

Die Operationspflicht nach bürgerlichem und öffentlichem Rechte.

Von

Amtsgerichtsrat Dr. Schorn, Bonn.

Wenn im folgenden von *Operationen* die Rede ist, so soll ihr Begriff nicht nach der Auffassung der medizinischen Wissenschaft, also im technisch-medizinischen Sinne umgrenzt werden; vielmehr wird der Operation der landläufige Begriff zugrunde gelegt, der unter Operationen solche ärztliche Maßnahmen versteht, die zu einem „kunstgerechten, mechanischen Eingriff in den Organismus des menschlichen Körpers führen, um Krankheiten zu heilen, zu lindern“¹ oder ihnen vorzubeugen. Dabei ist unerheblich, ob diese Eingriffe zu Wundzufügungen führen, die mittels eines Instrumentes vorgenommen werden oder ob sie unblutiger Natur sind, wie z. B. das Einrenken gebrochener Glieder. Es scheiden also alle ärztlichen Eingriffe aus, die zu anderen als zu Heilzwecken, z. B. zur Beseitigung von körperlichen Entstellungen oder sonstigen Schönheitsfehlern, oder aber zu Heilzwecken ohne chirurgischen Eingriff, z. B. durch Bestrahlungen², oder zu wissenschaftlichen Zwecken vorgenommen werden. Auch werden solche Maßregeln, die lediglich eine ordnungsmäßige Weiterbehandlung erst ermöglichen, z. B. Freilegen der verletzten Stelle, Reinigen der Wunde, nicht als Operationen angesprochen^{3, 4}.

Im Rahmen dieser Begrenzung führt jede, selbst de lege artis und nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft vorgenommene *Operation* zu einem *Eingriff in die Integrität des menschlichen Körpers*. Der operative Eingriff berührt die Persönlichkeitssphäre des Menschen und sein Recht auf Leib und Leben. Zwar ist dieses Recht nicht so zu verstehen, als

¹ Endemann, Die Rechtswirkungen der Ablehnung einer Operation seitens des körperlich Verletzten. Berlin: 1893, S. 87.

² RGZ.-Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen **97**, 189: Röntgenbestrahlung ist keine Operation, siehe auch RVA. v. 4. IV. 1916 in AN. (Amtliche Nachrichten des Reichsversicherungsamtes) 1916 Ziff. 2193.

³ AN. 1893, S. 159 Ziff. 1213.

⁴ Zum Begriffe „Operation“: s. auch Weimann in Deutscher Strafrechtszeitung 1915, S. 529ff; Hammer, Ärztliche Eingriffe in den menschlichen Körper, Erlanger Dissertation 1915, S. 9 und RG. vom 23. IV. 1909 in Veröffentlichungen des Reichsversicherungsamtes für Privatversicherung 09, 53 (VA.).

wenn der Mensch Eigentümer seines Körpers wäre; denn der lebende Körper ist keine Sache¹. Wohl aber ist das Recht auf körperliche Integrität ein dem Menschen mit seiner Existenz gegebenes und von Natur aus mit ihm verbundenes Recht. Dabei kann hier dahingestellt bleiben, ob das *Recht auf Leib und Leben* ein „persönliches Herrschaftsrecht über das Äußere seines Ichs“², also ein freies Dispositionsrecht des Menschen über seinen Körper mit der Befugnis ungestörter Betätigung des eigenen Körpers bedeutet oder ob solches Betätigungsrecht Ausfluß eines selbständigen Persönlichkeitsrechts, des Rechtes des Menschen auf Freiheit³ ist oder ob das Recht auf Leib und Leben nur ein Ausschlußrecht gegen 3. Personen⁴ begründet. Jedenfalls ist Inhalt des Persönlichkeitsrechts auf Leib und Leben die Befugnis des Menschen, andere von der Verletzung seiner Leiblichkeit auszuschließen und den Körper intakt zu besitzen.

Diese Rechtsbefugnis ist jedoch in der Rechtsordnung nicht so ausgebildet, daß sie keinerlei *Einschränkungen* und *Durchbrechungen* erführe. Das Recht erkennt zwar die Freiheit des Menschen über seinen Körper wie dessen Unverletzlichkeit an. Aber schon die Tatsache, daß alle Menschen ohne Unterschied von Alter und Geistesverfassung ein gleiches Persönlichkeitsrecht aufweisen⁵, zwingt zu Abgrenzungen und Beschränkungen, die sich aus Gründen des öffentlichen wie des privaten Interesses, des sozialen Zusammenlebens der Menschen und aus der Notwendigkeit der Unterordnung der Einzelpersönlichkeit unter die Gesamtpersönlichkeit ergeben. Es findet also das Recht der Freiheit des Menschen über seinen Körper dort eine Grenze, wo der Kreis der Berechtigungen anderer beginnt; denn nur in solchem Falle lassen sich die Gesamtbelange eines Volkes wahren, denen sich die Interessen des einzelnen, selbst soweit sie rechtlich begründet sind, unterzuordnen haben.

¹ *Oertmann-Gareis*: BGB., Allgemeiner Teil, 2. Aufl., S. 245. Berlin: 1908; *Gareis*, Das Recht am menschlichen Körper in Festgabe der Juristischen Fakultät zu Königsberg für *J. Th. Schirmer*, S. 61. Königsberg: 1900; *Staudinger*, Kommentar zum BGB. I, 350, Note 3, 9. Aufl. München: 1925.

² *Gareis*, a. a. O. S. 87.

³ *Schick*, Das Recht auf Leib und Leben, S. 30ff. Greifswald: 1916; und *Adler*, Die Persönlichkeitsrechte im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, in der Festschrift zur Jahrhundertfeier des Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuches, 2. Tl. 192. Wien: 1911.

⁴ *Lobe*, Ausschlußrecht und Persönlichkeitsrecht usw. in Festgabe für *Kohler*, 1909, S. 3; s. über Inhalt des Persönlichkeitsrechts auf Leib und Leben auch *Schick*, a. a. O. und *Schreuer*, Der menschliche Körper und die Persönlichkeitsrechte. In Festgabe der Bonner Juristischen Fakultät für *Bergbohm*, S. 242ff. Bonn: 1919.

⁵ *Kinder* und *Geisteskranke* sind allerdings in der *Betätigung* des Rechts nicht frei.

Von diesem Grundgedanken aus, der das Prinzip der Interessenabwägung zur Norm erhebt, ist auch die Frage nach der Verpflichtung des Menschen zur Vornahme und Duldung operativen Eingriffs zu beurteilen. Die in diesem Fragenkomplex in Widerstreit tretenden Interessen sind teils begrenzter, teils weitschichtiger Art, je nachdem, ob die Abwägung der kollidierenden Güter sich wie im bürgerlichem Rechte nur auf Parteien beschränkt, wo also der Einzelmensch nur dem Einzelmenschen gegenübertritt oder ob, wie im öffentlichen Rechte, Einzelinteressen mit Gesamtinteressen sich auszugleichen haben. Die Frage der Operationspflicht tritt nicht zuletzt jedoch auch dort auf, wo der Güterkonflikt fehlt, wo also der Mensch nur als Einzelwesen der Beurteilung unterliegt.

Im Verhältnis des Menschen zu sich selbst kennt die *Rechtsordnung* keine Verpflichtung des Menschen, seinen Körper zu erhalten; damit verneint sich auch von selbst seine Pflicht, sich zur Abwendung einer Lebensgefahr operativen Eingriffen zu unterwerfen. Ganz anders ist die Beurteilung vom *sittlichen* Standpunkte. Wenn man hier anerkennt, daß Gott „Eigentümer“ des Leibes und der Glieder des menschlichen Körpers, der Mensch aber nur „Treuhänder“ dieser Güter ist, so wird auch der Mensch, ähnlich wie der Nießbraucher (§ 1040 BGB.), das Gut als Mittel im Dienste Gottes zu getreuen Händen erhalten und bewahren müssen. Man wird dann auch für gewisse Lebenslagen eine ethische Lebenserhaltungspflicht bejahen und beispielsweise den Familienvater für verpflichtet halten müssen, im Interesse seiner Familie (nicht etwa mit Rücksicht auf seine gesetzliche Unterhaltspflicht) seine Gesundheit zu wahren und Beeinträchtigungen gegebenenfalls durch operative Eingriffe auszuräumen¹.

Dieser *sittlichen* Auffassung hat jedoch die *Rechtsordnung* keinen Raum gegeben; denn sonst wäre bei leichten vorsätzlichen Körperverletzungen die Abhängigkeit der öffentlichen Strafklage von der Stellung eines Strafantrags (§ 232 StGB.) nicht zu verstehen. Allerdings sind auch für den Staat Leben und Gesundheit seiner Staatsbürger wertvolle Güter, wie der diesen Gütern gewährte weitgehende zivil- und strafrechtliche Schutz erweist; jedoch geht das Interesse des Staates an der körperlichen Wohlgestaltung des Menschen nicht so weit, ihn auch gesetzlich zu zwingen, zur Erhaltung seines Lebens im *eigenen Interesse* sich operativen Eingriffen zu unterwerfen. Dies erhellt schon daraus, daß die versuchte Selbsttötung straflos bleibt und daß das geltende²

¹ Allerdings besteht die Pflicht, „außerordentliche Mittel“ zur Erhaltung des Lebens anzuwenden bloß da, wo das Leben des einzelnen zum Wohle der Kommunität oder anderer Personen, für die der Mensch pflichtgemäß zu sorgen hat, notwendig ist. *Göpfert*, *Moraltheologie*, 6. Aufl. 2, 5. Paderborn: 1909.

² Anders: § 263 des Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. 1927.

Strafrecht eine gegen den ausdrücklichen oder mutmaßlichen Willen des Kranken vorgenommene ärztliche Operation trotz der Heilsamkeit des Eingriffs als objektiv rechtswidrige Körperverletzung ansieht, deren Charakter nicht etwa durch die ethische, Heilung erstrebende Einstellung des Arztes zum Kranken oder durch die ärztliche Berufsauffassung oder gewohnheitsrechtlich oder mit Rücksicht auf den Zweck des Eingriffs ausgeräumt wird¹. Im Verhältnis des Menschen zu seinem Körper schuf der Staat, und zwar aus seinem aus der Wehrpflicht korrespondierenden Rechte am menschlichen Körper nur insoweit eine heute allerdings überholte Einschränkung, als er die vorsätzliche Selbstverstümmelung zur Untauglichmachung der Erfüllung der Wehrpflicht unter Strafe stellte (§ 142 StGB.) und somit das Dispositionsrecht des Menschen über seinen Körper begrenzte. Aber auch diese Norm betraf nur einen Sonderfall, nicht aber begründete sie ein grundsätzliches Verbot der Selbstverstümmelung².

Anders geartet ist die Rechtslage *im Verhältnis des Menschen zum Mitmenschen wie zur Gemeinschaft*. Hier durchbricht der Gesetzgeber das Persönlichkeitsrecht des Menschen auf Leib und Leben und beschränkt es in doppelter Form. Einmal verbietet er dem Menschen, zu Eingriffen in seine körperliche Integrität außer zu Heilzwecken seine Einwilligung³ zu erteilen; sodann gibt er dritten Personen wieder Rechte gegenüber der menschlichen Persönlichkeit. Letztere Rechte finden im öffentlichen Rechte stärkere Betonung. Das bürgerliche Recht gewährt zwar auch „*Rechte*“ gegenüber dem Körper des Mitmenschen, ohne aber für den Menschen „*Pflichten*“ zu begründen. Man spricht zwar von einer *Pflicht des Menschen zur Duldung einer Operation*, die *Dronke*⁴ auf schuldrechtlichem Gebiete im Rahmen der Culpakompensation (§ 254 Abs. 2 BGB.) als „*Rechtspflicht*“, als „*Verbindlichkeit*“ des Verletzten gegenüber dem Schädiger bezeichnet, so daß letzterer gegen ersteren einen Anspruch auf Duldung eines ärztlichen Eingriffs hat. Eine „*Rechtspflicht*“ im Sinne einer „*Schuldnerpflicht*“ dürfte jedoch abzulehnen sein⁵, schon um deswillen, weil die Erzwingbarkeit der Pflicht fehlt, eine Pflicht auch zu einer Minderung des Persönlichkeitsrechts des Menschen auf Leib und Leben führen würde. Allerdings löst die Verweigerung der Operation

¹ RGSt. 25, 375; 38, 34.

² *Zimmermann*, in Goldtammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß (Goldt. Arch.) 29, 440.

³ S. hierzu: RGSt. 2, 442; 6, 61; 55, 188; 41, 293; 60, 34; in Recht 07, 651; RGZ. 66, 306; RGSt. 25, 375; 38, 34.

⁴ *Dronke*, Über die Pflicht eines Verletzten, sich ärztlicher Behandlung usw. zu unterziehen, in Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen 22, 90ff.

⁵ Siehe *Zitelmann*, Operationsverweigerung und eigenes Verschulden, im Arch. f. Bürg. Rechte 40, 213—217.

bzw. der Widerruf des Versprechens zur Duldung der Operation bei Vorliegen gewisser noch zu erörternder Voraussetzungen Rechtsfolgen dahingehend aus, daß der Verletzte in seinem Schadensansprüche geschmälert wird oder diesen vielleicht ganz verliert. Aber dieses Verhalten kennzeichnet sich nicht als Verletzung einer „Rechtspflicht“, sondern, wie *Goldschmidt*¹ zutreffend bemerkt, als „Verschulden gegen sich selbst“². Diese Auffassung findet auch darin eine Stütze, als der Verletzte seine Einwilligung zur Operation zurücknehmen³ kann und damit dem Arzte der operative Eingriff untersagt wird. Gerade dies weist darauf hin, daß selbst die Abgabe des Versprechens, der Operation keine Hindernisse entgegenzusetzen, kein Schuldverhältnis im Sinne des § 241 BGB. begründet. *Dronke*⁴ ist zwar zuzustimmen, daß „kein Verschulden ohne entsprechendes Pflichtgebot“ besteht. Auch bei der Operationsverweigerung kann eine Verletzung eines Pflichtgebots vorliegen; jedoch besteht ein solches Pflichtgebot nur gegen den Menschen selbst; die Verletzung des Gebots führt zu Rechtsnachteilen; das in der Operationsablehnung liegende Verschulden ist dann aber nur eigenes Verschulden, nicht auch Verletzung einer Schuldnerpflicht. Diese Auffassung findet auch in der Bestimmung des § 95 Abs. 5 der Seemannsordnung vom 2. VI. 1902 (RGBl. S. 175), 23. III. 1903 (RGBl. S. 57), 12. V. 1904 (RGBl. S. 167) eine Stütze, nach der der Schiffsmann, welcher sich der Heilbehandlung ohne berechtigten Grund entzieht und hierdurch nach ärztlichen Gutachten die Heilung vereitelt oder wesentlich erschwert hat, den Anspruch auf kostenfreie Verpflegung und Heilbehandlung verliert.

Die erstere Beschränkung des *Rechts* der Persönlichkeit auf *Entfaltung ihres Körpers* hat im Laufe der Rechtsentwicklung⁵ eine nicht unmerkliche Lockerung erfahren, als nämlich Einwilligungen in körperliche Verletzungen im strafrechtlichen Sinne nur dann bedeutungslos sein sollen, wenn der Eingriff in die körperliche Integrität trotz der Einwilligung gegen die guten Sitten als dem „Anstandsgefühl aller billig und gerechtdenkenden Menschen“ verstößt. Noch letzthin hat das Reichsgericht⁶ diesen Grundsatz in die Form gekleidet: „Eine Einwilligung kann dann strafrechtlich von Bedeutung sein, wenn sie einem auch vom Strafrecht anerkannten Willen entspringt. Ein Wille aber,

¹ *Goldschmidt*, Die Pflicht zur Duldung ärztlicher Eingriffe im Privat- und öffentlichem Recht, S. 19ff. Greifswald: 1917.

² *Zitelmann*, Das Recht des BGB. I, 166ff.

³ Die Einwilligung zur Operation ist stets widerrufbar; denn eine vertragliche Bindung zur Operation ist unwirksam; ein Verzicht auf das Widerrufsrecht ist, als gegen die guten Sitten verstößend, nichtig, siehe *Schick*, a. a. O. S. 51—61.

⁴ a. a. O. S. 210.

⁵ RGSt. 41, 394; 60, 35; 55, 189.

⁶ In Jur. Wschr. 1928, 2229.

dessen Betätigung gegen die guten Sitten verstößt, wird vom Recht nicht anerkannt.“ Damit macht sich das Reichsgericht die Auffassung des Strafrechtsentwurfs 1927 zu eigen: „Wer eine Körperverletzung mit Einwilligung des Verletzten vornimmt, wird nur bestraft, wenn die Tat trotzdem gegen die guten Sitten verstößt.“

Auf dem Gebiete des *bürgerlichen Rechtes* wird im Rahmen der hierfür in Frage kommenden noch zu erörternden Bestimmungen eine *bedingungslose Operationspflicht* als mit dem Recht der Persönlichkeit unvereinbar *abzulehnen* sein¹. Eine solche Pflicht ist vielmehr nur dort anzuerkennen, wo die Ablehnung operativen Eingriffs die das bürgerliche Recht beherrschenden Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB.) verletzt; denn nicht bloß der Schuldner, „auch der Gläubiger gewordene Verkehrsgenosse muß bei der Entstehung und bei der Abwicklung des durch den Verkehr zwischen ihm und dem Schuldner geschaffenen Rechtsverhältnisses Treu und Glauben und die Rücksicht auf die Verkehrsitte wahren“². Daraus ergibt sich auch, daß der durch einen anderen schuldhaft Verletzte sich zur Wahrung seines Schadenersatzanspruches nicht unbedingt allen Operationen unterziehen muß, sondern daß auch hier die Grundsätze von Treu und Glauben den Umfang der Operationspflicht bestimmen.

Das bürgerliche Recht hat davon abgesehen, die Verpflichtung zur Vornahme einer Operation durch eine spezielle Rechtsnorm als besonderen Rechtsgrund gesetzlich zu umschreiben. Es hat vielmehr nur vereinzelte Bestimmungen getroffen, aus denen eine solche Pflicht im Wege der Rechtsauslegung hergeleitet werden kann. So bestimmt das BGB. im § 254 Abs. 2, einer Vorschrift, auf die § 9 des Gesetzes über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen vom 3. V. 1909 verweist, daß die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Schadenersatzes davon abhängt, ob der Beschädigte es unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Nach § 183 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag vom 30. V. 1908 (RGBl. S. 263) hat der Versicherungsnehmer für die Abwendung und Minderung der Folgen des Unfalls nach Möglichkeit zu sorgen und dabei die Weisungen des Versicherers zu befolgen, soweit ihm nicht etwas Unbilliges zugemutet wird (Unfallversicherung). Nach § 62 des Gesetzes ist der Versicherungsnehmer verpflichtet, bei dem Eintritte des Versicherungsfalls nach Möglichkeit für die Abwendung und Minderung des Schadens zu sorgen und dabei die Weisungen des Versicherers zu befolgen (Schadenversicherung). Nach § 819 HGB. ist bei der Seeversicherung der Versicherte verpflichtet,

¹ So auch RG. in Gruchots Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts 35, 401; Fuld im Deutschen Verein für Versicherungswissenschaft in Recht 1909, 388.

² Dronke, a. a. O. S. 94.

wenn sich ein Unfall zuträgt, für die Abwendung größerer Nachteile tunlichst zu sorgen. Alle diese, auf einem einheitlichen Grundgedanken beruhenden Vorschriften lassen die Tendenz erkennen, daß die Interessen zwischen Verletzten und Schädiger bzw. zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer nach Treu und Glauben abzuwägen sind. Auf diesen Gesichtspunkt ist auch die Prüfung der Frage abzustellen, welches Maß und welche Art von Abwendungsmaßnahmen der Verletzte oder Versicherungsnehmer zu treffen hat, um entstandenen Schaden zu mindern.

Die Verweigerung operativen Eingriffs hat noch *Endemann*¹ „als mitwirkendes Verschulden des Verletzten“ abgelehnt, da das „Untätigbleiben des Verletzten, für den zu bestimmten Tuen oder Leisten keine Rechtspflicht bestehe, niemals dem Geschädigten als Schuld ausgelegt werden“ könne. *Endemann* leugnet auch, daß die Unterlassung operativen Eingriffs die Kausalität derartig unterbricht, daß der Verletzer von den durch das Unterbleiben der Operation bedingten weiteren Schadensfolgen befreit wird. Er geht für seine Auffassung von dem ausschließlichen Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper aus, das namentlich darin seinen Ausdruck finde, daß ohne Einwilligung des Kranken ein Arzt niemals eine Operation vornehmen dürfe. Es bedeutet nach *Endemann* auch eine „Umgehung des Rechts“, wenn durch Anerkennung einer Operationspflicht und der aus ihrer Verweigerung hergeleiteten Folgen ein „indirekter Zwang auf die anerkannte Freiheit der Selbstbestimmung ausgeübt“² wird. Diese Auffassung, die bei *Endemann* nicht zuletzt darin begründet ist, weil dem gemeinen Rechte eine dem § 254 Abs. 2 BGB. entsprechende positivrechtliche Bestimmung fehlte³, hat jedoch, selbst bereits vor Einführung des BGB., nicht zuletzt beeinflusst durch die auf dem Gebiete der Chirurgie fortschreitenden Ergebnisse der medizinischen Wissenschaft, einer anderen Rechtsbeurteilung Raum gegeben, die in der Operationsablehnung unter gewissen Voraussetzungen ein „mitwirkendes Verschulden“ des Beschädigten im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. erblickt. Dieses „mitwirkende Verschulden“ des Verletzten liegt allerdings nicht im Zeitpunkt der Entstehung des Schadens; von diesem Zeitpunkte spricht aber § 254 Abs. 1 BGB.; das Gesetz behandelt jedoch die Entstehung des Schadens allgemein und nicht lediglich die „des schädigenden Ereignisses“, umfaßt also unter dem Begriff „Entstehung des Schadens“ nicht nur die schädigende, den Ausgangspunkt der Haftung darstellende Handlung, sondern auch die weitere Entwicklung des Schadens und verlangt daher in Abs. 2 „die schadenmindernde Mitwirkung des Verletzten nicht bloß

¹ a. a. O. S. 71.

² *Endemann*, a. a. O. S. 95.

³ Jedoch hält *Endemann* in seinem Lehrbuche des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Note 14, I, 751. Berlin: 1903, nachdrücklichst an seiner Auffassung fest.

der schädigenden Grundursache selbst, sondern auch deren weiteren Wirkungen gegenüber“¹.

Für die Entfaltung des Persönlichkeitsrechts des Menschen am eigenen Körper nach der Richtung der ausschließlichen Verfügungsbefugnis wird als oberster Grundsatz anzuerkennen sein, daß die Ausübung dieses Rechts dort unzulässig ist, wo sie nur den Zweck haben kann einem anderen Schaden zuzufügen. Man wird daher mit dem Reichsgericht² in solchen Fällen, in denen die körperliche Integrität des Menschen in einer zum Schadensersatz verpflichtenden Weise berührt wird, vom Verletzten verlangen müssen, soll nicht ein Unterlassen als Verschulden gewertet werden, „daß er zur Heilung und Besserung seiner Krankheit, soweit er dazu imstande ist, die ihm sich anbietenden Mittel der medizinischen Wissenschaft zur Anwendung bringt“, gegebenenfalls sich operativen Eingriffen unterwirft. Schikane, Eigensinn, rücksichtslose, selbstsüchtige Ausnutzung der Haftung des Schadensersatzpflichtigen können die Weigerung selbst eines operativen Eingriffes nicht rechtfertigen; denn hier muß das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper seine Grenze finden³. Mit der Anerkennung solchen Grundsatzes wird das Recht der Persönlichkeit am eigenen Körper in seiner Grundidee keinesfalls berührt; denn solche Auffassung bedeutet nicht die Bejahung genereller Operationspflicht; sie stellt vielmehr eine Ausnahme dar und zwingt deshalb schon den Einzelfall ins Auge zu nehmen und bei Würdigung der konkreten Verhältnisse stets zu beachten, daß der Mensch Herr seines Körpers und seiner Glieder ist und daß § 254 BGB. ein Verschulden des Beschädigten, das hier im Unterlassen der Operation liegt, voraussetzt. Es sind daher „zugunsten des Beschädigten alle Tatsachen zu berücksichtigen, welche geeignet sind, eine Weigerung, wenn nicht als unbegründet, so doch als entschuldbar erscheinen zu lassen“⁴. In Abwägung dieser Momente hat das Reichsgericht, das wohl erstmalig in den beiden Urteilen vom 22. XII. 1890 und 30. I. 1891⁵ die Frage der Operationspflicht bejaht hat, eine Reihe von Richtlinien aufgestellt, die klar erkennen lassen, daß ein Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Menschen an seinem Körper nur dort statthaft ist, wo die Ablehnung der Operationsbehandlung einen offensichtlichen Ver-

¹ OLG. Köln in Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen 22, 90. — S. hierzu: *Dronke* a. a. O. S. 93 und *Staudinger*, Kommentar z. BGB. 2, Tl. I, 7. bis 8. Aufl., Note 2b zu § 254 und *Schollmeyer*, Recht der Schuldverhältnisse, Note 2 zu § 254. München: 1900.

² RGZ. 60, 147.

³ RGZ. 83, 15—19; a. A. *Endemann*, Lehrbuch, a. a. O. S. 605 selbst bei Verweigerung einer Operation aus „gewinnsüchtiger Absicht“.

⁴ RG. in Recht 1907, Nr 3621, 1461.

⁵ In *Seufferts Archiv* 46, Nr 189; in Strafsachen vertrat das RG. in seinem Urteile vom 6. III. 1895 den Standpunkt, daß „niemand gezwungen werden kann, eine Operation an seinem Körper vornehmen zu lassen“. RGSt. 27, 80.

stoß gegen die im Verkehr erforderliche Sorgfalt und gegen das „Recht auf Verkehrstreue“ bedeuten würde. Deshalb soll auch als „Regel gelten, daß der Verletzte nicht anders handeln darf, als es bei gleicher Gesundheitsstörung ein verständiger Mensch tun würde, der nicht in der Lage ist, die Vermögensnachteile, die ihm bei Fortdauer der Krankheit erwachsen, auf einen anderen abzuwälzen“. Das Verhalten eines vernünftigen und denkenden Menschen bildet also den Maßstab, der für die Beurteilung der Operationspflicht anzulegen ist, nicht also etwa die persönliche Auffassung und das persönliche Begehren des Schädigers. Dies erhellt auch daraus, daß § 183 des Gesetzes über den Versicherungsvertrag das Recht des Versicherers, dem Versicherungsnehmer zwecks Minderung der Unfallfolgen Weisungen zu erteilen, dahingehend beschränkt, daß diese dem Versicherungsnehmer nichts Unbilliges zumuten dürfen.

Ist aber das Verlangen gerecht, und unterläßt es der Verletzte, auf Wiederherstellung oder Besserung seiner Gesundheit Bedacht zu nehmen, so ist hierin ein Verschulden im Sinne von § 254 Ab. 2 BGB. bzw. eine Verletzung des § 183 Versicherungsvertragsgesetz zu finden¹. Im einzelnen macht das Reichsgericht², das seine Auffassung nunmehr in eine bestimmte abstrakte gesetzgeberische Form gegossen hat und damit nicht ein bloßes „Fallrecht“, sondern „Regelrecht“³ schafft, die Operationspflicht von einer Reihe von Voraussetzungen abhängig und bringt gerade durch die vorsichtig abgewogenen erheblichen Beschränkungen der Operationspflicht die Anerkennung des Rechts der Persönlichkeit auf Leib und Leben sichtbar zum Ausdruck.

Es gilt folgendes:

a) Die Operation muß gefahrlos sein, soweit nach dem jeweiligen Stande der ärztlichen Wissenschaft von einer Gefährlosigkeit gesprochen werden kann. Als gefahrvoll bezeichnet dabei das Reichsgericht alle Operationen, die im Gegensatze zu der bloß örtlichen Unempfindlichmachung — Fälle der sog. Lokalanästhesie — nur in der Chloroformnarkose vorgenommen werden können, weil bei solchen mit Sicherheit die Möglichkeit eines tödlichen Ausganges trotz sorgfältigster vorheriger Untersuchung der Körperbeschaffenheit des Leidenden im

¹ RG. v. 13. II. 1905 in RGZ. **60**, 147 ff.; ähnliche Gedanken auch bei Gruchot **35**, 401 und in Jur. Wschr. **1907**, 740; OLG. München in Seuff. Arch. **69**, 451 und Stuttgart in Seuff. Arch. **50**, 284; RG. in Jur. Wschr. **1912**, 136; *Schläger*, Jur. Rundschau **1929**, 93—94; *Lindemann-Soergel*, BGB. 2. Aufl. 1923 zu § 254 S. 275; *Gerhard-Hagen* usw.: Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz Berlin, **1908**, 293 und 727 ff.; *Bruck*, Kommentar zum Versicherungsvertragsgesetz 1926, 5. Aufl., Note 3 zu § 183; RG. vom 27. II. 1906 in VA. **06**, 61; 3. IV. 06 in VA. **06**, 60; 20. XI. 1911 in VA. **12**, 67, OLG. Königsberg v. 16. II. 1912 in VA. **13**, 59.

² RGZ. **83**, 15 ff.

³ *Zitelmann*, Arch. f. Bürg. Recht **40**, 223 unter Bezugnahme auf Neukamp in: *Zitelmann-Festschrift* S. 6 ff.

voraus nicht auszuschließen ist¹. *Zitelmann*² sieht jede Allgemeinnarkose als gefährvolle Operation an; die gleiche Eigenschaft weist er auch der Unempfindlichmachung nur der unteren Körperhälfte durch Einspritzung ins Rückenmark — sog. Lumbalanästhesie — zu.

b) Die Operation darf bei ihrer Vornahme und bei der späteren Nachbehandlung nicht mit nennenswerten Schmerzen verknüpft sein, weil dem Verletzten, der überhaupt nur durch eine von dem Schadensersatzpflichtigen zu vertretende Tatsache in die Lage gebracht worden ist, sich besonderen Maßnahmen zur Wiederherstellung zu unterwerfen, nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann, zu diesem Behufe auch noch beträchtliche Schmerzen auf sich zu nehmen. Die Fixierung von Schmerzen als „beträchtlich“ oder „nennenswert“ ist für den Richter eine nicht leichte, auch von subjektiver Empfindlichkeit nicht freie Ermessensfrage³.

c) Die Operation muß eine beträchtliche Verbesserung der Leistungsfähigkeit des Verletzten erwarten lassen, also entweder eine völlige Wiederherstellung oder wenigstens eine sehr erhebliche Steigerung seiner Erwerbsfähigkeit⁴.

d) Endlich muß der Schadensersatzpflichtige dem Verletzten gegenüber sich bereit erklären, die Operation auf seine Kosten und durch sachkundige Personen ausführen zu lassen oder die Kosten der Operation vorzuschießen.

Sind diese in sorgfältiger Prüfung zu beurteilenden Voraussetzungen gegeben, so ist der Verletzte, will er nicht seines Anspruchs verlustig gehen, gehalten, sich operieren zu lassen; allerdings können gewisse, im Einzelfalle gegebene Umstände, die der Verletzte darzutun hat, ihn abhalten, sich der Operation zu unterwerfen; denn Unbilliges kann ihm nicht zugemutet werden (§ 183 Versicherungsvertragsgesetz).

Hierbei spielt auch das subjektive Empfinden⁵, namentlich über die Schwere und Gefährlichkeit der Operation eine Rolle; doch werden übergroße Ängstlichkeit oder Empfindlichkeit eine Weigerung nicht rechtfertigen können⁶. Mangel an Selbstbeherrschung bedeutet nicht

¹ Verweigerung der Abnahme eines Fingergliedes an der linken Hand: In der Regel mitwirkendes Verschulden, R.G. in Jur. Wschr. **1912**, 136; Verweigerung einer Bauchoperation bedeutete nach *Soergel* kein Mitverschulden, „wenn auch nur bei $\frac{1}{20}$ der Operierten Rückfall eintritt“; BGB. 3. Aufl. S. 372. Berlin 1926.

² Arch. f. bürgerl. Recht **40**, 213—223; s. auch *Hoeniger* in Dtsch. Jur.-Z. **1916**, 173 ff.

³ Siehe hierzu: *Zitelmann*, a. a. O., S. 223.

⁴ R.G. in Leipziger Z. für Deutsches Recht **1916**, 605 (Wiedererlangung der Arbeitsfähigkeit bei einem Leistenbruch).

⁵ R.G. in Jur. Wschr. **1906**, 206; s. auch OLG. München in Seuff. Arch. **69**, Nr 242, 453—454.

⁶ R.G. in Jur. Wschr. **1907**, 740; Recht **1907**, 1461, Nr 3621; Seuff. Arch. **63**, Nr 199; Dtsch. Jur.-Z. **1908**, 137.

ohne weiteres ein Verschulden, sondern nur dann, wenn dieser Mangel auf Verschulden beruht¹. Bei einfachen Leuten werden das an den Verletzten gerichtete Verlangen des Arztes, bei operativer Behandlung auf Schadenersatzansprüche zu verzichten, und die dadurch gesteigerte Ängstlichkeit und das hervorgerufene Mißtrauen eine Weigerung begründen können, wie auch subjektive Vorstellungen von der Schmerzhaftigkeit des Eingriffs dann Berücksichtigung verdienen, wenn gerade durch diese Einbildung die Gefahr für das Leben und die Gesundheit des Verletzten in bedenklichem Grade erhöht oder der Erfolg des ärztlichen Eingriffs in Frage gestellt wird²; auch wird das Alter des Verletzten sowie die Einwirkung der Operation auf seinen allgemeinen Körperzustand zu berücksichtigen sein³. Bei widersprechenden Meinungen der behandelnden Ärzte über die Gefährlichkeit und Erfolgsaussicht der Operation wird ein chirurgischer Eingriff dem Verletzten nicht zugemutet werden können, namentlich dann nicht, wenn der Kranke Veranlassung hat, dem von einer Operation abrätenden Arzte „alles Vertrauen entgegenzubringen“⁴. Steht allerdings die Meinung eines der Ärzte mit den Regeln der ärztlichen Wissenschaft und dem Gutachten maßgeblicher Autoritäten über die Gefährlichkeit des Eingriffs im Widerspruch, so ist der Meinungsstreit für die Frage der Operationspflicht bedeutungslos, sofern nicht auch hier die Sachlage im Verletzten Ängstlichkeit und Bedenklichkeit hervorgerufen hat⁵.

Unterwirft sich der Verletzte der Operation, und führt diese *nicht zum beabsichtigten Erfolge*, mag nun die Ursache hierfür in unvorhersehbaren Gründen oder in falscher ärztlicher Behandlung liegen, so wird hierdurch der Zusammenhang zwischen der Verletzung und dem Schaden nicht aufgehoben; die etwa eintretenden Verschlimmerungen des Krankheitszustandes müssen von dem Schädiger, auf den die Verletzung zurückzuführen ist und der den Pflichtigen zur Operation aufgefordert hat, vertreten werden⁶; denn als „ärztliche Behandlung, die der vom Schädiger schuldhaft Verletzte benötigt, kommt in ihrer kausalen Beziehung zum Verschulden des Schädigers nicht eine solche in Frage, die abstrakt beurteilt das Richtige trifft, sondern nur diejenige, die der Verletzte nach seinen persönlichen und den sonstigen Verhältnissen tatsächlich unbedenklich in Anspruch nehmen darf“⁷.

¹ RG. in Recht **1915**, Nr 297.

² RG. in Gruchot **35**, 401.

³ RG. in Jur. Wschr. **1908**, Nr 10, 329 und OLG. Köln bei *Behrend*, in Z. f. d. ges. Versicherungswissenschaft **7**, 127.

⁴ RG. in Leipziger Z. **1918**, 153—154.

⁵ *Kirchner*, Gesetz über den Verkehr mit Kraftfahrzeugen 1910 zu § 9 Note 10 und RG. im Seuff. Arch. **46**, Nr 189.

⁶ RG. in Jur. Wschr. **1911**, Nr 9, 754; **1913**, Nr 7, 322; **1921**, Nr 3, 741.

⁷ S. auch *Ebermayer*, Arzt und Patient in der Rechtsprechung, S. 199. Berlin 1925.

Auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechtes ist die Frage der Operationspflicht auch im *Rahmen des Familienrechtes* für das Verhältnis der Ehegatten zueinander von praktischer Bedeutung. Nach § 1353 BGB. sind die Ehegatten einander zu *ehelicher Lebensgemeinschaft* verpflichtet. Aus dieser Verpflichtung ergibt sich zunächst die Pflicht der Ehegatten, alle Hindernisse auszuräumen, die der Gemeinschaft entgegenstehen. Ob allerdings das im § 1353 BGB. umschriebene Wesen der Ehe soweit geht, eine Ehefrau, die konzeptionsunfähig ist, für verpflichtet zu halten, die Konzeptionsunfähigkeit auf operativem Wege zu beseitigen, wenn nicht durch Unterlassung eine zur Scheidung berechtigende schwere Verletzung der durch die Ehe begründeten Pflichten (§ 1568 BGB.) oder eine Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens herbeigeführt werden soll, ist in der Rechtsprechung bisher nicht zur Entscheidung gelangt. Wohl aber hat das Reichsgericht¹ in mehreren Erkenntnissen ausgehend von der von ihm bejahten Frage, ob ein Ehegatte verlangen kann, daß der andere, von ihm getrennt lebende Ehegatte sich zwecks Heilung eines Leidens, das die Herstellung der häuslichen Gemeinschaft hindert, in eine Heilanstalt begeben, den Grundsatz aufgestellt², daß, wie im Schuldrecht Treu und Glauben, so im Eherecht das sittliche Wesen der Ehe die Grundlage bildet, von der bei Auslegung des Gesetzes und der Beurteilung der Rechtsverhältnisse der Ehegatten untereinander auszugehen ist³. Nimmt man diese von *Endemann*⁴ scharf kritisierte Analogie und erkennt als wesentlichen Ehezweck die Erzeugung von Kindern an, so wird man eine Operationspflicht der Ehefrau zur Behebung ihrer Konzeptionsunfähigkeit bejahen müssen. Man wird jedoch hierbei ähnliche Voraussetzungen aufstellen müssen, wie sie zur Ausräumung „mitwirkenden Verschuldens“ im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. durch das Reichsgericht normiert worden sind. Auch wird hier der Einzelfall besonders scharf beurteilt und geprüft werden müssen, ob nicht das Verlangen des Mannes, wofür die Frau beweispflichtig ist⁵, nur ein Vorwand und ein Mißbrauch seines Rechtes darstellt. Dies wird z. B. dann angenommen werden müssen, wenn dem

¹ RGZ. 51, Nr 44; 59, Nr 74; hiergegen mit scharfer Kritik von *Seeler*: Verurteilung eines Nervenkranken zur Duldung eines Heilverfahrens (Glossen z. Praxis des RG.) 1908, 105, der von einer „beispielslos dastehenden Unterdrückung der persönlichen Freiheit“ spricht; s. auch Reichsgerichtsrätekomm. 6. Aufl., Note 2, S. 65 zu § 1353.

² RGZ. 95, 330.

³ Siehe hierzu *Laband* in Dtsch. Jur.-Z. 1903, 69; OLG. Naumburg in Rechtsprechung der OLG. 15, 398 und *Hörle* in Arch. f. bürgerl. Recht 31, 113ff.

⁴ *Endemann*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts 2, 293, Note 15 (1908), Berlin: „Man darf schwerlich so weit gehen, daß jeder, der eine Ehe schließt, mit Leib und Leben dem Ehezwecke als Sklave verfällt.“ „In rein sittliche Entschlüsse darf die Rechtsordnung nicht eingreifen.“

⁵ RGZ. 95, 330.

Manne die Konzeptionsunfähigkeit der Frau vor Eingehung der Ehe bekannt war und er ihre Beseitigung als Bedingung eines Eheschlusses niemals gefordert hat; denn bei solcher Sachlage muß sich der Ehegatte mit der „Eigenart und den Schwächen des anderen Ehegatten abfinden“¹. Auch wird die Frage verschieden beurteilt werden müssen je, nachdem ob schon Kinder vorhanden sind oder nicht. Auch wird man erwägen müssen, ob nicht ein operativer Eingriff die eheliche Lebensgemeinschaft, statt sie enger zu fügen, zerreißt oder mindert, was beispielsweise zu befürchten wäre, wenn die Operation eine im Bereich des Möglichen liegende ungünstige Wendung nehmen oder ein dauerndes Siechtum herbeiführen würde. Jedenfalls wird man sagen müssen, daß eine Verpflichtung zu einer lebensgefährlichen Operation keineswegs anerkannt werden kann. Diese Auffassung teilen auch *Kipp-Wolff*² und *Staudinger*³, während *Plank*⁴ jeden operativen Eingriff ablehnt. *Goldschmidt*⁵ hält kleinere Eingriffe, auch wenn sie mit mäßigen Schmerzen verbunden sind, für zulässig und verpflichtet eine Ehefrau, die an sog. Vaginismus leidet, die erforderliche Incision oder Excision des Hymen zu dulden⁶. Soweit daher eine Verpflichtung zur Duldung einer Operation besteht und diese Pflicht verletzt wird, ist für den anderen Ehegatten die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens gegeben. Das auf Herstellung lautende Urteil ist zwar nicht vollstreckbar, wohl aber bildet es die Grundlage für eine spätere, auf § 1567 Abs. 1, Abs. 2, Ziff. 1 (Quasidesertion) bzw. § 1568 BGB. (Verletzung der ehelichen Pflichten) sich gründende Scheidungsklage⁷.

Schließlich spielt die Frage der Duldung operativen Eingriffs im Rahmen des bürgerlichen Rechtes noch dort eine Rolle, wo der gesetzliche Vertreter und Inhaber der Personenfürsorge die Zustimmung zur Operation seines *minderjährigen Kindes* verweigert. Allerdings scheidet

¹ R.G. in Jur Wschr. 1911, 812.

² *Kipp-Wolff*, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, 2, 100 (1920), 2. Abt. Marburg.

³ *Staudinger*, Familienrecht 4, 9. Aufl. Note 1 zu § 1353; s. auch *Goldmann-Lilienthal-Sternberg*, Das BGB, 3, 61. Berlin: 1921.

⁴ *Plank*, Kommentar zum BGB. 4, 4. Aufl., Note 10 zu § 1354. Berlin und Leipzig: 1928.

⁵ *Goldschmidt* a. a. O.

⁶ Solcher Zustand wird heute durch Hypnose und Psychotherapie behoben.

⁷ Für das kath. Eherecht gilt der Grundsatz, daß jeder Ehegatte verpflichtet ist, „an sich jene Mittel anwenden zu lassen, die nach dem Urteile der Ärzte geeignet sind, ihm zur Erfüllung der im Eheschließungsvertrage dem Mitgatten versprochenen Leistung (Actus per se aptos ad prolis generationem) fähig zu machen“. Aber auch hier scheiden Operationen aus, welche mit der Gefahr des Todes oder einer schweren Krankheit erfahrungsgemäß verbunden sind; „denn zu heroischen Taten ist kein Mensch verpflichtet, Schmerzen oder sonstiges Ungemach muß man aber hinnehmen“. — So *Trieb's*, Praktisches Handbuch des geltenden kanonischen Eherechts usw. 2. Teil, S. 298. Breslau: 1927. Dort auch weitere Einschränkungen unter Angabe kirchlicher Entscheidungen.

die Problemfrage dann aus, wenn der Minderjährige solche Verstandesreife, geistige Veranlagung und Entwicklung besitzt, daß er die Tragweite, insbesondere Gefährlichkeit und Ersprißlichkeit einer Operation oder der zum operativen Eingriff an den Arzt abzugebenden Einwilligungserklärung, die keinen rechtsgeschäftlichen¹, sondern nur einen tatsächlichen Akt behandelt, erkennt; denn in solchen Fällen wird die Einwilligungserklärung des Minderjährigen genügen. Man kann hier nicht sagen, daß die Sorgepflicht für die Person des Minderjährigen so weit geht, dem gesetzlichen Vertreter eine ausschließliche und uneingeschränkte Verfügung über die körperliche Integrität des Pflegebefohlenen einzuräumen und diesem jedes Selbstbestimmungsrecht zu entziehen^{2,3}; denn die Einwilligungserklärung ist nicht zivilrechtlicher Natur, da sie sich auf ein Rechtsgut erstreckt, über das keine Möglichkeit der Verfügung besteht, da der menschliche Körper nicht Sache ist. Die Bedeutung der Erklärung liegt daher nur im Gebiete der Willenssphäre. Bei minderjährigen Personen besteht aber gegebenenfalls solche Willenssphäre; denn nach § 3 des JGG. sind Jugendliche, d. h. über 14, aber noch nicht 18 Jahre alte Personen (§ 1 a. a. O) für die von ihnen begangenen, mit Strafe bedrohten Handlungen strafrechtlich verantwortlich, wenn sie zur Zeit der Tat nach ihrer geistigen oder sittlichen Entwicklung fähig waren, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder ihren Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. Es wäre eine von der Rechtsordnung nicht gewollte Ungleichheit der Behandlung, wollte man den Jugendlichen die Beachtlichkeit ihres freien Willens nur dort gewähren, wo die Freiheit ihrer Willensentschließung sie zu strafrechtlichen Konflikten führt und dort versagen, wo die Nichtbeachtlichkeit ihres Willens das dem Menschen von Natur gegebene Selbstbestimmungsrecht über seinen Körper berührt. Man wird dem Satze von *Cohn*⁴: „Die Beachtlichkeit des Willens des Jugendlichen muß proportional sein seiner Verantwortlichkeit“, zustimmen müssen. Liegt daher auf seiten des Minderjährigen, soweit er das 14. Lebensjahr erreicht hat⁵, die zur Erkenntnis der Einwilligungserklärung erforderliche geistige

¹ RGSt. 41, 395; RG. in *Warneyer*, Erg. 1911, Nr 398. *Oertmann*, Kommentar zum BGB. 2. Aufl., Anmerkung 7d zu § 823; *Galli*, in *Recht* 9, 127. *Lilienthal*, Die pflichtmäßige ärztliche Handlung in Festgabe für *C. I. Becker* 1899, 43; a. A. *Zitelmann* in *Arch. f. zivilistische Praxis* 99, 42ff. und *Schick*, a. a. O., S. 51.

² So Reichsgerichtsrätekomm. 1, Note 2 zu § 106; *Staudinger*, 1, Note 7 zu § 107; a. A. RG. in *Jur. Wschr.* 1907, 505; 1911, 748.

³ a. A. *Brückmann* in *Z. f. d. ges. Strafrechtswissenschaft* 24, 700, der von der Bedeutung des Willens des Pat. in zivilrechtlicher Hinsicht ausgeht und daher nur den Willen des gesetzlichen Vertreters maßgebend sein läßt.

⁴ *Cohn*, in *Gerichtssaal* 73, 354 und *Finger*, *Lehrbuch des Strafrechts* 1, 417.

⁵ Bei Minderjährigen über 18 Jahren wird die geistige Reife meistens zu bejahen sein. Siehe auch *Gareis* in Festgabe, a. a. O., S. 99 und *Goldschmidt*, S. 18.

und sittliche Reife vor, so ist für die Frage der Vornahme oder Nichtvornahme einer Operation nur der Wille des Jugendlichen maßgebend. Weigert er sich dann zur Operation, so wird diese Weigerung selbst bei Zustimmung des gesetzlichen Vertreters mit Rücksicht auf das Recht des Minderjährigen am eigenen Körper zu beachten und die Operation zu unterlassen sein. Ist dagegen die Einwilligung des gesetzlichen Vertreters erforderlich, weil der Minderjährige, was wohl bei Kindern unter 14 Jahren meist, wenn auch nicht immer der Fall sein wird, die Verstandesreife nicht besitzt und wird die Einwilligung vom gesetzlichen Vertreter verweigert, so entsteht die Frage, ob diese Weigerung rechtsbedeutend ist oder nicht.

Das Kammergericht hat in einem Beschlusse vom 12. Juni 1914¹ unter gewissen Voraussetzungen die Ablehnung der Einwilligung zur Operation als *Vernachlässigung des Personenrechts* oder als *Mißbrauch dieses Rechts* bezeichnet und das Vormundschaftsgericht gemäß § 1666 Abs. 1 BGB. ermächtigt, die Personenfürsorge in solchem Einzelfalle dem gesetzlichen Vertreter zu entziehen und das Bestimmungsrecht bezüglich der Operation auf einen nach § 1909 BGB. zu bestellenden Pfleger zu übertragen. Dabei hat das Kammergericht in entsprechender Anwendung der vom Reichsgericht aufgestellten Grundsätze die Verweigerung der Zustimmung als Vernachlässigung oder Mißbrauch im Sinne des § 1666 BGB. jedoch nur dann anerkannt, wenn es sich um eine weder mit Lebensgefahr noch mit dauernder Schädigung des Körpers verbundene Operation handelt, auch die Kosten der Operation und der späteren Pflege gesichert sind. Das Kammergericht hebt noch besonders hervor, daß bei nicht gefahrloser Operation „gegen einen widersprechenden Gewalthaber nur mit äußerster Vorsicht vorgegangen werden“ kann und daß auch „psychische Imponderabilien bei Beurteilung des Verhaltens des Gewalthabers zu berücksichtigen sind“. Als solche erwähnt das Kammergericht „Rücksichten, die auf die Lebensgemeinschaft in der Familie zu nehmen“ sind; auch sollen „Erwägungen, die dem Gebiete des Seelen- und Gemütslebens angehören und Geboten des Sittengesetzes entsprechen“, in Berücksichtigung gezogen werden. Diesem auch in der Literatur² anerkannten Standpunkte ist unbedenkliche Zustimmung zu erteilen, zumal er in sorgfältigster Form die Interessen miteinander abwägt und dem Erziehungsrecht die Erziehungspflicht gegenüberstellt, die dahin aufgefaßt werden muß, dem Kinde eine „gesundheitliche Position zu schaffen, die dieses für einen späteren Lebensberuf befähigt“.

Durch die Einwilligungserklärung des Sorgeberechtigten zu einer

¹ Kammergericht in Johow 46, 45.

² Staudinger, Familienrecht 9. Aufl. 1926, 1109; Reichsgerichtsratekomentar 4, 415, Note 2 zu § 1666 BGB.

beim nichtverstandesreifen Minderjährigen vorzunehmenden Operation greift zwar der Sorgeberechtigte in das Persönlichkeitsrecht des Minderjährigen an seinem Körper ein; diesen Eingriff muß aber der Minderjährige, sofern er keinen anerkannten Willen hat, dulden.

Auf der Grenze des bürgerlichen und öffentlichen Rechts bewegt sich die Frage der *Operationspflicht des Versicherungsnehmers gegenüber dem Versicherer*. Dabei handelt es sich hier nicht um den auf Grund des Gesetzes über den Versicherungsvertrag begründeten Minderungsanspruch des Versicherers bei Weigerung des Versicherungsnehmers zur Operation. Gegenstand der Behandlung ist vielmehr die Prüfung der Operationspflicht des nach öffentlich-rechtlichen Gesichtspunkten Versicherten. Die Behandlung an dieser Stelle empfiehlt sich auch um deswillen, weil das Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Versicherer ein dem Verhältnis des Verletzten zum Schädiger im Sinne des § 254 Abs. 2 BGB. Ähnliches ist. Die Ähnlichkeit führt auch hinsichtlich der Operationspflicht zur Aufstellung gleicher Grundsätze, wie diese im Rahmen des § 254 Abs. 2 BGB. maßgebend sind. Dafür bietet auch die Gleichheit der gesetzlichen Normen, wenn auch nicht ihrem Wortlaute, so doch ihrem Sinne nach berechtigten Anlaß. Als maßgebliche Bestimmungen der Reichsversicherungsordnung sind zu verzeichnen:

a) Für das Gebiet der *Krankenversicherung*: § 192: Die Satzung kann Mitgliedern das Krankengeld ganz oder teilweise versagen, wenn sie sich eine Krankheit vorsätzlich zugezogen haben.

b) Für das Gebiet der *Unfall-* (Gewerbe-, landwirtschaftliche und Seeunfall) *versicherung*: § 606, auf den in § 952 (Landwirtschaftliche Unfallversicherung) bzw. in § 1114 (Seeunfallversicherung) verwiesen wird: Hat der Verletzte eine Anordnung, die das Heilverfahren betrifft, ohne gesetzlichen oder sonst triftigen Grund nicht befolgt und wird dadurch seine Erwerbsfähigkeit ungünstig beeinflusst, so kann ihm der Schadensersatz auf Zeit ganz oder teilweise versagt werden, wenn er auf diese Folge hingewiesen worden ist.

c) Für das Gebiet der *Invaliden- und Hinterbliebenenversicherung*: § 1272 bzw. § 1306: Entzieht sich eine Erkrankter — ein Rentempfänger — ohne gesetzlichen oder sonst triftigen Grund dem Heilverfahren und wäre die Invalidität durch das Heilverfahren voraussichtlich verhütet worden — und verhindert er dadurch die Beseitigung der Invalidität —, so kann die Rente auf Zeit ganz oder teilweise versagt — ihm entzogen — werden, wenn der Erkrankte — er — auf diese Folge hingewiesen worden ist.

Die vorerwähnten Normen sehen zwar davon ab, eine Operationspflicht gesetzmäßig zu fixieren; sie lassen aber klar erkennen, daß auch im Gebiete der RVO. der Versicherte verpflichtet ist, zur Wahrung

einer gerechten Interessenabwägung zwischen ihm und dem Versicherer den Versicherungsfall in seinem Ausmaß zu mindern und die Unfallfolgen nach Möglichkeit zu beseitigen. Allerdings ist zutreffend, daß das *Reichsversicherungsamt*¹ in Abweichung von den vom *Reichsgericht* vertretenen Grundsätzen in einer nach „*Zitelmann*² auf die Länge nicht erträglichen Verschiedenheit“ in seinem Erkenntnis vom 28. X. 1892 den Standpunkt eingenommen hat, daß „jede Operation die Einwilligung des Verletzten unbedingt erfordert“ und daß „die Erteilung dieser Einwilligung sein freies Recht ist, auf welches die Gesetze weder der Berufsgenossenschaft noch sonst irgend jemandem eine Einwirkung einräumen“. Dabei verkennt das Reichsversicherungsamt nicht, daß dieser „Eigenwille eines Verletzten die Vermögensinteressen der Berufsgenossenschaft schädigt“; aber die „Rücksicht auf bloße Vermögensinteressen“ darf nach den Ausführungen des Reichsversicherungsamtes „nicht dazu verleiten, in die freie Willensbestimmung einer Person in der Weise einzugreifen, daß als Folge der Weigerung des Verletzten, eine Operation an sich vornehmen zu lassen, die Einstellung oder die Minderung einer bis dahin gewährten Rente angeordnet wird; denn es stehen sich hierbei Dinge gegenüber, die eine Vergleichung miteinander ausschließen: auf der einen Seite das Geldinteresse der Berufsgenossenschaft, auf der anderen die Freiheit, über Leben und Gesundheit zu verfügen. Auch das Urteil eines Sachverständigen, daß die Operation eine kleine und ungefährliche sei, kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß es die Ausübung eines unzulässigen Zwanges ist, wenn die Duldung eines solchen Eingriffs verlangt wird“. Dieser auch von *Fuld*³ vertretene Standpunkt, der selbst die Verpflichtung zur Vornahme einer kleinen und ungefährlichen Operation verneint, ist jedoch heute als überholt zu bezeichnen. Zwar hat das Reichsversicherungsamt eine ausdrückliche abweichende Entscheidung bisher nicht getroffen; wohl aber lassen eine Reihe von Entscheidungen erkennen, daß auch das *Reichsversicherungsamt* seine generell ablehnende Auffassung aufgegeben hat. So erklärt das Reichsversicherungsamt⁴ in einer Rekursentscheidung vom 3. XI. 1903 in Bestätigung seines früheren Erkenntnisses vom 22. IV. 1901⁵ die Punktion eines Wasser-

¹ Zitiert bei *Endemann*, Die Rechtswirkungen usw. S. 127 in Rekursentscheidungen des RVA. 1893/94, Ziff. 106; s. auch RVA. in AN. 1888, Ziff. 552, 553; 1893, Ziff. 1213; 1894, Ziff. 388; in Rekursentscheidungen des RVA. 1888/89, 3, Ziff. 70; 1893/94, 7, Ziff. 111.

² In Arch. f. bürgerl. Recht 40, 228.

³ Behandlungs- und Operationspflicht in Z. f. d. ges. Versicherungswissenschaft 9, 528 und in Recht 1909, 388.

⁴ Zitiert bei *Becker*, Lehrbuch der ärztlichen Sachverständigentätigkeit für die Unfall-Gesetzgebung, 7. Aufl., S. 25. Berlin: 1914.

⁵ Zitiert bei *Breithaupt*, Rechtsprechung des RVA. S. 265, Ziff. 6. Berlin: 1912.

bruchs nicht als eine Operation, der sich der Verletzte nicht zu unterziehen braucht. Das Reichsversicherungsamt begründet seine Auffassung damit, daß das „Aufstechen des Wasserbruchs durchaus gefahrlos sei“, gewöhnlich bei ambulanten Patienten ausgeführt werde, jedenfalls weniger schmerzhaft als ein Einschnitt in entzündete Gewebe oder das Ausziehen eines Zahnes und mit größter Wahrscheinlichkeit den Verletzten von den Störungen durch den Wasserbruch befreie und ihn arbeitsfähig mache“. Hier werden schon die gleichen Gedanken vertreten, wie sie die reichsgerichtliche Rechtsprechung beherrschen. Allerdings betrachtet das Reichsversicherungsamt die Punktion des Wasserbruchs nicht als Operation im Sinne „des Gesetzes“. Aber daß das Reichsversicherungsamt Operationen nicht generellhin als Maßnahmen des Heilverfahrens abgelehnt wissen will, erweist seine Entscheidung vom 25. X. 1916¹, in der es die Frage, ob ein Verletzter zur Duldung einer Operation im Einzelfalle verpflichtet ist oder nicht, als eine „von den Umständen des Falles abhängige Frage“ hinstellt, damit also Fälle operativen Eingriffs anerkennt. Auch wird von dem Reichsversicherungsamt dem Verletzten die Verpflichtung auferlegt, das Freilegen und die Reinigung einer Wunde, das Aufschneiden von Geschwüren und das Entfernen abgestorbener Knochensplitter² zu dulden, also Maßnahmen zu gestatten, die allerdings in erster Linie erst die ordnungsmäßige Weiterbehandlung ermöglichen sollen, aber doch den menschlichen Körper in seiner Integrität berühren.

Nach alledem darf man sagen, daß auch das *Reichsversicherungsamt* geringfügige, nicht mit starken Schmerzen verbundene, nach menschlichem Ermessen gefahrlose und ohne Allgemeinnarkose vorgenommene ärztliche Maßnahmen für zulässig und den Verletzten für verpflichtet hält, solche Maßnahmen an seinem Körper zu dulden. Allerdings hält das *Reichsversicherungsamt*³, soweit seine Rechtsprechung ermittelt werden konnte, in Übereinstimmung mit dem Schrifttum⁴

¹ In AN. 1917, Ziff. 2947.

² Siehe jedoch Rekursentscheidungen des RVA. 1893/94, Ziff. 13.

³ RVA. v. 28. IX. 1888 in Rekursentscheidungen des RVA. 1888/89, 3, Ziff. 42, (Exartikulation des linken Mittelfingers), v. 30. IX. 1888 a. a. O. Ziff. 131 (Teilamputation des Mittelfingers der linken Hand), v. 17. XII. 1888 a. a. O. Ziff. 147, (Amputation des Zeigefingers der rechten Hand), vom 30. V. 1892 a. a. O. 1891/92, 4, Ziff. 35 (Armoperation).

⁴ Hoffmann, Kommentar zur Krankenversicherung, 7. Aufl. S. 89, Berlin: 1927; Schulz, Die RVO., 6. Aufl., S. 422, Berlin: 1925; Isenbart und Spielhagen, Kommentar zum Krankenversicherungsgesetz, 2. Aufl., Note 11, S. 270, Berlin: 1913; Hoffmann, Gewerbeunfallversicherungsgesetz, 3. Aufl., S. 76, Berlin: 1906; Rosin, Recht der Invaliden- und Altersversicherung, 2, 999, Berlin: 1905; Stier-Somlo, Kommentar zur RVO., S. 606, München: 1913; Reich, Taschenbuch der Sozialversicherung, 3. Aufl., S. 51, Stuttgart; Fischer, Die heutige Sach- und Rechtslage in der Deutschen Reichsunfallversicherung, S. 51, Berlin: 1919;

an dem Satze fest, daß Operationen nicht geduldet zu werden brauchen, die „in den Bestand und die Unversehrtheit des Körpers eingreifen“. Dieser Satz ist nicht gerade gemeinverständlich; er kann jedoch an Hand der diesen Satz betonenden Entscheidungen nur darin ausgelegt werden, daß er solche Operationen umfaßt, die dem menschlichen Körper Teile desselben nehmen, also namentlich zu Amputationen führen. In diesem Punkte steht allerdings die Auffassung des *Reichsversicherungsamtes* zur Rechtsprechung des *Reichsgerichts* noch in merkwürdigem Widerspruch, da letzteres die Weigerung des Verletzten, sich beispielsweise an der linken Hand ein Fingerglied abnehmen zu lassen, in der Regel als mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254, Abs. 2 BGB. bezeichnet¹. Wenn man aber bedenkt, daß das *Reichsversicherungsamt* seiner Entscheidung aus dem Jahre 1892 im Laufe der Zeit bereits erhebliche Konzessionen gebracht hat und daß auch das moderne *Schrifttum*² immer wieder auf die Rechtsprechung des *Reichsgerichts* verweist und auch für das öffentliche Versicherungsrecht eine „Eindämmung der Scheu und Abneigung vor Operationen auch im Interesse des Verletzten für durchaus geboten erachtet“³, so steht zu erwarten, daß das *Reichsversicherungsamt*, falls es zur Frage wieder Stellung nehmen wird, die Auffassung des *Reichsgerichts*, der psychologische Verständnis, menschliches Mitgefühl und Achtung vor der Würde des Menschen als Persönlichkeit nicht abzustreiten ist, in vollem Umfange teilen wird. Es wird dann, wie dies das *Schrifttum*⁴ bereits tut, die Frage der Operationsduldungspflicht auf den Maßstab eines „verständigen Menschen“, der nicht in der Lage ist, die Unfallfolgen auf dritte Personen abzuwälzen, abstellen. Bei der Gleichheit der Rechtsidee ist auch nicht einzusehen, aus welchen Gründen das Ablehnungsrecht des Versicherten zur Vornahme gefahrloser Operationen im öffentlichen Versicherungsrecht anderer Beurteilung unterzogen werden soll, als im bürgerlichen Rechte. Diese Auffassung gewinnt auch noch darin eine Stütze, als nach § 19, Abs. 2 des *Reichsversorgungsgesetzes* vom 30. VI. 1923 auch dieses eine Operationspflicht anerkennt und nur die Duldung solcher Operationen verneint, die einen erheblichen Eingriff in die körperliche Unversehrtheit bedeuten.

Im Gebiete des öffentlichen Rechtes weist das Selbstbestimmungs-

s. jedoch *Reichardt*, Einführung in die Unfall- und Invaliditätsbegutachtung, 2. Aufl., S. 132—133, Jena: 1921, der den Standpunkt des RVA. nicht zu seinem eigenen macht.

¹ R.G. in Jur. Wschr. 1912, 136.

² *Reichardt* a. a. O.; *Fischer* a. a. O.; *Joachim-Korn*, Deutsches Ärzterecht 2, 847, Berlin: 1911.)

³ *Fischer* a. a. O.

⁴ Siehe *Hoffmann*, Kommentar zur Krankenversicherung a. a. O. S. 89; *Rumpf*, Ärzte und RVO. S. 93, Bonn: 1912.

recht der Persönlichkeit über den eigenen Körper stärkere Durchbrechungen auf, als solche im bürgerlichen Rechte zu verzeichnen sind. Dies ergibt sich schon aus Ziel und Zweck des Staates, der zur Erreichung eines geordneten Zusammenlebens seiner Bürger vom einzelnen Untertan Übernahme von Pflichten verlangen muß. Im Staate ist der einzelne dem Staatsganzen untergeordnet; denn über dem individuellen Rechte des Einzelnen steht das Recht der Gemeinschaft. „*Salus publica suprema lex*“. Jedoch sind auch diesem Rechte des Staates Schranken gewiesen. Auch für den Staat ist die Freiheit der persönlichen Selbstbestimmung ein zu beachtendes Unrecht menschlicher Persönlichkeit; in diese verfassungsmäßig (Art. 114, Abs. 1, Weimarer Verfassung) verbürgte Freiheit der menschlichen Person darf der Staat nur höherer allgemeiner Interessen wegen eingreifen. In Ausfluß solchen Rechts kann der Staat die Befugnis des Menschen zur ausschließlichen Verfügung über seinen Körper beschränken, namentlich auch den menschlichen Körper operativen Eingriffen unterwerfen, sogar nötigenfalls etwaigen Widerspruch mit Gewalt brechen.

Die Zulässigkeit solchen staatlichen Eingriffs erweisen zunächst *sanitäre*, der Aufrechterhaltung des Volkswohlstandes dienende Gründe.

Nach § 1 des *Impfgesetzes* vom 8. IV. 1874 (RGBl. S. 31) „soll“, d. h. „muß“¹ jedes Kind vor dem Ablaufe des auf sein Geburtsjahr folgenden Kalenderjahres, sofern es nicht nach ärztlichen Zeugnis die natürlichen Blattern überstanden hat, der Impfung unterzogen werden (Erstimpfung) wie auch jeder Zögling einer öffentlichen Lehranstalt oder einer Privatschule mit Ausnahme der Sonntags- und Abendschulen innerhalb des Jahres, in welchem der Zögling das 12. Lebensjahr zurücklegt, sofern er nicht nach ärztlichem Zeugnis in den letzten 5 Jahren die natürlichen Blattern überstanden hat oder mit Erfolg geimpft worden ist (Wiederimpfung). Jedoch tritt vorübergehende Befreiung von der Erstimpfung wie der Wiederimpfung dann ein, wenn nach ärztlichem Zeugnis die Impfung ohne Gefahr für das Leben oder die Gesundheit des Impflings nicht vorgenommen werden kann (§ 2, Abs. 1 aa. O.). Die Erfüllung des Impfwanges wird durch Strafe gegen Eltern, Pflegeeltern oder Vormünder (§ 14, Abs. 2) oder auch im Wege der polizeilichen Exekutive (§ 132, Ziff. 3 des preuß. Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. VII. 1883) durch unmittelbaren Zwang gegen den Impfling gesichert².

¹ *Schneidewin*, In Stengleins Kommentar zu den Strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reiches, 5. Aufl., 1, Berlin: 1928; 1, 699, Note 1.

² Obergerwaltungsgericht in Goltd. Arch. 42, 457; 60, 472 und in Entscheidungen des OVG. 23, 384; 28, 396; *Heun*, Impfwang und Impfgegnerschaft, Göttinger Dissertation S. 71; *Schick*, a. a. O. S. 71; a. A.; *Martini*, Kommentar zum Reichsimpfgesetz 1894, 74; *Kastner*, Der Impfwang und das Reichsimpfgesetz 1909, 48 und *Spohr* in Goltd. Arch. 52, 289; 54, 318.

Nach § 4, Abs. 2 des *Gesetzes zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten* vom 18. II. 1927 (RGBl. S. 61) können Personen, die geschlechtskrank und verdächtig sind, die Geschlechtskrankheiten weiter zu verbreiten, einem Heilverfahren unterworfen werden, auch in ein Krankenhaus gebracht werden, wenn dies zur Verhütung der Ausbreitung der Krankheit erforderlich erscheint. Auch ist nach Abs. 4, soweit andere Mittel zur Durchführung der in § 4, Abs. 1 und 2 vorgesehenen Maßnahmen nicht ausreichen, die Anwendung unmittelbaren Zwanges zulässig; jedoch dürfen ärztliche Eingriffe, die mit einer ernsten Gefahr für Leben oder Gesundheit verbunden sind — welche ärztliche Eingriffe hierunter fallen, hat die Reichsregierung durch Verordnung vom 11. IX. 1927 (RGBl. S. 298) bestimmt¹ —, nur mit Einwilligung des Verletzten vorgenommen werden. Es können also auch mit der erwähnten Einschränkung Operationen zwangsweise durchgesetzt werden². Ungehorsam gegen die behördlichen Anordnungen sind allerdings nicht unter kriminelle Strafe gestellt.

Nach § 9 des Preußischen *Gesetzes betreffend die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten* vom 28. VIII. 1905 (GS. S. 373ff.) in Fassung vom 23. VI. 1924 (GS. S. 566), 25. V. 1926 (GS. S. 165) und 25. II. 1927 (GS. S. 41) können Personen, welche an Körnerkrankheit leiden, wenn sie nicht glaubhaft nachweisen, daß sie sich in ärztlicher Behandlung befinden, zu einer solchen zwangsweise angehalten werden. Allerdings führt die amtliche Gesetzbegründung³ aus, daß durch den Behandlungszwang keine Verpflichtung des Kranken zur Duldung einer Operation begründet werde. Man wird aber, will man nicht den Zweck des Gesetzes gegenstandslos machen, in Abwägung der in Widerstreit stehenden Interessen auch hier kleinere operative Eingriffe, selbst gegen den Willen des Betroffenen, für zulässig erachten müssen.

Auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts wird eine, wenn auch nicht erzwingbare Verpflichtung zur Vornahme operativen Eingriffs auch dort bejaht werden müssen, wo der Unterhaltspflichtige seine mangelnde Fähigkeit zur *Unterhaltsleistung* und damit seine Straflosigkeit aus § 361, Ziff. 10 StGB. damit zu entschuldigen versucht, daß er infolge eines körperlichen Leidens nicht in der Lage sei, diejenigen, zu deren Ernährung er verpflichtet ist, zu unterhalten. Die *Rechtsprechung*⁴

¹ Hierhin gehören: „Die Behandlung mit Salvarsan-, Quecksilber- und Wismutpräparaten, Entnahme der Rückenmarksflüssigkeit, die Cystoskopie, der Ureteren-Katheterismus und die Dehnung der Harnröhre.“

² So auch *Schneidewin*, a. a. O. S. 970, Note 5.

³ Gesetzbegründung S. 46—47; vgl. *Schmedding*, Die Gesetze betreffend Bekämpfung ansteckender Krankheiten 1905, 135 und 138.

⁴ OLG. Königsberg in *Deutscher Richterzeitung* 1928, Nr 979 und 1929, Nr 548 = *Höchststrichterliche Rechtsprechung*, herausgegeben von *Feisenberger, Friedrichs und Mugdan* 1928, Nr 1857.

hat diesen Einwand nicht für stichhaltig bezeichnet und in Anerkennung des Grundsatzes¹, daß der Unterhaltspflichtige seine Arbeitskraft und Leistungsfähigkeit auszunutzen hat, den Unterhaltspflichtigen für verpflichtet erklärt, sich zur Erlangung seiner Arbeitsfähigkeit einer Operation unter den gleichen Voraussetzungen zu unterziehen, unter denen bei Ansprüchen auf unerlaubte Handlung die Ablehnung der Operation seitens des körperlich Verletzten ein „mitwirkendes Verschulden“ im Sinne des § 254, Abs. 2 BGB. bedeutet. Eine Operationspflicht wird demnach für den Unterhaltspflichtigen dann gegeben sein, wenn der Eingriff gefahrlos, nicht mit nennenswerten Schmerzen verbunden ist und wenn er eine wesentliche Besserung verspricht; jedoch wird eine Operationspflicht nur dann anzuerkennen sein, wenn der Staat oder eine sonstige öffentliche Körperschaft, deren Aufforderung zur Unterhaltsleistung der Pflichtige nicht befolgt und der sich damit gegen die Norm des § 361, Ziff. 10 StGB. wendet und durch deren Verletzung auch einen Akt des Ungehorsams gegenüber der Aufforderung zur Unterhaltsleistung begeht, die Operationskosten übernimmt. Im Falle des § 361, Ziff. 10 StGB. ist es also der Staat, der die Vornahme einer Operation erfordern kann. Allerdings fehlt der Staatsgewalt das Recht des unmittelbaren Zwanges. Die Ablehnung des operativen Eingriffs durch den Unterhaltspflichtigen löst vielmehr für diesen nur strafrechtliche Folgen im Sinne des § 361, Ziff. 10 StGB. aus.

Das Erfordernis unmittelbaren operativen Zwanges können staatliche Notwendigkeiten ergeben. Jedoch ist die Staatsgewalt, wie auch bereits betont, in der Umgrenzung dieser Notwendigkeiten nicht schrankenlos; denn die darinliegende Anerkennung staatlicher Omnipotenz würde zur Verleugnung, ja zur Versklavung menschlicher Persönlichkeit, auch zur völligen Rechtsunsicherheit für Leib und Leben führen. Auch wird nicht jede Antastbarkeit des Lebens damit gerechtfertigt werden können, weil der Staat solcher Maßnahme zur Erreichung irgendeines staatlich anerkannten Zweckes bedarf — sog. Zwecktheorie² —; denn solche Auffassung würde die Krönung des Satzes bedeuten: „*Der Zweck heiligt die Mittel*“, eine Lehre, der gegenüber auch das *Reichsgericht* unter Hinweis auf die bedenklichen, in der Praxis Verallgemeinerungen befürchtenden Folgen Zurückhaltung übt. *Eingriffe des Staates in den*

¹ Entscheidung des Kammergerichts im KGJ. **37**, 78; Bay. OLGSt. **7**, 84; OLG. Celle in Goldt. Arch. **46**, 351 und *Eckstein*, Die strafbare Verletzung der Unterhaltspflicht **1903**, 41.

² *Graf zu Dohna*, Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen, **1905**; *Binding*, Lehrbuch des Strafrechts, besonderer Teil, 2. Aufl., **1**, 55 (1902); RGSt. **61**, 242—253. Vgl. auch *Heimberger*, In vergleichender Darstellung des Deutschen und Ausländischen Strafrechts, **4**, 3—4, Berlin: 1908.

menschlichen Körper können nur insoweit anerkannt werden, als die Anwendung des Zwanges nicht mit den *Normen und Forderungen* der *Sittenordnung* und des *richtigen Rechts* in Widerspruch tritt.

Im Spiegel solcher Auffassung wird auch die wohl erstmalig von *Klee*¹ aufgeworfene Frage beurteilt werden müssen, ob die Staatsgewalt einen *Untersuchungsgefangenen* zwingen kann, sich zwecks *Herbeiführung seiner Verhandlungsfähigkeit* operieren zu lassen. Einer lebensgefährlichen Operation wird sich der Gefangene keineswegs zu unterziehen brauchen. Zwar hat der Staat einen auch von der Sittenordnung anerkannten Anspruch auf Sühne für begangene Straftat, die vereitelt wird, wenn eine Aburteilung nicht erfolgen kann. Der Staat hat auch an solcher Sühne ein Interesse; dies beweist namentlich die Tatsache, daß dem Untersuchungsgefangenen Beschränkungen auferlegt werden können, welche zur *Sicherung des Zweckes der Haft* notwendig sind, z. B. Anlegung von Fesseln bei versuchter oder vorbereiteter Selbstentleibung (§ 116, Abs. 4 StPO.), zwangsweise Nahrungsmittelzufuhr durch den Anstaltsarzt bei Hungerstreik des Verhafteten (§ 79 der Preussischen Dienst- und Vollzugsordnung vom 1. VIII. 1923²). Jedoch muß der Sühneanspruch des Staates vor dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen weichen, wenn die Operation für den Gefangenen eine Lebensgefährdung bedeutet, zumal in solchen Fällen zweifelhaft ist, ob der Eingriff den beabsichtigten Zweck, die Lebenserhaltung des Täters erfüllt, wo doch mit der Möglichkeit des Gegenteils gerechnet werden muß. Wenn schon das Gesetz die Vollstreckungsbehörde zwingt, bei Krankheiten die Strafvollstreckung aufzuschieben, wenn von der Vollstreckung eine nahe Lebensgefahr für den Verurteilten zu besorgen steht (§ 455, Abs. 2 StPO.), also in Fällen, wo ein Schuldig bereits vorliegt, so muß die Verpflichtung des Untersuchungsgefangenen auf Duldung einer lebensgefährlichen Operation um so mehr verneint werden, als doch eine Verurteilung des Gefangenen noch nicht erfolgt ist.

Handelt es sich jedoch um einen gefahrlosen Eingriff, worüber das pflichtgemäße ärztliche Ermessen zu entscheiden hat, so muß das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper dem Anspruch des Staates auf Herbeiführung einer gerechten Sühne weichen³. Allerdings wird man mit *Klee* eine weitere Einschränkung ziehen müssen, insofern als nicht jeder Straffall, sondern nur besonders gelagerte bedeutende Strafsachen eine solche Maßnahme im Interesse der Strafrechtspflege zu rechtfertigen vermögen. Liegen aber solche Voraussetzungen

¹ Dtsch. Jur.-Z. 1925, 654.

² S. auch *Klein*, Die Vorschriften über Verwaltung und Vollzug in den Gefangenenanstalten der Preussischen Justizverwaltung, 4. Aufl., S. 164, Berlin:1924.

³ a. A. *Feisenberger*, Strafprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz, 1926, Note 3 zu § 116.

vor, so muß bei Abwägung der hier in Widerstreit stehenden Belange dem Interesse des Staates an strafgerichtlicher Ahndung des Verbrechens der Vorzug gegeben werden.

Die vorgetragenen Gesichtspunkte werden auch dann Anwendung finden müssen, wenn der Beschuldigte nicht unter Haftbefehl steht. Jedoch wird es sich in diesen Fällen stets um Strafsachen handeln, die von untergeordneter Bedeutung, also nicht als Kapitalverbrechen zu werten sind und daher für die Operationspflicht auszuschneiden haben. Ist die Ursache der Verhandlungsunfähigkeit, selbst bei Schwerverbrechen, ein durch operativen Eingriff nicht zu beseitigender Krankheitszustand, so ist die Durchführung des Verfahrens unmöglich; nach Eröffnung des Hauptverfahrens wird gegebenenfalls gemäß § 205 StPO. die vorläufige Einstellung ausgesprochen werden müssen. Dauernde Krankheit kann sogar im Einzelfalle ein dauerndes Hindernis zur Durchführung der Strafklage bilden¹.

Bereits Abgeurteilten gegenüber wird die Frage der Operationspflicht zwecks Herbeiführung ihrer Haftfähigkeit nicht einheitlich beurteilt werden können. Man wird davon ausgehen müssen, daß das Gesetz Fälle kennt, in denen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe aufzuschieben ist und daß das Gesetz selbst mit der Möglichkeit rechnet, daß das den Aufschub der Vollstreckung bedingende Hindernis von solchem Ausmaß und von solcher Dauer ist, daß die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur tatsächlichen Unmöglichkeit wird. Daraus folgt, daß der Staat als Vollstrecker erkannter Strafen vor gewissen Tatsachen (Geisteskrankheit, Erkrankung), die in der Person des Verurteilten liegen, mit seinem Strafvollstreckungsrechte zurücktritt und auf die Geltendmachung seines Rechts, wenn auch nicht schlechthin, so doch zunächst verzichtet, und zwar wie die in § 455, Abs. 1 und 2 StPO. normierten Aufschubgründe erkennen lassen, weil die Durchführung des staatlichen Strafvollstreckungsrechts das Recht des Menschen auf Leib und Leben berührt. Der Standpunkt des Gesetzes wird nicht zuletzt auch durch die Auffassung begründet sein, daß schon die Verurteilung eines Menschen eine gewisse Entsöhnung darstellt. Man wird daher sagen müssen, daß Verurteilte nicht verpflichtet sind, um ihre Haftfähigkeit herbeizuführen, sich operativen Eingriffen zu unterziehen. Jedoch wird das Gegenteil dann gelten müssen, wenn der Verurteilte bewußt und mit der Absicht, den Vollzug der Freiheitsstrafe zu vereiteln, seinen Körper dergestalt schädigt, daß die Beeinträchtigung nur durch operativen Eingriff beseitigt werden kann. Man wird sogar in solchen Fällen, in denen der Verurteilte den staatlichen Interessen zu-

¹ Bay. Oberstes Landesgericht 10, 266 und Löwe-Rosenberg, Die Strafprozeßordnung, 17. Aufl., S. 356, Note 13c und d und S. 472, Note 2, Berlin und Leipzig: 1927.

widerhandelt, den Verurteilten zur Duldung selbst solcher Operationen für verpflichtet halten müssen, die eine gewisse Lebensgefährdung bedeuten. Dabei wird die Härte solchen Standpunktes dadurch gemildert, daß der Eingriff auch dem persönlichen Interesse, der Wiedergenesung des Täters dient. Daß der Staat die bewußte Vereitelung seines Rechts auf Strafvollzug verhindert wissen will, ergeben die reichsrechtlichen Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. VI. 1923 (RGBl. II, S. 263, § 132) und die Bestimmungen der Dienst- und Vollzugsordnung (§§ 76, 79), nach denen zum Selbstmord neigende Gefangene durch die Aufsichtsbeamten mit besonderer Aufmerksamkeit zu bedenken, zum Tode verurteilte Gefangene ständig und besonders sorgfältig zu überwachen sind und Gefangenen, die die Aufnahme der Nahrung verweigern, die Nahrung zwangsweise zuzuführen ist.

De lege ferenda wirft sich noch die Frage auf, ob der Staat zur zwangsweisen *Unfruchtbarmachung* eines Menschen¹, die im Wege operativen Eingriffs durch *Sterilisierung* erfolgt, befugt ist. Die Beantwortung dieser Frage wird dadurch bedingt sein, welchen Zweck die Sterilisierung verfolgt. Dient sie als „*Strafe*“, so wird sie insoweit als zulässig anzuerkennen sein, als sie Strafzwecke, sei es nun sühnender, erzieherischer oder abschreckender Art zu verfolgen vermag; nicht aber darf sie Mittel zum Zwecke sein, um andere außerhalb des Strafzweckes liegende Ziele zu erreichen; denn der Staat hat nicht das Recht, jeden Verbrecher um des Willen unfruchtbar zu machen, weiler Verbrecher ist und weil die Befürchtung besteht, daß seine Nachkommenschaft in gleich verbrecherischer Weise sich betätigen wird. Dabei kann hier nicht untersucht werden, ob verbrecherische Anlagen überhaupt vererblich sind und ob die Sterilisierung eine dem Zwecke nach richtige Strafe darstellt, oder ob als wirksame, die Unfruchtbarmachung des Menschen herbeiführende Maßnahme nur die *Kastration* angesprochen werden kann. Eine zwangsweise durch den Staat angeordnete Sterilisierung, die nicht in kriminalpolitischen, sondern in eugenischen Gründen ihre Ursache findet, dürfte einen unzulässigen Eingriff in die

¹ Siehe zu dieser Frage Weber, Ärtzl. Vereinsblatt Nr 1300, Spalte 39/40; Ebermayer, Dtsch. med. Wschr. 1913, Nr 12, 564 und 1924, Nr 48, 1659; Schultze, Z. Strafrechtswiss. 34, 663; v. Lilienthal, Z. Strafrechtswiss. 39, 325; Heimberger, in Mschr. Kriminalpsychol. 1924, 154 und in Münch. med. Wschr. 1918, Nr 17, 456; Aschaffenburg, in Z. Strafrechtswiss. 36, 649; Ostermann, Jur. Rundschau 2, 638; Bonhoeffer, in Klin. Wschr. 1924, 798ff.; Mayer, Gesetzliche Unfruchtbarmachung von Geisteskranken, Freiburg: 1927; Spinner, Ärtzl. Recht, S. 303, Berlin: 1914; Dtsch. Reichs- und Staatsanzeiger 1928, Nr 257; Schorn, in Allgemeiner Rundschau 1927, 20ff. und 1928, 100 und 117ff. und in Dtsch. Richter-Z. 1928, 427ff.; Dehnnow, Sterilisierung und Strafrecht im Arch. Kriminol. 76, 191; Wilhelm, in Jur.-psychiatr. Grenzfrag. 7, H. 6 u. 7, 13ff., 20ff.; Ebermayer, Dtsch. med. Wschr. 1924, 1660 und 1925, 1123; Schiedermaier, in Münch. med. Wschr. 1924, 443; Wilhelm, in Mschr. Kriminalpsychol. usw. 1911, 45ff.

Integrität des menschlichen Körpers darstellen. Neben sittlichen Erwägungen erscheint solche Maßnahme auch um deswillen bedenklich, weil damit der Staat, der mit dem Eingriff dem Menschen ein wesentliches Stück seiner Persönlichkeit nimmt, das Persönlichkeitsrecht des Menschen verneint und mit staatlicher Machtgewalt in die ihm verschlossene Freiheitssphäre des Menschen eine Bresche schlägt.

Zuletzt sei noch die Frage gestreift, ob ein Angehöriger der *Deutschen Reichswehr* verpflichtet ist, sich im Falle der Erkrankung zur Wiederherstellung seiner Dienstfähigkeit operieren zu lassen. Die Beantwortung dieser Frage erheischt die Prüfung der Vorfrage, ob das durch den Eintritt des deutschen Staatsangehörigen in die Deutsche Reichswehr begründete Rechtsverhältnis privatrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist. Zutreffend ist, daß die Dienstpflicht, nachdem in Ausführung des Versailler Friedensvertrages (Teil V, Art. 159—213) die Wehrpflicht durch das Gesetz vom 21. VIII. 1920 (RGBl. S. 608) und § 1 Abs. 4 des Wehrgesetzes vom 23. III. 1921 (RGBl. S. 329) in der Fassung vom 18. VI. 1921 (RGBl. S. 787) abgeschafft worden ist, auf freiwillig übernommener Verpflichtung beruht und daß das Anstellungsverhältnis in einer freiwilligen Übereinkunft zwischen dem Eintretenden und dem Reich besteht. Dieses Vertragsverhältnis ist jedoch nicht privatrechtlicher, sondern *öffentlichrechtlicher* Art; es ist ein „im öffentlichen Recht wurzelndes *Staatsdienstverhältnis*, das dem Beamtendienstverhältnis ähnelt¹“. Die Erfüllung der durch den Dienst Eintritt übernommenen Pflichten ist daher auch „keine Vertragserfüllung nach den Regeln des bürgerlichen Rechts, sondern Erfüllung der übernommenen Treu- und Gehorsamspflicht gegenüber dem Staate, wie Verletzung dieser Pflichten kein Vertragsbruch, sondern ein Dienstvergehen darstellt, das öffentlichrechtliche Ahndung nach Maßgabe des Militärstrafgesetzbuches nach sich zieht²“. Es ergibt sich also für die heutige Reichswehr im Endresultat die gleiche Sachlage, wie sie vordem bei allgemeiner Wehrpflicht bestand; nur ist der Unterschied zu verzeichnen, daß nunmehr das Dienstverhältnis nicht mehr auf einem allgemeinen, sondern auf einem besonderen nicht auf Grund gesetzlicher Verpflichtung, sondern durch freiwillige Übernahme begründeten Gewaltverhältnis beruht³. Daß ein solches Gewaltverhältnis vorliegt und nicht nur etwa eine bürgerlich-rechtliche Bindung, erweist sich namentlich aus dem Unvermögen des Soldaten, die Dienstverpflichtung durch einseitige

¹ Semler, Wehrgesetz, S. 56, Berlin: 1921.

² Semler a. a. O.; gleicher Ansicht Lassar, in Jahrb. d. öffentl. Rechts d. Gegenw. 14, 93; Finger, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, S. 556, Stuttgart: 1923; Hue de Grais, Handbuch der Verfassung und Verwaltung, 23. Aufl., S. 846.

³ Lassar a. a. O.

Willenserklärung vorzeitig zur Beendigung zu bringen¹, während andererseits das Reich im Wege befristeter oder fristloser Kündigung das Vertragsverhältnis lösen kann (§ 21 des Wehrgesetzes). Für das Vorliegen eines Treuverhältnisses spricht auch die Pflicht zur Amtsverschwiegenheit über Dienstangelegenheiten, deren Geheimhaltung erforderlich oder von den Vorgesetzten angeordnet ist, und zwar auch noch nach Auflösung des Dienstverhältnisses (§ 34 a. a. O.), wie auch das Verbot, sich politisch zu betätigen, politischen Vereinen anzugehören oder an politischen Versammlungen teilzunehmen (§ 36 a. a. O.). Ist aber das Dienstverhältnis ein Treuverhältnis, so verlangt dieses, von der Zweckbestimmung und der Berufsstellung des Soldaten ausgehend, daß der Soldat während seiner Dienstzeit dem Reiche „bis zur vollständigen Selbstverleugnung und Selbstaufopferung“² seine Persönlichkeit zur Verfügung stellt. Dieses Treuverhältnis erschöpft sich nicht darin, „ein Mitglied des Heeres“, sondern schließt die Verpflichtung in sich, „ein brauchbares Mitglied desselben“³ zu sein. Deshalb wird man auch den Soldaten, gleich nun ob Mann oder Offizier, da beider Tätigkeit nicht in der Art, sondern nur in der Dauer des Dienstverhältnisses Unterschiede aufweist, für verpflichtet halten müssen, seine militärische Brauchbarkeit zu erhalten und gegebenenfalls wiederherzustellen. Diese Pflicht geht allerdings nicht soweit, nunmehr dem Reiche als dem Träger der Militärhoheit ein unbeschränktes Recht über den Körper des Soldaten einzuräumen⁴. Wohl aber wird das Reich vom Soldaten, sofern es nicht wegen Fehlens „der zur Ausübung des militärischen Berufes erforderlichen körperlichen Eigenschaften“⁵ den Vertrag löst, fordern können, daß der Soldat sich solchen operativen Eingriffen unterzieht, die nicht gefahrvoller Natur sind⁶. Der hierin liegende Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Soldaten ist im Wesen des soldatischen Berufes begründet; die Zulässigkeit solcher Beschränkung der persönlichen Freiheit findet auch darin eine Stütze, daß auch in sonstigen, bereits erwähnten Punkten durch das Reichswehrgesetz in Ausführung des Art. 133 Abs. 2 RV. „zur Erfüllung der Aufgaben der Wehrmacht und zur Erhaltung der Manneszucht“ nicht unerhebliche Einschränkungen solcher Grundrechte vorgenommen sind, die „durch die Verhältnisse der Reichswehr begründet“ sind, und die zu einer Sonderstellung im Rechts-

¹ Nach § 21 Abs. 1 des Wehrgesetzes können Unteroffiziere und Mannschaften während der 12jährigen Dienstzeit die vorzeitige Lösung des Vertrages in besonders begründeten Fällen nur nachsuchen.

² *Semler* a. a. O. S. 57.

³ Entscheidung des Reichsmilitärgerichts vom 27. V. 1905 in RMG. 8, 288.

⁴ So *Weimann*, in Dtsch. Strafrechts-Z. 1915, 559 ff. bezüglich der vorkriegszeitlichen Rechtslage.

⁵ § 21 Abs. 2 Ziff. 1a Wehrgesetz.

⁶ *Endemann*, Lehrbuch a. a. O. S. 751, Note 14.

leben des Soldaten führen. Diese Verschiedenartigkeit der Rechtstellung des Soldaten und des Nichtsoldaten läßt aber auch erkennen, daß im militärischen Leben Eingriffe in Rechte und Lebensgüter des Untergebenen zulässig sind, die über das von der Rechtsordnung für die gewöhnlichen Lebensverhältnisse zugelassene Maß hinausgehen. Das Reich hat aber auch ein berechtigtes Interesse daran, der Wehrmacht solche Soldaten zu erhalten, die besondere geistige und körperliche Geeignetheit für den militärischen Dienst besitzen, wie auch daran, eine gewisse Kontinuität im Mannschaftsbestande zu sichern.

Das Recht des Reiches, die Diensttauglichkeit des Verpflichteten zu erhalten, darf natürlich nicht dahin führen, den Soldaten auf Kosten militärischer Ziele lebensgefährlichen Operationen zu unterwerfen¹. Die Vorschrift des § 77 Ziff. 3 der Friedenssanitätsordnung und des § 62 Ziff. 3 der Marinesanitätsordnung, nach der sich der Sanitätsoffizier vor jeder erheblichen Operation der Einwilligung des Kranken versichern muß, wird auch heute noch praktische Bedeutung haben. Dagegen wird die Operationspflicht des Soldaten entgegen den für das bürgerliche Recht geltenden Grundsätzen nicht etwa um deswillen abzulehnen sein, weil sie mit nennenswerten Schmerzen verbunden ist²; denn der soldatische Beruf bringt die Übernahme von Beschwerden mit sich. Der im bürgerlichen Rechte maßgebende Gesichtspunkt, daß der Verletzte „überhaupt nur durch eine von dem Schadensersatzpflichtigen zu vertretende Tatsache in die Lage gebracht worden ist, sich besonderen ärztlichen Maßnahmen zu unterwerfen“³, hat hier außer Betracht zu bleiben. Allerdings werden auch dem Soldaten ungewöhnlich große Schmerzen nicht zugemutet werden können⁴. Auch muß die Operation die Diensttauglichkeit des Soldaten in sichere Aussicht rücken. Auch wird die Kostenlast aufs Reich zu übernehmen sein.

Weigert sich der Soldat vorsätzlich trotz erteilten Befehls durch den militärischen Vorgesetzten und trotz Vorliegens der gezeichneten Voraussetzungen zur Operation, so handelt er einem „Befehle in Dienst-sachen“ zuwider⁵ und macht sich, sofern durch die Nichtbefolgung des Befehls vorsätzlich oder fahrlässig ein erheblicher Nachteil, eine Gefahr für Menschenleben oder in bedeutendem Umfange für fremdes Eigentum oder eine Gefahr für die Sicherheit des Reiches oder für die

¹ So auch Reichsmilitärgericht in RMG. 22, 78.

² So auch *Goldschmidt* a. a. O. S. 48—49.

³ RGZ. 83, 15.

⁴ So auch *Hoeniger*, Dtsch. Jur.-Z. 1916, 975; v. *Woess*, Dtsch. Jur.-Z. 1916, 431 mit leichter Kritik an der Begründung von *Hoeniger*; bezügl. d. veränderten Rechtslage: *Fusse*, Militärstrafgesetzbuch, 2. Aufl., § 92, Note 8e, Berlin 1926; s. auch RGSt. 59, 337.

⁵ So auch *Rotermund*, Dtsch. Jur.-Z. 1909, 709ff.; Bedenken äußert *Mayer*, Dtsch. Jur.-Z. 1909, 533ff.

Schlagfertigkeit oder Ausbildung der Truppe herbeigeführt wird, eines Verstoßes gegen § 92 MStGB. schuldig; denn „jeder Befehl, der nur irgendwelche Beziehungen zum Dienst hat“¹, ist ein dienstlicher Befehl. Die Unkenntnis des Soldaten von der Eigenschaft des Befehls oder die irrige Annahme desselben, daß der Befehl in keinen Beziehungen zum militärischen Dienst steht, ist nicht als eine Tatsache im Sinne des § 59 StGB. anzusehen. „Es genügt vielmehr die Tatsache, daß dem Untergebenen ein Befehl erteilt ist, welcher objektiv sich als ein Befehl in Dienstsachen darstellt“².

Zusammenfassend läßt sich sagen, daß das Selbstbestimmungsrecht des Menschen über seinen Körper als naturgegebenes Recht oberster Grundsatz jeder Rechtsordnung sein und bleiben muß. Jedoch muß auch dieses Recht im Rahmen der gemachten Ausführungen Beschränkungen erdulden. Gerade die jetzige Notzeit, die auf die Erhaltung jeder einzelnen menschlichen Persönlichkeit im Interesse des Volksganzen bedacht sein muß, erweist die Pflicht, in angemessenen Grenzen den menschlichen Körper zu Nutzen des Mitmenschen und der Gesamtheit zur Verfügung zu halten.

¹ Entscheidung des Reichsmilitärgerichts in RMG. 8, 288; 16, 223.

² Wie zu voriger Ziffer; s. auch *Goldschmidt* a. a. O. S. 46.