist, z. B. wiederholtes Hineinfliegen von Staubteilchen in die Augen oder das Erfrieren von Gliedmaßen bei einer Fahrt eines Kutschers zum Gutshof. Bei Schädigungen durch länger als eine Arbeitsschicht dauernde Einwirkungen ist der Ver-

sicherungsschutz nur unter dem Gesichtspunkt einer Berufskrankheit möglich.

Eine weitere Voraussetzung für das Vorliegen eines Arbeitsunfalles ist, daß im ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Unfallereignis und der versicherten Tätigkeit besteht. Es braucht sich bei der schädigenden Einwirkung nicht um eine Gefahr zu handeln, die der Arbeitstätigkeit eigentümlich ist. Sogenannte „Unfälle des täglichen Lebens“, die Versicherte bei und infolge Ausübung einer versicherten Tätigkeit erleiden, sind Arbeitsunfälle (Entscheidungen und Mitteilungen des Reichsversicherungsamtes Band 16 S. 83), z. B. das Ausgleiten bei der Arbeit, Insektenstiche oder Tod durch Blitzschlag. Es genügt, daß der Verletzte nach menschlicher Voraussicht den Unfall nicht erlitten hätte, wenn er zur Unfallzeit nicht im Betrieb beschäftigt gewesen wäre. Selbst eine Erkältung oder schädigende Einwirkungen durch Witterungseinflüsse können einen Arbeitsunfall darstellen, falls der Verletzte ihnen infolge der versicherten Tätigkeit ausgesetzt gewesen ist. Lediglich in den Fällen, in denen der Unfall dem Verletzten zu derselben Zeit und derselben Art auch außerhalb des Betriebes oder der versicherten Tätigkeit wahrscheinlich zugestoßen sein würde, kann ein Unfall nicht als Arbeitsunfall angesehen werden.



In der Unfallversicherung muß daher ein doppelter ursächlicher Zusammenhang bestehen, und zwar

1. zwischen der versicherten Tätigkeit und dem Unfallereignis und
2. zwischen dem Unfallereignis und dem eingetretenen Schaden.

Es muß also mit anderen Worten durch eine versicherte Tätigkeit ein schädigendes Ereignis ausgelöst und durch dieses Ereignis der Eintritt einer entschädigungspflichtigen Unfallfolge herbeigeführt worden sein.

Nun ist nicht immer die versicherte Tätigkeit die alleinige Ursache und auch der Unfall nicht immer die einzige Ursache des Schadens. Oft führen mehrere Ursachen den eingetretenen Schaden herbei. Hier hat die Rechtsprechung zur Klärung der Frage, welcher dieser Ursachen die entscheidende Wirkung beizumessen ist, den Begriff von der „wesentlich mitwirkenden Ursache“ geprägt. Es genügt danach, wenn eine der Ursachen eine Bedingung für den Erfolg darstellt, ohne die nach menschlicher Voraussicht der Schaden in gleicher Schwere oder Schnelligkeit nicht eingetreten wäre. Es tritt mit anderen Worten eine Abwägung aller Ursachen ein, die zum Erfolg beigetragen haben und zwar nach der Richtung ihres besonderen Wertes für den Eintritt des Erfolges. Danach bleiben diejenigen mitwirkenden Bedingungen als unerheblich außer Betracht, die mit dem Eintritt des Schadens nur in loser Verbindung stehen.

Die Bestrebungen, über den Arbeitsunfall hinaus auch Erkrankungen zu entschädigen, die infolge beruflicher Schädigung eintreten, setzten schon bei der Schaffung der Reichsversicherungsordnung ein. Aber erst im Jahre 1925 konnte die Ausdehnung der Unfallversicherung auf Erkrankungen verwirklicht werden, die zwar mit der Betriebsarbeit zusammenhängen, aber auf langdauernde Einwirkungen zurückzuführen sind und deshalb nicht den Tatbestand des Unfalls im Sinne der Reichsversicherungsordnung erfüllen. Der Katalog der damals durch die 1. Verordnung zur Ausdehnung der Unfallversicherung am 12. 5. 1925 (RGBl. I S. 69) herausgebracht worden war, umfaßte 11 Berufskrankheiten. Die 2. VO. vom 11. 2. 1929 (RGBl. I S. 27) sah bereits 22 Berufskrankheiten als entschädigungspflichtig vor und die 3. VO. vom 16. 12. 1936 (RGBl. I S. 1117) erfaßte schon 26 Berufskrankheiten. Die Fünfte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten (Fünfte Berufskrankheiten-Verordnung) vom 26. Juli 1952 (RGBl. I S. 395 ff) hat nunmehr 40 berufsbedingte Erkrankungen einer Entschädigungspflicht durch die Unfallversicherung unterstellt. Auf der Internationalen Arbeitskonferenz in Genf wurden die jetzt aufgezählten Krankheiten für eine Aufnahme in die Gesetzgebung der angeschlossenen Länder empfohlen. In fast allen Kulturstaaten werden diese in der Anlage aufgeführten Erkrankungen, entschädigt.

Zur Bezeichnung der Krankheit enthält die Anlage zur Berufskrankheitsverordnung entweder das Krankheitsbild, z. B. Nr. 34 Schneeberger Lungenerkrankung, Nr. 36 Grauer Star oder eine allgemeine Bezeichnung, z. B. Nr. 15 Erkrankung durch Kohlenoxyd, Nr. 16 Erkrankung durch Röntgenstrahlen und radioaktive Stoffe.

Bei manchen Krankheiten ist neben dem Krankheitsbild auch noch die ursächliche Schädigung z. B. Krebs oder andere Neubildungen sowie Schleimhautveränderungen der Harnwege durch aromatische Amine, angeführt.

Die meisten Berufskrankheiten sind entschädigungspflichtig ohne Rücksicht auf die Art des Unternehmens, in dem sie entstanden sind, z. B. Erkrankungen durch Blei, Phosphor, Quecksilber usw. Andere Berufskrankheiten werden dagegen nur dann entschädigt, wenn sie in ganz bestimmten Unternehmen eingetreten sind, die in der VO. aufgeführt sind, z. B. Wurmkrankheit nur in den Betrieben des Bergbaues oder bei Infektionskrankheiten nur bei Tätigkeiten in Krankenhäusern, Heil- und Pflegeanstalten und sonstige Anstalten, die Personen zur Kur und Pflege aufnehmen.

Die Erweiterung der Liste der Berufskrankheiten durch die 5. VO. a. a. O. ist charakterisiert durch drei Arten von Veränderungen gegenüber den bisherigen Bestimmungen.

1. Es werden neue Berufskrankheiten genannt und damit eine Erweiterung der Unfallschutzes und der Entschädigungspflicht hergestellt.
2. Es werden gewisse Einschränkungen, die für die Anerkennung als Berufskrankheit bestanden, aufgegeben.
3. Die Fassung der Begriffe ist vereinfacht und damit auf den neusten Stand der medizinischen Erkenntnisse und Erfahrungen gebracht.

An neuen Erkrankungen sind durch die VO. hinzugekommen

- a) das Kadmium (Nr. 6),
- b) Erkrankung der Knochen, Gelenke und Bänder durch Fluorverbindungen (Flurose Nr. 36),
- c) Erkrankungen der Zähne durch Mineralsäuren Nr. 32,
- d) Hornhautschädigungen des Auges durch Benzochinon Nr. 33,
- e) Chronische Erkrankungen der Sehnenscheiden, der Sehnen- und Muskelansätze durch Überbeanspruchung Nr. 22,
- f) Drucklähmung der Nerven Nr. 23,
- g) Chronische Erkrankungen der Schleimbeutel der Gelenke durch ständigen Druck oder ständige Erschütterung Nr. 24,
- h) Abrißbrüche der Wirbelfortsätze Nr. 25,
- i) Meniskusschäden bei Bergleuten nach mindestens dreijähriger regelmäßiger Tätigkeit Nr. 26.

Besonders bemerkenswert ist die Änderung bei der Staublungenerkrankung, und zwar der Wegfall des Begriffs der Schwere (Nr. 27a). Bisher war die Entschädigungspflicht des Unfallversicherungsträgers an die Schwere der Erkrankungsbilder geknüpft. Das ist nunmehr nicht mehr der Fall. Voraussetzung für die Entschädigung ist heute nur noch das Vorliegen eines meßbaren Schadens durch die genannte Krankheit.



Alle sonstigen Änderungen dienen mehr der Abgrenzung und der Klarheit.

Eine exakte und befriedigende Begriffsbestimmung, was als Berufskrankheit anzusehen ist, ist nicht möglich. Das hängt damit zusammen, daß alle Versuche, die in dieser Richtung unternommen wurden, daran scheitern mußten, daß die Vielfältigkeit des Arbeitslebens mit den sich daraus ergebenden Schädigungsmöglichkeiten sich nicht in kurzen, knappen und doch ausreichenden Worten einfangen läßt. Eine Definition der Berufskrankheit läßt sich vielleicht dahin geben: „Berufskrankheit ist jede Erkrankung infolge schädigender Einwirkung der beruflichen Tätigkeit, ohne Rücksicht darauf, ob die Krankheit durch einen Unfall oder durch eine schädigende Einwirkung verursacht ist, die nicht den Tatbestand des Unfalls erfüllt (Krohn, Lauterbach).“

Für den Arzt und das Krankenhaus liegt die besondere Bedeutung der Kenntnis der Berufskrankheiten, d. h. also eine Erkrankung als entschädigungspflichtige Berufskrankheit anzusehen ist, in der Meldepflicht.

Nach § 7 der 3. VO. über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten vom 16. Dezember 1936 (RGBl. I S. 1117) hat nämlich ein Arzt, der bei einem Versicherten eine Berufskrankheit oder Krankheiterscheinungen feststellt, die den begründeten Verdacht einer Berufskrankheit rechtfertigen, die Feststellung dem Versicherungsträger oder dem Gewerbearzt unverzüglich anzuzeigen. Der Gewerbearzt hat unverzüglich nach Eingang der Anzeige den Erkrankten zu untersuchen oder einen Arzt mit der Untersuchung zu beauftragen. Den Umfang der für die Gutachtererstattung erforderlichen Untersuchungen bestimmt der Gewerbearzt nach eigenem Ermessen. Die Kosten der vom Gewerbearzt veranlaßten Untersuchung hat der Versicherungsträger zu tragen, ohne daß dieser die Notwendigkeit oder Zweckmäßigkeit dieser Maßnahme nachprüfen kann.

Die Ärzte haben für die Erstattung der Anzeigen und für die im Auftrag des Gewerbearztes erstatteten Gutachten Anspruch auf eine Vergütung durch den einzelnen Versicherungsträger.

Bei Anzeigen besteht schon dann ein Vergütungsanspruch, wenn ein begründeter Verdacht bestanden hat; eine Bestätigung des Verdachts durch das Verfahren ist nicht erforderlich. Voraussetzung ist aber stets, daß der Erkrankte als Versicherter in einem der Unfallversicherung unterliegenden Betrieb tätig war. Ergibt sich, daß der Gewerbearzt einen Begutachtungsauftrag erteilt hatte, obwohl kein Versicherungsträger der Unfallversicherung zuständig ist, z. B. weil der Betrieb nicht der Unfallversicherung unterliegt, so wird sich der Arzt wegen seiner Vergütung in der Regel nur an den Gewerbearzt halten können.

Der Gewerbearzt übersendet dem Versicherungsträger mit seinem Gutachten auch eine Stellungnahme zur Angemessenheit der Forderung der Ärzte.

Gegen die Entscheidung des Versicherungsträgers ist die Beschwerde an das Oberversicherungsamt zulässig.

Die vielfach bei Ärzten fehlende und auch durchaus verständliche Betriebs- und Berufskennntnis macht es diesen schwer, der ihnen auferlegten Meldepflicht nachzukommen. Zur Erreichung der Zweckbestimmung des Gesetzes erscheint es daher durchaus ratsam, in Zweifelsfällen eine Erkrankung als Berufskrankheit zu melden, insbesondere wenn die Zweifel in der Person des Arztes bestehen. Insbesondere gereicht aber eine solche Meldung zum Vorteil des Patienten, da hierdurch die zweckentsprechenden Maßnahmen eingeleitet und ergriffen werden können, die notwendig sind, um zu erkennen, ob weitere Erkrankungen verhindert und bereits bestehende eingedämmt werden können. Es ist hier schon vieles Gute geschaffen worden. Man denke nur an das Beispiel der Bleierkrankungen im graphischen Gewerbe. Im Laufe der Zeit sind die graphischen Betriebe so durchsaniiert worden, daß heute tatsächlich Bleivergiftungen bei Typographen, Schriftsetzern und Stereotypeuren selten geworden sind. Ein anderes Beispiel haben wir in der Hutverarbeitungsindustrie zu verzeichnen. Hier sind Quecksilbervergiftungen dadurch praktisch weggefallen, daß man, angeregt durch den gewerbeärztlichen Dienst, eine Änderung der Bearbeitungsmethoden unter Ausschaltung von Quecksilber gleichwertige Arbeitsergebnisse zu verzeichnen hat.

Diese Beispiele mögen für viele stehen. Sie zeigen aber auch, welche Möglichkeiten sich uns hier eröffnen und uns Ansporn sein sollten, zum Ausbau all dieser Maßnahmen beizutragen, die der Verhütung von Krankheiten dienen. Hieran mitzuarbeiten zum Wohle aller ist eine der schönsten Aufgaben. Die nunmehr Gesetz gewordene 5. VO. über den Ausbau der Berufskrankheiten-Verordnung ist letztlich nur ein Spiegelbild und Ausdrucksform der medizinischen Erkenntnisse, die wir in den letzten Jahrzehnten in unseren Wissensschatz aufnehmen konnten.

#### Literaturangabe:

1. Heft 29 der Sozialmedizinischen Schriftenreihe auf dem Gebiete des Reichs- und Preussischen Arbeitsministeriums: Dritte Verordnung über Ausdehnung der Unfallversicherung auf Berufskrankheiten vom 16. 12. 1936, erläutert von Bauer, Engel, Koelsch, Krohn, Lauterbach (Verlag Georg Thieme, Leipzig).
2. Die entschädigungspflichtigen Berufskrankheiten, Sonderveröffentlichung des Reichsarbeitsblattes herausgegeben vom RAM (Allg. Nachr. 41 S. 161).
3. Der Betriebsunfall von Reinhold Wagner, Verlag für Sozialpolitik, Wirtschaft und Statistik, Paul Schmidt Verlag, Berlin 1941.
4. Handbuch der Sozialversicherung, herausgegeben von Kurt Breckmann, Asgard-Verlag Lübeck.
5. Die gesetzliche Unfallversicherung von H. Lauterbach und H. Podzum, Asgard-Verlag Lübeck 1951.



Lfd. Nr.	Berufskrankheit	Unternehmen		
I	II	III		
1	Erkrankungen durch Blei oder seine Verbindungen	Alle Unternehmen		
2	Erkrankungen durch Phosphor oder seine Verbindungen			
3	Erkrankungen durch Quecksilber oder seine Verbindungen			
4	Erkrankungen durch Arsen oder seine Verbindungen			
5	Erkrankungen durch Mangan oder seine Verbindungen			
6	Erkrankungen durch Cadmium oder seine Verbindungen			
7	Erkrankungen durch Beryllium oder seine Verbindungen			
8	Erkrankungen durch Chrom oder seine Verbindungen			
9	Erkrankungen durch Benzol oder seine Homologen			
10	Erkrankungen durch Nitro- und Amidverbindungen des Benzols oder seiner Homologen und deren Abkömmlinge			
11	Erkrankungen durch Halogen-Kohlenwasserstoffe	Alle Unternehmen		
12	Erkrankungen durch Salpetersäureester			
13	Erkrankungen durch Schwefelkohlenstoff			
14	Erkrankungen durch Schwefelwasserstoff			
15	Erkrankungen durch Kohlenoxyd			
16	Erkrankungen durch Röntgenstrahlen und radioaktive Stoffe			
17	Hautkrebs oder zur Krebsbildung neigende Hautveränderungen durch Ruß, Paraffin, Teer, Anthrazen, Pech und ähnliche Stoffe			
18	Krebs oder andere Neubildungen sowie Schleimhautveränderungen der Harnwege durch aromatische Amine			
19	Schwere oder wiederholt rückfällige berufliche Hauterkrankungen, die zum Wechsel des Berufs oder zur Aufgabe jeder Erwerbsarbeit zwingen			
20	Erkrankungen durch Erschütterung bei Arbeit mit Preßluftwerkzeugen und gleichartig wirkenden Werkzeugen und Maschinen sowie durch Arbeit an Anklöpmmaschinen			
21	Erkrankungen durch Arbeit in Druckluft	Alle Unternehmen		
22	Chronische Erkrankungen der Sehenscheiden, der Sehnen- und Muskelansätze durch Überbeanspruchung			
23	Drucklähmungen der Nerven			
24	Chronische Erkrankungen der Schleimbeutel der Gelenke durch ständigen Druck oder ständige Erschütterung			
25	Abrißbrüche der Wirbelfortsätze			
26	Meniskusschäden bei Bergleuten nach mindestens dreijähriger regelmäßiger Tätigkeit unter Tage			
27a	Staublungenerkrankung (Silikose)		Unternehmen des Bergbaus	
27b	Staublungenerkrankung in Verbindung mit aktiv-fortschreitender Lungentuberkulose (Siliko-Tuberkulose)			
28a	Asbeststaublungenerkrankung (Asbestose)			
28b	Asbeststaublungenerkrankung (Asbestose) in Verbindung mit Lungenkrebs			
29	Erkrankungen der tieferen Luftwege und der Lunge durch Thomasschlackenmehl			
30	Erkrankungen der tieferen Luftwege und der Lunge durch Aluminium oder seine Verbindungen			
31	Erkrankungen der Knochen, Gelenke und Bänder durch Fluorverbindungen (Fluorose)			
32	Erkrankungen der Zähne durch Mineralsäuren			
33	Hornhautschädigungen des Auges durch Benzochinon			
34	Schneeberger Lungenkrankheit			
35	Durch Lärm verursachte Taubheit oder an Taubheit grenzende Schwerhörigkeit	Chemische Industrie Erzbergbau im Erzgebirge Metallbearbeitung und -verarbeitung, Textilindustrie, Arbeit an Prüfständen, Herstellung, Bearbeitung und Verarbeitung von Glas, Eisenhütten, Metallschmelzereien.		
36	Grauer Star			
37	Wurmkrankheit der Bergleute, verursacht durch Ankylostoma duodenale oder Anguillula intestinalis		Unternehmen des Bergbaus	
38	Tropenkrankheiten, Fleckfieber, Skorbit			
39	Infektionskrankheiten			
40	Von Tieren auf Menschen übertragbare Krankheiten			Alle Unternehmen Krankenhäuser, Heil- und Pflegeanstalten, Entbindungsheime und sonstige Anstalten, die Personen zur Kur und Pflege aufnehmen, ferner Einrichtungen und Tätigkeiten in der öffentlichen und freien Wohlfahrtspflege und im Gesundheitsdienst sowie Laboratorien für wissenschaftliche und medizinische Untersuchungen und Versuche.

mit Ausnahme von Hauterkrankungen. Diese gelten als Berufskrankheiten nur insoweit, als sie Erachtungen einer durch Aufnahme der schädigenden Stoffe in den Körper bedingten Allgemeinerkrankung sind, oder gemäß Nr. 19 entschädigt werden müssen.



# Haftung für Körperschäden bei Einspritzungen u. Blutübertragungen

Notar Dr. Georg Herold, Augsburg

Bei der Vornahme von Einspritzungen können verhältnismäßig leicht Körperschäden entstehen, aus denen später Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüche hergeleitet werden können. Sei es, daß an der Einspritzungsstelle Infektionen oder Infiltrate entstehen, sei es, daß eine Kanüle abbricht und im Körper des Patienten stecken bleibt oder daß bei intramuskulären Injektionen ein Nerv getroffen wird, immer wird der Patient, dem solches widerfährt, geneigt sein, in seinem Mißgeschick ausschließlich ein Verschulden des Arztes zu sehen. Die Gerichte ihrerseits dürften nicht immer den Standpunkt vertreten, den der Oesterreichische Oberste Gerichtshof einmal eingenommen hat, nämlich daß bei Einspritzungen als einem Verfahren, bei dem die Gewebe verletzt werden müssen, Infektionen nicht mit Sicherheit vermieden werden können (1), sie werden häufig dem Arzt die Beweispflicht dafür auferlegen, daß ihm ein Verschulden nicht zur Last falle. Dieser Beweis, der in der Regel durch Sachverständige geführt werden muß, mag im Einzelfall nicht leicht zu erbringen sein.

Aus den zahlreichen Entscheidungen, die sich mit der Frage der Haftung aus anlässlich von Einspritzungen entstandenen Körperschäden beschäftigen, sei ein Fall herausgegriffen, der die wichtige Frage der Aufklärungspflicht des Arztes berührt. Eine Salvarsaneinspritzung hatte bei dem Patienten Schäden verursacht. Das Reichsgericht (2) hat dessen Schadensersatzklage abgewiesen und ausgeführt, daß der Arzt, obwohl er die Möglichkeit der schädlichen Folgen einer Salvarsaninjektion nicht übersehen haben könne, zu einer entsprechenden Aufklärung des Patienten nicht verpflichtet gewesen sei; es könne ihm kein Vorwurf daraus gemacht werden, daß er die Gefahren solcher Schäden nicht allzu hoch eingeschätzt habe. Dieses Urteil muß volle Billigung finden. Wollte man eine Verpflichtung des Arztes bejahen, dem Patienten vor der Vornahme von Injektionen alle daraus möglicherweise entstehenden Gefahrenmomente vor Augen zu führen, so müßte dies zu einer ganz erheblichen Einschränkung dieser Behandlungsmethode führen. Immerhin wird der Arzt gut tun, in Fällen, bei denen er ein neues, von ihm noch nicht erprobtes Präparat injiziert, den Patienten darauf hinzuweisen, um sich vorher seiner Einwilligung zu versichern.

Eine häufig erörterte Frage ist, wer mit der Durchführung einer Einspritzung betraut werden darf. Höchstrichterliche Entscheidungen zu dieser Frage sind noch nicht in genügender Zahl bekannt geworden, so daß sich allgemeine Richtlinien schwer aufstellen lassen. Grundsätzlich wird man aber feststellen dürfen, daß intravenöse Injektionen nur vom Arzt selbst verabfolgt werden dürfen. Dies entspricht m. W. auch der Praxis in den meisten Krankenhäusern. Allerdings können die besonderen Umstände des Falles auch einmal zu einer Durchbrechung dieses Grundsatzes führen. Mit einem solchen Fall hatte sich das Oberlandesgericht Königsberg (3) zu befassen: Die Schwester eines

Krankenhauses hatte einen Patienten mit starkem Magenbluten vollkommen entkräftet vor seinem Bett liegend aufgefunden. Da der Arzt abwesend war, entschloß sie sich wegen der bestehenden Lebensgefahr zur sofortigen Einspritzung eines blutstillenden Mittels in die Ellenbeugevene. Infolge Durchstechung der Venenwand bildete sich ein Infiltrat, welches zu einer Medianuslähmung mit Atrophie des Daumenballens führte. Das Gericht sprach die Schwester frei. Es führte aus, daß in diesem Fall wegen der lebensbedrohlichen Lage des Patienten, die ein sofortiges Handeln erforderlich gemacht habe, die Schwester berechtigt war, die Einspritzung selbst vorzunehmen. Eine Mangelhaftigkeit der Ausführung könne noch nicht ohne weiteres als schuldhaft gelten, da ein Verfehlen der Vene auch bei sorgfältigen und geübten Ärzten vorkomme. Auch wenn sich die Schwester nicht durch Ansaugen vergewissert haben sollte, daß die Nadel in der Vene lag, könne ihr dies in Anbetracht der gebotenen Eile nicht als Fahrlässigkeit angelastet werden, zumal das Ansaugen auch nicht absolut gegen durch Spritzendruck verursachtes paravenöses Einspritzen schütze.

Das Urteil überzeugt und entspricht schon deshalb dem Rechtsempfinden, weil die Schwester durch ihr Handeln dem Patienten zwar Schaden zugefügt, ihn aber gleichzeitig vor weit erheblicherem Schaden bewahrt hat, ihm wahrscheinlich sogar das Leben erhalten hat.

Nicht so selten kommt es vor, daß dem Arzt bei Vornahme einer Injektion die Kanüle abbricht, woraus unter Umständen erhebliche Gefahren für den Patienten entstehen können. Der Arzt ist verpflichtet, im Falle eines solchen Mißgeschickes alles nur Mögliche zur sofortigen Entfernung des Kanülenbruchstückes zu tun, also evtl. auch den Patienten unverzüglich einem Chirurgen zuzuführen, jedenfalls aber die Durchführung einer Röntgenaufnahme zu veranlassen. Steht eine entsprechende Apparatur dem Arzt selbst nicht zur Verfügung, wird er sich in der Regel nicht damit begnügen dürfen, den Patienten an ein Krankenhaus oder einen anderen Arzt, der über eine Röntgeneinrichtung verfügt, zu verweisen und es der Einsicht des Patienten zu überlassen, dieser Aufforderung nachzukommen. Schon darin könnte eine Fahrlässigkeit gesehen werden.

Bei Bluttransfusionen können die gleichen Haftungsfragen wie bei Injektionen entstehen. Dagegen ist zu beachten, daß die Rechtsstellung des Spenders nicht die gleiche wie die des Patienten ist. Der an ersterem vorgenommene Eingriff dient ihm gegenüber nicht Heilzwecken, so daß hier nicht, wie etwa in dem obenerwähnten Fall, bei der Bewertung fahrlässigen Handelns wegen gebotener Eile ein milderer Maßstab anzulegen wäre. In diesem Zusammenhang sei ein weiteres Urteil des Oberlandesgerichts Königsberg (4) erwähnt, dem folgender Sachverhalt zugrunde lag: In einer



Frauenklinik wurde bei einer Hausschwangeren in Narkose ohne besondere Einwilligung beiderseits die Armvene freigelegt und einer anderen Patientin Blut zugeführt, wodurch diese gerettet wurde. Die Spenderin klagte gegen den Staat als Klinikinhaber auf Schmerzensgeld und Schadensersatz wegen Entstellung durch die Armnarben. In der klagestattgebenden Entscheidung ist ausgeführt, die Blutentnahme ohne ausdrückliches oder stillschweigendes Einverständnis der Spenderin sei widerrechtlich, da die menschliche Pflicht zur Rettung einer anderen Person in höchster Lebensgefahr noch keine Rechtspflicht erzeuge.

Zu dieser Entscheidung ist zu sagen, daß sie zeitlich vor der Einführung der auch jetzt noch gültigen Vorschrift des § 330c StGB liegt, die eine Hilfeleistungspflicht bei Unglücksfällen und gemeiner Gefahr und Not gesetzlich festlegt. Trotzdem bleibt fraglich, ob bei Geltung dieser Bestimmung die vorerwähnte Entscheidung anders gelaute hätte. Abgesehen von der Ungewöhnlichkeit des Eingriffs (Freilegung beider Armmen), die allein schon den Schadensersatzanspruch hätte rechtfertigen können, wäre die Rechtswidrigkeit der Blutentnahme dann nicht ausgeschlossen ge-

wesen, wenn der Blutbedarf der Empfängerin lediglich auf einer schweren, wenn auch akut verschlechterten Erkrankung beruht hätte. Denn eine solche stellt keinen „Unglücksfall“ i. S. der vorerwähnten Bestimmung dar.

Eine Schadensmöglichkeit bei Blutübertragungen ist die Infektion des Empfängers mit Krankheiten des Spenders. Soweit der Spender registriert ist und einen amtlichen Blutspenderausweis besitzt, dürfte ein solcher Schadensfall kaum mehr aktuell werden. Ist aber der Arzt in dringenden Fällen gezwungen, auf eine sonstige Person als Blutspender zurückzugreifen, und hat er nicht mehr die Möglichkeit, Untersuchung auf Lues, Malaria o. ä. vorzunehmen, darf er es keinesfalls verabsäumen, den Spender nach etwaigen derartigen Erkrankungen zu befragen und zwar unter eindringlichen Hinweisen darauf, daß bewußtes Verschweigen ihn wegen Körperverletzung strafbar machen könnte. Damit wird aber der Arzt seiner Sorgfaltspflicht genügt haben.

- 1) EBERMAYER, Der Arzt im Recht, S. 138
- 2) Münchn. med. Wochenschr. 1933 S. 873
- 3) Ztschr. f. Krankenhauswesen 1935 S. 514
- 4) Münchn. med. Wochenschr. 1931 S. 1326

## Darf nach der Zulassungsordnung für Ärzte für die Britische Zone Jungärzten grundsätzlich der Vorrang vor bereits zugelassenen Ärzten gegeben werden?

Von Landesverwaltungsgerichtsrat Eberhard Brossok, Münster (Westfalen)

Der Berufungsausschuß der Kassenärztlichen Vereinigung für Westfalen in Münster hat in einer Entscheidung, in der einem bisher noch nicht zugelassenen Arzt trotz Bewerbung eines nach Lebensalter, Approbation und Facharztanerkennung wesentlich älteren, bereits seit Jahren in einem wenig einträglichen Bezirk zur Kassenpraxis zugelassenen Arztes die ausgeschriebene, dem älteren Bewerber wesentlich günstiger erscheinende Stelle zugesprochen wurde, ausgeführt:

„Wenn der Berufungsausschuß dem Zulassungsausschuß gefolgt ist und dem Kläger nicht die Kassenarztstelle zugesprochen hat, dann geschah das aus der Erwägung heraus, daß es Aufgabe der Zulassungsinstanzen ist, in erster Linie ärztliche Bewerber unterzubringen, und daß diese erst in zweiter Linie dazu übergehen können, persönliche Wünsche auf Besserstellung zu berücksichtigen, wenn der Überdrang der Bewerber nachgelassen hat.“

Nach Anmerkung 5 zu § 18 der Zulassungsordnung in Heinemann-Koch, Kassenarztrecht, 4. Aufl. 1950, S. 50 ff. ist die Bedeutung von § 18 Abs. 2 Ziff. 1 c der Zulassungsordnung: „Den Vorrang unter den Bewerbern haben in der Regel: . . . c) Bewerber, die bereits zugelassen sind.“ bestritten und erkennt die Spruchpraxis der Zulassungs- und Berufungsausschüsse in wachsendem Maße die bestehende Zulassung nicht mehr als Vorrangsgrund an, da in der bereits möglichen Ausübung der Zulassung ein Vorrecht gegenüber den noch nicht zugelassenen Bewerbern liegt. Die Verfasser führen

dabei Entscheidungen der Berufungsausschüsse Hamburg und Niedersachsen an. M. E. läßt sich diese Spruchpraxis gegenüber dem Wortlaut der Zulassungsordnung nicht halten und muß bei Anrufung der Verwaltungsgerichte, wie es beim Landesverwaltungsgericht Münster bereits geschehen ist, eine solche Spruchpraxis zur Aufhebung der Zulassung junger Ärzte unter Abweisung der Bewerbungen älterer zugelassener Ärzte führen.

Nach § 18 Abs. 2 und 3 der Zulassungsordnung für Ärzte vom 21. 4. 1948 (Bekanntmachung des Präsidenten des Zentralamtes für Arbeit in der Brit. Zone vom 6. 7. 1948 — Arbeitsbl. f. d. Brit. Zone 1948, S. 250 —) erfolgt die Auswahl unter den Bewerbern um eine Kassenarztstelle durch die Zulassungs- und Berufungsausschüsse nach folgenden Gesichtspunkten:

1. den Vorrang unter den Bewerbern haben in der Regel
  - a) Bewerber, die durch das nationalsozialistische System aus rassischen, religiösen oder politischen Gründen ihre Stelle verloren haben;
  - b) Schwerbeschädigte;
  - c) Bewerber, die bereits zugelassen sind;
  - d) Bewerber, die mindestens fünf Jahre auf dem Lande oder in einer Kleinstadt Kassenärzte gewesen sind bei den Zulassungen für Orte mit besseren Ausbildungsmöglichkeiten für ihre Kinder.



2. Im übrigen sind zu berücksichtigen:

das Lebensalter, der Familienstand, engere Heimatzugehörigkeit, Eigenschaften als Flüchtlinge, der Zeitpunkt der Approbation, die Ausbildungszeit nach der Approbation sowie etwaige von der Kassenärztlichen Vereinigung gebilligte Übernahmeverträge bei der Abgabe einer Praxis.

3. Die Entscheidung erfolgt nach billigem Ermessen unter Abwägung aller Umstände.

Die Ausschüsse haben daher wohl die Auswahlgrundsätze nach Abs. 2 Nr. 1 und 2 nach billigem Ermessen gegeneinander abzuwägen und können, wie die Einleitungen zu Abs. 2 Ziff. 1 und Ziff. 2 „den Vorrang unter den Bewerben haben in der Regel“ und „im übrigen sind zu berücksichtigen“ klarstellen auch einzelne Bewerber betreffende besondere, nicht in § 18 Abs. 2 aufgeführte Umstände dabei berücksichtigen. Sie müssen aber die in Abs. 2 festgelegten Grundsätze beachten. Sie überschreiten die Grenzen des Ermessens und machen von ihrem Ermessen in einer dem Zwecke der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch (§ 23 Abs. 3 der Verwaltungsgerichtsverordnung — MRVO. 165 —) wenn sie einzelne oder gar alle Auswahlgrundsätze der Zulassungsordnung überhaupt nicht berücksichtigen und die Auswahl nach Grundsätzen treffen, die in ausgesprochenem Gegensatz zu den in § 18 Abs. 2 festgelegten Grundsätzen stehen. Solch Ermessensmißbrauch ist nach § 23 Abs. 3 MRVO. 165 rechtswidrig. Ob ein solcher Ermessensmißbrauch vorliegt, hat das Verwaltungsgericht nachzuprüfen. Es ist dagegen nicht befugt, sein Ermessen an die Stelle des Ermessens des Zulassungs- oder des Berufungsausschusses zu setzen.

Die Bestimmungen des § 18 Abs. 2 Ziff. 1 c) und d) sind nicht so gefaßt, daß sie ohne weiteres verständlich sind, denn wenn nach c) alle Bewerber, die bereits als Kassenärzte zugelassen und als solche tätig sind, den Vorrang haben sollen, dann haben damit auch alle Bewerber, die mindestens fünf Jahre auf dem Lande oder in einer Kleinstadt Kassenärzte gewesen sind, bereits vor allen noch nicht zugelassenen Bewerbern den Vorrang. Zugängliche Materialien über die Entstehung der Zulassungsordnung sind nicht vorhanden. Die Auslegung dieser zunächst sich anscheinend widersprechenden Vorschriften kann daher nur aus dem Sinn und Zweck der Zulassungsordnung erfolgen. Die Zulassungsordnung bezweckt zunächst, den Krankenkassen und ihren Versicherten möglichst tüchtige, zuverlässige und erfahrene Ärzte zur Verfügung zu stellen. Für Stellen mit einer größeren Anzahl Versicherter ist eine größere Erfahrung und Tüchtigkeit erwünscht. Die Zulassungsordnung will weiter die wirtschaftliche Existenz

der zugelassenen Kassenärzte sicherstellen, einmal damit überflüssige Krankschreibungen und Behandlungen und dadurch eine überflüssige finanzielle Belastung der Krankenkassen vermieden wird, zum anderen aber auch, um den Kassenärzten und ihren Angehörigen ein angemessenes Einkommen und eine ausreichende Alters- und Hinterbliebenenversorgung sicherzustellen. Ältere Ärzte haben in der Regel wesentlich größere Aufwendungen für den Unterhalt ihrer Familien und besonders nach der zweimaligen Geldentwertung sind sie auf wesentlich höhere Rücklagen für ihr Alter und ihre Hinterbliebenenversorgung angewiesen als junge Ärzte. § 18 Abs. 2 Ziff. 1 d) gibt klar zu erkennen, daß diese Gesichtspunkte bei der Besetzung der Kassenarztstellen berücksichtigt werden sollen, denn er gibt Land- und Kleinstadtärzten den Vorrang bei der Zulassung zu Stellen mit besseren Ausbildungsmöglichkeiten. Der Sinn von Buchstabe c), bereits zugelassenen Bewerbern den Vorrang zu geben, ist in Anwendung dieser Gesichtspunkte daher der, dem älteren, im Durchschnitt mit wesentlich höheren Ausgaben für den Unterhalt und die Sicherstellung seiner Familie belasteten Arzt den Vorrang für finanziell günstigere Stellen zu gewähren, ihm den Aufstieg von schlechteren, für einen jungen Arzt noch auskömmlichen Stellen in die günstigeren Stellen zu ermöglichen. Daß die älteren Ärzte größere Berufskennnisse und Erfahrungen mitbringen, fördert auch Versicherte und Krankenkassen. Da jeder in eine finanziell günstigere Stelle aufrückende Arzt seine bisherige Stelle für einen noch nicht zugelassenen Arzt freimacht, kann auch kein wesentlicher sozialer Gesichtspunkt und kein durchschlagender Gesichtspunkt der notwendigen Förderung des ärztlichen Nachwuchses für ein grundsätzliches Abweichen von der bindenden Ermessensrichtlinie des § 18 Abs. 2 Ziff. 1 Buchstabe c) angeführt werden. Ein Vorrang noch nicht zugelassener Ärzte würde einen Teil der älteren Ärzte dauernd in den schlechten Stellen belassen und Anfängern gleich besonders gute Stellen zuweisen. Die vielfach dahingehende Spruchpraxis der Zulassungs- und Berufungsausschüsse (siehe Heinemann-Koch, Kassenarztrecht, 4. Aufl. 1950, Anm. 5 zu § 18, S. 50) steht also in Widerspruch zu richtig verstandenen sozialen Gesichtspunkten. Buchstabe d) steht nicht im Gegensatz zu Buchstabe c), sondern gibt nur innerhalb der nach Buchstabe c) zu bevorzugenden Kassenärzte den Land- und Kleinstadtärzten mit Kindern den Vorrang. Die Zulassungs- und Berufungsausschüsse, die glauben, im Interesse der nach selbständiger Arbeit drängenden Jungärzte diesem grundsätzlich den Vorrang vor den bereits zugelassenen Ärzten einräumen zu sollen, und dazu auch berechtigt zu sein, sollten ihre juristisch und sozial nicht haltbare Praxis überprüfen und umstellen.



## Kausalität zwischen ärztlichem Kunstfehler und Gesundheitsbeschädigung des Patienten

Notar Dr. Georg Herold, Augsburg.

Wie der Fahrlässigkeitsbegriff so ist auch der Begriff der „Ursächlichkeit (Kausalität)“ im Zivil- und im Strafrecht verschieden. Kausalität und Schuld hängen in keiner Weise zusammen und wenn die Ursächlichkeit einer Handlung oder Unterlassung für einen bestimmten Schadenserfolg zu bejahen ist, so ist damit noch kein Wort über eine Verurteilung des Täters gesagt. Dies war, um Mißverständnissen vorzubeugen, gleich eingangs festzustellen.

Nach der einhelligen Rechtsprechung gilt im bürgerlichen Recht für die Kausalität die sogenannte Adäquanztheorie, d. h. Schadenshandlung und Erfolg müssen in einem adäquaten Ursachenzusammenhang stehen, um einen Schadensersatzanspruch zu begründen. Nicht adäquat sind solche Bedingungen (Handlungen, Unterlassungen), die nach allgemeiner Lebenserfahrung für den Eintritt des besonderen Erfolges ganz gleichgültig sind, anders ausgedrückt: Die Möglichkeit des Eintritts eines derartigen Schadens infolge der Bedingung darf nicht eine so entfernte sein, daß sie nach der Auffassung des Lebens vernünftigerweise nicht in Betracht gezogen werden kann. Die Entscheidung über die Adäquanz zwischen Ursache und Wirkung ist dabei nicht subjektiv vom Standpunkt des Handelnden zu treffen, vielmehr hat sich der Beurteilende nachträglich in die Zeit der Handlung zurückzusetzen und alle damals gegebenen sowie auch die zukünftigen Umstände objektiv zu berücksichtigen, mit denen nach der Lebenserfahrung damals zu rechnen war, gleichgültig ob der Handelnde mit ihnen rechnete oder zu rechnen brauchte (1). Daraus ergibt sich, daß die Voraussehbarkeit des Schadens wohl für die Frage nach der Schuld (Fahrlässigkeit), nicht aber nach der Kausalität Bedeutung hat.

Zu dem bisher Gesagten ein Beispiel aus der reichsgerichtlichen Judikatur (2): ein Arzt stellte bei einem Unfallverletzten Bluterguß im Knie fest, nahm fälschlich eine Verstauchung an und behandelte demgemäß. Eine Röntgenuntersuchung wurde nicht vorgenommen oder veranlaßt. Erst 5 Monate später zeigte eine Durchleuchtung im Krankenhaus, daß der Kopf des Schienbeins gebrochen und der Bruch unter Knorpelbildung und Deformierung des Beines verheilt war, was das Steifwerden des Beines zur Folge hatte. — Das Reichsgericht hat damals, dem Gutachten des ärztlichen Sachverständigen folgend, angenommen, daß der ursächliche Zusammenhang zwischen der falschen Diagnose und der Versteifung des Beines fehlen könne, weil auch bei richtiger Diagnose später Komplikationen hätten eintreten und die Versteifung des Beines hätten verursachen können. Diesen Standpunkt hat das Reichsgericht aber in späteren Entscheidungen nicht mehr aufrecht erhalten, sondern entschieden,

daß der ursächliche Zusammenhang nicht durch die Feststellung ausgeschlossen werde, daß derselbe geworfen werden, welches denn nun eigentlich die oder ein ähnlicher Schaden später ohnedies durch ein anderes Geschehnis herbeigeführt worden wäre (3).

In dem erwähnten Fall könnte die Frage auf-Ursache der Versteifung des Beines war: die falsche ärztliche Diagnose, nämlich das Unterlassen einer Röntgenuntersuchung, oder die ein positives Tun darstellende unrichtige Behandlung? Mit Recht hat das Reichsgericht in seiner Entscheidung nur die erste Möglichkeit in Betracht gezogen, da diese die erste Ursache war und die Fehlbehandlung letztlich nur die konsequente Folge der falschen Diagnose darstellte. Hier sei aber gesagt, daß Unterlassungen nur dann als adäquate Ursache eines Schadenserfolges gelten können, wenn für den Unterlassenden eine Rechtspflicht zum Handeln gegeben war. Bei dem Arzt kann eine solche Rechtspflicht aus dem Heilbehandlungsvertrage, aus auftragsloser Geschäftsführung oder kraft gesetzlicher Bestimmungen (z. B. Hilfeleistungspflicht gemäß § 330c StGB) gegeben sein.

Wie ist es nun mit der Ursächlichkeit, wenn neben der einen vom Arzt gesetzten Ursache auch noch andere hinzukommen? Hier gilt nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen folgendes: Der Arzt haftet auch bei Hinzutreten anderer Ursachen, beispielsweise wenn infolge fehlerhafter Behandlung der Patient in ein Krankenhaus gebracht werden mußte und dort infolge Ansteckung an einer anderen Krankheit stirbt, oder wenn der Patient nach unrichtiger Behandlung sich zu Fuß in das Krankenhaus begibt, auf dem Wege ohnmächtig wird und unter ein Fuhrwerk gerät. In den genannten Beispielen wird angenommen, daß der eingetretene Erfolg — der Tod des Patienten — dem fehlerhaften Handeln des Arztes adäquat war, m. a. W. daß vom Standpunkt des nachträglich objektiv Urteilenden die weiteren, durch die ärztliche Fehlbehandlung bedingten Ereignisse (Ansteckung im Krankenhaus, Überfahrenwerden durch ein Fuhrwerk auf dem Wege dorthin) nicht gänzlich außerhalb der Lebenserfahrung lagen. Dagegen haftet der Arzt mangels adäquaten Kausalzusammenhanges nicht, wenn der wegen Fehlbehandlung ins Krankenhaus gebrachte Patient infolge eines dort ausbrechenden Brandes ums Leben kommt oder wenn er auf dem Wege zum Krankenhaus vom Blitz erschlagen wird. Hier ist der Verlauf der Ereignisse gänzlich anormal, ein adäquater Kausalzusammenhang besteht nicht mehr.

Es sind auch Fälle denkbar, bei welchen durch eine unrichtige Behandlung des Patienten erst deshalb Schaden entsteht, weil der Kranke eine besondere physische oder psychische Konstitution auf-

1) vgl. PALANDT, Anm. 5 c zu § 249 BGB  
2) RGZ 120, 121

3) RGZ 144, 84; 147, 134



weist, etwa wenn unrichtige therapeutische Maßnahmen eine schon vorhandene nervöse Veranlagung derart fördern, daß sich schwere Störungen ergeben. In diesen Fällen wird der adäquate Ursachenzusammenhang zwischen dem Handeln des Arztes und dem Schadenserfolg durch die Besonderheiten in der Person des Kranken nicht berührt, nur kann hier die für die Haftung des Arztes mit entscheidende Frage nach seinem Verschulden erhöhte Bedeutung gewinnen (Vorhersehbarkeit des Erfolges?). Der Arzt haftet aus schuldhafter Fehlbehandlung auch dann, wenn als Folge seines Tuns die Zuziehung eines weiteren Arztes notwendig wurde und diesem ebenfalls ein Kunstfehler unterläuft. Auch hier liegt das schadenzufügende Verhalten des zweiten Arztes nicht gänzlich außerhalb der Lebenserfahrung. Anders könnte es nur sein, wenn das Verhalten des zweiten Arztes in solchem Maße gegen alle ärztliche Regel und Erfahrung verstieß, daß der Mißerfolg der Heilung (im Rechtssinne) allein auf diesen außergewöhnlichen Umstand zurückzuführen ist. Für ein eigenes fahrlässiges Handeln des Patienten, das zu dem des Arztes hinzukommt und den Schaden mitverursacht, gelten die gleichen Grundsätze: auch hier in aller Regel keine sogenannte „Unterbrechung des Kausalzusammenhangs“ außer bei einem ganz ungewöhnlichen, in keiner Weise zu erwartenden Verhalten des Kranken.

Von Interesse mag ein Fall sein, bei welchem ein fehlerhaftes Handeln des Arztes zum Tode des Patienten geführt hatte, wobei jedoch feststand, daß dieser auch ohne Verschulden des Arztes bald gestorben wäre. Mit Recht wurde die adäquate Kausalität bejaht, der Arzt zur Schadensersatzleistung jedoch nur insoweit verurteilt, als der Schaden durch den früheren Tod des Patienten bedingt war.

Nun zur strafrechtlichen Kausalität. Hier folgt die Rechtsprechung nicht der Adäquanz-, sondern der Äquivalenztheorie, auch Theorie der „conditio sine qua non“ genannt. Diese besagt, daß Ursache eines strafbaren Erfolges jeder Umstand ist, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. Kausal in diesem Sinne wäre also auch, um auf das vorige Beispiel zurückzukommen, der Blitz, der den auf dem Wege zum Krankenhaus befindlichen Patienten erschlägt. Auch

durch ein dazwischentretendes Ereignis, das auf dem vorsätzlichen Handeln eines Dritten beruht, wird — von hier nicht interessierenden Ausnahmefällen abgesehen — nach herrschender Rechtsansicht der Kausalzusammenhang nicht unterbrochen, wie etwa, wenn der (nach fehlerhafter ärztlicher Behandlung) auf dem Wege zum Krankenhaus befindliche Ehemann von seinem Nebenbuhler angefallen und erstochen wird. Soll nun wirklich in einem solchen Falle der Arzt für den Tod des Patienten strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden können? Selbstverständlich nicht. Die großen Härten, die sich aus der Äquivalenztheorie ergeben können, werden nämlich durch die Schuldfrage weitgehend korrigiert (Schuldkorrektiv). In dem letztgenannten Beispiel wird niemand eine Fahrlässigkeit des Arztes darin sehen, daß er diesen außergewöhnlichen Verlauf der Ereignisse nicht vorausgesehen hat. Das Voraussehen (oder Voraussehenmüssen) bildet aber ein notwendiges Begriffsmerkmal der Fahrlässigkeit.

Eine Unterlassung ist für einen Erfolg (im strafrechtlichen Sinne) kausal, wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß der Erfolg entfiel. Wie im bürgerlichen Recht ist aber auch im Strafrecht eine Unterlassung nur dann rechtswidrig, wenn eine Rechtspflicht zum Tätigwerden bestand. Das vorhin Gesagte gilt entsprechend.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, daß sich in dem gültigen Reichsstrafgesetzbuch auch noch Reste des früheren Erfolgsstrafrechtes (im Gegensatz zu dem jetzt herrschenden Schuldstrafrecht) finden, so bei den Delikten der schweren Körperverletzung und der Körperverletzung mit Todesfolge (§§ 224, 226 StGB). Hier hat der Täter für einen Erfolg auch dann einzutreten, wenn er ihn nicht verschuldet hat. Da in solchen Fällen bei Anwendung der Äquivalenztheorie das Schuldkorrektiv nicht vorhanden wäre, kommt hinsichtlich der Kausalität die Adäquanztheorie zur Anwendung.

Die vorstehenden, äußerst knappen und keinerlei Anspruch auf Vollständigkeit erhebenden Ausführungen dürften auch dem juristischen Laien klar gemacht haben, daß der Begriff der „Kausalität“ in sich eine ganze Fülle schwierigster Rechtsprobleme birgt.

## Haftung für Unfälle infolge von Arbeitsverrichtungen Leichtkranke in einem Krankenhaus

Amtsgerichtsrat Bechtold, Mainz

Wie ist die Rechtslage bezüglich der Haftpflicht, wenn Leichtkranke und Kranke, die kurz vor der Entlassung stehen, im Auftrag von Krankenschwestern Hausarbeiten in einem Krankenhaus verrichten, wie Bohnern, Müllausleeren, Essenholen, Putzen und dergleichen und dabei selbst zu Schaden kommen oder wenn dritte Personen dabei einen Schaden erleiden.

Zur verständlichen Beantwortung dieser Fragen sollen folgende Fälle, die in Krankenhäusern zu beobachten sind, dargestellt werden.

1. Ein Kranker leistet im Auftrag einer Schwester oder eines Krankenhausarztes Hausarbeiten, wobei er einen Unfall erleidet, z. B. gleitet beim Bohnern aus und verletzt sich.
2. Den Unfall erleidet ein anderer Kranker des Krankenhauses.



3. Ein Kranker leistet im Auftrag einer Schwester oder eines Krankenhausarztes Hausarbeiten und verursacht dabei einem Dritten einen Sachschaden, z. B. er verschmutzt beim Essenholen durch Verschütten die Kleidung eines Besuchers oder beim Säubern durch Kehricht.

4. Ein Dritter erleidet durch das Verhalten eines Kranken einen Unfall, z. B. Ausrutschen nach Verschütten von Speisen auf den Boden oder Verletzung durch ungeschicktes Handhaben des Bohners. Hier handelt es sich also um einen Körperschaden des Dritten.

Die Aufnahme eines Kranken in das Krankenhaus stellt einen Dienstvertrag zwischen dem Krankenhaus und dem Patienten dar (§ 611 BGB). Der Inhalt des Vertrages ist regelmäßig die ärztliche Behandlung und Betreuung, sowie die Unterkunft und Verpflegung des Kranken. Das Wesentliche und Bestimmende bleibt immer die Gewährung der Heilbehandlung. Die Unterkunft und Verpflegung spielen nur eine untergeordnete Rolle. (Entscheidung des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, Band 2 Seite 96.) — Der Dienstvertrag ist ein gegenseitig verpflichtender Vertrag. Das Krankenhaus ist als Dienstpflichtiger zur Leistung von Diensten (Heilbehandlung, Pflege und Wärtung des Kranken) verpflichtet. Der Dienstherr, der Kranke, ist verpflichtet, das Entgelt dafür an den Dienstpflichtigen zu leisten. Das Verhalten jedes Vertragsteiles hat so zu sein, daß jeder Schaden für die andere Vertragspartei möglichst vermieden wird. Die Angestellten des Krankenhauses sind Vertragserfüllungsgehilfen des Krankenhauses. Das Krankenhaus haftet dem Kranken gegenüber bei der Erfüllung seiner Verbindlichkeit für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie für eigenes Verschulden. (§ 278 BGB.) — Leistet ein Kranker im Auftrag von Schwestern Hausarbeiten im Krankenhaus und erleidet dabei einen Unfall, so ist aus dem Dienstvertrag das Krankenhaus gemäß §§ 611, 278 BGB haftpflichtig. Die Schwester trifft nämlich ein Verschulden, wenn sie einen Kranken mit Arbeiten, wozu er nicht im Krankenhaus ist, beauftragt. Das Krankenhaus kann sich hierbei nicht darauf berufen, daß diese Arbeiten in fast allen Krankenhäusern üblich seien. Das Gesetz spricht von der „erforderlichen“ nicht von der „üblichen“ Sorgfalt. Eingerissene Verkehrsunsitten und allgemein übliche Laschheiten und Nachlässigkeiten bei Erfüllung der Verträge entschuldigen daher nicht. In Militärlazaretten und Revieren herrschte diese Übung. Dabei ist aber zu bedenken, daß der Soldat ohnedies kostenlos behandelt wird und daß für alle Schäden der Staat auf Grund der Versorgungsgesetzgebung einsteht. Ganz anders ist die Situation in Privatkrankenhäusern beim Patienten.

Bei der Zuteilung von Arbeiten an Kranke durch die Schwester dürfte außerdem ein Auftragsverhältnis zwischen der Schwester und dem Kranken vorliegen. (§ 662 BGB.) — Dadurch haftet die Schwester aus dem Auftragsverhältnis neben dem Krankenhaus dem Kranken für den Schaden. Die Schwester haftet aber dem Kranken nur für den Schaden, der von ihr verschuldet wird, z. B. wenn sich der Zustand des Kranken durch das Arbeiten verschlimmert. Sie haftet also nicht für Sachschaden. Beim

Auftrag haftet die auftraggebende Schwester zwar nicht für zufällig eingetretene Schäden, da diese Schäden der Beauftragte gemäß dem unentgeltlichen Charakter des Auftrages nicht als Aufwendungen ersetzt verlangen kann, höchstens wenn der eingetretene Schaden erkennbar und voraussehbar war.

Erleidet den Unfall ein anderer Kranker des Krankenhauses, so haftet das Krankenhaus gemäß § 278 BGB. Denn auch der andere Kranke steht mit dem Krankenhaus in einem Vertragsverhältnis (Dienstleistungsvertrag), wobei seitens des Dienstpflichtigen, also des Krankenhauses, für ein Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen gehaftet wird. Auch wenn man nach dem Vertragszweck des Krankenhausaufnahmevertrages neben dem im Vordergrund stehenden Dienstvertrag auf Heilbehandlung einen selbständigen „Beherbergungs- und Verpflegungsvertrag“ annimmt, so kann das Ergebnis kein anderes sein. Es kommen damit mietrechtliche Bestandteile in den Vertrag. Der Vermieter hat die vermietete Sache dem Mieter in einem zum vertragmäßigen Gebrauch geeigneten Zustand zu überlassen. Er ist aber für jeden Schaden, den der Mieter ohne eigenes Verschulden erleidet, haftbar.

Leistet ein Kranker im Auftrag der Schwester Hausarbeiten und erleidet dadurch ein Besucher des Krankenhauses Schaden, so ist zunächst zu unterscheiden, ob der Dritte ein Ehegatte des Patienten ist oder nicht. Der Bundesgerichtshof hat in der oben zitierten Entscheidung vom 10. Mai 1951 zum Ausdruck gebracht, daß aus dem Krankenhausaufnahmevertrag keine vertragliche Haftung des Krankenhauses für einen Unfall besteht, den z. B. der Ehemann der im Krankenhaus von ihm untergebrachten Ehefrau bei einem Besuch der Ehefrau erlitten hat. Wenn auch der Ehemann mit dem Krankenhaus im Rahmen seiner Unterhaltspflicht den Vertrag mit dem Krankenhaus geschlossen hat, so fehlt aber für den Anspruch aus dem Mietrecht bei dem Ehemann die Voraussetzung des Zusammenlebens in der „Mietwohnung“. Auch aus dem Gesichtspunkt des Dienstvertrages kann der Ehemann, wenn er auch den Vertrag zugunsten seiner Frau geschlossen hat, für sich persönlich keine Schadensersatzansprüche herleiten, da kein vertraglicher Anspruch auf Fürsorge für seine eigene Person begründet ist. Wenn die Ansprüche des Ehemannes der kranken Ehefrau gegen das Krankenhaus aus Vertrag anfänglich zweifelhaft waren, weil er nämlich der Vertragspartner des Krankenhauses ist, wenn auch nicht der Empfänger der Leistungen des Krankenhauses, so entsteht überhaupt kein Zweifel, wenn der Unfall umgekehrt liegt, nämlich wenn der Ehemann Patient und Vertragspartner ist und die Ehefrau Besucherin und Verletzte. In einem solchen Falle hat die besuchende Ehefrau erst recht keine Ansprüche aus Vertrag.

Bei einem gewöhnlichen Dritten, also bei einem Besucher des Patienten, besteht keine Haftung des Krankenhauses aus Vertrag. Erleidet dieser Dritte einen Schaden, so wäre an Haftung aus unerlaubter Handlung zu denken. Nach der anzuwendenden Gesetzesbestimmung (§ 831 BGB) haftet derjenige, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt, für den Schaden, den der andere in Ausführung der Verrichtung einem Dritten widerrechtlich zufügt. Maßgebend ist, daß es sich um eine widerrechtliche



Schadenszufügung handelt. Es muß der objektive Tatbestand einer unerlaubten Handlung vorliegen, z. B. einer Sachbeschädigung oder einer Körperverletzung im Sinne des § 823 BGB. Auf ein Verschulden des Bestellten kommt es grundsätzlich nicht an. Nach § 831 BGB wird lediglich ein eigenes Verschulden des Geschäftsherrn bei der Auswahl und Überwachung vermutet. Der Geschäftsherr kann nämlich den Entlastungsbeweis führen, er kann sich exculpieren. Seine Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn er bei der Auswahl der bestellten Personen und, sofern er die Ausführung der Verrichtung zu leiten hat, bei der Leitung die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat oder wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt entstanden sein würde. Das Krankenhaus hat die Möglichkeit sich zu exculpieren, das heißt, nachzuweisen, daß der Schaden auch z. B. durch höhere Gewalt eingetreten ist, oder daß die Person, die die Arbeiten ausgeführt und überwacht hat, so vorsichtig ausgewählt war, daß das Krankenhaus kein Verschulden trifft. In diesem Falle ist wohl zu sagen, daß wie im obigen Falle bei der Vertragshaftung die Beauftragung eines Kranken nicht der Sorgfaltspflicht entspricht. Das Krankenhaus dürfte auch in diesem Falle haftbar sein. Sowohl bei Sachschaden wie bei Körperschaden liegt eine unerlaubte Handlung vor und es kommt die Prüfung der Haftung aus § 831 BGB in Frage. Man könnte eher daran denken, daß das Krankenhaus sich exculpieren könnte, wenn z. B. der Leichtkranke, der mit einer Arbeit beauftragt

war, eine zuverlässige Frau war. War dagegen ein Mann mit diesen „Hausarbeiten“ beauftragt, so dürfte der Entlastungsbeweis schwer zu führen sein.

Das Krankenhaus kann seinerseits gegen die Schwester Regreß nehmen, das heißt, Ansprüche auf Schadensersatz erheben, insoweit es zur Zahlung von Schadensersatz an den Patienten in Anspruch genommen oder bereits verurteilt worden ist.

Schließlich könnte man einwenden, daß der Kranke den Schaden, den er bei Ausführung der übernommenen Arbeiten an Eigentum, Gesundheit oder Körper erleidet, selbst zu tragen hat, da er ja die Übernahme der Arbeiten hätte ablehnen können. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Viele Kranke glauben, die Hausarbeiten übernehmen zu müssen, weil sie der Meinung sind, die Hausordnung des Krankenhauses schreibe dies vor. Hier handelt es sich um die Ausnutzung der Unerfahrenheit insbesondere bei Jugendlichen. Andere Kranke glauben bei der Ablehnung der Übernahme der Arbeiten, sie würden dann eine schlechtere Behandlung durch das Pflegepersonal erfahren. Hier handelt es sich um die Ausnutzung einer Notlage, was man bei einem kranken Menschen, dessen Willen als geschwächt zu betrachten ist und der auf die Hilfe, Wartung und Verpflegung durch das Personal angewiesen ist, ohne weiteres als vorliegend ansehen kann.

Gerade in der Nichtberücksichtigung dieser inneren Einstellung des Pflegebedürftigen liegt ja das Verschulden der Schwester.

## Zurücklassen von Fremdkörpern beim operativen Eingriff

Gerichtsreferendar Ludwig Becker, Alzey, Rheinhessen.

### Beweisfragen im Schadensersatzprozeß

In Heft 2 des „Krankenhausarztes“ (Februar 1952) hat Notar Dr. Herold über die bisherige Rechtsprechung bei zivilrechtlichen Haftungsansprüchen berichtet, die daraus entstehen, daß bei operativen Eingriffen Fremdkörper zurückgelassen werden. Er hat der Hoffnung Ausdruck gegeben, daß auch der Bundesgerichtshof den bisher von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen folgen werde.

Wie sich aus einem Urteil des Bundesgerichtshofes (= BGH) vom 13. 2. 1951<sup>1)</sup> ergibt, folgt das höchste deutsche Zivilgericht den früher vom Reichsgericht entwickelten Gedankengängen.

Der Entscheidung des BGH liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine junge Frau wurde im Jahre 1926 im Krankenhaus der Stadt B. mit Kaiserschnitt operiert. In der Folgezeit litt sie an dauernden Beschwerden. Es stellte sich schließlich ein Narbenbruch ein, der eine Operation erforderlich machte. So wurde sie im Jahre 1928 im Krankenhaus der Stadt M. operiert. Der Leib wurde an der gleichen Stelle geöffnet wie im Jahre 1926. Es wurde eine Schwangerschaft im zweiten Monat festgestellt, und ein Eingriff vorgenommen, der die Unfruchtbarkeit der Frau zur

Folge hatte. In den kommenden Jahren litt die Frau dauernd an Leibschmerzen, die oft wochenlangen Aufenthalt im Krankenhaus erforderlich machten. Sie war auch die meiste Zeit arbeitsunfähig. Als im Jahre 1947 erneut heftige Schmerzen mit Lähmungserscheinungen an Armen und Beinen auftraten, wurde sie in das Krankenhaus der Stadt T. eingeliefert und dort geröntgt. Dabei wurde ein Fremdkörper festgestellt. Die Operation ergab, daß eine Klemme nach Péan im Leib der Patientin zurückgeblieben war. Der eine Teil der Klemme lag im Darmabschnitt vor dem After, der andere im Querdarm und Magen. Die Magenwand war durchbrochen. Es wurden starke Verwachsungen und eine Bauchfellentzündung festgestellt.

Die Patientin nahm dann die Stadt M. auf Schadensersatz in Anspruch, da alle Anzeichen darauf hindeuteten, daß die Klemme bei dem zweiten Eingriff im Jahre 1928 im Krankenhaus der Stadt M. zurückgelassen worden war. Da die Krankengeschichte nach zehn Jahren vernichtet worden und der Operateur einige Jahre nach der Operation gestorben war, bestanden keine Anhaltspunkte mehr, wie der Operationsverlauf im Jahre 1928 gewesen war.

Gerade aber in solchen Fällen, in denen tatsächliche Vorgänge nicht mehr geklärt werden können,

<sup>1)</sup> Az. III ZR 144/50, veröffentlicht Entsch. des BGH in Zivils. Bd. 4, S. 138 ff., im Auszug auch in NJW 1952, S. 382.



spielt für den Ausgang eines Zivilprozesses die Frage eine Rolle, wer von den Parteien den Beweis für die nicht geklärten Vorgänge erbringen muß, wer die Beweislast hat, d. h. wer den Prozeß verliert, wenn einzelne Behauptungen nicht bewiesen werden können.

Unser Zivilprozeßrecht kennt eine Reihe von Beweislastregeln. Grundsätzlich gilt, daß der Kläger beweisen muß, daß der Beklagte ihm vorsätzlich oder fahrlässig einen Schaden zugefügt hat, er muß also die Kausalität des Verhaltens des Beklagten für den eingetretenen Schaden und dessen Verschulden beweisen. Dieser Beweis ist aber oft sehr schwer zu führen, so daß in vielen Fällen eine Partei nur deshalb den Prozeß verliert, weil sie das Verschulden des Beklagten nicht nachweisen kann. Da dies aber in solchen Fällen, in denen trotz der unklaren tatsächlichen Verhältnisse eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen ganz bestimmten typischen Geschehensablauf spricht, zu unbilligen Ergebnissen führen würde, hat die Rechtsprechung den Begriff „Beweis des ersten Anscheins (Prima-facie-Beweis)“ entwickelt: Spricht im Einzelfall auf Grund sicherer Erfahrungssätze eine hohe Wahrscheinlichkeit für einen typischen Geschehensablauf, braucht der Kläger nicht Kausalität und Verschulden zu beweisen, es genügt, wenn er Tatsachen beweist, die mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf hindeuten, daß das Verhalten des Beklagten kausal und schuldhaft gewesen ist<sup>2)</sup>.

Der Kläger gewinnt damit den Prozeß, wenn der Beklagte nicht seinerseits Umstände nachweisen kann, die geeignet sind, die Wahrscheinlichkeit des typischen Verlaufs gerade im vorliegenden Einzelfall zu entkräften. So kann man z. B. nach dem Grundsatz vom Beweis des ersten Anscheins annehmen, daß ein Verschulden des Autofahrers vorliegt, wenn ein Auto von der Fahrbahn abkommt<sup>3)</sup>, oder daß eine Fahrlässigkeit des Chirurgen vorliegt, wenn er bei der Operation einer Scheidensenkung die Blasenwand verletzt, weil eine solche Verletzung bei Operationen dieser Art zu den größten Seltenheiten gehört, und der Verlauf der Operation also außerordentlich vom normalen Verlauf abweicht. Das Gericht nahm hier ohne weiteres Fahrlässigkeit des behandelnden Arztes an, ohne daß die Klägerin diese beweisen mußte<sup>4)</sup>. Oder bei Verbrennungen bei einer Röntgendurchleuchtung spricht der Beweis des ersten Anscheins für ein Verschulden des Röntgenarztes, weil solche Durchleuchtungen gefahrlos geschehen können, und Verbrennungen ohne Verschulden des Arztes oder seiner Hilfspersonen nur sehr selten vorzukommen pflegen<sup>5)</sup>.

Für den Ausgang eines Schadensersatzprozesses wegen Zurücklassens eines Fremdkörpers bei einem operativen Eingriff kommt es also entscheidend darauf an, ob der Kläger das Verschulden des Operateurs nachweisen muß, oder ob es genügt, wenn er lediglich auf die Tatsache verweist, daß der Fremdkörper zurückgeblieben ist, und der Operateur sich nun seinerseits entlasten muß. Können die Einzelheiten nicht mehr aufgeklärt werden, so würde nach allgemeinen Beweislastgrundsätzen der

<sup>2)</sup> RGZ 130, 359.

<sup>3)</sup> RG JW 1935, S. 193.

<sup>4)</sup> RG 14. 5. 1919, III 390/38, mitgeteilt in Goldhahn-Hartmann, „Chirurg-

kläger, bei der Anwendung der Regeln über den Beweis des ersten Anscheins jedoch der beklagte Krankenhausträger den Prozeß verlieren.

Im vorliegenden Fall hat der Bundesgerichtshof folgende Grundsätze entwickelt:

1. Für alle Regelfälle gelte, daß der Patient in einem Schadensersatzprozeß das Verschulden des Arztes beweisen müsse. Der verklagte Krankenhausträger sei nicht verpflichtet, seinerseits die Schuldlosigkeit des Arztes zu beweisen.

Der BGH folgt damit der Rechtsprechung des Reichsgerichts (RG). So hat das RG früher schon festgestellt, daß die Unmöglichkeit, die Ursache einer Verletzung eines Kranken bei der Operation sicher festzustellen, nicht zu Lasten des Arztes gehen dürfe<sup>6)</sup>. Auch der geschickteste Arzt könne nicht mit der Sicherheit einer Maschine arbeiten, da trotz aller Fähigkeiten und Sorgfalt des Operateurs ein Griff, ein Schnitt oder ein Stich mißlingen könne, der regelmäßig dem betreffenden Arzt sonst gelinge<sup>7)</sup>.

2. BGH: Bei dem Zurücklassen von Fremdkörpern in einer Operationswunde könne nicht ganz allgemein und stets ein schuldhafter Kunstfehler des Arztes unterstellt werden, es komme vielmehr auf die Beurteilung der besonderen Umstände des Einzelfalles an.

Der BGH gibt hier Grundsätze wieder, die das RG ebenfalls wiederholt ausgesprochen hat<sup>8)</sup>. Dies entspricht auch den Erfahrungen von chirurgischer Seite, die sich gegen die Anschauung verwahrt, als habe man bei jedem Fall von Zurücklassen von Fremdkörpern an eine mangelhafte operative Technik des betreffenden Chirurgen zu denken. Es wird vielmehr betont, daß es nach dem übereinstimmenden Urteil der Mehrzahl der Chirurgen kein Mittel gibt, um das Zurücklassen von Fremdkörpern mit völliger Sicherheit zu vermeiden<sup>9)</sup>.

Die Fallentscheidung des RG im einzelnen war allerdings sehr unterschiedlich. So hat es im Jahre 1913 beim Zurücklassen eines 60—100 cm langen Tampons bei einer Blinddarmoperation ohne weiteres eine Fahrlässigkeit des Chirurgen angenommen, ohne zu prüfen, worauf das Verschulden zurückzuführen war<sup>10)</sup>. Im Gegensatz dazu hat das RG im Urteil vom 17. 10. 1919<sup>11)</sup> betont, daß auch bei Anwendung der sonst getroffenen Maßnahmen trotz aller Sorgfalt ein Zurückbleiben von Servietten, Tupfern und dergleichen durch Versehen möglich sei, und dem beklagten Arzt, der bei einer Ovariotomie eine Gazeserviette in der Bauchhöhle zurückgelassen hatte, bescheinigt, er habe alle erforderliche Sorgfalt angewendet, indem er die Servietten regelmäßig mit einem Zipfel heraus hängen ließ oder mit einem Instrument festklemmte.

3. BGH: Bleibt wie im vorliegenden Fall ein handgroße Klemme im Leib des Patienten zurück, so seien genügend positive Anhaltspunkte für das Verschulden des Arztes gegeben. In einem solcher-

gie und Recht“ 1937, S. 211.

<sup>6)</sup> RG 3. 9. 1935, III 325/34, mitgeteilt in Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 211.

<sup>7)</sup> RGZ 78, 434 = JW 1912, 528. / RGZ 128, 121 = JW 1930, 1591. / KK JW 1933, 2701. / RG JW 1935, 3540. / RG Warn. Rpr. 1936, Nr. 169. / RG-DR 1941, 931.

<sup>8)</sup> RGZ 78, 434.

<sup>9)</sup> so RG JW 1933, 1389 beim Zurücklassen eines abgebrochenen Nadelstücks und RG JW 1936, 644 beim Zurücklassen von 2 Mulltupfern.

<sup>10)</sup> vgl. Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 85 ff mit Literatur u. statist. Material.

<sup>11)</sup> RGZ 83, 71 = JW 1913, 976.

<sup>12)</sup> RGZ 97, 4, im Auszug auch in „Chirurg“ 1932, S. 283.



Falle liege überhaupt kein „Kunstfehler“ im technischen Sinne mehr vor. Beim Zurückbleiben derartig großer und fester Gegenstände könne man kaum noch einen Zusammenhang mit der eigentlichen Fachtätigkeit des Arztes annehmen, sondern von der Verletzung einer allgemeinen Sorgfaltspflicht sprechen, die jedem vorsichtigen Menschen, gleichgültig in welchem Beruf und in welcher Situation er sich befinde, obliege.

Der Beweis des ersten Anscheins deutet also auf das Verschulden des Chirurgen hin. Die Stadt M. müßte sich nun entlasten. Es genügt schon, wenn sie Umstände dartut, durch die der Verdacht einer fehlerhaften Handlung entkräftet wird, mag auch die bloße Möglichkeit eines Verschuldens damit nicht ausgeschlossen sein (RG JW 33,2701). Der BGH stellt fest, daß die Stadt M. sich dadurch hätte entlasten können, daß sie nachgewiesen hätte, daß bei der Operation besondere Komplikationen hinzugekommen wären. An die Entlastung müßten jedoch hohe Anforderungen gestellt werden. Der Nachweis, daß der operative Eingriff besonders schnell hätte vorgenommen werden müssen, oder daß während des Operationsverlaufs noch unerwartete Umstände hinzugetreten seien, reiche nicht aus. Damit müsse jeder Chirurg allgemein rechnen. Die beklagte Stadt habe nichts dafür vorgetragen, daß hier ganz besondere Umstände vorgelegen hätten, etwa plötzlich aufgetretene, ganz besonders starke Blutungen oder Herzschwäche der Patientin oder etwa besondere, durch außerordentliche Umstände veranlaßte Überbeanspruchung oder Erregung des operierenden Arztes.

Da heute 23 Jahre nach der Operation Einzelheiten über den Operationsverlauf nicht mehr bekannt sind, geht die Tatsache, daß nicht mehr alles aufgeklärt werden kann, zu Lasten der beklagten Stadt, der Beweis des ersten Anscheins spricht für die Klägerin.

Der BGH hat das Urteil des Berufungsgerichts, des OLG Koblenz, das die beklagte Stadt verurteilte, bestätigt.

Ob allerdings der BGH dann, wenn der Nachweis geführt worden wäre, daß bei der Operation besondere Komplikationen aufgetreten waren, das

Verschulden des Chirurgen verneint hätte, kann noch nicht gesagt werden. Auch die RG-Rechtsprechung war in diesem Punkte widerspruchsvoll. Es wurde zwar der Leitsatz aufgestellt, daß nicht vorausgesehene und nicht voraussehbare Zwischenfälle, die den Operateur plötzlich vor neue und schnell zu erledigende Operationsaufgaben stellen und seine ganze Aufmerksamkeit beanspruchen, besonders geeignet seien, das Übersehen von Gegenständen beim Schließen der Operationswunde als entschuldbar erscheinen zu lassen<sup>12)</sup>.

Es hat aber doch in den gleichen Jahren das Verschulden des Chirurgen bejaht, als bei einer sehr schwierigen Operation eines gangränösen, nach hinten gelegenen Wurmfortsatzes ein Mulltuch von 97 mal 45 cm Größe zurückgelassen wurde, obwohl die Operation durch Narkosestörungen mit mehrfachem Herauspressen der Därme und durch schwere Blutungen kompliziert wurde.

Das RG sah das Verschulden des Operateurs darin, daß die Mulltücher nicht gezählt worden seien<sup>13)</sup>.

Angesichts der Unzuverlässigkeit der Zählkontrolle werden diese beiden Urteile von ärztlicher Seite abgelehnt<sup>14)</sup>.

4. In dem vom BGH entschiedenen Fall hatte sich die 1. und 2. Instanz (LG Mainz und OLG Koblenz) noch mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Klemme bei der Operation im Krankenhaus der Stadt B. im Jahre 1926 oder bei dem zweiten Eingriff im Jahre 1928 im Krankenhaus der Stadt M. zurückgelassen worden war. Die Gerichte kamen mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu der Überzeugung, daß die Klemme erst bei dem zweiten Eingriff zurückgelassen worden war. Die Klemme wies den Stempel „Stiefenhofer“ auf. Das Krankenhaus der Stadt B. bezog jedoch keine Instrumente von Stiefenhofer, während das Krankenhaus der Stadt M. u. a. auch Instrumente von Stiefenhofer in seinem Bestande aufwies.

<sup>12)</sup> RG JW 1936, S. 644, Urteil vom 12. 11. 1935, III 76/35.

<sup>13)</sup> RG 16. 1. 1934, III 181/33, mitgeteilt von Warneier in „Chirurg“ 1934, S. 356, ähnlich RG 9. 10. 1936, III 26/36, mitgeteilt von Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 113.

<sup>14)</sup> Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 110, 114.

## Zwangseinweisung von Geisteskranken

Von Karl-Heinz GLANZ, HAINA

Heil- und Pflegeanstalten für Geisteskranke und Geistesschwache dienen allgemein der Kur, Pflege und Bewahrung solcher Krankheitsfälle, die meist gegen ihren eigenen Willen — und vielleicht auch gegen den Willen von Familienangehörigen — unterzubringen sind. Diese Maßnahme hat besonders nach dem zweiten Weltkriege zu heftigen Angriffen gegen die Ärzteschaft dieser Krankenanstalten geführt. So sieht man auch heute noch in der Anstaltseinweisung eines Geisteskranken ohne richterlichen Unterbringungsbefehl einen Verstoß gegen die Grundrechte.

Grund- und Freiheitsrechte sind ein Ausfluß des Naturrechts. Sie schützen einerseits den Bürger vor Eingriffen des Staates in seine eigene Rechtssphäre, andererseits verpflichten sie wiederum den Staat, bestimmte Rechte zu verwirklichen. (Z. B. den Anspruch des Bürgers auf Rechtsschutz.)

Die erste schriftliche Überlieferung der Grund- und Freiheitsrechte geht auf die englische „Magna charta libertatum“ vom 15. Juni 1215 zurück. Die deutsche Nationalversammlung in Frankfurt/M. hatte am 27. Februar 1848 ein Gesetz über die Grund- und Freiheitsrechte beschlossen, das aber



nicht in Kraft gesetzt worden ist. Die Verfassung des Bismarckreiches hatte die Gewährung dieser Rechte den einzelnen Ländern übertragen. So ist es eigentlich die Weimarer Verfassung vom 11. August 1919 gewesen, die ihrem zweiten Teil die Grund- und Freiheitsrechte für uns schriftlich niederlegte.

Das Bonner Grundgesetz bringt diese Rechte im ersten Teil. Sie sind unantastbar und stellen unmittelbar geltendes Recht dar.

Nach Artikel 104, Abs. 2, Satz 4, darf die Polizei aus eigener Machtvollkommenheit niemanden länger als bis zum Ende des Tages nach dem Ergreifen in eigenem Gewahrsam halten. Das Nähere ist gesetzlich zu regeln.

Der Arzt einer Nervenklinik oder Heil- und Pflegeanstalt, dem der Aufnahme durch eine öffentliche Stelle oder Privatperson überstellt wird, hat streng genommen keine weitgehenderen Befugnisse als die Polizeiorgane selbst. Er könnte also nur die Einweisungsfälle über die vorgenannte Frist hinaus in Gewahrsam halten, die auf Grund richterlicher Entscheidung zugeführt wurden:

1. Gewohnheitsverbrecher nach § 42b StGB.,
2. durch richterlichen Unterbringungsbefehl nach § 126a StPO, wenn dringende Gründe die Annahme rechtfertigen, daß eine mit Strafe bedrohte Handlung im Zustande der Unzurechnungsfähigkeit oder beschränkten Zurechnungsfähigkeit begangen wurde. Hierbei kann es sich jedoch auch nur um eine befristete Unterbringung bis zur endgültigen Klärung des Tatbestandes handeln.
3. Zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Geisteszustand auf eine Zeitdauer von höchstens 6 Wochen nach § 81 StPO.

Wir ersehen also hieraus, daß eine jede andere Unterbringungsform an sich gesetzeswidrig ist. (Neuerdings umstritten).

Daß es sich bei Freiheitsentzug von Geisteskranken um ein Problem handelt, das nicht nur Ärzte und Juristen, sondern darüber hinaus auch die Öffentlichkeit stark interessiert, haben die vielfach unberechtigten Veröffentlichungen gegen namhafte Krankenhausärzte in der Tagespresse bewiesen.

Die Ärzteschaft ist hier an einer wirklich brauchbaren Gesetzesgrundlage interessiert. So hatte sich z. B. die Tagung der deutschen Vereinigung für den Fürsorgedienst im Krankenhause im Oktober des vergangenen Jahres in Hamburg eingehend mit der Frage der Zwangseinweisung Geisteskranker befaßt. Die Gesellschaft zur Wahrung der Bürgerrechte stellte anlässlich einer Marburger Zusammenkunft fest, daß ein sehr greifbarer Gegensatz zwischen beiden Anschauungen (der des Arztes und der des Juristen) liegt.

Eine Freiheitsentziehung bei Geisteskranken ist nach § 15, Abs. 2 des Polizeiverwaltungsgesetzes vom 1. 6. 1931 mangels eines förmlichen Gesetzes (richterlicher Unterbringungsbefehl) nur dann ohne zeitliche Begrenzung möglich, wenn Gemeingefährlichkeit vorliegt.

Eine treffende Begriffsbestimmung für „Gemeingefährlichkeit“, die der Anschauung des Arztes und des Juristen gleichzeitig gerecht würde, ist schwerlich zu finden.

So ist ein Kranker mit Selbstmordabsichten unbedingt als gemeingefährlich im Sinne des Arztes anzusehen. Denn im Selbstmord könnte eine Mitgefährdung anderer liegen (z. G. Gashahn).

Der Jurist vertritt das Recht auf Selbstmord, und auch die Hess. Verfassung legalisiert ihn.

Ich möchte sagen, Gemeingefährlichkeit liegt dann vor, wenn Leben, Gesundheit, Vermögen und Ehre rechtswidrig von solchen Personen angegriffen werden, die mangels geistiger Gesundheit nicht verfolgt werden können, während sie sich im Normalfalle strafbar gemacht hätten. Auch die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligen sich nach § 1531 ff an den Krankenhauspflegekosten für Gemeingefährliche unter bestimmten Voraussetzungen. Somit gilt Gemeingefährlichkeit bedingt als Krankheit, d. h. als ein Sachgebiet des Arztes. Die ärztlichen Bedenken, daß die Kontakt-Situation Arzt-Patient, die bei psychischen Erkrankungen erforderlich ist, gefährdet erscheint, dürfte ihre Berechtigung besitzen, so daß ärztlicherseits die Einschaltung des Juristen als eine sachfremde Instanz angesehen wird.

Das Unterbringungsverfahren nach §§ 14, 15 PVG v. 1. 6. 1931 sieht an sich keine Mitwirkung des Richters bei der Anstaltsunterbringung vor. Aber bereits vor, während oder kurz nach der Unterbringung kann kaum klar übersehen werden, ob Gemeingefährlichkeit vorliegt und somit die Anwendung des § 104, Abs. 2, Satz 4 außer Betracht kommt. Zwar gehört Art. 104 nicht zu den Grundrechten, sondern wir finden ihn im Abschnitt „Rechtsprechung“. Trotzdem besitzt er Grundrechtscharakter und bildet nach Art. 1, Abs. 3 BGG (Grundrechte) unmittelbar geltendes Recht.

Diese Regelung würde nach sich ziehen, daß jede Zwangseinweisung Geisteskranker ohne Mitwirkung des Richters so lange zu unterbleiben hätte, bis ein richterlicher Beschluß im Sinne des Art. 104 erlassen wäre. Dadurch, daß zwischen dem Erlaß eines Unterbringungsbefehls und der vorher erfolgten Festnahme immerhin eine gewisse Zeitspanne liegt, die genügt, um zahlreiche Gefahren entstehen zu lassen, wäre dem Sinn des BGG nicht Rechnung getragen.

So besagt z. B. ein Erlaß des Hess. Ministers des Innern vom 30. 1. 1951 u. a., daß das Absehen von Zwangsunterbringungen ohne richterlichen Beschluß wohl die persönlichen Rechte des Geisteskranken respektiere, aber auf der anderen Seite die verfassungsmäßig geschützten Grundrechte der Mitmenschen (z. B. Leben und körperliche Unversehrtheit) erheblicher Gefahr aussetze. Es gilt also bei einer Kollision verfassungsrechtlich bedeutsamer Interessen die Belange auf beiden Seiten sorgfältig in Erwägung zu ziehen. Durch die „Rechte anderer“ — hier Geisteskranker — wird die verfassungsmäßige Ordnung und das Sittengesetz (Art. 2, Abs. 1 BGG) als begrenzt angesehen. Somit sind die Grundrechte der Mitmenschen den Rechten anderer gegenüber in erster Linie zu sichern. Hieraus folgt, daß polizeiliche Einweisungen von Geisteskranken bis zum Erlaß eines Gesetzes im Sinne des Art. 104 generell nicht unzulässig sind.



Freiheitsentzug ist eine zu Schadensersatz verpflichtende Handlung im Sinne des § 823 BGB, die den Krankenhausträger, sowohl als auch den Krankenhausarzt in seiner Eigenschaft als Erfüllungsgehilfen (§ 278 BGB) treffen könnte, sofern sich herausstellt, daß es aus Gründen grober

Fahrlässigkeit zu einer Anstaltsaufnahme kam, die bei sorgfältiger Erwägung des Für und Wider vermieden werden konnte.

Dem Arzt obliegt hier die Handhabung von Gesetzen, deren Auslegung ihm unter den derzeitigen Rechtsverhältnissen äußerst schwierig ist.

## Ueber das Arztrecht

Von Städt. Rechtsrat H. Wiethaup, Dortmund

Der überwiegende Teil der größeren Gemeinden besitzt eigene Krankenhäuser mit einem entsprechenden Arztestab, aus dessen Tätigkeit wiederholt Rechtsfragen aus allen Gebieten des Zivil- und Strafrechts sowie des öffentlichen Rechts anfallen. Soweit es sich um Probleme alltäglicher Art handelt, ist es für den Juristen nicht sonderlich schwer, notfalls an Hand der üblichen Erläuterungsbücher die sachgemäße Lösung zu finden. Zwar macht sich auch hier schon nachteilig bemerkbar, daß das Arztrecht einer einheitlichen Regelung entbehrt und vor allem eine abschließende Erörterung neuerer Datums wenigstens der wichtigsten Rechtspunkte fehlt. Sowohl die juristischen wie medizinischen Zeitschriften behandeln regelmäßig die sich aus der Tätigkeit eines Arztes ergebenden Rechtsfragen nur nebenbei. Soweit es sich um spezielle Fragen aus dem Arztrecht handelt, vor allem aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts, ist die Beschaffung der neuesten Rechtsprechung usw. oder deren Einsichtnahme angesichts der Überfülle von medizinischen und juristischen Zeitschriften sehr mühselig und zeitraubend, zumal ein beachtlicher Teil der Bibliotheksbestände durch Kriegsschäden verlustig gegangen ist. Hierin ist erst seit 1951 ein grundsätzlicher Wandel dadurch eingetreten, daß eine besondere Zeitschrift für das gesamte Arztrecht im medizinisch-wissenschaftlichen Verlag aus Karlsruhe erscheint, der eine allgemeine Verbreitung zu wünschen ist. Um das bisher offensichtlich vernachlässigte Arztrecht der Allgemeinheit zugänglich zu machen, sollen nachstehend die wichtigsten Rechtsfragen unter genauer Quellenangabe in gedrängter Kürze erörtert werden.

### 2. Zivilrecht

Wie in § 1 RAO vom 14. 12. 35 (RGBl. I S. 1433) nebst Durchf. VOen festgelegt ist (s. Pfundtner-Neubert, Reichsrecht, Bd. IV d Nr. 16 = Wollenweber, Der Arzt des öffentlichen Gesundheitsdienstes, 1950, S. 83), ist der ärztl. Beruf ein Gewerbe, sondern eine öffentliche Aufgabe. Jedoch stellt die Inanspruchnahme eines Arztes durch einen Patienten regelmäßig einen Dienstvertrag gemäß §§ 611 ff. BGB dar. Nur die Vornahme einer Operation ist als Werkvertrag i. S. der §§ 631 ff. BGB anzusehen. Aus derartigen zivilrechtlichen Rechtsverhältnissen kann notfalls vor den ordentlichen Gerichten geklagt werden. Wenn auch in der gewünschten Behandlung durch einen Arzt mindestens die stillschweigende Einwilligung zur Vornahme kleinerer Operationen ohne weiteres als gegeben anzunehmen ist, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart ist, so wird man bei größeren Opera-

tionen regelmäßig eine besondere und ausdrückliche Einwilligung des Patienten verlangen müssen. Schriftlichkeit ist nicht erforderlich und wohl auch nicht angebracht. Bei minderjährigen Personen muß der gesetzliche Vertreter zustimmen. (Ebermayer, der Arzt im Recht, 1930, S. 152) Dies gilt bei Injektionen im allgemeinen und bei Lumbalpunktionen im besonderen. (Dr. med. Perret in „Medizin. Klinik“, 1949, S. 526, Nr. 402). Vor jeder Operation ist der Arzt zur sachgemäßen Aufklärung verpflichtet. Dies gilt vor allem vor einer Suboccipitalpunktion, (Medizin. Klinik, 1947, S. 119) und bei Schockbehandlungen (Zeitschrift für Arztrecht 1951 Nr. 1/2, S. 142).

Aus § 1 der 2. VO zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten vom 27. 2. 40 (RGBl. I S. 456), in dem die Entnahme von Rückenmarkflüssigkeiten ausdrücklich von der Einwilligung des Patienten abhängig gemacht ist, folgt, daß eine Lumbalpunktion der vorherigen Einwilligung bedarf. (de Rudde in „Deutsche Medizinische Wochenschrift“ 1951, S. 154 und Prof. Dr. med. Göbbels 1950, S. 1048). Unter Beachtung der vorstehenden Ausführungen wird der Arzt, für den das Vertrauen und die Zuversicht seines Patienten eine wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung einer schwierigen Operation ist, es auf den Einzelfall abstellen, inwieweit er den Patienten vorher genau über die Art, den Umfang und die Erfolgsaussichten dieser erforderlichen Operation aufklärt und dazu dessen Einverständnis bzw. des gesetzlichen Vertreters einholt. (Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 33; RG 78, S. 433; OLG Frankfurt v. 7. 3. 51 = Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 1/2, S. 146). Ggf. wird hierbei die Anwesenheit eines neutralen Zeugen ratsam sein. Sofern Lebensgefahr besteht oder der Patient bereits bewußtlos ist, muß man dem Arzt ein selbständiges Entscheidungsrecht zubilligen. (RG 168, S. 210, Bd. 68, S. 434; Goldhahn-Hartmann, Chirurgie und Recht, 1937 S. 9). Ein Handeln gegen den ausdrücklichen und ernstlich erkennbaren Willen des Kranken ist auch bei Gefahr im Verzuge nicht gestattet, sofern nicht ein Gesetz es ausnahmsweise erlaubt. Aus dem zwischen Patient und Arzt bestehenden Vertragsverhältnis ergeben sich bei dessen Verletzung vertragliche Schadensersatzansprüche, neben denen noch solche aus unerlaubter Handlung nach §§ 823 ff. BGB gegeben sein können. In beiden Fällen ist der Nachweis eines Schadens und eines hierfür kausalen Verschuldens erforderlich. Bei Mißlingen einer Operation ist es fraglich, wer bei Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen den Arzt die Beweislast trägt. Un-



ter der Beweislast ist die prozessuale Verpflichtung einer Partei in einem Zivilrechtsstreit zu verstehen, streitige und für sie wesentliche Tatsachen zu beweisen, wozu Beweismittel (Zeugen, Sachverständige usw.) dem Gericht angegeben werden müssen. Ohne auf die Beweislastfrage in Arztprozessen weiter einzugehen, verweise ich nur auf den ausführlichen Artikel von Notar Dr. Ott in der Zeitschrift für das gesamte Arztrecht 1952 Heft 1/2, S. 153 (s. Perret in „Deutsche medizin. Wochenschrift“ 1949, S. 167). Nach dem Urteil des LG Göttingen vom 8. 5. 52 liegt kein ärztl. Behandlungsfehler bei Nichtbehandlung mit Penicillin vor (Versich. Recht 1952 Rspr. Nr. 12, S. 326). Gegenüber Krankenkassenmitgliedern bei ärztlicher Behandlung in öffentlichen Krankenhäusern ergibt sich keine Amtshaftung nach § 839 BGB. (OLG Bamberg vom 21. 5. 52 in „Deutsche Rechtspr. I 148 Bl. 174 zu b = Bayr. JMBL. 1952, Nr. 8 S. 189). Das OLG Braunschweig hat am 14. 2. 52 entschieden, daß kein Beweis des 1. Anscheines gegenüber Fehlern bei noch unvollständigen Kenntnissen der ärztl. Wissenschaft in Fällen der spinalen Kinderlähmung gelte (Deutsche Rspr. IV 414 Bl. 70; Nieders. Rechtspflege 1952, S. 135). Zur Frage der Mitwirkung des Arztes bei der Festsetzung des Schmerzensgeldes äußert sich kritisch Dr. Wussow (Vers. Recht 1952, S. 303).

Falls Patienten in privaten oder gemeindeeigenen Krankenhäusern aufgenommen und von den dort angestellten Ärzten behandelt werden, ergeben sich die gegenseitigen Rechte und Pflichten auf Grund des abgeschlossenen Krankenaufnahmevertrages (RGZ 64 S. 231, Bd. 83 S. 72, Bd. 111 S. 263; BGH vom 10. 5. 51 = aml. Entscheidungssammlung Bd. 2 S. 94; Goldhahn-Hartmann a. a. O. S. 195; BGH vom 27. 2. 52 = NJW 1952 S. 658). Inhalt dieses Dienstvertrages ist regelmäßig die ärztliche Behandlung und Betreuung sowie Unterkunft und Verpflegung, wobei die letztgenannten Punkte nur von untergeordneter Bedeutung sind. (Coermann-Wagner, Deutsches Arztrecht 1938 S. 145 ff.; Hippokrates Verlag Marquardt & Cie., Stuttgart-Leipzig). Ein solcher Krankenaufnahmevertrag begründet keine Vertragsansprüche für Familienmitglieder, die beim Besuch infolge mangelhafter Verkehrsicherung im Krankenhaus stürzen und einen Schaden erleiden (BGH v. 10. 5. 51 = Aml. Sammlung Bd. 2 S. 94; Zeitschrift für Arztrecht 1951 Nr. 3/4 S. 80). Bei einer fehlerhaften Behandlung haftet der Inhaber des Krankenhauses für die als Erfüllungsgehilfen i. S. des § 278 BGB tätig gewordenen Ärzte usw. nach Vertragsgrundsätzen; daneben ergeben sich ebenfalls Schadenersatzansprüche gemäß §§ 823 ff. BGB. Die Sorgfaltspflichten eines Arztes sind verletzt, wenn eine Behandlung übernommen wird, die seinen Fähigkeiten und Kenntnissen nicht entspricht (JW 1938 S. 2203; Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 61). Schließt ein Patient bei der Aufnahme in ein Krankenhaus sowohl einen auf ärztliche Behandlung gerichteten Vertrag mit dem Krankenhausarzt als auch einen Vertrag mit dem Krankenhaus auf Gewährung von Unterkunft und Betreuung (sogen. aufgespaltener Arzt-Krankenhausvertrag), so erstreckt sich der Vertrag mit dem Krankenhaus auch darauf, daß dem Patienten alle erforderliche Heilbehandlung zuteil wird, insbesondere solche,

die gewöhnlich nur mittels der Einrichtungen eines Krankenhauses gewährt zu werden pflegt. (Bluttransfusion; Arztl. Wochenschrift 1948 S. 193 und 271; MBL 1940 S. 450). Für Fehler bei der Verabfolgung einer derartigen Heilanwendung muß das Krankenhaus gemäß §§ 276, 278 BGB einstehen.

Wird ein Krankenhauspatient durch schuldhaftes Verhalten eines Arztes geschädigt, der zu den gesetzlichen Vertretern des Krankenhauses gehört, so haftet das Krankenhaus dem Patienten auch aus dem Rechtsgrund der unerlaubten Handlung auf Schmerzensgeld (BGH vom 28. 2. 52 = NZW 1952 Nr. 17 S. 658). Falls ein Patient vom Bezirksfürsorgeverband zwecks Durchführung einer Operation in ein städt. Krankenhaus unentgeltlich eingewiesen wird, ergibt sich zwischen diesem und der Stadtgemeinde ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, aus welchem die Gemeinde bei fehlerhafter Behandlung entsprechend § 278 BGB nach Vertragsgrundsätzen haftet (NJW 1952 Nr. 10 S. 382 = DOV 1952 Nr. 10 S. 309 mit Kritik von Bachof; MDR 1952 S. 382). In dem Fall, in dem eine Gemeinde für ein städt. Krankenhaus weder einen verfassungsmäßig berufenen Vertreter i. S. der §§ 31, 89 BGB noch einen besonderen Vertreter bestellt hat, kann sie sich gegenüber Schadenersatzansprüchen nicht nach § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB entlasten, haftet vielmehr für den entstandenen Schaden wegen fehlerhafter Organisation unmittelbar auf Grund der §§ 31, 89 BGB. (OLG Stuttgart vom 14. 3. 51 = NJW 1951 S. 525). Bei Einweisung eines Kassenpatienten in ein Krankenhaus ergibt sich zu Gunsten des Kassenpatienten ein Vertrag mit dem Inhaber des Krankenhauses gemäß § 328 BGB mit der Folge, daß der Kassenpatient einen unmittelbaren Anspruch gegenüber dem Inhaber des Krankenhauses auf sachgemäße Behandlung erlangt. (NJW 1951 S. 798). Mit dem Krankenhausarzt, der nicht Kassenarzt ist, kommen dagegen vertragliche Beziehungen des Kassenpatienten nicht zustande. Übernimmt aber ein solcher Krankenhausarzt die Behandlung eines Kassenpatienten und verletzt er bei dieser Behandlung allgemein anerkannte Regeln der ärztlichen Wissenschaft, so haftet er dem dadurch an seiner Gesundheit geschädigten Kranken aus §§ 823 BGB. Ein Anspruch gegen das Krankenhaus nach §§ 823, 831 BGB entfällt, wenn der Inhaber des Krankenhauses nachweist, daß der betr. Chefarzt oder die fragliche Operationsschwester viele Jahre hindurch die ihnen obliegende Tätigkeit ohne irgendwelches Pflichtversäumnis erfüllt haben (Entlastungsbeweis).

Eine Pflicht zur Duldung einer Operation ist evtl. aus § 254 BGB zu entnehmen (Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 186; Perret in „Medizin. Klinik“ 1951 S. 1022 Nr. 1085). Es gelten hierfür keine allgemein gültigen Regeln. Vor allem sind hierbei medizinische Voraussetzungen in Form der Gefahrlosigkeit, Schmerzlosigkeit und Erfolgsaussicht, sowie sie subjektive Einstellung des Kranken zu berücksichtigen; es kommt auf die Gesamtumstände des Einzelfalles an. (OLG Köln vom 19. 11. 51 = Verw.-Rechtspr. in Deutschland, Leitzahl I Nr. 123 Bl. 22). Wegen der aus sogenannten „Friseurschäden“ (z. B. Haarausfall nach Kaltwelle) entstehenden Schadenersatzansprüche wird auf die entsprechenden Ausführungen von Perret in „Medizin. Klinik“ 1951 S. 854 Nr. 817 verwiesen. Der Praxiskauf und der



Praxistausch ergeben sich aus § 49 III Reichsärzteordnung und § 28 Berufsordnung (s. Heß in „Medizin. Klinik“ 1951 S. 630 Nr. 1018. Daß der Ehemann für das von seiner Ehefrau für die Inanspruchnahme des Arztes geschuldete Honorar als Gesamtschuldner mit herangezogen werden kann, ist jetzt wohl einhellige Ansicht. (LG Hamburg vom 7. 2. 52 = MDR 1952 Nr. 6 S. 356; Dr. Heesen in „Niedersächs. Ärzteblatt“ 1947 S. 76 u. MDR 1951 S. 262). Wegen der Haftung für Impfschäden wird auf die Urteile des Kammergerichts Berlin-West vom 8. und 9. Juni 1950 (NJW 1951 S. 78 = Jur. Rdschau 1951 S. 402 = bejahend), des OLG Kiel vom 25. 1. 51 (NJW 1951 S. 605) und des OLG Hamburg vom 7. 5. 51 (MDR 1951 S. 627 = verneinend) sowie auf den bejahenden Aufsatz von Prof. Dr. Schack (MDR 1951 S. 626; Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949 S. 180; RGZ 156 S. 305) Bezug genommen. Das Zurücklassen eines Fremdkörpers in einer Operationswunde braucht nicht immer ein schuldhafter Kunstfehler zu sein; es kommt vielmehr auf die besonderen Umstände des Einzelfalles, wie Art und Größe des zurückgelassenen Fremdkörpers und den Operationsverlauf an. (BGH vom 13. 12. 51 = MDR 1952 S. 383 = Goldhahn-Hartmann a. a. O. S. 79). Bei Verwendung von Blutspendern (MBl. d. RMdI 1940 S. 450), die plötzlich geschlechtskrank wurden, ohne daß dies rechtzeitig erkannt wurde, ergeben sich gleichfalls Schadenersatzansprüche (Urteil des LG Essen vom 29. und 30. 1. 50 und 26. 1. 51 in Sachen Peiffer ./ Elisabethkrankenhaus Essen — 4 O. 68/49 —, IV. Zivilkammer und OLG Hamm; BGH vom 27. 2. 52 = Jur. Rdschau 1952 S. 239, s. „Ärztl. Prais“ 1951 Nr. 13 S. 9 AGR Schneider). Hinsichtlich der Besuchspflicht des prakt. Arztes wird auf die entsprechenden Darlegungen von Perret in „Medizin. Klinik“ 1949 S. 278 sowie auf Schmidt in „Recht und Zeit“ 1949 Heft 11 verwiesen. (RGStr. 75 S. 68). Ob und unter welchen Voraussetzungen die Gerichte befugt sind, von Gutachten ärztl. Sachverständiger abzuweichen, hat der BGH am 7. 3. 51 entschieden. (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 5/6 S. 120).

### 3. Strafrecht.

Abgesehen von den gesetzlich besonders vorgeschriebenen Fällen, z. B. Pocken-Impfung, Heilbehandlung Geschlechtskranker (OVG Lüneburg vom 27. 2. 52 = MDR 1952 S. 440), hat der Arzt kein Heilrecht. Will ein Kranker sich nicht behandeln oder operieren lassen, so ist der Arzt daran gebunden. Wird trotzdem operiert, so begeht der Arzt er dem Kranken das Leben rettet oder ihn vom nach herrschenden Rechtsansichten eine Körperverletzung i. S. der §§ 222 ff. BGB usw., selbst wenn schweren Leiden heilt. (Goldhahn-Hartmann a. a. O. S. 5; Maurach in Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 1/2 S. 135—142). Solange das Gesetz dem Arzt kein Operationsrecht für an sich notwendige und kunstgerechte Eingriffe (Operationen, Injektionen, Bestrahlungen und Arzneigaben) gibt, was aus guten Gründen zu verstehen ist, sind derartige Maßnahmen strafbar. Nach dem Urteil des BGH vom 10. 7. 52 entschuldigen Mängel der ärztlichen Ausbildung, schlechte Vorbilder und fehlende Erfahrung unter Umständen ärztl. Kunstfehler, aber nicht Eingriffe ohne eigene Diagnose und ungenügende Überwachung von Hilfsbedürftigen. (NJW 1952 S. 1102

= Entsch. Slg. BGH in Strafs. Bd. 3 S. 91). Wegen weiterer Beispiele wird vor allem auf Goldhahn-Hartmann, a. a. O. S. 6 ff. verwiesen. Zur Frage der strafbaren unterlassenen Hilfeleistung gemäß § 330 c StGB für Ärzte hat sich Prof. Dr. jur. Küchenhoff in der Zeitschrift für das gesamte Arztrecht 1951 Heft 3/4 S. 70 und Heft 5/6 S. 115 geäußert. (Hilfspflicht des Arztes = BGH v. 22. 4. 52 (NJW 1952 Nr. 18 S. 713)). Die Strafbarkeit einer vom Arzt vorgenommenen Abtreibung hat der BGH am 2. 3. 51 behandelt am 6. 3. 51 über die Strafbarkeit eines von einem Arzt vorgenommenen Eingriffs zur Unterbrechung der Schwangerschaft entschieden (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Heft 1/2 S. 160—162). Die Strafbarkeit der Verschreibung großer Mengen von Betäubungsmitteln nach § 6 VO über das Verschreiben Betäubungsmittel enthaltender Arzneien und ihre Abgabe in den Apotheken hat der BGH am 25. 9. 51 bejaht (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Heft 1/2 S. 177). Zur Frage der fahrlässigen Tötung durch einen Arzt hat das OLG Kiel am 25. 5. 49 entschieden (Zeitschrift für Arztrecht 1951 Heft 3/4 S. 74). Es sei nur noch bemerkt, daß eine auf Wunsch durchgeführte Sterilisation strafbar ist, wenn sie nicht zur Abwendung einer ersten Gefahr für Leben oder Gesundheit des Patienten unbedingt erforderlich ist. (Heß in „Medizin. Klinik“ 1950 S. 910 Nr. 762).

### 4. Öffentlich-rechtliche Fragen.

Über die im Bonner Grundgesetz niedergelegten Grundrechte des Arztes auf freie Berufswahl usw. hat Prof. Dr. Küchenhoff in der Zeitschrift für das gesamte Arztrecht 1951 Heft 1/2 S. 53 ff. schon eingehend berichtet. Dasselbe gilt über die Frage der Fortgeltung von § 5 Abs. 2 der Berufsordnung vom 5. 11. 37 (Verbot des Wiederbezugs einer frei gewordenen Arztpraxis (a. a. O. S. 152). Unabhängig davon, interessieren vor allem die Fragen der ärztlichen Schweigepflicht, die Berechtigung zur Einsichtnahme in Krankenblätter, die Wahrung des Berufsgeheimnisses usw. Nach § 13 RAO ist die Schweigepflicht des Arztes ausdrücklich festgelegt (Pfundtner-Neubert, Reichsrecht, Bd. IV d Nr. 16 S. 13) und unter Strafandrohung gestellt; sie gilt ebenfalls für ihre berufsmäßig tätigen Hilfspersonen einschl. der in der Ausbildung zum ärztlichen Beruf stehenden Personen. Außerdem ist sichergestellt, daß auch nach dem Tode eines Arztes nichts aus der früheren Praxis veröffentlicht wird. („Medizin. Klinik“ 1948 S. 193 Nr. 188; 1949 Bd. I S. 719 Nr. 435; 1951 S. 534 Nr. 1000 (Bayern mit Sondergesetz). Die Schweigepflicht des Arztes ist eine ganz wesentliche Voraussetzung für die vertrauensvolle Arbeit am Patienten, ohne die ein echter Erfolg nicht zu erwarten ist. Der in § 13 Abs. 3 RAO vorgesehene Wegfall der Schweigepflicht aus überwiegenden Interessen ist auch heute wohl noch als gültig anzusehen, da er nur die bisherige Rechtsprechung beinhaltet. Dies wird z. B. dann der Fall sein, wenn bei mehrfachem Abortus auf das Tätigsein eines Abtreibers geschlossen werden muß oder ein Geschlechtskranker heiraten will. (Wollenweber a. a. O. S. 420; Deutsche medizin. Wochenschrift 1936 S. 153; Handbuch der Krankenversicherung von Kühne-Peters, Teil I S. 149). Ob und inwieweit heute noch nach dem Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. 7. 33



(RGBl. I S. 529) eine Meldepflicht besteht, ist umstritten. („Medizin. Klinik“ 1950 S. 1036 Nr. 786). Ebenso zweifelhaft ist die Frage einer ärztlichen Auskunftspflicht gegenüber der Polizei („Medizin. Klinik“ 1950 S. 1005 Nr. 780). Demgegenüber ist das Zeugnisverweigerungsrecht des Arztes gemäß § 383 Abs. 1 Ziff. 5 ZPO und § 53 Abs. 1 Ziff. 3 StPO eindeutig. Zur Einsichtnahme in *Krankenblätter* ist kein Dritter berechtigt. Die Krankenblätter sind ärztliche Gedächtnisaufzeichnungen, ihre Auswertung ist ausschließlich Sache des Arztes. Nur sofern der Patient ihn von der Schweigepflicht entbindet, ist der Arzt frei. Die Krankenhausleitung darf die Krankenblätter nur insoweit zur Auswertung erhalten, als die betr. Tatsachen für die vom Krankenhaus zu treffenden Entscheidungen von Bedeutung sind. („Medizin. Klinik“ 1951 S. 806 Nr. 1046). Eine Auskunftspflicht gegenüber Privatkassen besteht trotz ausdrücklicher Befreiung von der Schweigepflicht nur insoweit, als die Privatkasse diejenigen Unterlagen verlangen kann, die sie zur Nachprüfung der Berechtigung und des Umfangs der Versicherungsleistungen benötigt. Alle sonstigen auf dem Krankenblatt aufgezeichneten Vorgänge dürfen der Privatkasse einschl. Vertragsarzt nicht zugänglich gemacht werden. Der Arzt ist zur Herausgabe der Krankenblätter nicht verpflichtet, selbst wenn es der Patient gestattet. (§ 7 Berufsordnung). Nur der Arzt selbst ist zur Auswertung und Deutung berechtigt („Medizin. Klinik“ S. 965 Nr. 1076). Falls ein Chefarzt eines Krankenhauses während seiner dortigen Tätigkeit Krankengeschichten hat aufnehmen lassen, bleiben diese auch nach Wechsel der Chefärzte im Besitz des neuen Arztes („Medizin. Klinik“ 1949 S. 1199) in seiner Eigenschaft als Angestellter des Krankenhauses. Eine *Beschlagnahme* der Krankenunterlagen des nicht von der Verpflichtung zur Verschwiegenheit befreiten Arztes ist mindestens so lange unzulässig, als sie sich beim Arzt oder bei der von ihm als Verwahrungsstelle gewählten Ärztekammer befinden. (OLG Celle vom 18. 1. 1952 = MDR 1952 S. 376/77).

Über die Frage der Anfechtbarkeit von Entscheidungen der Berufungsausschüsse für Kassenarztzulassungen nach der Zulassungsordnung vom 21. 4. 48 (ArbBl. br. Zone 1948 S. 250) hat das OVG Münster am 6. 6. 51 entschieden (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 5/6 S. 129 und S. 103). OVG Münster vom 28. 3. 51 (Verw.Rspr. in Deutschland 1952 Bd. 4 Heft 6 Nr. 169 S. 781). Die Berufungsausschüsse zur Zulassung von Ärzten zur Kassenpraxis (§ 26 Zul.-Ordnung für Ärzte) sind weder „andere bestehende Gerichte“ i. S. von § 22 III VO Nr. 165 noch „besondere Verwaltungsgerichte“ i. S. von § 27 Buchst. c

MRVO Nr. 165. Sie sind Behörden im Sinne des § 25 II VO Nr. 165 und als solche partei- und prozeßfähig. Nach dem rechtskräftigen Urteil des LVG Arnberg Arnberg vom 11. 7. 51 kann ein Kassenarzt nicht gegen einen Zulassungsausschuß auf Unterlassung der Bildung einer Kassenarztstelle klagen. (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 1/2 S. 192). Das LG Köln hat am 23. 11. 51 die 3. Spar-VO des Landes NRW vom 19. 3. 49 insoweit für ungültig erklärt, als darin die Abgabe von 50 % der 10 000,— D-Mark übersteigenden Privateinnahmen der medizinischen Universitätsprofessoren und Chefärzte bestimmt ist. (Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 1/2 S. 180). (s. aber Urteil BGH v. 19. 7. 52 in rechtl. Entschl. Bd. 7 Heft 1/2 S. 1). Nebenbei sei nur noch bemerkt, daß die tarifgerechte Entlohnung eines Assistenzarztes wiederholt bejaht worden ist (LAG Hamburg vom 21. 4. 51 = Arb.Praxis 1951 S. 424; LAG München vom 30. 3. 51 = Zeitschrift für Arztrecht 1952 Nr. 1/2 S. 163).

Über den Begriff des Assistenzarztes gibt das Urteil des Arbeitsgerichts Karlsruhe vom 13. 9. 51 (s. Arbeitsrecht in Stichworten Bd. IX Heft 2 Nr. 148 S. 45) und des LAG Frankfurt vom 26. 6. und 9. 10. 52 (s. arbeitsrechtl. Praxis 1952 Nr. 208 S. 429 u. Nr. 209 S. 437) Auskunft. Nach dem Urteil des Bayer. Verf. GH vom 4. 7. 52 verstößt eine Bestimmung, die den Facharzt auf sein Fach beschränkt und grundsätzlich von der Ausübung einer allgemeinen ärztlichen Tätigkeit ausschließt, weder gegen das Grundrecht der Handlungsfreiheit noch gegen den Gleichheitssatz (DOV 1952 S. 698). Die auf Grund einer Gebührenordnung von einer Gemeinde für das städt. Krankenhaus erhobenen Pflegesätze usw. können im Wege des Verwaltungszwangsverfahrens beigetrieben werden, wie das LVG Gelsenkirchen am 2. 9. 52 — 3 K 254/51 — entschieden hat. (a. A. in Jur. Rdschau 1951 S. 174 für Berlin; LAG Münster vom 17. 12. 48 in westd. Arbeitsrechtspr. 1949 Nr. 16 S. 125). Über das Krankenhauswesen in der Bundesrepublik unterrichtet ein entsprechender Aufsatz im DVBl. 1950 S. 261).

Über den Begriff des Chefarztes verhält sich das Urteil des Arbeitsgerichtes Karlsruhe vom 18. 6. 52 (Arbeitsrecht in Stichworten Bd. IX Heft 2 S. 47); ergänzend wird auf Nipperdey in „Der Krankenhausarzt“ 1949 Heft 4 und auf Molitor in den „Schriften der deutschen Krankenhausgesellschaft“ 1951 Nr. 1 hingewiesen.

Um auch aus dem Steuerrecht etwas zu bringen, wird darauf aufmerksam gemacht, daß die Einrichtung einer Arztpraxis für den Sohn keine außergewöhnliche Belastung i. S. des EStG ist. (Betriebsberater 1952 Nr. 27 S. 768 Nr. 1659).

H. Wiethaup



## Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 1951 über die Sorgfaltspflicht eines als Sachverständiger in einer Erbgesundheitsache tätig gewesenen Facharztes

### Leitsätze:

1. Angeborener Star, der zur Erblindung geführt hat, war nicht immer als eine die Unfruchtbarmachung auf Grund des Erbgesundheitsgesetzes rechtfertigende Erbkrankheit anzusehen.

2. Um festzustellen, ob angeborener Star erblich ist, war die Durchführung einer Sippenuntersuchung erforderlich.

3. Will der Sachverständige sich einer von der herrschenden Lehre abweichenden Lehrmeinung anschließen, so muß er das in seinem Gutachten ausführen und begründen. Er handelt schuldhaft, wenn er dies unterläßt.

BGH III. Zivilsenat, Urt. v. 13. Dezember 1951 — III ZR 198/50 —

Der im Jahre 1922 geborene Kläger leidet seit seiner frühesten Jugend an Starblindheit. Bereits einige Monate nach der Geburt zeigte sich eine Trübung der Linse des linken und etwas später auch des rechten Auges. Mehrfache im frühesten Kindesalter durchgeführte Augenoperationen vermochten die Sehkraft nicht wieder herzustellen. Bis etwa zu seinem 13. Lebensjahr litt der Kläger auch an einem Mißverhältnis zwischen der Schilddrüse und der Thymusdrüse. Die fortschreitende krankhafte Veränderung der Augen führte zur völligen Erblindung des rechten Auges und zu einer fast vollständigen Erblindung des linken Auges. Das rechte Auge wurde im November 1945 entfernt.

Der Kläger war Zögling der Provinzialblindenanstalt in S. Dem Beklagten oblag auf Grund eines vertraglichen Abkommens die augenärztliche Behandlung der Anstaltsinsassen. Er stellte zu dem gemäß § 4 Satz 2 des Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses vom 14. Juli 1933 von dem Hausarzt der Anstalt erstatteten Gutachten folgenden „Diagnosenzettel“ aus.

„Augenärztlicher Befund: Beiderseits angeborener Star, Augenzittern. Es erscheint angebracht, Patienten dem Erbgesundheitsgericht vorzuführen.“

Am 26. Juli 1934 erstattete der Beklagte dem Kreisarzt in Gelsenkirchen gemäß Art. 3 Abs. 3 der Ausführungsverordnung zum Erbgesundheitsgesetz eine Anzeige, derzufolge der Kläger „an erblicher Blindheit leidet“.

Auf Grund eines von dem Vater des Klägers gestellten Antrages wurde darauf das Verfahren zur Unfruchtbarmachung des Klägers eingeleitet. Der Kreisarzt schloß sich dem Verfahren an. Das Erbgesundheitsgericht beschloß, ein fachärztliches Gutachten des Beklagten darüber einzuholen, „ob es

sich nach augenfachärztlicher Ansicht um eine Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes vom 14. Juli 1933 handele und ob bei der Schilddrüsenerkrankung nicht evtl. die Möglichkeit einer endokrinen Störung vorliege“. Der Beklagte erstattete darauf folgendes Gutachten:

Befund: Lebhaftes Unruhe beider Augen (Nystagmus congenitus). Rechtes Auge: Hornhaut stark getrübt. Regenbogenhaut mit der Hornhaut in größerer Ausdehnung verwachsen. Sehvermögen: Das Auge ist völlig erblindet. — Linkes Auge: Hornhaut erscheint kleiner als normal (Mikrocornea geringen Grades). Die Linse des linken Auges fehlt bis auf geringe Reste. Das Sehvermögen des linken Auges beschränkt sich auf Erkennen von Handbewegungen dicht vor dem Auge.

Beurteilung: Es besteht kein Zweifel, daß es sich um angeborenen Star auf beiden Augen gehandelt hat. Nach GÜTT S 109, Zeile 12, ist die Sterilisierung angebracht.“

Auf Grund dieses Gutachtens ordnete das Erbgesundheitsgericht durch Beschluß vom 12. November 1935, der durch Rechtsmittelverzicht des Vaters des Klägers alsbald rechtskräftig wurde, die Unfruchtbarmachung des Klägers an. Diese wurde im Jahre 1936 durchgeführt.

Ab November 1942 betrieb der Kläger die Wiederaufnahme des Verfahrens. Das Erbgesundheitsgericht holte ein Gutachten des Prof. Dr. L. ein. Dieses Gutachten kommt zu dem Ergebnis, daß eine erbliche Blindheit des Klägers im Sinne des Gesetzes mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit auszuschließen sei. Das Erbgesundheitsgericht hob daraufhin durch Beschluß vom 29. März 1944 seinen früheren Beschluß vom 12. November 1935 auf und stellte fest, daß der Kläger nicht an erblicher Blindheit leide.

Der Kläger macht den Beklagten wegen der ihm durch die Unfruchtbarmachung entstandenen und noch bestehenden Schäden ersatzpflichtig mit der Begründung, daß der Beklagte schuldhaft ein falsches Gutachten erstattet habe.

Das Landgericht hat nach Einholung eines Gutachtens des Prof. Dr. R. die Klage abgewiesen.

Das Oberlandesgericht hat nach Einholung eines Gutachtens des Prof. Dr. C. die Berufung zurückgewiesen. Die Revision des Klägers hatte Erfolg.

### Aus den Gründen:

1. Wie das Berufungsgericht zutreffend festgestellt hat, ist bei dem Kläger die Erblichkeit der Starerkrankung nicht erwiesen. Alle Sachverständigen sehen für den Nachweis eines erblichen Stars den klinischen Befund allein noch nicht als



ausreichend an, sondern halten darüber hinaus eine Sippenuntersuchung für erforderlich. Der Beklagte hat jedoch, obwohl er aus den hier zur Verfügung stehenden Unterlagen hätte ersehen können, daß in der Familie des Klägers keine Fälle erblicher Blindheit bekannt waren, ohne Sippenuntersuchung auf Grund einer als zweifelsfrei bezeichneten Diagnose („angeborener Star auf beiden Augen“) unter Hinweis auf GÜTT S. 109, Zeile 12, die Sterilisierung des Klägers für angebracht erklärt. Damit hat der Beklagte die Frage des Beweisbeschlusses des Erbgesundheitsgerichts, „ob es sich nach augenfachärztlicher Ansicht um eine Erbkrankheit im Sinne des Gesetzes vom 14. Juli 1933 handelt“, bejaht. Für die Äußerung einer solchen Ansicht fehlten aber nicht nur rein objektiv die erforderlichen Unterlagen, Belege und tatsächlichen Feststellungen. Wie sich schon aus dem zur Begründung seiner Beurteilung gebrachten Hinweis auf GÜTT aaO ergibt, hat der Kläger das Gutachten ohne die erforderliche Sorgfalt erstattet. Hierbei ist er zu einer auch subjektiv nicht zu rechtfertigenden Beurteilung gelangt.

An der vom Beklagten zitierten Stelle des führenden Kommentars zum Erbgesundheitsgesetz von GÜTT-RÜDIN-RUTTKE heißt es in der ersten dem Beklagten im Jahre 1935 zur Verfügung stehenden Auflage:

„Zu erblichen Leiden gehören die meisten Formen angeborener oder sonst im Leben früh auftretender Trübung der Augenlinse (Stare, Katarakte).“

Im folgenden Absatz heißt es:

„Der angeborene familiäre Star in seinen mannigfachen klinischen Formen folgt in überwiegendem Maße dem einfach dominanten Erbmodus.“

Wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, ist hieraus unschwer zu entnehmen, daß die Verfasser des Kommentars nicht alle, sondern nur „die meisten Formen“ angeborener Startrübungen für erblich und deshalb eine Sippenuntersuchung für geboten halten. Das hätte auch der Beklagte bei sorgfältiger Prüfung erkennen können und müssen. Dies wird noch durch weitere Ausführungen im Kommentar deutlich. Auf S. 108, 2. Abs. heißt es, daß erbliche Blindheit nicht gleichbedeutend sei mit angeborener Blindheit. Auf S. 109, 4. Abs. wird für Starerkrankungen noch ausgeführt, daß man an die Unfruchtbarmachung vor allem denken werde, wenn sich in einer Familie ein sehr frühzeitig und ausgedehnt auftretender Startyp finde. Ferner seien der Unfruchtbarmachung zuzuführen die angeborenen Starformen, die gleichzeitig mit anderer körperlicher oder geistiger Minderwertigkeit einhergehen (zerebrale Störungen u. a. m.). Zu beachten sei, „daß auch endokrine Störungen Star erzeugen könnten, der dann ein erworbenes Leiden darstelle“. Angesichts der Schilddrüsenerkrankung des Klägers hat das Erbgesundheitsgericht in der zweiten Frage seines Beweisbeschlusses auf die Möglichkeit einer solchen endokrinen Störung ausdrücklich hingewiesen. Trotzdem ging der Beklagte ohne Sippenuntersuchung und ohne eine Nachprüfung der endokrinen Störungen davon aus, daß der von ihm als zweifelsfrei bezeichnete „angeborene Star“ ohne weiteres als

erblich anzusehen sei und deshalb die Sterilisierung rechtfertige.

Nach dem Beweisbeschluß sollte sich der Beklagte augenfachärztlich nicht eigentlich darüber äußern, ob der Kläger an „angeborenem Star“ leide. Die Frage lautete vielmehr dahin, ob eine „Erbkrankheit“, hier also erbliche Blindheit, vorliege. Der Beklagte hat diese Frage nicht ausdrücklich bejaht. Im ersten Satz seiner Beurteilung heißt es nur, daß es sich bei dem Kläger zweifellos um angeborenen Star gehandelt habe. Aus dem zweiten Satz der Beurteilung muß jedoch der Schluß gezogen werden, daß der Beklagte diesen angeborenen Star schlechthin als eine die Sterilisierung rechtfertigende Erbkrankheit angesehen hat.

Er kann sich nicht mit dem Erfolg darauf berufen, daß er den ihm mit dem Beweisschluß erteilten Begutachtungsauftrag überhaupt nicht erfüllt habe, da er nur eine ihm nicht gestellte Frage beantwortet und im übrigen nur eine für das Erbgesundheitsgericht gegenstandslose und für die Entscheidung nicht sachliche Rechtsbelehrung erteilt habe. Beide Vorinstanzen haben mit Recht in der „Beurteilung“, die das Ergebnis der Untersuchung zusammenfassen soll, die Bejahung einer erblichen Blindheit gesehen.

Das Berufungsgericht meint, daß diese Ansicht im Jahre 1935 nach dem damaligen Stande der Wissenschaft vertretbar gewesen sei, und will dem Beklagten insoweit einen entschuldbaren Irrtum zugute halten; das könne auch nicht dadurch ausgeräumt werden, daß der Beklagte, dessen Gutachten ja erkennen lasse, daß es sich mit Lehrmeinungen nicht auseinandersetze, auf eine Kommentarstelle verweise, die mit der von ihm vertretenen Auffassung nicht im Einklang stehe.

Diese Ansicht des Berufungsgerichts ist rechtsirrig. Das Berufungsgericht verkennt hier die Aufgabe des vom Gericht bestellten ärztlichen Sachverständigen und die diesem obliegende Sorgfaltspflicht. Sofern die Ansicht, daß angeborener Star schlechthin als erblicher Star anzusehen sei, damals überhaupt vertretbar gewesen wäre, würde der Beklagte allerdings nicht schon dann fahrlässig gehandelt haben, wenn er in seinem Gutachten eine solche Ansicht vertreten, aber ausdrücklich hinzugefügt hätte, daß diese seine Ansicht nicht allgemein geteilt werde. Auftragswidrig und fahrlässig ist seine Handlungsweise jedoch deshalb, weil er, anstatt seine eigene Ansicht eindeutig zu äußern und zu begründen, den Kommentar von GÜTT-RÜDIN-RUTTKE unvollständig zitiert und hierdurch den Eindruck erweckt hat, daß die von ihm vertretene Ansicht der in dem führenden Kommentar wiedergegebenen herrschenden Lehre der medizinischen Wissenschaft entspreche. Wenn er schon statt seiner eigenen Ausführungen die Kommentatoren sprechen lassen wollte, dann war er als Sachverständiger auch verpflichtet, sie vollständig und mit allen Einschränkungen zu zitieren. Glaubte er, daß es im vorliegenden Fall für die fachärztliche Beurteilung auf diese Einschränkungen nicht ankomme, so wäre es jedenfalls seine Pflicht gewesen, das Erbgesundheitsgericht, das mangels ausreichender eigener Fachkunde auf die gutachtliche Äußerung des Beklagten angewiesen war, darauf hinzuweisen, aus welchem Grunde es nach seiner



Meinung auf jene Einschränkungen nicht ankomme. Da er die Einschränkungen aber völlig unerwähnt gelassen und sich mit ihnen überhaupt nicht auseinandergesetzt hat, hat er das Erbgesundheitsgericht fahrlässig zu einer unrichtigen Beurteilung des Falles veranlaßt und damit eine Mitursache für den Schaden gesetzt, der dem Kläger durch die gesetzwidrig erfolgte Sterilisation erwachsen ist.

Mit Recht weist deshalb die Revision darauf hin, daß bei dieser Sachlage die Fragestellung des Berufungsgerichts, ob die Ansicht des Beklagten „vertretbar“ war, verfehlt sei. Wenn der führende Kommentar auf einem anderen Standpunkt als der Beklagte stand, dann war es immer Pflicht des Beklagten, in seinem Gutachten darauf hinzuweisen. Der Beklagte konnte und mußte nach dem Wortlaut des Beweisbeschlusses ohne weiteres erkennen, daß das Erbgesundheitsgericht nicht lediglich eine rein persönliche ärztliche Ansicht des Beklagten über die Augenerkrankung des Klägers erfahren wollte. Es war klar, daß bei der augenfachärztlichen Beurteilung die nach der allgemeinen ärztlichen Wissenschaft herrschende Lehre, wie sie insbesondere auch in dem für die Auslegung des Erbgesundheitsgesetzes führenden Kommentator wiedergegeben war, zu berücksichtigen war. Sollte der Beklagte geglaubt haben, sich einer hiervon abweichenden Lehrmeinung anschließen zu sollen, so hätte er dies in seinem Gutachten ausführen und begründen müssen. Der Beklagte hat aber noch nicht einmal den Versuch unternommen, seine im Gutachten nicht ausdrücklich dargelegte, sondern nur auf dem Wege des logischen Schlusses abzuleitende, unrichtige medizinische Ansicht durch irgendwelche Veröffentlichungen zu belegen. Der im Gutachten enthaltene Hinweis auf „GÜTT'S. 109, Zeile 12“ läßt nur den Schluß zu, daß der Beklagte nicht einmal den führenden Kommentar sorgfältig geprüft hat, denn sonst ist es nicht zu verstehen, daß er sich zur Begründung seiner Ansicht auf eine anscheinend mißverständene Stelle bezieht, die gerade mit der von ihm vertretenen Auffassung nicht im Einklang steht.

Nach § 1 des Erbgesundheitsgesetzes konnte nur unfruchtbar gemacht werden, wer erbkrank war. Es bedurfte also in erster Linie der Feststellung einer Erbkrankheit. Hierzu heißt es in Art 1 der Ausführungsverordnung vom 5. Dezember 1933 noch ausdrücklich, die Unfruchtbarmachung setze voraus, daß die Erbkrankheit „einwandfrei festgestellt“ sei. Selbst wenn also — entgegen der Auffassung des führenden Kommentars und entgegen der herrschenden Meinung — schon damals vereinzelt die Ansicht vertreten worden wäre, daß angeborener Star schlechthin als erblich anzusehen und daß deshalb eine Sippenuntersuchung nicht notwendig sei, hätte dies selbstverständlich niemals zu einer „einwandfreien Feststellung“ der Erbkrankheit ohne Sippenuntersuchung ausgereicht. Eine solche dem Gesetz entsprechende Feststellung hätte immer eine Beurteilung nach der herrschenden, zugleich den gesetzlichen Vorschriften gerecht werdenden medizinischen Lehre vorausgesetzt. Keinesfalls durfte sich der Beklagte für berechtigt halten, die Sterilisierung allein auf Grund der angeblich „zweifelsfreien“ Feststellung eines „angeborenen“ Stars als angebracht zu bezeichnen.

Da die schuldhaftige Verletzung der dem Beklagten als gerichtlichen Sachverständigen obliegenden Pflichten hiernach schon in der Fassung seines Gutachtens liegt, kann er sich nicht damit entschuldigen, daß seine Ansicht „vertretbar“ gewesen sei.

2. Im übrigen läßt das Berufungsgericht aber auch eine stichhaltige Begründung dafür vermissen, daß der Beklagte seine Ansicht überhaupt für vertretbar hätte halten können. Das Berufungsgericht glaubt, sich auf das Gutachten LISCH beziehen zu können, das im Jahre 1941 in den klinischen Monatsblättern für Augenheilkunde Bd. 106, S. 257 veröffentlicht worden ist. In diesem Gutachten heißt es:

„Wir können demnach bereits aus dem klinischen Bild eines Leidens auf das erbliche Vorkommen schließen, so daß dabei der Nachweis des Vorhandenseins eines zweiten Krankheitsfalles in der Sippe zur Durchführung der Unfruchtbarmachung nicht unbedingt erbracht werden muß.“

Das Berufungsgericht meint, wenn LISCH „noch im Jahre 1941“ zu dem angeführten Ergebnis hätte kommen können, dann hätte sich der Beklagte im Jahre 1935, wo die Forschung noch nicht soweit vorgeschritten gewesen sei wie im Jahre 1941, schuldlos auf den gleichen Standpunkt stellen können. Demgegenüber rügt die Revision mit Recht, daß dies ein Widerspruch in sich sei; es sei gerade das Neue an der Auffassung von LISCH gewesen, daß es des Nachweises der Krankheit in der Sippe nicht mehr bedürfen sollte. Das Berufungsgericht hätte also zu dem umgekehrten Ergebnis kommen müssen, daß es bis 1941 einhellige Meinung war, in derartigen Fällen für den Nachweis der Erbkrankheit eine Sippenuntersuchung zu fordern.

Das Berufungsgericht weist selbst darauf hin, daß die Meinung von LISCH sofort heftigen Widerspruch gefunden habe und daß auch schon vor 1941 von zahlreichen Augenheilkundigen bei angeborenem Star der Nachweis der Erblichkeit gefordert worden sei. LISCH wurde als ausgesprochener Außenseiter allgemein abgelehnt. Das wäre nicht denkbar gewesen, wenn vorher schon in irgendwie beachtlichem Umfang die Meinung vertreten worden wäre, daß bei angeborenem Star eine Sippenuntersuchung nicht erforderlich sei.

Es fehlt nach allen Gutachten jeder Anhalt dafür, daß es — abgesehen von der von LISCH vertretenen Auffassung — eine Lehrmeinung gegeben habe, wonach angeborene Stars immer erblich seien, so daß hier eine Sterilisierung ohne besonderen Nachweis der Erblichkeit, also auch ohne Sippenuntersuchung, angebracht sei.

Kein Autor — mit Ausnahme von LISCH — hält den Nachweis der Erblichkeit des angeborenen Stars für unnötig. Das Berufungsgericht hat sich darauf beschränkt, zur Begründung der „Vertretbarkeit“ der Ansicht des Beklagten die für die Ausräumung eines Verschuldensvorwurfs völlig ungeeignete Veröffentlichung von LISCH aus dem Jahre 1941 heranzuziehen. Das Berufungsgericht zieht aus dem vorgetragenen und festgestellten Sachverhalt einen falschen Schluß, wenn es meint, daß der Widerspruch, den die Veröffentlichung von LISCH hervorgerufen habe, „eine Wende in diesem



Streit der Meinungen" bedeute. Vielmehr hat LISCH geglaubt, die bis dahin bei angeborenem Star für erforderlich gehaltene Sippenuntersuchung schon allein auf Grund des klinischen Befundes schlechthin ausschließen und insoweit eine „Wende“ im umgekehrten Sinne herbeiführen zu können. Diese Ansicht ist aber auf allgemeine Ablehnung gestoßen.

3. In Übereinstimmung mit den Sachverständigen verkennt das Berufungsgericht nicht, daß der Arbeit des Beklagten bei Erstattung seines Gutachtens erhebliche Mängel anhaften. Das Berufungsgericht ist jedoch der Ansicht, daß es nicht darauf ankomme, im einzelnen festzustellen, inwiefern die Art und Weise, in der sich der Beklagte der ihm gestellten Aufgabe unterzogen habe, zu bemängeln sei; denn die in diesem Zusammenhang zu nennenden Versäumnisse seien für die Folgen nicht ursächlich gewesen. Vorher wird die Unnötigkeit einer solchen Nachprüfung mit dem Hinweis begründet, daß die — medizinisch falsche — Auffassung des Beklagten nach dem damaligen Stand der Wissenschaft vertretbar gewesen sei.

Beide Begründungen unterscheiden hinsichtlich des Verhaltens des Beklagten nicht genügend zwischen Ursächlichkeit und Verschulden. Mit dem Satz von der derzeitigen Vertretbarkeit der Ansicht des Beklagten kann für sein Gutachten weder die Fahrlässigkeit noch die Ursächlichkeit im Hinblick auf die Fehlbeurteilung durch das Erbgesundheitsgericht und die nachfolgende Unfruchtbarmachung des Klägers ausgeschlossen werden. Das für die Schädigung des Klägers ursächliche und zugleich schuldhaft Verhalten des Beklagten besteht im wesentlichen darin, daß er die Sterilisierung als angebracht bezeichnete, obwohl ein Beweis für die Erblichkeit des Augenleidens schon nach der damals herrschenden medizinischen Lehre und der von dem führenden Kommentar GÜTT-RÜDIN-RUTTKE vertretenen Auffassung nicht vorlag.

Soweit der Beklagte ohne Sippenuntersuchung die Erblichkeit der Augenerkrankung des Klägers bejaht hat, ist auf Grund des gegebenen Sachverhalts, die Fahrlässigkeit des Beklagten und auch die Ursächlichkeit seines Verhaltens für die weiteren den Kläger schädigenden Folgen festzustellen. Bei gründlicher und gewissenhafter Beurteilung der Frage, ob das Augenleiden des Klägers erblich ist, wäre eine Sippenuntersuchung erforderlich gewesen. Hierüber sind sich auch alle vier Sachverständigen in Übereinstimmung mit dem Schrifttum — ausgenommen LISCH — einig.

Ob die Durchführung einer Sippenuntersuchung dem Beklagten oder den Eltern oder dem Erbgesundheitsgericht zu überlassen gewesen wäre, kann auch auf sich beruhen. Entscheidend ist, daß der Beklagte vor dem Vorliegen des Ergebnisses einer Sippenuntersuchung keinesfalls zu einer uneingeschränkten Bejahung der ihm gestellten Frage hätte gelangen dürfen. Solange die Erblichkeit von Star in der Sippe des Klägers nicht nachgewiesen war, konnte eine erbliche Blindheit beim Kläger nicht einwandfrei festgestellt werden, so daß der Antrag auf Unfruchtbarmachung hätte abgelehnt werden müssen.

Das Berufungsgericht hält es in diesem Zusammenhang zwar für „möglich“, daß der Beklagte,

wenn er im Jahre 1935 die Sippe untersucht hätte, Anhaltspunkte für seine Ansicht über die Erblichkeit des Leidens gefunden hätte. Trotzdem kann der ursächliche Zusammenhang zwischen dem fehlerhaften Verhalten des Beklagten und der den Kläger schädigenden Folgen nicht verneint werden. Die bloße Möglichkeit, daß der Schaden auch ohne das fehlerhafte Verhalten des Beklagten entstanden sein würde, ist nicht geeignet, die Haftung des Beklagten auszuschließen (vgl. RGRKom., 9. Aufl., Vorbem. 3 vor §§ 249—255, S. 500 mit Hinweis auf RG 25. 1. 1906 — VI 168/05 —). Ein ursächlicher Zusammenhang wäre nur dann auszuschließen, wenn der Beklagte nachweisen könnte, daß er bei gewissenhaftem Vorgehen mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit zu demselben Ergebnis gekommen wäre und auch hätte kommen dürfen. Hierfür sind aber nach dem Vorbringen des Beklagten keinerlei Anhaltspunkte vorhanden.

4. Mangels einwandfreier Feststellung einer Erbkrankheit des Klägers war die vom Beklagten vorgeschlagene Unfruchtbarmachung des Klägers gesetzwidrig. Der trotzdem Unfruchtbarmachung anordnende Beschluß des Erbgesundheitsgerichts vom 12. November 1935 ist deshalb im Wiederaufnahmeverfahren am 29. März 1944 aufgehoben worden. Für die dem Kläger durch die Unfruchtbarmachung widerrechtlich entstandenen Schäden ist der Beklagte wegen seines schuldhaft unrichtigen Gutachtens verantwortlich zu machen (§§ 823 Abs. 1, 847 BGB).

a) Das Erbgesundheitsgericht stützt seinen Beschluß vom 12. November 1935 ausdrücklich auf das Gutachten des Beklagten, das gerade deshalb eingeholt worden war, weil das Gericht nicht über die für die Beurteilung der Erblichkeit des Augenleidens erforderliche fachärztliche Sachkunde verfügte. Es mußte deshalb von vornherein damit gerechnet werden, daß das Erbgesundheitsgericht das fachärztliche Gutachten zur Grundlage seiner Entscheidung machen würde. Tatsächlich ist dies auch geschehen. Das Gutachten des Beklagten ist also für die Anordnung der Unfruchtbarmachung adäquat ursächlich und weiter auch für die sich daraus ergebenden weiteren Schadensfolgen mitursächlich. Dieser ursächliche Zusammenhang wird nicht etwa dadurch ausgeschlossen, daß durch das fahrlässige Verhalten des Beklagten zunächst eine „Zwischenursache“, hier die Anordnung des Erbgesundheitsgerichts, gesetzt worden ist, ohne die der rechtswidrige Erfolg der Unfruchtbarmachung nicht eingetreten wäre. Diese „Zwischenursache“ lag nämlich „nicht jenseits aller Erfahrung und außerhalb jeder vernünftigen Berechnung“, sondern war vielmehr die durchaus naheliegende Folge des die Unfruchtbarmachung befürwortenden unrichtigen Gutachtens des Beklagten (vgl. RGZ 142, 383, [388 ff]; RGRKom. aaO S. 499 unten).

b) Ob auch das Erbgesundheitsgericht schuldhaft gehandelt hat, indem es dem Gutachten des Beklagten trotz der inhaltlichen Mängel gefolgt ist, bedarf keiner Prüfung. Auch wenn ein kritisch eingestelltes Gericht Zweifel hinsichtlich der Feststellung einer erblichen Blindheit hätte haben können, so kann sich der Beklagte jedenfalls nicht dadurch entlasten, daß hier das Erbgesundheits-



gericht das Gutachten nicht mit der notwendigen Kritik gewürdigt und eine weitere Klärung des Falles für erforderlich erachtet hat.

c) Schließlich kann sich der Beklagte auch in keiner Weise durch den Hinweis auf das Verhalten des Vaters des Klägers entlasten. Dieser hat sich nur deshalb zur Stellung des Antrages auf Unfruchtbarmachung veranlaßt gesehen, weil der Beklagte dem Kreisarzt in G. gemäß Art. 3 Abs. 3 der Ausführungsverordnung zum Erbgesundheitsgesetz angezeigt hatte, daß der Kläger an erblicher Blindheit leide. Durch den Entschluß des Vaters des Klägers, sich mit der Unfruchtbar-

machung seines Sohnes einverstanden zu erklären und von der Einlegung eines Rechtsmittels gegen den Beschluß vom 12. November 1935 abzusehen, ist die Ursächlichkeit des Verhaltens des Beklagten nicht aufgehoben worden. Der Kläger braucht sich auch ein etwaiges Verschulden seines Vaters als seines gesetzlichen Vertreters bei der Entstehung des Schadens nicht anrechnen zu lassen. Insoweit hat sich der Senat bereits in seiner Entscheidung vom 8. März 1951 (BGHZ 1, 248 ff) der ständigen Rechtsprechung des Reichsgerichts angeschlossen.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar)

Nr. 39

Aus einem vom Bundesgerichtshof (ohne Entscheidungsgründe) bestätigten Urteil der Strafkammer Hamburg vom 6. Dezember 1950, 2 Kms 112/50, wegen fahrlässiger Tötung durch einen Arzt

1. Ein Arzt, der eine Behandlung mit einem stark wirkenden Gift vornimmt und die Dosis aus einer Zeitschrift entnimmt, muß sich selbst durch Rückkontrolle von der Richtigkeit einer nur akustisch aufgenommenen Grundzahl vergewissern.

2. Diese Verpflichtung ergibt sich besonders für einen selbständig und in eigener Verantwortung handelnden Stationsarzt, der eine direkte Anweisung seines Vorgesetzten nicht mechanisch übernehmen darf, sondern sich von der Richtigkeit überzeugen muß, auch wenn ihm keine Zweifel an der Richtigkeit kommen.

3. Die Voraussehbarkeit eines infolge Pflichtwidrigkeit eingetretenen Erfolgs darf nicht völlig außerhalb der Erfahrung des täglichen Lebens liegen. Das Verhalten eines andern, das außerhalb aller Lebenserfahrung liegt, braucht der Täter nicht in Rechnung zu stellen. Es liegt aber nicht außerhalb der Lebenserfahrung, daß ein Oberarzt sich bei Anweisungen verspricht oder in Eile sich um eine Dezimalstelle verrechnet, oder ein Apotheker eine Rückfrage bei einem ungewöhnlichen Rezept einer ihm bekannten, sonst zuverlässigen Ärztin, unterläßt.

Aus den Gründen:

In einem Kinderkrankenhaus sollten an zwei Kindern zur Bekämpfung einer Mikrosporie kombiniert eine Röntgenepilation und eine Thalliumepilation durchgeführt werden. Die bei letzterer einzugebende Dosis richtet sich nach der Grundmenge von 8 mg Thallium. Bei Thallium handelt es sich um ein außerordentlich starkes Gift, bei dem eine besonders sorgfältige Behandlung notwendig ist, die unter anderem in einem Aufsatz von LANGER und ANDERS in „Zeitschrift für Haut- und Geschlechtskrankheiten und deren Grenzgebiete“ 1948, S. 20 ff ausführlich dargestellt ist. Die angeklagte Stationsärztin, bestens beurteilt, hatte solche Behandlungen an Hand des Artikels schon durchgeführt. Bei einer Besprechung zwischen Chefarzt, Oberarzt und Stationsärztin, bei der diese Behandlung beschlossen wurde, wurde die Grundzahl nicht erwähnt, da keiner der Beteiligten sie im Kopf hatte. Diese Menge und sonstige Zweifelsfragen

sollte die Stationsärztin mit dem Oberarzt klären, der den erwähnten Artikel auf seinem Zimmer hatte. Im Zimmer des Oberarztes setzte dieser sich an den Schreibtisch und überflog den Artikel mit dem Zeigefinger die Zeilen nachfahrend bis zur Zahl der Grunddosis. In der Zeitschrift S. 21 oben steht 8 mg. Der Oberarzt nannte eine Zahl, die nicht mehr festgestellt werden kann. Die Ang. die neben ihm stand und die kleine Schrift nicht lesen konnte, verstand eine Dezimalzahl, in der die Zahl 8 vorkam und schrieb sie auf einen Zettel. Der Oberarzt fragte noch, weil er es sehr eilig hatte, ob alles klar sei, was die Ang. der der Artikel sonst geläufig war und die keinen Zweifel daran hatte, die Zahl richtig verstanden zu haben, bestätigte. Keiner der Beteiligten hatte sich die Zahl wiederholen lassen oder den Artikel ausgehändigt bzw. angefordert. Die Ang. errechnete in eingehender mehrfacher Berechnung an Hand des Körpergewichts der Kinder die 10fache Dosis. Diese wurde vom Apotheker des Krankenhauses ohne jede Beanstandung ausgefolgt. Die Kinder starben trotz aufopferungsvoller Pflege durch die Ang.

Das Gericht hat, da der Hergang der Zahlenübermittlung nicht mehr festzustellen war, den der Ang. günstigsten Sachverhalt unterstellt, daß sie sich nicht verschrieben, sondern die vom Oberarzt falsch gesagte Dezimalzahl aufgeschrieben und von da an richtig gerechnet hat. Das Gericht hat ferner zugunster der Ang. ein Versagen des Apothekers unterstellt, der das Rezept hätte beanstanden müssen, da ihm die Dosis unbedingt als Einzeldosis und für eine Einzelperson überhöht erkennbar hätte sein müssen. Die Strafkammer erblickt aber die Fahrlässigkeit der Ang. darin, daß sie bei einer Behandlung mit einem so starken Gift nicht alles getan habe, um eine mögliche Fehlerquelle bei der Dosierung auszuschließen. Die Ang. habe sich nicht durch Rückkontrolle von der Richtigkeit der nur akustisch aufgenommenen Grundzahl überzeugt. „Hierzu wäre sie durch Abforderung des Heftes von Dr. E. oder durch Einsichtnahme in dasselbe in der Krankenhausbücherei imstande gewesen. Daß sie dazu auf Grund ihrer persönlichen Fähigkeiten und



Kenntnisse in der Lage war, steht außer Zweifel. Ihre Verpflichtung hierzu ergibt sich erst recht aus ihrer Stellung als Stationsärztin, in der sie selbständig und in eigener Verantwortung handelt. Aus dieser selbständigen Verantwortung heraus durfte sie eine direkte Anweisung ihres Vorgesetzten nicht mechanisch übernehmen, sondern mußte sich von der Richtigkeit überzeugen, wenn ihr auch keine Zweifel an der richtigen Übermittlung gekommen waren. Daß eine solche Rückkontrolle geboten war und von dem verantwortlichen Arzt pflichtgemäß hätte vorgenommen werden müssen, zeigt das gegebene Vorkommnis mit aller Deutlichkeit. Der eingetretene Erfolg war bei pflichtgemäßer Sorgfalt voraussehbar. Diese Voraussehbarkeit erfordert, daß der infolge Pflichtwidrigkeit eingetretene Erfolg nicht völlig außerhalb der Lebenserfahrung des täglichen Lebens lag. Das Verhalten eines Anders, das außerhalb aller Lebenserfahrung liegt, braucht der Täter nicht in Rechnung zu stellen. Hier ist von der Möglichkeit auszugehen, daß der Vorgesetzte der Ang. die Zahl falsch vorgelesen oder angegeben haben kann. Ferner hat die den Ärzten bewußte und von ihnen bei jeglichen Giftrezepten bei der laufenden Arbeit in Rechnung gestellte Rezeptkontrolle des Apothekers versagt. Überdies ist bei der Aufsichtskontrolle durch Oberarzt und Chefarzt die in der Fieberkurve eingetragene falsche Dosis nicht beanstandet worden, obwohl diese die Dosis bemerkt haben müssen. Wenn nur einer der hier Beteiligten sich so verhalten hätte, wie es normalerweise zu erwarten war, so wäre der Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit nicht eingetreten. Es liegt aber

nicht außerhalb jeder Lebenserfahrung, daß ein Oberarzt sich bei Anweisungen verspricht oder besonders wenn er, wie hier, in Eile ist und den in Betracht kommenden Artikel, was die Ang. auch erkannt hat, nur flüchtig liest, sich um eine Dezimalstelle verrechnet, daß ein Apotheker in einem Krankenhausbetrieb von einer Rückfrage absieht, wenn er von einer ihm als zuverlässig bekannten Ärztin ein Rezept erhält, das ihm zwar ungewöhnlich erscheinen muß, aber nicht gegen seine amtlichen Höchstgrenzen verstößt und schließlich, daß bei Aufsichtsvisiten eine Mengenangabe nicht nachgeprüft wird, wenn es nicht augenfällig ist, daß es sich um eine Überdosis handelt. Es war auch zu prüfen, ob es nicht außerhalb der Lebenserfahrung liegt, daß sämtliche Kontrollen in einem Falle gleichzeitig versagen. Die Wahrscheinlichkeit eines solchen Zusammentreffens unglücklicher Umstände ist zwar erheblich geringer als bei einem einzelnen Auftreten. Wenn aber überhaupt mit solchen Ausfällen gerechnet werden mußte, so kann auch ein unglückliches Zusammentreffen die Voraussehbarkeit nicht ausschließen, denn die Erfahrung lehrt immer wieder, daß die Unglücke bei derartigen Zusammentreffen passieren. Wenn der Arzt auf Grund eigener Verantwortung sich auf die einzelnen Kontrollmöglichkeiten nicht verlassen darf, so darf er dies auch nicht auf diese insgesamt. Diese Kontrollen dienen nicht dem Schutz des Arztes und der Begrenzung seiner Verantwortlichkeit, sondern dem Schutz des Patienten. — Da die Ang. den Artikel auch ohne große Mühe zur Kontrolle hätte heranziehen können, war ihr eine solche Kontrolle auch zuzumuten.

Nr. 40

## § 218 StGB, Erbges. Ges. § 14 Abs. 1

Eine Unterbrechung der Schwangerschaft kann nur wegen ernster Gefahr für Leib oder Leben der Schwangeren, nicht aus anderen Gründen behördlich gestattet werden, insbesondere nicht deshalb, weil die Schwangerschaft aus einer Notzucht herrührt.

§ 156 StGB: Ärztekammern sind nicht zuständig, eidesstattliche Versicherungen darüber entgegenzunehmen, daß eine Schwangerschaft aus einer Notzucht herrührt.

BGH Urteil vom 7. 2. 1952, 5 StR 17/52

Der Angeklagte hatte eine Frau geschwängert und sie veranlaßt, vor der Ärztekammer an Eidesstatt zu erklären, die Schwangerschaft rühre aus der Vergewaltigung durch einen Russen her. Darauf erhielt sie nach Untersuchung durch drei Ärzte, die ihr Gutachten über die Schwangerschaft abgaben, die Erlaubnis, diese durch einen Arzt unterbrechen zu lassen. Dies geschah.

Hierzu führt der BGH aus: „Die falsche Versicherung an Eidesstatt ist nur strafbar, wenn sie vor einer zur Abnahme zuständigen Behörde abgegeben

wird. Das war die Ärztekammer nicht. Es kann dahingestellt bleiben, ob es überhaupt solche Angelegenheiten gibt, in denen die Ärztekammer selbst oder einzelne von ihr eingerichtete Stellen eidesstattliche Versicherungen entgegennehmen können. Im Zusammenhang mit Schwangerschaftsunterbrechungen kommt eine solche Zuständigkeit nicht in Betracht. Ausnahmen von der Strafbarkeit nach § 218 StGB bestehen nur insoweit, als das geltende Recht sie zuläßt. Dies trifft in der Bundesrepublik nur für den Fall einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren zu (medizinische Indikation). Hier wird die Unterbrechung der Schwangerschaft durch eine besondere Art von Notstand gerechtfertigt, die früher als „übergesetzlich“ bezeichnet und jetzt in den Ländern, wo sie noch gilt (ist hier der Fall, Anm. des Bearbeiters) durch die Vorschrift des § 14 Abs. 1 Erbges. Ges. geregelt ist.

Das tatsächliche Vorliegen dieser Voraussetzungen wird in einem Verfahren festgestellt, das durch Art. 5 ff der 4. Durchführungsverordnung (RGBl 1935 I, S. 1035) geregelt ist. Die Ärztekammer ist



an diesem Verfahren nicht beteiligt. Vielmehr wird auf Antrag eines Arztes die Entscheidung durch übereinstimmende voneinander unabhängige schriftliche Gutachten zweier anderer Ärzte getroffen. Die Ärzte müssen diese Gutachten auf Grund persönlicher Untersuchung der Schwangeren erstatten. Solche persönliche Untersuchung wird demnach als erforderlich, aber auch als ausreichend angesehen, um festzustellen, ob ernste Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren besteht. Für eidesstattliche Versicherungen ist in diesem Verfahren kein Raum, sie sind in der Regelung auch nicht vorgesehen. Aus anderen Gründen als der ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit der Schwangeren (etwa bei sogenannter sozialer, eugenischer oder — wie hier — ethischer Indikation) kann eine Schwangerschaftsunterbrechung nach geltendem Recht überhaupt nicht gestattet werden, weder von der Ärztekammer, noch von einer Gutachterstelle, noch von anderen Behörden oder Personen. Daher kann es auch kein Verfahren geben, in welchem irgend eine Behörde zuständig wäre, zum Zwecke einer solchen Gestattung derartige eidesstattliche Versicherungen entgegenzunehmen.

Anmerkung: Das Urteil gibt zu einigen Bemerkungen Anlaß:

1. Volle Zustimmung verdient es, soweit es dazu beiträgt, den Unfug, der nach 1945 mit eidesstattlichen Erklärungen eingerissen war, weiter einzudämmen. Eine Ärztekammer kann keine solchen Erklärungen in einem Fall wie diesem entgegennehmen. In den meisten Ländern der amerikanischen Zone kann sie es als „eingetragener Verein“ grundsätzlich nicht, wie weit sie es dort kann, wo

sie Körperschaft des öffentlichen Rechts ist, kommt auf den Inhalt der Satzung an. In der Regel wird es auch da zu verneinen sein.

2. Nicht gerechtfertigt werden kann mit der Auffassung, daß es außer der medizinischen Indikation keine anderen Eingriffsmöglichkeiten gebe. Änderung kann hier nur der Gesetzgeber schaffen.

3. Im Ergebnis ist auch für den vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, daß eine Abtreibung nach § 218 angenommen wird, denn das Mädchen war ja tatsächlich nicht vergewaltigt.

4. Verdient so das Urteil im Ergebnis Zustimmung, so ist doch der oben wiedergegebene erste Leitsatz zu weitgehend. Gefahr für Leib oder Leben ist nicht begriffsnotwendig ein Gegensatz zu „Notzucht“. Es ist nach dem Krieg in manchen Bundesländern sehr weitherzig anerkannt worden, daß für eine Schwangere, die aus Notzucht durch einen Russen oder Neger schwere körperliche oder seelische Schäden erlitten habe, sehr wohl die Gefahr für Leib oder Leben bestehen könne, weil sie diesen weiteren seelischen Strapazen, das Kind auszutragen, nicht gewachsen sei und Selbstmord begehen könne. So behutsam man hier verfahren mußte und in Zukunft verfahren muß, um die Fälle wirklicher Lebensnot zu erkennen, so mißverständlich ist der allgemeine Rechtssatz des Urteils, der deshalb nicht unwidersprochen bleiben kann. Zieht die Notzucht eine ernste Gefahr für Leib oder Leben bei Austragung der Schwangerschaft nach sich, ist auch ein Fall der medizinischen Indikation gegeben.

Eingesandt und bearbeitet von

Oberstaatsanwalt Dr. KOHLHAAS, Karlsruhe

Nr. 41

## Aus einem Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. Dez. 1951 4 StR 4751 über eine von einem Vertreter der Naturheilkunde vorgenommene Abtreibung

### Rechtssätze:

1. Es liegt kein Verstoß gegen einen Erfahrungssatz darin, wenn der Tatrichter bei einem approbierten, seit Jahrzehnten tätigen Naturheilarzt die gynäkologischen Kenntnisse voraussetzt, die einem Laien eigen sind.

2. Durch den übergesetzlichen Notstand des § 14 des Erbges. Ges. ist nur der geschützt, der aus dieser Not heraus handelt. Es reicht nicht aus, wenn ein Arzt aus anderen Gründen (Mitleid mit niedergedrückter Patientin) handelt und sich nachträglich herausstellt, daß die Schwangerschaft ohnedies hätte unterbrochen werden müssen, um das Leben der Mutter zu retten.

3. Für Gelegenheitsverbrecher sind die Vorschriften über ein Berufsverbot nicht gedacht, Täter dieser Art können durch Strafen im allgemeinen genügend gefestigt werden. Auch eine Kampfstellung eines einzelnen Arztes gegen die Ärzteschaft und

Justiz gibt keinen sicheren Schluß darauf, daß er sich die bitteren Lehren des Prozesses und der Strafverbüßung nicht zu Herzen nimmt.

4. Ein Berufsverbot kann einen alten Arzt gerade der Not ausliefern, die seinen Rückfall möglich macht. Das Berufsverbot kann auch inhaltlich beschränkt werden, etwa in der Weise, daß nur die Behandlung von Frauen untersagt wird.

### Aus den Gründen:

(Diese werden im Hinblick auf andere Veröffentlichungen zur Frage des § 218 in der Abgrenzung zu § 14 Erbges. Ges. nur stark gekürzt gebracht.)

Ein 61jähriger Arzt, überzeugter Anhänger der Naturheilkunde, hat Frauen, die ihn eindringlich gebeten hatten, ihre Frucht zu beseitigen, erst mit Kräutertee behandelt und dann Hegarstifte in die Gebärmutter und zwar mit Erfolg eingeführt.

Sein Vorbringen ging unter anderem dahin, er habe gemeint, der Abort sei schon im Gange. Um die Frucht zu retten, habe er den Kräutertee ver-



ordnet, der die Wunde an der Gebärmutter, die durch die Ablösung des Mutterkuchens entstehe, schließen und damit den Abort zu verhindern vermöge. Zwei bis drei Wochen nach Beginn der Kur trete nach der gesicherten Erfahrung der Naturheilkunde eine Heilkrise ein, in deren Verlauf alles Krankhafte (Giftstoffe, Fremdkörper und abgestorbene Zellen) aus dem Organismus ausgeschieden werde, während das Gesunde, Lebensfähige erhalten bleibe und in Heilung übergehe. Da dies biologische Heilgesetz auch für drohende Fehlgeburten gelte, die nichts anderes als einen Krankheitsvorgang darstellen, so stehe, falls binnen drei bis vier Wochen keine Heilung eintrete, diagnostisch fest, daß die Frucht nicht mehr lebensfähig sei und als Fremdkörper zur Ausscheidung kommen müsse. Erst nachdem auf Grund des Heilkrisengesetzes bei ihm kein Zweifel mehr obgewaltet habe, daß die Frucht nicht mehr lebe, habe er aus diagnostischen Vorvorgenommen, um pflichtgemäß den spontanen Abgang der abgestorbenen Frucht zu überwachen. Dies Vorbringen hat die Strafkammer nicht geglaubt und nach Ansicht des Revisionsgerichts unangreifbar an Hand verschiedener Gutachten festgestellt, daß die Kräuteruren nur den Zweck verfolgt haben, um die Patientinnen für den späteren Eingriff zu stärken, denn eine Teekur allein könne einen drohenden Abort nicht aufhalten. Zu sonstigen ausführlichen Darlegungen sagt das Revisionsurteil wörtlich: „Es trifft also in keiner Weise zu, daß der Tatrichter nur aus einer schulmedizinisch nicht vertretbaren Handlung des Angeklagten Rückschlüsse auf dessen Vorsatz gezogen habe und es liegt kein Verstoß gegen einen Erfahrungssatz darin, daß er bei einem approbierten, seit Jahren tätigen Naturheilarzt die gynäkologische Kenntnis voraussetzt, die einem Laien eignet. Es ist schließlich durchaus sinnvoll, daß ein zur Abtreibung entschlossener Täter die Gesundheit der Frauen zunächst widerstandsfähiger macht, damit sie die offenkundigen Gefahren eines beabsichtigten Eingriffes leichter überstehen.“

Es wird dann ausgeführt, daß der Tatrichter die Überzeugung gewonnen habe, daß der Abort noch nicht eingesetzt gehabt und dies der Ang. auch nicht angenommen hatte, sondern der Eingriff nur dem Zwecke diene, den besorgten Wünschen der Patientinnen zu entsprechen. Hatte aber der Ang. von vornherein den Vorsatz gefaßt, die Frucht nach dem Wunsch der an ihn herangetretenen Beteiligten zu töten und hat er dies Vorhaben planmäßig durchgeführt, so scheid eine Würdigung seines Verhaltens unter den für ihn als Arzt allein maßgeblichen Gesichtspunkten des § 14 Erbges. Ges. aus. (Anmerkung des Bearbeiters: Am Tatort gilt diese Bestimmung weiter!) Rechtsprechung und Rechtslehre haben den übergesetzlichen Notstand, aus dem der § 14 Erbges. Ges. einen Sonderfall herausgeschält hat, mit subjektiven Rechtfertigungselementen ausgestattet. Wer durch ihn gerechtfertigt sein will, muß aus dieser Not heraus gehandelt haben. (Urt. des Senats vom 12. 7. 1951 — 4 Str 339/51, abgedruckt in Neue Juristische Wochenschrift 1951 S 769.) Diesen Beweggrund hat die

Strafkammer jedoch beim Angeklagten ausdrücklich verneint. Der Arzt, der aus Mitleid mit der niedergedrückten Patientin deren Leibesfrucht tötet, kann nicht dadurch gerechtfertigt werden, daß sich nachträglich herausstellt, die Schwangerschaft hätte ohnedies unterbrochen werden müssen, um das Leben der Mutter zu retten; es braucht deshalb nicht nachträglich geprüft zu werden, ob die Strafkammer die Überzeugung des Ang. von einer Gebärmutterverlagerung mit ausreichenden Gründen verneint hat.

Blieb so die Revision im Schuldspruch ohne Erfolg, so führt das Revisionsgericht zur Frage des zur Strafe hin noch verhängten Berufsverbots noch Folgendes aus, der Ang. habe seinen Arztberuf jahrzehntelang ohne Beanstandung ausgeübt, er sei durch den Verlust der alten Praxis und die Wirren der Nöte gleichsam wie ein Flüchtling verarmt und sei genötigt gewesen, eine neue Praxis unter schwierigsten Verhältnissen wieder aufzubauen. Erst eindringliche Vorstellungen der Frauen über ihre verzweifelte Lage hätten ihn von seiner erst ablehnenden Haltung abgebracht. „Dieser Sachverhalt läßt den Ang. kriminologisch als Konfliktverbrecher erscheinen. Bei solchen fehlt aber die Bereitschaft zum Verbrechen, von der eine Gefährdung der Allgemeinheit ausgehen könnte. Vielmehr löst nur die äußere Lage, in die sie versetzt sind, das strafbare Tun aus. Für solche Gelegenheitsverbrecher sind die sichernden Maßnahmen des Strafgesetzbuchs nicht gedacht. Täter dieser Gattung können im allgemeinen durch Strafen ausreichend gefestigt werden.“

Gegenüber den Ausführungen des Landgerichts darüber, daß die wechselnde zweckbetonte Einlassung des Ang. nicht die Gewähr biete, daß er nach Strafverbüßung gegen neue Versuchungen, die schwangere Frauen an ihn herantrügen, gefeit sei, führt das Urteil aus: „Der Ang. kann sich im Kampf um seine berufliche Existenz während des Strafverfahrens in die Rolle des von den Schulmedizinern unschuldig verfolgten Naturheilarztes hineingesteigert haben, so daß ihm diese egozentrische Überzeugung die sachliche Wertung seiner Verfehlung heute nicht mehr gestattet. Diese Kampfstellung gegen Ärzteschaft und Justiz läßt aber noch keine hinreichend sicheren Schlüsse darüber zu, wie sich der Ang. nach den bitteren Lehren dieses Prozesses künftig strafbaren Ansinnen schwangerer Frauen gegenüber verhalten würde. Die bisherige Lebensführung des Angeklagten spricht gegen einen Rückfall; wenn die Strafkammer einen solchen für möglich hält, so übersieht sie, daß sie den jetzt Einundsechzigjährigen gerade dieser Not ausliefert. Schließlich hat die Strafkammer auch nicht erwogen, ob es nicht genügt hätte, dem Angeklagten nur die Behandlung von Frauen zu untersagen, denn eine inhaltliche Beschränkung des Berufsverbots ist statthaft. (RG DJ 1937 S 819; HRR 1937 Nr. 1473).“

Eingesandt und bearbeitet von  
Oberstaatsanwalt Dr. KOHLHAAS, Karlsruhe



Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. Dezember 1951 über die Haftung einer Gemeinde gegenüber einem auf Grund der öffentlichen Fürsorge in ihr städtisches Krankenhaus aufgenommenen Kranken, der dadurch Schaden erlitten hat, daß bei einer durchgeführten Operation eine Klemme in der Operationswunde zurückgeblieben ist

#### Leitsätze:

1. Das Zurücklassen eines Fremdkörpers in einer Operationswunde braucht nicht immer ein schuldhafter Kunstfehler zu sein, es kommt vielmehr auf die besonderen Umstände des Einzelfalles, wie Art und Größe des zurückgelassenen Fremdkörpers und den Operationsverlauf an.
2. Ein auf Grund der öffentlichen Fürsorge in einem städtischen Krankenhaus unentgeltlich aufgenommenen Kranker tritt in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zu der Stadtgemeinde, aus welchem diese aber bei fehlerhafter Behandlung nur entsprechend § 278 BGB und nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen haftet.

BGH III. Zivilsenat Urt. v. 13. 12. 1951  
- III ZR 144/50

Bei der Klägerin wurde im November 1926 ein Kaiserschnitt vorgenommen. In der Folgezeit stellte sich ein Narbenbruch ein, der eine Nachoperation erforderlich machte. Zur Durchführung dieser Operation wurde die Klägerin durch das Fürsorgeamt der beklagten Stadt in deren Städtisches Krankenhaus eingewiesen. Sie wurde dort von dem inzwischen verstorbenen Leiter der chirurgischen Abteilung des Krankenhauses Professor Dr. J. behandelt. Bei der von diesem am 1. Juni 1928 durchgeführten Nachoperation wurde ihr Leib wieder an der gleichen Stelle geöffnet wie im Jahre 1926. Dabei wurde eine Schwangerschaft im zweiten Monat festgestellt und gleichzeitig ein Eingriff vorgenommen, der die Unfruchtbarkeit der Klägerin zur Folge hatte.

In der Folgezeit litt die Klägerin oft an heftigen Leibschmerzen. Im November 1947 wurde durch eine Röntgenaufnahme festgestellt, daß sich in dem Leib der Klägerin Fremdkörper befanden, die sich bei der sofort durchgeführten Operation als die beiden Teile einer sogen. Klemme nach Péan herausstellten. Diese Klemme war bei der im Juni 1928 durch Professor Dr. J. durchgeführten Operation in ihrem Leib zurückgeblieben.

Das Landgericht hat entsprechend dem Klageantrag den Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz wegen Verdienstausfalls und ihren Anspruch auf Schmerzensgeld dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt und festgestellt, daß die Beklagte verpflichtet ist, der Klägerin allen weiteren Schaden zu ersetzen, der ihr künftig dadurch entstehen wird, daß bei der Operation im Jahre 1928 eine Schere in ihrem Leib zurückgelassen, und daß sie im November 1947 erneut operiert worden ist. Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts ist zurückgewiesen worden. Die von der Beklagten eingelegte Revision führte zur Abweisung des Schmerzensgeldanspruchs. Im übrigen hatte sie keinen Erfolg.

#### Aus den Gründen:

1. Ihren Angriff wegen der mangelnden Schuld feststellung des operierenden Arztes leitet die Revision offensichtlich aus der in der Anmerkung zu der Entscheidung des Kammergerichts in JW 1929, 2287 Nr. 1 von Ebermayer gemachten Äußerung her, daß das Zurücklassen eines Fremdkörpers in der Operationswunde keineswegs unter allen Umständen eine Fahrlässigkeit des Chirurgen sei und daß diese nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts in der Regel verneint werden müsse. Höpfner hat in einer späteren Anmerkung zu derselben Entscheidung (JW 1930, 1607) dieser Auffassung Ebermayers widersprochen. Zur weiteren Begründung ihrer Ansicht hat die Revision sich auf das bei Ebermayer „Arzt und Patient in der Rechtsprechung“ S. 82 f angeführte Urteil des Reichsgerichts vom 17. Oktober 1919 — III 133/19 — bezogen und im Zusammenhang hiermit darauf hingewiesen, daß es kein sicheres Mittel gebe, das Zurückbleiben eines Gegenstandes in der Wunde unter allen Umständen zu verhüten. Es könne auch dem gewissenhaftesten und sorgfältigsten Operateur bezeugen, daß er einen Fremdkörper in der Wunde zurücklasse. Bisher sei es nicht gelungen, eine Methode zu finden, die alle bei der Operation benötigten Gegenstände (Klemmen, Tupfer usw.) sichtbar mache und damit ein Zurücklassen in der Wunde sicher verhindere.

Richtig an den Ausführungen der Revision ist, daß die Beklagte, wenn ihrem Arzt ein ärztlicher Kunstfehler zur Last gelegt wird, in aller Regel nicht die Schuldlosigkeit des Arztes beweisen muß, sondern daß die Klägerin das Verschulden zu beweisen hat. Man kann auch nicht bei dem Zurücklassen von fremden Körpern in einer Operationswunde ganz allgemein und stets einen schuldhaften Kunstfehler unterstellen. Es kommt vielmehr immer auf die Beurteilung der besonderen Umstände des einzelnen Falles an. Wenn auch so allgemein eine Verletzung des Kranken nicht zu Lasten des Operateurs gehen kann, ebensowenig wie eine Beweiserleichterung in der Aufklärung des Ursachenverlaufs bei einem operativen Eingriff (RGZ 78, 432 [435]; 128, 121 [123]; JW 1933, 1389; DR 1941, 931), so sind doch im vorliegenden Falle genügend positive Anhaltspunkte für ein Verschulden des Arztes der Beklagten gegeben. Das Berufungsgericht hat selbst die Größe (Länge) des Instruments, das im Körper der Klägerin zurückgeblieben ist, hervorgehoben. Unstreitig ist unter den Parteien etwa von Handgröße die Rede. In einem solchen Falle liegt die Annahme eines Verschuldens ebenso nahe wie in dem vom Kammergericht entschiedenen Falle (JW 1929, 2287<sup>1</sup>), wo in dem Zurückbleiben einer Pinzette in einem Operationsfalle bei Darmkrebs eine Unachtsamkeit



erblickt worden ist, während sie umgekehrt in den von Ebermayer aaO S. 83—85 mitgeteilten Fällen nur bei Zurückbleiben eines Gazetupfers, einer Gazeserviette und eines Tampons verneint worden ist. Bei dem Zurückbleiben derartiger großer und fester Gegenstände wird man, worauf Rümelin „Die Haftung im klinischen Betrieb“ S. 15 allgemein hindeutet, kaum noch einen Zusammenhang mit der eigentlichen Fachtätigkeit des Arztes annehmen können, sondern von einer Sorgfaltspflicht, welche jeder vorsichtige Mensch anzuwenden verpflichtet ist, sprechen dürfen, also weitergehend sogar außerhalb eines eigentlichen ärztlichen Kunstfehlers. Die Revision vermißt nun eine Berücksichtigung der Besonderheit der von Professor J. im Jahre 1928 zur Beseitigung eines Narbenbruchs der Klägerin vorgenommenen Operation, bei der es sich unstreitig um eine große und sehr schwere Operation gehandelt hat, namentlich auch wegen der anschließenden Feststellung der Gebärmuttervergrößerung der Klägerin und der Entdeckung der Schwangerschaft und erheblicher Verwachsungen im Leibe der Klägerin, welche die Sterilisation der Klägerin veranlaßte und den Chirurg während der Operation zur Öffnung der Bauchhöhle nötigte, sowie wegen der dadurch entstandenen, die Übersichtlichkeit der Wunde für den Operateur beeinträchtigenden starken Blutungen. Dieser Vorwurf ist nicht berechtigt. Eine restlose Aufklärung der Vorgänge bei der Operation ist nicht mehr möglich, weil die Krankheitsgeschichte heute nach so langer Zeit nicht mehr vorhanden ist. Es steht nur noch der vom Berufungsgericht in seinem Urteil festgestellte Auszug aus dem Operationsbuch zur Verfügung, wonach die Klägerin durch Professor J. am 1. Juli 1928 wegen „Hernia postoperativa permagna“ operiert worden ist mit „Hernio-Laparatomie, Sterilisation, plastischem Verschuß“. Eine weitere Beantwortung der von dem Sachverständigen Dr. G. aufgeworfenen Frage, ob bei der Operation in irgendeiner Form Zwischenfälle aufgetreten sind, die den Operateur und seine Assistenten vorübergehend von ihrer Hauptarbeit, nämlich der operativen Versorgung der Bauchwunde, hätten abhalten können, läßt sich an Hand von schriftlichen Unterlagen nicht geben. Wenn bei diesem festgestellten und feststellbaren Sachverhalt der Berufungsrichter sich nicht im einzelnen mit den Besonderheiten des Operationsverlaufs auseinandergesetzt hat, so liegt darin keine Verletzung des § 286 ZPO. Ausdrücklich stellt das Berufungsgericht fest, daß irgendwelche besonderen Entlastungsumstände, welche gegen einen Verstoß des operierenden Arztes wider die Regeln der ärztlichen Kunst sprächen, von der Beklagten nicht vorgetragen worden sind. Die Beklagte hätte aber dartun müssen, inwiefern etwa ganz besondere Komplikationen bei der Operation hier hinzugetreten waren. Mit einem notwendigen schnellen Ablauf eines operativen Eingriffs und dem Hinzutreten unerwarteter Umstände des Operationsverlaufes ist allgemein zu rechnen. Von Besonderheiten, etwa von plötzlich aufgetretenen ganz besonders starken Blutungen oder einer Herzschwäche der Patientin oder etwa gar von besonderer durch außerordentliche Umstände veranlaßter Überbeanspruchung oder Erregung des operieren-

den Arztes ist in der Darstellung der Beklagten keine Rede. Die Unmöglichkeit einer weiteren Aufklärung des Operationsverlaufs im einzelnen würde hier zu Lasten der Beklagten gehen, da die Klägerin damit, daß bei der Operation eine Klemme nach Péan in ihrem Leib zurückgeblieben ist, ihrer Darlegungspflicht genügt hat, und demgegenüber die Beklagte nach den Grundsätzen vom Beweise des ersten Anscheins sich entlasten müßte. Dem Berufungsgericht kann unter diesen Umständen nicht der Vorwurf gemacht werden, daß es das Verschulden des Chirurgen zu Unrecht bejaht habe. Es war nicht verpflichtet, wie die Revision meint, einen Sachverständigen zu hören, um zu klären, ob bei dem aus den Akten erkennbaren Verlauf der Operation das Zurücklassen einer Klemme schuldhaft war oder nicht. Diese Rechtsfrage konnte und mußte das Oberlandesgericht schließlich selbst beantworten, sei es mit oder ohne Zuhilfenahme eines Sachverständigen, wie es dies an Hand der feststellbaren Umstände des Operationsverlaufes dann auf Grund eigener Sachkunde in einwandfreier Weise getan hat. Mit der Revision an Stelle eines Verschuldens des Arztes von höherer Gewalt wegen der Besonderheit der Operation zu reden, ist schon deshalb abwegig, weil das Unterlassen der Entfernung der Klemme bei dem pflichtmäßigen Gebot ihrer Entfernung und der gegebenen Möglichkeit niemals als höhere Gewalt angesprochen werden kann.

2. Den Hauptangriff richtet die Revisionsklägerin gegen die Annahme des Berufungsgerichts, daß sie auf Erstattung des Schmerzensgeldes gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 131 Weim. Verf. hafte. Die Revision bittet, diese Frage einer grundsätzlichen Nachprüfung zu unterziehen.

Das Berufungsgericht gründet diese seine Annahme darauf, daß die Ausübung öffentlicher Gewalt nicht auf die Betätigung staatlicher Zwangsgewalt beschränkt sei, sondern auch die Ausübung staatlicher Fürsorge umfasse. Die Aufnahme und Behandlung der Klägerin im Städtischen Krankenhaus sei aber durch Einweisung des Fürsorgeamtes der beklagten Stadt auf Grund der öffentlich-rechtlichen Fürsorgeverpflichtung der Stadt, die gemäß § 7 Abs. 2 der Fürsorgepflichtverordnung Trägerin der Fürsorgepflicht sei, erfolgt. Der Beklagten obliege es, mittellosen Kranken ihres Fürsorgebereiches unentgeltlich ärztliche Behandlung, evtl. auch Verpflegung und Unterkunft zu gewähren. Zur Erfüllung dieser Aufgabe habe die Beklagte das Städtische Krankenhaus eingerichtet, wobei es nichts ausmache, daß die Leistungen der Krankenanstalt auch von einem anderen, nicht fürsorgebedürftigen Personenkreis auf Grund eines Vertrages gegen Bezahlung in Anspruch genommen würden. Auch die Operation sei wegen der öffentlichen Fürsorgeverpflichtung der Stadt als eine Ausübung hoheitlicher Gewalt zu betrachten, so daß die Beklagte der Klägerin wegen des in dem Zurücklassen der Klemme in der Bauchhöhle der Klägerin bestehenden Verschuldens ihres Arztes gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 131 Weim. Verf. auch einen angemessenen Betrag für Schmerzensgeld zu zahlen habe.

Die Revision bekämpft die Annahme des Berufungsgerichts damit, daß bis zum Jahre 1929 kein



oberstes Gericht die Amtshaftung der Gemeinden für Operationsfehler in städtischen Krankenanstalten angenommen habe. Das Reichsgericht habe sich ganz allgemein namentlich nach 1933 unter dem Einfluß nationalsozialistischer Gedankengänge dazu entschlossen, den Begriff der öffentlichen Gewalt immer weiter auszudehnen. Die fürsorgliche Tätigkeit des Staates und der öffentlichen Körperschaften könne aber nicht in so weitem Umfang der hoheitlichen Betätigung gleichgesetzt werden. Unter Umständen möge der Einweisungsakt bei einer aus Gründen öffentlicher Fürsorge erfolgenden Einweisung ein Ausfluß hoheitlicher Gewalt sein. Die Behandlung vollziehe sich jedoch in genau der gleichen Weise wie bei den auf Vertragsbasis im Krankenhaus befindlichen Patienten. In dieser Weise müsse eine Abgrenzung der Haftung nach § 839 BGB von der Vertragshaftung vorgenommen werden.

Diesen Gedankengängen der Revision kann eine Berechtigung nicht abgesprochen werden. Das Reichsgericht hat von je zwischen der Haftung aus einem bürgerlich-rechtlichen Vertragsverhältnis und aus einem öffentlich-rechtlichen Verhältnis genau unterschieden. In der von der Revision angezogenen Entscheidung des Reichsgerichts RGZ 91, 263 aus dem Jahre 1917 ist diese Unterscheidung gemacht zwischen der auf Antrag des Kranken erfolgenden Aufnahme in das Krankenhaus, die entgeltlich und allein im Wohle und Interesse des Einzelnen erfolgend lediglich ein bürgerlich-rechtliches Verhältnis begründe, und der Einweisung öffentlicher Behörden wie des Armenamts, bei welcher der Rechtsgrund der Aufnahme die öffentliche Fürsorge sei, die der Allgemeinheit diene und mit der Einweisung ein öffentlich-rechtliches Verhältnis entstehen lasse. Ausdrücklich ist dabei hervorgehoben, daß die Überführung ins Krankenhaus dort nicht auf Grund einer Einweisung des Bezirksamts geschehen sei, daß vielmehr das Krankenhaus nach Einlieferung des Klägers durch die Polizei sich mit dessen Angehörigen wegen Bezahlung der Aufnahmekosten in Verbindung gesetzt habe, und daß ein bürgerlich-rechtlicher Aufnahmevertrag abgeschlossen worden sei. Auch RGZ 64, 232 ff hatte schon betont, daß mit dem auf Grund öffentlicher Fürsorge aufgenommenen Patienten kein Vertrag geschlossen werde. Bei der Einweisung und Aufnahme eines Krankenkassenmitgliedes in ein Krankenhaus kommt dagegen zwischen diesem und der Ortskrankenkasse ein Vertragsverhältnis zustande, aus dem allerdings dem Versicherten nach § 328 Abs. 2 BGB unmittelbare Rechte erwachsen (RG WarnRspr 1915 Nr. 203 = JW 1915, 916 Nr. 4; RGZ 165, 91 [106]), jedenfalls soweit es sich nicht um die Unterbringung des Versicherten in ein eigenes Krankenhaus des Versicherungsträgers handelt (RGZ 59, 197). Hinwiederum wird durch die unentgeltliche Aufnahme unbemittelter Kranker in das Krankenhaus einer Stadtgemeinde ein öffentlich-rechtliches Verhältnis begründet, auf welches der Rechtsgedanke des § 278 BGB Anwendung findet (RGZ 112, 290 [293]). Dem Gedanken, eine Haftung der Gemeinde für vorgefallene Operationsfehler in städtischen Krankenanstalten wie des Staates in staatlichen Kliniken nach Amtshaftungsgrundsätzen anzunehmen, ist die

Rechtsprechung von Anfang an fremd gegenüber gestanden. Auch im Schrifttum hat man sich nicht dazu verstehen können, die ärztliche Tätigkeit im engeren Sinn unter den Begriff der Ausübung der öffentlichen Gewalt zu bringen (Rümelin, Haftung im klinischen Betrieb 1913 S. 69, vgl. aber auch S. 39, 54 und 56; Zitelmann bei Grober, Das deutsche Krankenhaus 1. Aufl. 1911 S. 909). Das Urteil des Kammergerichts vom 5. Januar 1929 (JW 1929, 2287 Nr. 1) hat dann grundsätzlich die Amtshaftung des Staates wegen einer durch Unachtsamkeit im Körper der Patientin zurückgebliebenen Pinzette bei der durch den Leiter der chirurgischen Universitätsklinik vorgenommenen Operation bejaht, weil die Behandlung der Kranken in der Universitätsklinik eine Maßnahme staatlicher Fürsorge sei, wie sie in allen staatlichen Anstalten sowohl zur Heilung von Krankheiten im einzelnen Falle als auch im Interesse der allgemeinen Volksgesundheit und Volkserhaltung ausgeübt werde. Weder der Staat noch der beamtete Arzt sei bei der Behandlung Kranker zur Vermehrung des Staatsvermögens oder zu Zwecken staatlichen Erwerbes tätig. Die Zahlung einer Gebühr durch bemittelte Kranke nehme der Behandlung nicht die Eigenschaft eines Hoheitsaktes. Die Entscheidung hat Zustimmung im Schrifttum gefunden (Ebermayer in der Anm. dazu und in „Der Arzt im Recht“ 1930 S. 104, dagegen aber S. 109 und 110; Hoepffner JW 1930, 1607 Anm. zu derselben Entscheidung). Das Urteil des Reichsgerichts in DR 1943, 854 Nr. 6 stellt neben die Staatshaftung bei Amtspflichtverletzung gegenüber einem in die staatliche Heil- und Pflegeanstalt untergebrachten Geisteskranken eine Haftung nach Vertragsgrundsätzen unter Anwendung des Rechtsgedankens des § 278 BGB. Im neueren Schrifttum hält Geigel, Der Haftpflichtprozeß 5. Aufl. S. 282 die Haftung der Stadt bei städtischen Krankenhäusern gemäß § 839 BGB für möglich, soweit die Ärzte städtische Beamte und ihre ärztlichen Dienstleistungen Ausfluß der der Stadt obliegenden öffentlichen Armen- und Krankenfürsorge sind.

Richtig ist, daß der Begriff der öffentlichen Gewalt und sein Anwendungsbereich auch vom Reichsgericht mit der Zeit weiter ausgedehnt worden ist. Die Revision meint, dies sei insbesondere in der letzten Zeit unter dem Einfluß nationalsozialistischer Gedankengänge geschehen. Ob eine solchermaßen beeinflusste Entscheidung des Reichsgerichts bei der Bejahung der sozialen Betreuung der Reichsautobahnarbeiter als Ausfluß staatlicher Fürsorge und damit als Ausfluß staatlicher Gewalt (RGZ 168, 361 [370]) vorliegt, wie die Revision anführt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Auch den in einem Falle der Körperverletzung durch einen Dienstkraftwagen der Deutschen Reichspost vom Reichsgericht gemachten grundsätzlichen Abgrenzungen auf dem Gebiete hoheitlicher Betätigung (RGZ 166, 1 ff), welche die Revision in den Mittelpunkt ihrer Ausführungen stellt, kommt im vorliegenden Falle keine besondere Bedeutung zu. Unter Ausübung öffentlicher Gewalt ist stets in der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht nur die Ausübung obrigkeitlicher Zwangsgewalt, sondern auch die Betätigung öffentlichen Schutzes und öffentlicher Fürsorge begriffen



worden (RGZ 56, 89; 68, 285; 91, 274; 101, 355; 102, 32; 105, 99; 114, 201; 144, 262 [267]; 145, 182 [185]; 165, 91 [98]). Dagegen hat das Reichsgericht darüber hinaus bei eintretender öffentlicher Fürsorge nicht allgemein eine Staatshaftung aus Amtspflichtverletzung angenommen. Bei zwangsweiser fürsorglicher Betreuung, wie bei einem in eine staatliche Heil- und Pflegeanstalt untergebrachten Geisteskranken (RG DR 1943, 854 Nr. 6), kann allerdings neben die aus dem öffentlich-rechtlichen Unterbringungsverhältnis erwachsenden und nach privatrechtlichen Grundsätzen zu behandelnden schuldrechtlichen Verpflichtungen eine Staatshaftung aus Amtspflichtverletzung treten. Anders ist es aber in einem Falle wie dem vorliegenden, wo die mittellose Klägerin von der Beklagten in Erfüllung der dieser der Klägerin gegenüber obliegenden Fürsorgepflicht zur Behandlung in ihr städtisches Krankenhaus eingewiesen worden ist. Die mittellose Klägerin hat einen gesetzlichen Anspruch auf Gewährung der öffentlichen Fürsorgeleistungen. Gemäß § 6 der nach § 6 Abs. 1 der Fürsorgepflichtverordnung vom 13. Februar 1924 (RGBl. I, 100) erlassenen Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Maß der öffentlichen Fürsorge vom 1. Aug. 1931 (RGBl. I, 441) schuldet die Beklagte als Trägerin der Fürsorge der Klägerin auch Krankenhilfe. In der Gewährung der Krankenhilfe erschöpft sich diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung der Beklagten. Sie erstreckt sich also nicht auf die weitere Durchführung der Krankenbehandlung (vgl. auch RGZ 74, 166; RG WarnRspr. 1915 Nr. 203 S. 307, 308). Nicht alles, was die Beklagte auf der Grundlage ihrer öffentlich-rechtlichen Fürsorgepflicht tut, unterliegt demnach Amtshaftungsgrundsätzen. Die Beklagte hatte zwar über ihre allgemeine Fürsorgepflicht hinaus gegenüber der Klägerin nach deren Aufnahme in das städtische Krankenhaus die besondere Verpflichtung einer sachgemäßen, die Klägerin nicht gefährdenden Behandlung. Für ein Verschulden ihrer Hilfspersonen bei dieser Behandlung haftet sie aber in entsprechender Anwendung des Rechtsgrundsatzes des § 278 BGB (RGZ 112, 290 [293]; Baath, Verordnung über die Fürsorgepflicht 10. Aufl. S. 58), nicht jedoch wegen Amtspflichtverletzung. Insofern besteht allerdings ein Unterschied zwischen der Einweisung der Klägerin in das Krankenhaus der Beklagten und der auf Grund der Einweisung erfolgenden Krankenhausbehandlung. Im Ergebnis ist es auch hier nicht anders, als wenn jemand aus Gründen der öffentlichen Wohlfahrt in ein öffentliches Krankenhaus eingeliefert wird und dann hinterher sich ein privatrechtlicher Vertrag des Eingelieferten mit dem Krankenhaus anschließt, wie in dem Falle RGZ 91, 263 [265]. Ein auf Grund der öffentlichen Fürsorge in einem städtischen Krankenhause unentgeltlich aufgenommener Kranker tritt in ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zu der Stadtgemeinde, aus welchem diese aber bei fehlerhafter Behandlung nur entsprechend § 278 BGB und nicht nach Amtshaftungsgrundsätzen haftet. Von einem Unterordnungsverhältnis der Klägerin gegenüber

der Beklagten, welches eine Amtshaftung begründen könnte, kann bei Durchführung der Behandlung im Krankenhaus nicht die Rede sein. Insoweit liegt keine Ausübung hoheitlicher Gewalt vor, wenn auch die Einrichtung des städtischen Krankenhauses als solche vorwiegend dem öffentlichen Interesse dienen mag (vgl. auch RG 158, 90).

Daß der Anspruch der Klägerin auf Schmerzensgeld bei dem Versagen eines Amtshaftungsanspruchs schließlich nicht auf die §§ 31, 89 BGB gegründet werden kann, hat das Berufungsgericht bereits ohne Rechtsirrtum ausgeführt, indem es hervorhebt, daß der behandelnde Arzt nicht als verfassungsmäßig berufener Vertreter der Beklagten gehandelt hat, weil zu den in der Gemeindeordnung bestimmten Vertretern der Stadt das ärztliche Personal des Krankenhauses nicht gehöre, und zwar auch dann nicht, wenn der einzelne Arzt eine Abteilung leite. Insoweit werden auch von der Revision keine Angriffe erhoben. Neben dem zwischen den Parteien bestehenden öffentlich-rechtlichen Schuldverhältnis ist für eine Haftung der Beklagten aus unerlaubter Handlung nach § 831 BGB kein Raum (Staudinger BGB 9. Aufl. § 831 Anm. 6 b). Aber auch im anderen Falle (vgl. RGZ 99, 265) wäre das Ergebnis kein anderes, da es sich bei dem operierenden Arzt, Professor Dr. J., um einen Operateur handelt, gegen den die Klägerin ebensowenig wie gegen die jahrzehntelang tätigen Operationschwestern irgend etwas hinsichtlich ihrer Geeignetheit vorbringt, so daß ein weiterer Entlastungsbeweis von der Beklagten nach § 831 BGB nicht zu verlangen wäre (BGHZ 1, 383 [388]).

3. Den mit der Klage geltend gemachten Schadensersatzanspruch wegen des vermögensrechtlichen Schadens hat der Berufungsrichter auf Grund des öffentlich-rechtlichen Fürsorgeverhältnisses in entsprechender Anwendung des § 278 BGB dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt. Hiergegen hat die Revision ebenfalls keine Angriffe erhoben. Rechtliche Bedenken bestehen in dieser Richtung nicht. Der allgemeine Rechtsgedanke des § 278 BGB ist von der Rechtsprechung des Reichsgerichts mit Recht auch auf öffentlich-rechtliche Verhältnisse bezogen worden, wenn nicht ausnahmsweise die Eigenart des Verhältnisses im Einzelfall eine Anwendung dieses Rechtsgedankens ausschließt (RGZ 102, 6; 112, 293; 113, 296; 130, 98; 165, 93; RG DR 1943, 854 Nr. 6).

Demnach war auf die Revision der Beklagten das angefochtene Urteil hinsichtlich der Entscheidung über den Schmerzensgeldanspruch aufzuheben, und insoweit war auf die Berufung der Beklagten unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils die Klage abzuweisen. Im übrigen war wegen des vermögensrechtlichen Schadens die Revision zurückzuweisen und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung über die Höhe der Ansprüche der Klägerin auf Ersatz des Verdienstausfalles an das Landgericht zurückzuverweisen, welches auch über die Kosten des ersten Rechtszuges zu entscheiden hat.

(Übersandt von Bundesrichter Dr. Gelhaar).



Aus einem Urteil des Bundesgerichtshofs über fahrlässige Tötung am Steuer  
(das auch für die auf Praxis fahrende Ärzte von Bedeutung sein kann)

Urteil vom 7. Februar 4 StR 743/51

**Rechtssätze:**

Wer während einer mit Gefahren verknüpften Tätigkeit vom Schläfe übermannt zu werden droht, trotzdem aber nicht geeignete Maßnahmen gegen die Übermüdung ergreift, sondern seine Tätigkeit, die andere in Gefahr bringt, fortsetzt, ist strafrechtlich verantwortlich für das, was er im Zustand der Bewußtlosigkeit anrichtet.

**Aus den Gründen:**

Der Ang. war 36 Stunden ohne Schlaf gewesen und hatte nach mäßigem Alkoholgenuß eine Fahrt mit dem Kraftwagen angetreten. Nach kurzer Fahrt fühlte er, daß er einzunicken drohte, hielt an und schlief etwa 20 Minuten im Pkw. Er schlief dann noch ein zweites Mal vor einer Eisenbahnschranke ein und durchfuhr diese im Zustand der Schlaftrunkenheit. Nach Feststellung seiner Personalien fuhr er weiter und überfuhr einen Straßenpassanten, der sich vorschriftsmäßig verhielt.

Die Strafkammer hat festgestellt und das Revisionsgericht erblickt in dem festgestellten Sachverhalt die Fahrlässigkeit, daß der Ang. sowohl, als er das erstmal einzunicken drohte, als auch nach dem Unfall an der Bahnschranke imstande war, vorauszusetzen, daß er einschlafen bzw. wieder einschlafen und in diesem Zustand Verkehrsunfälle herbeiführen konnte. Er ließ die Sorgfalt, zu der er nach seinen persönlichen Kenntnissen und Fähigkeiten verpflichtet und auch imstande war, außer Acht, wenn er diese Überlegungen unterließ. Es war ihm auch bekannt, daß ihn die geplante Fahrt durch belebte Straßen, die häufig von Eisenbahnstrecken gekreuzt werden, führen werde.

Es folgt dann der oben wiedergegebene Rechtsatz. — „Wenn die Revision hierzu ausführt, nur durch das Zusammentreffen von Übermüdung und Alkoholeinwirkung sei die Unzurechnungsfähigkeit hervorgerufen worden und dieses Zusammentreffen habe der Ang. nicht voraussehen können, so geht dieser Einwand fehl. Der Ang. hätte sich sagen

müssen, daß Übermüdung durch Alkoholgenuß nur vorübergehend behoben wird. Der Schuldvorwurf geht nur dahin, daß er sich nicht vor Augen hielt, daß er in diesem Zustand Unfälle hervorrufen könne, trotzdem die Fahrt antrat und nach dem ersten angerichteten Schaden weiter fortsetzte.

**Anmerkung:**

Dieses Urteil wird für ein Ärzteblatt deshalb gebracht, weil es sich hier nicht um einen Fall übermäßigen gewissenlosen Alkoholmißbrauchs handelt, sondern um den typischen Fall des übermüdeten Mannes, der sich mit einer mäßigen Alkoholfuhr nebst Kaffee wach halten wollte. Ein Fall, wie er übermüdeten Ärzten auf der Heimfahrt von der Praxis oder nach einer kleinen Gesellschaft begegnen kann. Der herausgeschälte Rechtssatz verdient Beachtung. Auch unverschuldete Übermüdung kann dann eine Fahrlässigkeit begründen, wenn der Übermüdete eine Tätigkeit, die gefährlich ist, fortsetzt. Dieser Rechtssatz, vom Reichsgericht schon in Bd 68, S 218 aufgestellt und hier übernommen, führt aber noch einen Schritt weiter in die Probleme des Arztberufs selbst. Der übermüdete Chirurg oder sonstige Arzt, der trotz der ihm erkennbaren Übermüdung noch eine Behandlung vornimmt, kann fahrlässig handeln, wenn er nun in dieser Übermüdung einen Fehlgriff mit nachfolgender Schädigung tut. Der Gedanke, daß eine Fahrlässigkeit dann entfällt, wenn ohne diesen Eingriff der Patient sterben oder anderen schwereren Schaden erleiden würde, kurzum wenn ein Nichthandeln des übermüdeten Arztes einen mindestens gleichwertigen Schaden verursachen würde, kann hier wegen der Kürze des Raums und abseits vom Thema liegend nicht ausgesponnen werden. Gemeint sind hier also nur in der Übermüdung begangene Handlungen, die hätten aufgeschoben werden können und ergo bei Übermüdung hätten aufgeschoben werden müssen.

Oberstaatsanwalt Dr. Kohlhaas, Karlsruhe

**SCHRIFTLLEITUNG:**

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

**VERLAG:**

Medizinisch-Wissenschaftlicher Verlag GmbH, Karlsruhe, Schubertstraße 2, Telefon 5486

**ANZEIGEN:**

Anzeigenverwaltung des Medizinisch-Wissenschaftlichen Verlages, Karlsruhe

**DRUCK:**

Postel-Druck, Kuppenheim (Murgtal)

Die „Zeitschrift für das gesamte Arztrecht“ erscheint in zwangloser Folge. Bezugspreis pro Heft 2,65 DM zuzüglich Versandkosten. Die Bezugsdauer verlängert sich jeweils um ein 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.