

72. I. Enthält § 218 Abs. 1—3 StGB. n. F. gegenüber § 218 Abs. 1 und 3 StGB. a. F. eine tatbestandliche Änderung?
- II. 1. Enthält § 54 StGB. einen Rechtfertigungs- oder einen Entschuldigungsgrund?
2. Läßt die Vorschrift des § 54 StGB. die Möglichkeit offen, daß bei bestimmten Notstandshandlungen durch einen neben jenem Entschuldigungsgrund bestehenden Rechtfertigungsgrund die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen wird?

3. Kann in Notstandsfällen als Rechtfertigungsgrund der Satz verwertet werden, daß beim Widerstreit zweier Rechtsgüter das geringerwertige dem höherwertigen zu weichen hat?
4. Unter welchen Voraussetzungen ist die Ausführung einer Schwangerschaftsunterbrechung durch einen Arzt rechtllich zulässig?

I. Straffenat. Urt. v. 11. März 1927 g. Dr. St. I 105/26.

I. Schöffengericht I Mannheim (Sprungrevislon).

Gründe:

Die unverheiratete Mitangeklagte Rosa S., die ein Liebesverhältnis mit einem Reisenden unterhielt, fühlte sich schwanger. Sie stand um diese Zeit wegen Nervenstörungen in Behandlung des Nervenarztes Dr. St., erlitt in dessen Gegenwart sowohl bei der erstmaligen Erwähnung der Möglichkeit der Schwangerschaft, als auch bei der Mitteilung Dr. St.'s, daß nach dem Ergebnis der von dem Frauenarzt Dr. W. vorgenommenen Untersuchung an dem Bestehen einer Schwangerschaft nicht zu zweifeln sei, heftige Affektausbrüche mit nachfolgendem dumpfen Brüten und äußerte Selbstmordgedanken. Dr. St. nahm nach seiner Angabe an, daß bei Rosa S. infolge einer durch Schwangerschaft hervorgerufenen „reaktiven Depression“ eine gegenwärtige ernstliche Gefahr der Selbstentleibung bestehe, und veranlaßte den Dr. W., zur Beseitigung der Selbstmordgefahr die Schwangerschaft zu unterbrechen. Dr. W., der auf dem Gebiete der Psychiatrie nicht Fachmann ist, führte, gestützt auf das Gutachten Dr. St.'s, die Unterbrechung der Schwangerschaft durch Ausräumung der Gebärmutter herbei.

Auf Grund dieses Sachverhalts wurde gegen Dr. W. wegen eines Verbrechens der Vornabtreibung nach § 219 StGB., gegen Dr. St. wegen Anstiftung hierzu, gegen Rosa S. wegen eines Verbrechens der Abtreibung nach § 218 Abs. 1 StGB. Anklage erhoben. Die Anklage ging davon aus, daß eine ernstliche Selbstmordgefahr nicht vorhanden gewesen sei, daß aber selbst dann, wenn dies der Fall gewesen wäre oder die Ärzte eine solche Gefahr für gegeben erachtet hätten, die Unterbrechung der Schwangerschaft nach dem Gesetz nicht zulässig gewesen wäre.

Das Landgericht beschloß die Außerverfolgungsetzung der drei Angeklagten. Es nahm an, daß eine ernstliche Selbstmordgefahr bestanden habe, daß die beiden Ärzte die in der ärztlichen Wissenschaft anerkannten, in einem Erlaß des badischen Ministeriums des Innern vom 11. September 1917 bekanntgegebenen Voraussetzungen für die Unterbrechung der Schwangerschaft auch bei pflichtgemäßer Prüfung für vorhanden erachten konnten und deshalb nicht rechtswidrig gehandelt hätten, daß endlich Rosa S. auf Grund der Mitteilungen Dr. St.'s und Dr. W.'s über die Notwendigkeit eines ärztlichen Eingriffs der Überzeugung gewesen sei, sich in einem Notstand im Sinne des § 54 StGB. zu befinden.

Auf die Beschwerde des Staatsanwalts wurde vom Oberlandesgericht gegen Dr. St. wegen eines Verbrechens nach § 218 Abs. 3 StGB., gegen Rosa S. wegen eines Verbrechens nach § 218 Abs. 1 StGB. das Hauptverfahren eröffnet; im übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht ging mit der Strafkammer davon aus, daß eine wesentliche Voraussetzung für die Strafbarkeit der beiden Ärzte die Rechtswidrigkeit ihres Verhaltens und ihr Bewußtsein hiervon sei, nahm aber als sicher an, daß die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Erhaltung des Lebens der Rosa S. nicht veranlaßt war, und hielt Dr. St. und Rosa S. für hinreichend verdächtig, daß sie sich dessen auch bewußt waren. Dr. W. wurde als gutgläubiges Werkzeug Dr. St.'s, letzterer daher als mittelbarer Täter betrachtet.

Das Schöffengericht sprach Dr. St. und Rosa S. frei. Es legte seiner Entscheidung den Satz zugrunde, daß Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, welche sich als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, nicht rechtswidrig seien, daß ferner, da der Staat die Erhaltung der Gesundheit als berechtigten Zweck anerkenne und fördere, die Erhaltung des Lebens der Mutter durch eine Unterbrechung der Schwangerschaft nicht rechtswidrig sein könne, daß endlich ein Arzt, der eine Schwangerschaftsunterbrechung zu dem bezeichneten Zweck nach pflichtgemäßer Prüfung für notwendig gehalten und sie in dieser Überzeugung vorgenommen habe, auch dann nicht wegen Abtreibung bestraft werden könne, wenn sich nachträglich die Unrichtigkeit der Diagnose herausstelle. In tatsächlicher Hinsicht nahm das Schöffengericht

gerichtet an, daß die auf „reaktive Depression“ lautende Diagnose irrig gewesen sei, daß Rosa S. vielmehr an Hysterie leide, daß aber auch bei hysterischen Personen eine Selbstentleerungsgefahr nicht ausgeschlossen sei, und daß jedenfalls Dr. St. eine solche nach pflichtmäßiger Prüfung für gegeben erachtet habe. Der Rosa S. wurde zugestimmt, daß sie sich in einem Notstand im Sinne des § 54 StGB. befunden oder jedenfalls an das Vorhandensein der tatsächlichen Voraussetzungen des Notstands geglaubt habe.

Gegen dieses Urteil legte der Staatsanwalt Revision ein, soweit Dr. St. freigesprochen wurde. Zur Begründung machte er geltend, daß nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts, wenn das Merkmal der Rechtswidrigkeit nicht in den Tatbestand aufgenommen sei, der Vorstoß durch den Mangel des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit nicht ausgeschlossen werde, daß ferner nach jener Rechtsprechung die Unterbrechung der Schwangerschaft durch einen Arzt objektiv rechtswidrig sei und nur innerhalb der Grenzen des § 54 StGB. entschuldigt werde.

Der Revision kann der Erfolg nicht versagt werden, wenn auch der Senat ihrer Begründung nicht zu folgen vermag.

I./ Die äußeren Merkmale des Tatbestands des § 218 Abs. 3 StGB. a. F., sowie des § 218 Abs. 2 StGB. n. F. sind in der von Dr. W. auf Veranlassung Dr. St.'s ausgeführten Schwangerschaftsunterbrechung enthalten. Im § 218 Abs. 1 StGB. a. F., auf den der dritte Absatz Bezug nimmt, wird eine „Schwangere“, welche ihre Frucht vorsätzlich „abtreibt oder im Mutterleib tötet“, im § 218 Abs. 1 StGB. n. F. eine „Frau“, die ihre Frucht „im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet“, mit Strafe bedroht. Eine sachliche Änderung ist mit der hier erwähnten Fassungsänderung nicht verknüpft, da nach der Rechtsprechung (vgl. RGSt. Bd. 4 S. 380) auch schon die alte Fassung den gleichen Sinn hatte; die neu hinzugefügten Worte „oder die Tötung durch einen anderen zuläßt“ kommen für die Beurteilung der Handlung Dr. St.'s nicht in Betracht. Nach § 218 Abs. 3 StGB. a. F. finden die im ersten Absatz enthaltenen Strafvorschriften auch auf denjenigen Anwendung, welcher „mit Einwilligung der Schwangeren die Mittel zu der Abtreibung oder Tötung bei ihr angewendet oder ihr beigebracht hat“, während § 218 Abs. 2 StGB. n. F. dahin lautet, daß ebenso (wie

im ersten Absatz) ein anderer bestraft wird, der „eine Frucht im Mutterleib oder durch Abtreibung tötet“. Durch die neue Fassung dieses Absatzes in Verbindung mit der Vorschrift des § 218 Abs. 3 StGB. n. F., durch die der Versuch der in den beiden ersten Absätzen beschriebenen Handlungen mit Strafe bedroht wird, ist klar gestellt, daß nach neuem Recht die für den Dritten gegebene Sondervorschrift nicht mehr an die Bedingung des Erfolgs der Abtreibung geknüpft ist. Im übrigen bedeutet auch die neue Fassung dieser Sondervorschrift keine tatbestandliche Änderung; auch die bisher gebrauchten beiden Ausdrücke „anwenden“ und „beibringen“ der Mittel zur Abtreibung oder Tötung umfassen die Gesamtheit der denkbaren Eingriffe zum Zwecke der Tötung der Leibesfrucht. Wenn nun die Ausführungshandlung nach altem Recht sinngemäß, nach neuem Recht ausdrücklich in der „Tötung der Leibesfrucht im Mutterleib oder durch Abtreibung“ besteht, so stellt auch die ärztliche Schwangerschaftsunterbrechung auf Grund „medizinischer Indication“ an sich zunächst den äußeren Tatbestand des § 218 Abs. 3 a. F. und Abs. 2 n. F. dar. Wohl läßt sich für ärztliche Eingriffe in den Körper eines Kranken, die der Heilung dienen, der — vom Reichsgericht in der Entscheidung RGSt. Bd. 25 S. 375 allerdings abgelehnte — Standpunkt vertreten, daß sie nicht unter den Begriff der „Mißhandlung“ fallen und deshalb nicht als „Körperverletzung“ im Sinne der §§ 223 flg. StGB. zu beurteilen sind. Die Schwangerschaftsunterbrechung enthält aber — wie auch die hier nicht in Betracht kommende Perforation — nicht nur einen Eingriff in den Körper der zu rettenden Schwangeren, sondern zugleich einen Eingriff in die Leibesfrucht, die nach heutiger Auffassung und insbesondere auch nach dem Standpunkt des geltenden Rechts nicht bloß einen Teil der Eingeweide der Schwangeren bildet, sondern als werdendes selbständiges Rechtsgut geschützt ist. Dieser letztere Eingriff fällt unzweifelhaft unter den Begriff der „Tötung der Leibesfrucht“ und erfüllt somit den äußeren Tatbestand des § 218 StGB. Aus dieser Vorschrift allein läßt sich nicht ablesen, daß und unter welchen Voraussetzungen die Tötung der Leibesfrucht zum Zweck der Rettung der Schwangeren von der Rechtsordnung für zulässig erachtet wird. Die Bestimmung könnte genau ebenso lauten unter der Herrschaft einer Rechtsordnung, die im Anschluß an die Entscheidungen der römischen Kurie jede un-

mittelbare Tötung der Leibesfrucht für verboten erachten würde (vgl. auch die Denkschr. zu § 288 des Entw. 1919).¹ Erfüllt aber die von Dr. W. ausgeführte Schwangerschaftsunterbrechung den äußeren Tatbestand der Abtreibung, so kann sich das Verhalten Dr. St.'s — zunächst abgesehen von der Frage der Rechtswidrigkeit und der Schuld, also rein tatbestandsmäßig — entweder als mittelbare Täterschaft oder als Anstiftung zur Handlung Dr. W.'s darstellen, je nachdem Dr. W. lediglich als sein Werkzeug oder als verantwortlicher Täter zu betrachten ist.

II. Außer der Tatbestandsmäßigkeit gehört nun aber zum Begriff des Verbrechens die Rechtswidrigkeit und zwar auch dann, wenn dieses Merkmal in der gesetzlichen Verbrechensform nicht ausdrücklich erwähnt ist (vgl. u. a. RGSt. Bd. 2 S. 377).

Die Sachlage erfordert hier insbesondere eine Prüfung der Frage, ob eine von einem Arzt auf Grund „medizinischer Indikation“ zur Rettung der Schwangeren aus Lebens- und Leibesgefahr ausgeführte Schwangerschaftsunterbrechung rechtswidrig ist.

Unter welchen Voraussetzungen Handlungen, die den äußeren Tatbestand einer Straftat erfüllen, als nicht rechtswidrig zu erachten sind, ist nicht nur aus dem Strafrecht, sondern aus dem Ganzen der Rechtsordnung zu entnehmen. Die Vorschrift des § 20 des Amtl. Entw.²: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn die Rechtswidrigkeit der Tat durch das öffentliche oder bürgerliche Recht ausgeschlossen ist“, ist bereits geltendes Recht. Die Rechtsätze, aus denen sich die Gründe für die Rechtmäßigkeit oder — negativ ausgedrückt — für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit (Rechtfertigungsgründe, Unrechtausschließungsgründe) ergeben, können dem gesetzten oder ungesetzten Recht angehören. Sie können insbesondere im Wege der Auslegung unter Berücksichtigung des Zwecks und des gegenseitigen Verhältnisses der geschriebenen Normen ermittelt werden.

Nach den Leitätzen, die im Jahre 1917 von der durch Hinzuziehung von Vertretern der Ärztekammern erweiterten preussischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen aufgestellt und

¹ Vgl. jetzt die Sonderbestimmung im Amtl. Entw., Reichstagsvorlage, § 254. D. E.

² Vgl. jetzt Amtl. Entw., Reichstagsvorlage, § 23. D. E.

dem im Jahre 1918 dem Reichstag vorgelegten, nicht erledigten Entwurf eines Gesetzes gegen die Unfruchtbarmachung und Schwangerschaftsunterbrechung beigefügt wurden (vgl. Verh. d. R., 13. Legislaturper., II. Session 1914—1918, Aktenstück Nr. 1717, Bd. 325 S. 2504), wird von den Ärzten die Schwangerschaftsunterbrechung nur dann für angezeigt erachtet, wenn bei der Schwangeren infolge einer bereits bestehenden Erkrankung eine als unvermeidlich erwiesene schwerste Gefahr für Leben oder Gesundheit vorhanden ist, die durch kein anderes Mittel als durch die Unterbrechung der Schwangerschaft abgewendet werden kann. Die Unterbrechung aus sozialen oder rassenhygienischen (eugenischen) Gründen wird abgelehnt. Diese Leitsätze sind in Preußen durch ein Rundschreiben des preussischen Justizministers vom 13. April 1917 den Staatsanwälten, in Baden durch Erlaß vom 11. September 1917 und in Württemberg durch Erlaß vom 24. September 1923 den Amtsärzten mitgeteilt worden, haben also weitgehende amtliche Anerkennung gefunden. Aus ihnen ist ersichtlich, daß bei der Schwangerschaftsunterbrechung aus „medizinischer Indikation“ stets ein Notstand vorliegt, nämlich ein Zustand gegenwärtiger Gefahr für das Rechtsgut des Lebens oder der Gesundheit der Schwangeren, der nicht anders beseitigt werden kann, als durch einen den äußeren Tatbestand einer strafbaren Handlung erfüllenden Eingriff in das Rechtsgut des Lebens der Leibesfrucht;¹ und zwar handelt es sich um den besonderen Fall, daß die Notstandsverletzung gegen dasjenige Rechtsgut gerichtet ist, von welchem die Gefahr droht, ohne daß jedoch ein rechtswidriger Angriff im Sinne der Bestimmungen der §§ 53 StGB., 227 BGB. über die Notwehr in Frage kommt (vgl. für das bürgerliche Recht den § 228 BGB.).

Bis zum Inkrafttreten des Reichsstrafgesetzbuchs haben die meisten deutschen Schriftsteller die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung unter dem Gesichtspunkt des Notstands für straflos erklärt. Nach Einführung jenes Gesetzbuchs aber glaubte man im Hinblick auf die Bestimmungen der §§ 52, 54 StGB. über den Notstand diesen Gesichtspunkt zugunsten dritter Personen, insbesondere der Ärzte, die nicht Angehörige der Schwangeren sind, nicht mehr bewerten zu können. Man suchte daher nach anderen Rechtfertigungs-

¹ Vgl. Rabbruch, Vergl. Darft. B. L. Bd. 5 S. 172 fig. D. E.

gründen, ohne daß sich bis jetzt eine einheitliche Meinung gebildet hätte.¹

1. Hinsichtlich des im § 54 StGB. geregelten Falles des Notstands — § 52 StGB. kommt nicht in Betracht — ist es im Schrifttum bestritten, ob er als persönlicher Strafausschließungsgrund, Entschuldigungsgrund oder Rechtfertigungsgrund zu erachten ist. Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß es sich jedenfalls nicht um einen persönlichen Strafausschließungsgrund handle (vgl. RGSt. Bd. 57 S. 268 und die dort angeführten Entscheidungen). Die Frage, ob ein Entschuldigungsgrund oder ein die objektive Rechtswidrigkeit ausschließender Rechtfertigungsgrund anzunehmen sei, wurde teilweise unentschieden gelassen (so in der eben angeführten Entscheidung, sowie in RGSt. Bd. 60 S. 88 [89 unten]); zum Teil aber — so in der Entscheidung RGSt. Bd. 28 S. 164 [167] — ist klar erkennbar gemacht, daß der Notstand des § 54 StGB. nur als Entschuldigungsgrund erachtet wird. Dem schließt sich der erkennende Senat an.² In der Begründung zu § 52 des Entwurfs zu einem Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund, der dem jetzigen § 54 StGB. entspricht, heißt es allerdings: „Während die Notwehr sich als die Verteidigung eines Rechts gegenüber einem ungerechten Angriff darstellt, ist der Notstand die Kollision zwischen zwei Rechten, bei welcher das geringere dem größeren weichen muß.“ Wenn dieser letztere Gedanke im Gesetz Ausdruck gefunden hätte, könnte der Notstand des § 54 StGB., wie sich aus den späteren Erörterungen ergeben wird, als Rechtfertigungsgrund angesehen werden. Der Grundsatz des Schutzes des höherwertigen Guts gegenüber dem geringwertigen ist aber im Gesetz selbst nicht durchgeführt. Der im Leibesnotstand Befindliche ist nach dem Gesetz auch dann nicht strafbar, wenn er das höherwertige Rechtsgut des Lebens eines anderen vernichtet. Diese Regelung ist nur verständlich von dem Gedankengang aus, daß bei der Begehung einer der-

¹ Vgl. Heimberger, über die Straflosigkeit der Perforation, Vierteljahrsschr. f. ger. Medizin Bd. 50 S. 307 flg., Bd. 51 S. 61 flg. — Rabbruch, Geburtshilfe u. Strafrecht (1907) S. 6 flg. D. C.

² Vgl. hierzu Frank Anm. III zu § 54 in Verb. m. Anm. III zu § 52 StGB. u. die dort Angeführten. D. C.

artigen Notstandshandlung die Willensfreiheit des Handelnden durch die Macht des Selbsterhaltungstriebes zwar nicht ausgeschlossen, aber doch stark beeinflusst ist, und daß dieser in der Person des Täters wirkliche Grund die Handlung als entschuldbar erscheinen läßt; dagegen kann, mangels einer eindeutigen Willenserklärung des Gesetzgebers nicht angenommen werden, daß er im § 54 auch die Vernichtung eines höherwertigen zugunsten eines geringwertigen Rechtsguts als nicht rechtswidrig habe anerkennen wollen. Nur bei der Zugrundelegung dieser Auffassung ist es ferner zu verstehen, daß die Nothilfe hier — anders als im § 53 StGB. und in den §§ 227, 228, 904 BGB. — auf Angehörige beschränkt ist; hätte der Gesetzgeber die Notstandshandlung im ganzen Umfang des § 54 StGB. als nicht rechtswidrig erachtet, so hätte für ihn zu einer solchen Beschränkung kein Anlaß bestanden.

In der Entscheidung RGSt. Bd. 57 S. 268 hat das Reichsgericht weiter den Satz ausgesprochen, der Notstand sei „ein schuldbefreiender Umstand, der der Handlung des Täters die Eigenschaft einer Straftat nimmt und demgemäß auch die Teilnehmer nicht schuldhaft handeln läßt“. In der dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sache handelte es sich um Beihilfe (Reihen einer Spritze) zu einer im Notstand begangenen Abtreibung nach § 218 Abs. 1, § 49 StGB.; hier ergab sich der vom Reichsgericht gezogene Schluß aus der unselbständigen Natur (Akzessorietät) der Teilnahme von selbst. Der erkennende Senat ist dieser Entscheidung beigetreten (RGSt. Bd. 60 S. 88 [89]). Der III. Strafsenat hat nun aber in dem Urteil vom 25. Januar 1926, III 512/25 (JM. 1926 S. 1989), den angeführten Satz auf einen Fall angewendet, in welchem ein Arzt bei einer im Leibesnotstand befindlichen Schwangeren, die nicht zu seinen Angehörigen zählte, eine Schwangerschaftsunterbrechung vorgenommen hatte. Hierin vermag der erkennende Senat, der insoweit den Ausführungen der Reichsanwaltschaft sich anschließt, dem III. Strafsenat nicht zu folgen. Die Handlung des Arztes erfüllte — von der Frage der Rechtswidrigkeit zunächst abgesehen — den Tatbestand des § 218 Abs. 3 StGB. a. F. (§ 218 Abs. 2 StGB. n. F.). Durch diese Vorschrift ist die Handlung des Dritten — bei Zugrundelegung der alten Fassung allerdings nur für den Fall der vollendeten Abtreibung — aus dem Rahmen der bloßen Beihilfe zu

der durch die Schwangere bewirkten, nach § 218 Abs. 1 StGB. strafbaren Abtreibung ausgeschlossen und zu einem selbständigen Verbrechen erhoben. Der Dritte ist also — nach altem Recht bei vollendeter Abtreibung, nach neuem Recht ohne diese Beschränkung — selbständiger Täter, nicht Teilnehmer im Sinne der §§ 47 ff. StGB. am Verbrechen der Schwangeren nach § 218 Abs. 1 StGB. Es ist deshalb für die Strafbarkeit des im Abs. 3 (2) geregelten Tatbestands unerheblich, ob und unter welchem Gesichtspunkt die Mitwirkung der Schwangeren ebenfalls strafbar ist, ob diese Mitwirkung als Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe am Verbrechen nach Abs. 3 (2) aufzufassen oder aus besonderen, in der Person der Schwangeren obwaltenden Gründen — insbesondere auf Grund der §§ 51, 52, 54 StGB. — der strafrechtlichen Abhandlung entzogen ist (RGSt. Bd. 1 S. 350 [351 unten, 352], Bd. 4 S. 302 [304]; RGKspr. Bd. 9 S. 387; RGSt. Bd. 16 S. 184 [185], Bd. 28 S. 164 [167], Bd. 60 S. 88 [92]). Eine Mittäterschaft des Dritten am Verbrechen nach § 218 Abs. 1 StGB. im technischen Sinne ist nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts schon deshalb nicht möglich, weil diese Vorschrift als Subjekt eine Schwangere oder (beim Versuch) eine Person, die schwanger zu sein glaubt, erfordert (RGSt. Bd. 29 S. 419 [421]; RG. v. 6. Mai 1918, III 146/18 = LZ. 1918 Sp. 1218). Es ergibt sich aber auch aus der Fassung des § 54 StGB. unmittelbar, daß durch diese Vorschrift der nicht zu den Angehörigen zählende Dritte, welcher mit der im Notstand befindlichen Schwangeren zum Zwecke der Unterbrechung der Schwangerschaft zusammenwirkt und deshalb im nicht-technischen Sinne als Mittäter bezeichnet werden kann (vgl. RG. v. 26. September 1921, I 35/21, v. 1. April 1924, I 260/24; RGSt. Bd. 59 S. 423 [425]), durch diese Vorschrift vor Strafe nicht geschützt wird.¹ Das Schöffengericht hat hiernach die Anwendbarkeit des § 54 StGB. auf die Handlung Dr. St.'s mit Recht verneint.

¹ Ebenso van Calker, Frauenheilkunde u. Strafrecht (1898) S. 26—28. — Ebermayer, Arzt u. Patient in der Rspr. (1925) S. 255—258. — Verf. in Leipz. Komm. Anm. 4 zu § 218 StGB. — Heimberger, Vergl. Darst. N. I. Bd. 4 S. 71. — Radbruch, Geburtshilfe S. 9 u. Vergl. Darst. B. I. Bd. 5 S. 173. — Begr. z. Untf. Entw., Reichstagsvorlage, S. 22, 128. D. C.

2. Die Vorschrift des § 54 StGB., die für einen bestimmten Kreis von Handlungen einen Entschuldigungsgrund schafft, schließt nun aber nicht aus, daß auf Grund eines daneben bestehenden geschriebenen oder ungeschriebenen Rechtsfalles bei gewissen Notstandshandlungen — auch bei solchen, die unter § 54 StGB. fallen — die Rechtswidrigkeit ausgeschlossen ist.¹ Daß dieser Gedankengang auch der bisherigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung nicht fremd ist, ergibt sich aus der Entscheidung des erkennenden Senats in RGSt. Bd. 23 S. 116, in der zum Ausdruck kommt, daß — je nach dem Wertverhältnis des durch die Notstandshandlung geschützten und des durch sie verletzten Rechtsguts — die Notstandshandlung sich bald als rechtswidriger Angriff, bald als rechtmäßiger Akt darstellen und demgemäß eine Gegenwehr ihr gegenüber bald zulässig, bald unzulässig sein kann.

3. a) Geschriebene Rechtsfälle, die hier in Betracht kommen könnten, sind nicht vorhanden. Die einschlägigen Notrechte des bürgerlichen Rechts betreffen nur Notangriffe auf Sachen.

b) Von den in der Wissenschaft unternommenen Versuchen, die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung zu rechtfertigen, ist die Annahme eines ärztlichen Berufsrechts im Schrifttum aufgegeben worden.² Das Reichsgericht hat das Vorhandensein eines solchen Berufsrechts in der Entscheidung RGSt. Bd. 25 S. 375 für die ärztlichen Eingriffe zu Heilzwecken überhaupt und in der RGZ. I 120/25 vom 8. Mai 1925 für die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung im besonderen verneint.

c) Auch der Gesichtspunkt der Einwilligung, der in der Entscheidung RGSt. Bd. 25 S. 375 zur Rechtfertigung ärztlicher Eingriffe verwertet worden ist, reicht für sich allein zur Rechtfertigung der vom Arzt ausgeführten Schwangerschaftsunterbrechung nicht aus, weil letztere nicht nur einen Eingriff in den Körper der Schwangeren, sondern auch einen Eingriff in das Leben der Leibesfrucht enthält, über welches die Schwangere nicht in gleicher Weise

¹ Vgl. insbes. Beling, Grundzüge des Strafrechts § 22 I. — Binding, StB. Bd. 1 S. 770 ff.; Grundriß § 80 VII; Lehrb. Bd. 1 S. 38. D. E.

² Vgl. Heimberger, Vergl. Darst. V. L. Bd. 4 S. 15—22. — von Lilienthal bei Placzek, Künstliche Fehlgeburt S. 393 Anm. 1. D. E.

verfügen kann, wie über ihre eigene körperliche Unversehrtheit.¹ Abzulehnen ist insbesondere der Gedankengang, daß die im Notstand befindliche Schwangere auf Grund des § 54 StGB. ihrerseits die Leibesfrucht straflos töten dürfe, daß sie daher auch einem anderen die Befugnis müsse erteilen können, diese Handlung bei ihr vorzunehmen; denn da § 54 StGB. nur einen Entschuldigungsgrund, keinen Rechtfertigungsgrund schafft, die Handlung der Schwangeren selbst also, soweit nicht ein anderweiter Rechtfertigungsgrund eingreift, rechtswidrig bleibt, so kann die Einwilligung der ihrerseits rechtswidrig handelnden Schwangeren die Hilfeleistung des nicht in Notstand befindlichen Dritten nicht der Rechtswidrigkeit entkleiden. Es muß also zunächst nach einem Grund gesucht werden, der die Notstandshandlung der Schwangeren selbst nicht nur entschuldigt, sondern als nicht rechtswidrig erscheinen läßt. Erst wenn ein solcher Rechtfertigungsgrund für die Schwangere selbst gefunden ist, kann man ihrer Einwilligung eine Bedeutung für die rechtliche Zulässigkeit des Eingriffs des Dritten einräumen. Daß der Einwilligung eine solche Bedeutung in der Tat zukommt, wird unten erörtert werden.

d) Der vom Schöffengericht der Entscheidung zugrunde gelegte Satz, daß Eingriffe in rechtlich geschützte Interessen, welche sich als ein angemessenes Mittel zur Erreichung eines staatlich anerkannten Zwecks darstellen, nicht rechtswidrig seien, — Zwecktheorie — hat in der Wissenschaft vielfach Zustimmung gefunden und liegt zweifellos verschiedenen Bestimmungen des geltenden Rechts zugrunde. Mit Recht ist aber auch darauf hingewiesen worden, daß dieser Grundsatz von allgemeiner Anerkennung noch weit entfernt ist.² Bei der Weite der Fassung läßt sich nicht übersehen, ob nicht seine Anwendung in der Praxis zu bedenklichen Folgen führen würde, die nicht als dem Rechte gemäß erachtet werden könnten.

¹ Vgl. Ebermayer, Arzt u. Patient S. 255. — von Calker a. a. O. S. 26—28. — von Lillenthal a. a. O. S. 395. — Oppenheim, Das ärztl. Recht zu körperl. Eingriffen (1892) S. 9. — Rabbruch, Geburtshilfe S. 8. — Richard Schmidt, Die strafr. Verantwortlichkeit des Arztes (1900) S. 24 Anm. 2, S. 53. D. E.

² Vgl. Heimberger, Vergl. Darst. N. L. Bd. 4 S. 3, 4. — Leipz. Komm., Einl. III 15 S. 19 u. die dort Angeführten. D. E.

e) Nahezu allgemeine Anerkennung hat dagegen der folgende, aus jenem Rechtsgebanten abgeleitete, aber wesentlich enger gefaßte Grundsatz gefunden: In Lebenslagen, in welchen eine den äußeren Tatbestand einer Verbrechenform erfüllende Handlung das einzige Mittel ist, um ein Rechtsgut zu schützen oder eine vom Recht auferlegte oder anerkannte Pflicht zu erfüllen, ist die Frage, ob die Handlung rechtmäßig oder unverboden oder rechtswidrig ist, an der Hand des dem geltenden Recht zu entnehmenden Wertverhältnisses der im Widerstreit stehenden Rechtsgüter oder Pflichten zu entscheiden — Grundsatz der Güter- und Pflichtenabwägung.¹

Für den Fall des Widerstreits von Pflichten — des Pflichtennotstands — hat sich das Reichsgericht schon wiederholt zu dem Grundsatz bekannt, daß die höhere Pflicht auf Kosten der minder hohen zu erfüllen und die Nichterfüllung der letzteren nicht rechtswidrig ist (RGSt. Bd. 20 S. 190 [191 unten flg.], Bd. 36 S. 78 [80 flg.], Bd. 56 S. 168 [170 unten flg.], Bd. 59 S. 404 [407], Bd. 60 S. 295; RGZ. Bd. 53 S. 315 [317]; vgl. auch RMG. Bd. 17 S. 41).

Aber auch für den Fall des Widerstreits von Rechtsgütern — des Gutsnotstands — hat das Reichsgericht bereits anerkannt, daß dann, wenn ein Ausgleich nicht anders möglich ist, als durch Vernichtung oder Schädigung des einen der beiden Rechtsgüter, das geringwertige Gut dem höherwertigen weichen muß, der Eingriff in das geringwertige also nicht rechtswidrig ist (RGSt. Bd. 23 S. 116, Bd. 37 S. 150).

4. Der Grundsatz der Güterabwägung führt auch zu einer befriedigenden Lösung der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung rechtlich zulässig ist.

Allgemeine Voraussetzung für seine Anwendung ist das Vorhandensein eines wirklichen Gutsnotstands in dem oben be-

¹ Vgl. Beling, Grundzüge § 22 II; JStW. Bd. 18 S. 276 u. Bd. 44 S. 236 flg. — Binding, JStW. Bd. 1 S. 760 flg.; Lehrb. Bd. 1 S. 38. — van Cafler a. a. O. S. 14, 19, 28 flg. — Gf. Dohna, Recht u. Irrtum (1925) S. 11. — Heimberger, Vergl. Darst. N. L. Bd. 4 S. 3 u. 11. — Köhler, Deutsches Strafrecht § 32 II B S. 871. — Detker, Vergl. Darst. N. L. Bd. 2 S. 330 (mit Einschränkungen). — Frauf, StGB., 16. Aufl. S. 135 (Pflichtennotstand). D. C.

stimmten Sinn. Es muß also eine gegenwärtige, auf andere Weise nicht zu beseitigende Gefahr für die Schwangere vorhanden sein. Das Vorliegen dieser Voraussetzung bedarf einer besonders strengen Prüfung an der Hand der Regeln der ärztlichen Wissenschaft, zu der ein Nichtarzt zumeist nicht in der Lage sein wird. Unter gegenwärtiger Gefahr ist ein Zustand zu verstehen, der erfahrungsgemäß bei natürlicher Weiterentwicklung den Eintritt der Schädigung als sicher bevorstehend erscheinen läßt, wenn nicht dagegen eingeschritten wird. Im übrigen kann hinsichtlich der Bedeutung dieses Erfordernisses für die Zulässigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung auf die Ausführungen in der Entscheidung RGSt. Bd. 36 S. 334 [338—340] Bezug genommen werden. Bei der Güterabwägung ist von den Wertungen auszugehen, die in den zum Schutze der Rechtsgüter erlassenen Strafdrohungen des geltenden Rechts ihren allgemeinen Ausdruck gefunden haben. Aus dem Vergleich der §§ 211 ff. StGB., sowie der §§ 224, 225 StGB. mit § 218 StGB. a. und n. F. kann ohne weiteres entnommen werden, daß regelmäßig sowohl der Verlust des Lebens als auch eine im Sinne des § 224 StGB. schwere Gesundheitschädigung des fertigen Menschen höher zu bewerten ist, als der Verlust des Lebens der Leibesfrucht. Im einzelnen Fall kann freilich eine hiervon abweichende Entscheidung geboten sein.¹ Zweifelhaft ist, ob das im § 54 StGB. enthaltene Erfordernis der Unverschuldetheit des Notstands auch eine Voraussetzung für den auf der Güterabwägung beruhenden Ausschluß der Rechtswidrigkeit bildet.² Der erkennende Senat hat dies für das geltende Recht verneint, weil dieses nicht nur beim Rechtfertigungsgrund der Notwehr (§ 53 StGB., § 227 BGB.), sondern auch in den Vorschriften, in denen es den Notstand unter Heranziehung der Güterabwägung als Rechtfertigungsgrund ausdrücklich anerkannt hat (§§ 228, 904 BGB.), von der Unverschuldetheit der Notwehr- oder Notstandslage abieht. Soweit die Notstandsverletzung nicht bloß als entschuldigend, sondern in Anwendung des Grundsatzes der Güterabwägung als nicht rechtswidrig zu erachten ist, gilt der Ausschluß der Rechtswidrigkeit nicht nur für die Vornahme

¹ Vgl. Binding, StB. Bd. 1 S. 761 mit 767. D. C.

² Vgl. Binding, StB. Bd. 1 S. 775 Nr. 4. D. C.

durch die Schwangere selbst, sondern auch für die Vornahme durch einen zur Beurteilung der Voraussetzungen fähigen Dritten.¹ Eine notwendige Bedingung hierfür ist aber die wirkliche oder mutmaßliche Einwilligung der Schwangeren.² Dies ergibt sich schon aus der Entscheidung in RGSt. Bd. 25 S. 375, da die Schwangerschaftsunterbrechung auch einen Eingriff in den Körper der Schwangeren enthält; überdies muß der Schwangeren auch in ihrer Eigenschaft als werdender Mutter das Recht vorbehalten bleiben, aus Gewissensbedenken die Tötung der Leibesfrucht zu verbieten. Die Gleichstellung des mutmaßlichen mit dem wirklichen Willen der Schwangeren entspricht dem im § 667 BGB. zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken.

Die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung ist hiernach bei Vornahme durch die Schwangere selbst und im Falle der wirklichen oder mutmaßlichen Einwilligung der Schwangeren auch bei Vornahme durch einen zur Beurteilung der Sachlage befähigten Dritten nicht rechtswidrig, wenn sie das einzige Mittel ist, um die Schwangere aus einer gegenwärtigen Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitschädigung im Sinne des § 224 zu befreien.] Dieses Ergebnis deckt sich im wesentlichen mit den oben wiedergegebenen Leitsätzen der preussischen wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen. Es besagt lediglich, daß die Schwangere und der Arzt, die nach diesen Grundsätzen verfahren, nicht gegen die Rechtsordnung verstoßen und deshalb nicht strafbar sind. Die Frage der sittlichen Zulässigkeit wird hierdurch nicht berührt.

Die bisherige Rechtsprechung des Reichsgerichts nötigt nicht zu einer Anrufung der vereinigten Strafsenate nach § 136 GG. Das Reichsgericht hat, soweit ersichtlich, niemals ausgesprochen, daß ein Arzt, der, ohne Angehöriger der Schwangeren zu sein, mit deren Einwilligung nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft die Unterbrechung der Schwangerschaft zur Rettung der Mutter für geboten erachtet und ausgeführt hat, wegen Abtreibung zu bestrafen sei. In

¹ Vgl. Belling, JStW. Bd. 44 S. 237. D. E.

² Vgl. von Lilienthal in der Festgabe für Beder (1899) S. 44. — Oppenheim a. a. O. S. 9. — Richard Schmidt a. a. O. S. 24 Anm. 2. — Vgl. jetzt Umlf. Entw., Reichstagsvorlage, § 231 D. E.

den an das Reichsgericht gelangten Fällen der ärztlichen Schwangerschaftsunterbrechung, die nachgeprüft werden konnten, handelt es sich durchweg um solche, in denen die „medizinische Indikation“ nicht für gegeben erachtet worden war (so in RG. v. 6. Mai 1918 III 146/18 = LZ. 1918 Sp. 1218, 8. Juni 1923 V 250/23, 8. Mai 1925 I 120/25). In dem Urteil des V. Straffenats vom 8. Juni 1923 V 250/23 ist, ohne daß es für die Entscheidung hierauf ankam, die ärztlich angezeigte Schwangerschaftsunterbrechung zur Rettung der Mutter ausdrücklich für zulässig erklärt worden. Endlich hat auch der III. Straffenat in dem oben erörterten Urteil vom 25. Januar 1926 III 512/25 einen Weg gesucht, dem Arzt für den Fall der Feststellung der „medizinischen Indikation“ Strafffreiheit zu sichern. Die Entscheidungen des IV. Straffenats in RGSt. Bd. 36 S. 334 und des I. Straffenats in Bd. 60 S. 88 betreffen Fälle, in denen Nichtärzte tätig geworden sind. In dem der ersteren Entscheidung zugrunde liegenden Fall, in welchem die Täter Angehörige waren, hatte die Strafkammer die Anwendung des § 54 StGB. abgelehnt, weil sie den Notstand der Schwangeren nicht als unverschuldet erachtet hatte. Das Reichsgericht hat das Urteil aufgehoben. Es hat geprüft, ob die im § 54 StGB. bestimmten Voraussetzungen der Straflosigkeit gegeben sind, und in dieser Hinsicht erörtert, daß das Vorhandensein einer gegenwärtigen Gefahr und damit eines Notstands zweifelhaft erscheine, beim Vorliegen eines Notstands aber keine Verschuldung nicht ausreichend dargetan seien. Der erkennende Senat stimmt den Ausführungen über die Voraussetzungen des Notstands überhaupt und den Ausführungen über den ungenügenden Nachweis der Verschuldung des Notstands für den Fall der Anwendbarkeit des § 54 StGB. zu. Eine Abweichung in bezug auf die die Entscheidung des IV. Senats tragenden Rechtsätze liegt hiernach nicht vor. Soweit in der vom erkennenden Senat stammenden Entscheidung in RGSt. Bd. 60 S. 88 (91/92) eine Abweichung von dem hier vertretenen Standpunkt zum Ausdruck kommt, hält der Senat hieran nicht fest. Die übrigen unter II aufgeführten Entscheidungen lassen nicht erkennen, ob ein Notstand vorgelegen hatte.

Bei Zugrundelegung des hier vertretenen Standpunkts ist in der vorliegenden Sache die Schwangerschaftsunterbrechung dann für nicht rechtswidrig und deshalb für straflos zu erachten, wenn bei

Rosa S. nach den Regeln der ärztlichen Wissenschaft eine gegenwärtige Gefahr des Selbstmords und damit auch des Todes der Leibbesrucht anzunehmen war und diese auf andere Weise, als durch Unterbrechung der Schwangerschaft nicht beseitigt werden konnte.

III. Zur Erfüllung des inneren Tatbestands des Verbrechens nach § 218 StGB. genügt zunächst der Wille zum Handeln trotz der Vorstellung der Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestand gehören. Das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehört nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts nicht zum Vorsatz. Nimmt der Täter irrigerweise einen Rechtfertigungsgrund an, dessen Bestehen vom Recht nicht anerkannt ist, etwa ein ärztliches Berufsrecht, so ist dies ein unbeachtlicher Strafrechtsirrtum. Irrt er dagegen lediglich über die Anwendbarkeit eines an sich rechtlich anerkannten, aber nicht im Strafrecht selbst geregelten Rechtfertigungsgrundes, oder nimmt er infolge tatsächlichen Irrtums eine Sachlage an, die, wenn sie vorhanden wäre, einen anerkannten Rechtfertigungsgrund bilden würde, so ist nach der Rechtsprechung gemäß § 59 StGB. der Vorsatz ausgeschlossen. Dies gilt auch dann, wenn der Irrtum verschuldet ist. Beruht allerdings der Irrtum auf einer nicht pflichtgemäßen Prüfung der Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes, kann nicht nur Fahrlässigkeit, sondern auch bedingter Vorsatz in Frage kommen.

IV. Wird nun das angefochtene Urteil daraufhin geprüft, ob die unter Nr. II festgelegten Voraussetzungen für die Rechtmäßigkeit der Schwangerschaftsunterbrechung nachgewiesen sind, so ergibt sich, daß dies nur hinsichtlich des Merkmals der schweren Selbstmordgefahr zutrifft, nicht aber hinsichtlich der Frage, ob diese Gefahr nicht auf andere Weise abwendbar gewesen wäre. Erst wenn diese Frage untersucht ist, kann an die andere herangetreten werden, ob nicht der Angeklagte wenigstens der Meinung gewesen sei, die Voraussetzungen des Rechtfertigungsgrundes seien gegeben (Nr. III). Das Urteil konnte daher nicht aufrechterhalten werden. Bei der neuen Verhandlung und Entscheidung ist der Tatrichter an die bisherigen Feststellungen in keiner Hinsicht gebunden.