

# Wolfgang van den Daele

## Der Fötus als Subjekt und die Autonomie der Frau

### Wissenschaftlich-technische Optionen und soziale Kontrollen in der Schwangerschaft\*

#### 1. *Lebenseinheit oder soziale Beziehung?*

Im Januar 1981 beschäftigte folgender Fall die Gerichte des US-Staates Georgia: Jessie Jefferson, schwanger im 9. Monat, meldete sich zur Entbindung im örtlichen Kreiskrankenhaus. Dort diagnostizierten die Ärzte eine Blockade des Geburtskanals durch die Plazenta und erklärten einen Kaiserschnitt für notwendig. Der Versuch einer natürlichen Geburt würde mit Sicherheit zum Tod des Kindes und mit 50%iger Wahrscheinlichkeit auch zum Tod der Mutter führen. Jessie Jefferson lehnte jedoch die Operation aus religiösen Gründen ab. Daraufhin erwirkte das Krankenhaus eine gerichtliche Verfügung, daß die Schwangere sich der Operation zu unterziehen habe. Das Gericht sah in der Verweigerung der Operation eine Verletzung elterlicher Fürsorgepflichten und übertrug daher das Sorgerecht für das Kind der zuständigen Behörde »mit dem vollen Recht, alle Entscheidungen zu treffen, die sich auf die Geburt dieses Kindes beziehen, einschließlich der Zustimmung zur chirurgischen Entbindung«. Der Schwangeren wurde aufgegeben, »sich dem Kaiserschnitt zu unterziehen und den damit verbundenen Eingriffen, soweit sie vom behandelnden Arzt für notwendig erachtet werden, um das Leben des Kindes zu erhalten«. Der Eingriff in das Leben der Schwangeren werde durch die Pflicht des Staates überwogen, »ein ungeborenes menschliches Wesen davor zu bewahren, zu Tode zu kommen, bevor es auch nur die Chance gehabt hat zu leben«. Der oberste Gerichtshof von Georgia bestätigte die Verfügung. Zu einer Zwangsoperation kam es dann doch nicht, weil entgegen allen medizinischen Erwartungen die Plazenta in letzter Minute den Geburtsweg freigab.<sup>1</sup>

Die Entscheidung des Gerichts beruhte auf vier Prämissen: 1. Der entwickelte Fötus ist ein Subjekt mit eigenen Rechten, insbesondere dem Recht auf Leben und Gesundheit. 2. Die Rechte des Fötus begrenzen das konkurrierende Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren in bezug auf ihre eigene Lebensführung und den Umgang mit ihrem Körper. 3. Dritte (das Jugendamt oder auch der Vater) sind als Anwalt der Kindesinteressen berufen und können notfalls rechtlichen Zwang mobilisieren, um das Verhältnis der Schwangeren zu ihrem Fötus zu regeln. 4. Die Operationalisierung der Kontrolle der Lebensführung der Schwangeren obliegt dem behandelnden Arzt, der eine Doppelrolle wahrnimmt – als Arzt der Schwangeren und als Arzt des Fötus. Diese Prämissen sind ein Indikator für eine neue sich

\* erscheint auch in Gerhardt, Ute und Schütze, Yvonne, Frauensituation. Veränderungen der letzten zwanzig Jahre, Frankfurt 1988.

<sup>1</sup> Jefferson v. Griffin Spalding County Hospital Authority, Ga., 274 S. E. 2d 457, 459 f.

abzeichnende Auseinandersetzung zwischen den Autonomieansprüchen von Frauen und den sozialen Normierungen von Schwangerschaft.<sup>2</sup>

Biologisch bilden die Schwangere und ihr Fötus auf der einen Seite eine Lebenseinheit, auf der anderen Seite zugleich eine Beziehung unterschiedlichen Lebens, was spätestens mit der Geburt des Kindes manifest wird. Normativ setzen Konflikte um die Regelung des Verhältnisses der Schwangeren zu ihrem Fötus, insbesondere über die Zulässigkeit der Abtreibung, an diesen entgegengesetzten Seiten an. Stellt man den Beziehungsaspekt in den Vordergrund, nähert man die Schwangerschaft dem Mutter-Kind-Verhältnis an. Das ungeborene Kind hat eigene Lebensrechte, die im Extremfall selbst dann nicht aufgeopfert werden dürfen, wenn das Leben der Schwangeren selbst in Gefahr gerät.<sup>3</sup> Stellt man umgekehrt den Identitätsaspekt in den Vordergrund, so wird die Schwangerschaft auf ein Verhältnis der Frau zu ihrem Körper reduziert, nicht unbedingt nach der Eigentumsmetapher ›Mein Buch gehört mir‹, aber in dem Sinne von ›Ich bin mein Körper und damit mein Fötus‹. Der Fötus unterliegt der Selbstbestimmung der Frau und wird im Extremfall in demselben Umfang entmoralisiert wie der Umgang und die Verfügung über andere Organe des eigenen Körpers.

Der Beziehungsaspekt dominiert nach wie vor die kulturelle Konzeption und die rechtliche Regelung von Schwangerschaft. Auch die – umkämpften – liberaleren Abtreibungsgesetze entmoralisieren das Verhältnis zum Fötus keineswegs. Selbstbestimmung, reproduktive Autonomie oder die Achtung der Intimsphäre (›privacy‹) der Frau schlagen unter bestimmten Bedingungen als Wert gegenüber dem konkurrierenden Schutz des Fötus durch. Daß der Fötus eigene Rechte hat, wird durch diese Güterabwägung ausdrücklich anerkannt. An dieser grundsätzlichen Einschätzung wird sich absehbar nichts ändern. Es ist im Gegenteil eher zu erwarten, daß sich die Betonung des Beziehungsaspekts der Schwangerschaft und des Subjektcharakters des Fötus noch verstärken werden. Dafür sprechen die folgenden Faktoren:

Die wissenschaftlich-technische Entwicklung löst die Lebenseinheit von Fötus und Schwangerer weiter auf. Sie macht den Fötus als Objekt der Analyse, als Adressat medizinischer Interventionen und als Betroffenen zurechenbarer äußerer Einwirkung sichtbar und selbständig. Die Verselbständigung des Fötus wird zunehmend zu einer Rechtsposition ausgebaut. Das geschieht, soweit es sich um den Schutz des Fötus gegen Einwirkungen Dritter handelt, mit Unterstützung der Frauen. Die Dynamik der Verrechtlichung schlägt jedoch auf das Verhältnis der Schwangeren selbst zu ihrem Fötus zurück und führt zu erheblichen Eingriffen in die persönlichen Freiheiten und die Selbstbestimmung der Frau.

<sup>2</sup> Ähnliche Entscheidungen wie in Georgia sind inzwischen in mindestens 10 weiteren US-Staaten ergangen. Kolder, Veronika, Gallagher, Janet und Parsons, Michael, ›Court-Ordered Obstetrical Interventions‹, *New England Journal of Medicine* 316, 1987, S. 1192–1196 haben 15 gerichtlich verfügte Kaiserschnittoperationen ermittelt, in zwei Fällen wurden zuckerkrank Schwangere, die eine Therapie verweigerten, in Kliniken festgehalten, in zwei weiteren Fällen wurden intrauterine Blutübertragungen zur Behandlung von Rh-Immunsierung angeordnet. 80% der betroffenen Frauen waren farbige, alle waren arm. Vgl. auch Annas, George: ›Forced Cesareans: The Most Unkindest Cut of All‹, *Hastings Center Report*, June 1982, S. 16–17, ders., ›Protecting the Liberty of Pregnant Patients‹, *New England Journal of Medicine* 316, 1987, S. 1213–1214, Johnson, Dawn, ›A New Threat to Pregnant Women's Autonomy‹, *Hastings Center Report* August/September 1987, S. 33–40, allgemein: Petchesky, Rosalind Pollack, *Abortion and Woman's Choice*, New York 1984, für die Bundesrepublik: Kapp, Wolfgang, ›Der Fötus als Patient‹, *Medizinrecht* 1986, S. 275–280.

<sup>3</sup> Die offizielle katholische Morallehre verbietet auch den Schwangerschaftsabbruch aus medizinischer Indikation (also bei Gefahr für das Leben der Frau). Allerdings tauchen selbst in Ländern, deren Gesetze dieser Lehre wörtlich folgen (früher: Spanien, zuletzt: Irland), Verurteilungen wegen solcher Abtreibungen in der Strafrechtspraxis nicht auf. Vgl. Simon, Gerhard und Geerds, Friedrich, *Straftaten gegen die Person und Sitlichkeit in rechtsvergleichender Sicht*, München 1969, S. 90 ff. (114).

Die moderne Biologie und Medizin beginnen, die ursprünglich undurchdringliche natürliche Lebenseinheit von Fötus und schwangerer Frau aufzulösen. Das wird besonders sinnfällig in der Klinik der Frühgeburt. Mit der körperlichen Trennung von einem lebensfähigen Fötus wird das Verhältnis zu ihm automatisch Elternschaft. Schon die Möglichkeit einer solchen Trennung strukturiert aber die soziale Wahrnehmung. Der überlebensfähige Fötus in utero ist bereits ein potentiell eigenständiges Kind. Und alle Fristenregelungen bei zulässigen Abtreibungen bemühen sich, die Grenze der Lebensfähigkeit des Fötus keinesfalls zu überschreiten. Diese Grenze ist jedoch variabel. Sie wird durch wissenschaftlich-technische Entwicklungen immer weiter zur Mitte der Schwangerschaft hin verlagert.<sup>4</sup>

Das Gegenstück zur Frühgeburt ist die Trennung der Mutter vom Embryo zu Beginn der Schwangerschaft durch die In-vitro-Befruchtungstechnik. Bei dieser Technik laufen die ersten Tage der Embryonalentwicklung im Labor ab. Die Beziehung der Mutter zum Embryo ist auch hier ›Elternschaft‹ oder ›Eigentum‹ – also irgendein äußerliches Verhältnis und jedenfalls nicht biologische Einheit. Der Embryo wird Gegenstand besonderer Verfügung. Er kann eingefroren oder einer anderen Frau gespendet werden. Er könnte auch vervielfältigt oder zu Experimenten in der Forschung ›zweckentfremdet‹ werden. Bei einer sog. Ersatzmutterschaft – der Embryo wird einer anderen Frau eingepflanzt, die ihn für die Eispenderin austrägt – entfällt für die genetische Mutter die lebendige Identität mit ›ihrem‹ Fötus überhaupt. Ihr Verhältnis zum Fötus ist von vornherein Beziehung zwischen getrennten Subjekten.<sup>5</sup>

Aber auch der normal gezeugte und sich in der Gebärmutter entwickelnde Fötus gewinnt immer mehr eigene Strukturen, die ihn aus der Einheit mit dem Körper der Mutter herauslösen. Es ist möglich geworden, im Zeitraffer den Gestaltwandel eines lebenden Fötus im Uterus, die Entstehung von Menschenähnlichkeit, seine Bewegungen und Reaktionen zu sehen und zu erleben. Die Bilder davon haben inzwischen über populäre Bücher, Illustrierten und Fernsehfilme (vielfach im Kontext von Anti-Abtreibungskampagnen) die Wohnzimmer erreicht. Die Wissenschaft vermittelt ein immer umfassenderes Bild von den besonderen physiologischen, genetischen und Umweltbedingungen der Entwicklung und der Gesundheit des Fötus. Dabei wird die Mutter (etwa bei immunologischen Unverträglichkeiten) als die Umwelt des Fötus konzipiert, nicht als eine Einheit mit ihm. Es gibt sogar schon Ansätze zu einer pränatalen Psychologie, die Hypothesen über die Kommunikation mit dem Fötus vor der Geburt und deren möglicher Bedeutung für die kognitive und emotionale Entwicklung des späteren Kindes nachgeht.<sup>6</sup>

4 Nach amerikanischem Recht gelten Föten, die älter als 20 Wochen sind, als viable und genießen uneingeschränktes Lebensrecht und staatlichen Schutz. *Roe v. Wade* 410 U.S. 113, 160 (1973). Nach deutschem Recht ist eine Abtreibung nach der sog. Notlagenindikation bis zur 12. Woche, nach der eugenischen Indikation (schwere Schädigung des Embryos) noch bis zur 22. Woche zulässig (§ 218a StGB). Zu diesem Zeitpunkt muß häufig der Fötus in der Abtreibung getötet werden, um die Geburt eines behinderten Kindes mit allen Rechten zu vermeiden. Mentzel, H., ›Das sehr unreife Frühgeborene‹, *Gynäkologe* 20, 1987, S. 48–51 (50) geht davon aus, daß heute Frühgeborene zwischen der 24. und 28. Schwangerschaftswoche ›ein gleiches Recht auf ein gesundes Überleben wie reifere Neugeborene‹ haben.

5 Vgl. van den Daele, Wolfgang, *Mensch nach Maß*, München 1985, S. 47 ff.

6 Vgl. Zimmer, Katharina, *Das Leben vor dem Leben. Die seelische und körperliche Entwicklung im Mutterleib*, München 1984. Die Erforschung von Risiken, die sich aus der Lebensführung der Schwangeren für den Fötus ergeben, hat eine lange Tradition. Zuletzt hat die Zeitschrift ›Der Gynäkologe‹ 1987 zwei Sonderhefte dem Thema ›Gesunde Lebensweise während der Schwangerschaft‹ gewidmet, in denen neben Alkohol, Erwerbstätigkeit und Medikamenten auch Sport, Reisen und Saunabesuche abgehandelt werden.

In der Pharmakologie und in der Arbeitsmedizin hat sich gezeigt, daß entscheidende Umweltbedingungen für die Entwicklung und Gesundheit des Fötus für diesen spezifisch sind und unabhängig von denen für die Mutter bestimmt werden müssen. Viele Einwirkungen durch Arzneimittel oder Arbeitsstoffe, die für die Mutter unschädlich sind, können für den Fötus giftig (toxisch) sein oder Mißbildungen bei ihm auslösen (teratogen). Das wurde in dramatischer Weise durch die Thalidomid-Katastrophe vor Augen geführt. Das für die Schwangeren selbst gut verträgliche Schlafmittel Contergan löste schwerwiegende Mißbildungen bei den Föten aus. Auch Nikotin-, Alkohol- oder Drogengenuß der Schwangeren stellen für den Fötus ein erhebliches Risiko dar. In der Regel sind die Dosis-Wirkungs-Beziehungen für Föten ungünstiger als für Erwachsene. Kohlenmonoxyd etwa ist in diesem Sinne sehr viel giftiger für den Fötus als für die Mutter. Entsprechendes dürfte für Blei, Insektizide und eine Reihe anderer problematischer Umweltstoffe gelten.<sup>7</sup>

Der Fötus gewinnt nicht nur allgemein Sichtbarkeit, er gewinnt in der jeweiligen Schwangerschaft konkrete Individualität. Das beginnt mit Ultraschallaufnahmen in der Vorsorge, die der Frau in einer sehr frühen Phase die Umriss- und vielleicht auch die Herzrhythmen und Bewegungen ihres zukünftigen Kindes zeigen. In dem Maße, wie die Kenntnisse über Risikofaktoren für die Entwicklung des Fötus wachsen, nimmt auch die Zahl der Fälle zu, in denen der Arzt die Frau über im Einzelfall einschlägige Faktoren, also etwa die Krankheitsvorgeschichte der Frau (Röteln z. B.), ihre Arbeitsbelastung, erbliche Krankheiten in der Familie usw. aufklären oder befragen muß. Erbliche Risiken für den Fötus können in besonderer genetischer Beratung und anschließender vorgeburtlicher Diagnostik (Fruchtwasserentnahme und Chromosomen- bzw. Genomanalyse fötaler Zellen) weiter abgeklärt werden. Schließlich zeichnen sich auch immer mehr Möglichkeiten ab, Krankheiten des Fötus in der Gebärmutter zu therapieren. Der Fötus kann medikamentös behandelt werden, indirekt über die Mutter, etwa bei Vitamingaben zur Korrektur bestimmter Stoffwechselstörungen, oder direkt durch Injektion oder indem man beispielsweise Hormone zur Behandlung angeborener Schilddrüsenunterfunktion in das Fruchtwasser einbringt. Im Fall von Rhesusimmunisierung werden Bluttransfusionen am Fötus durchgeführt. Die neueste Entwicklung, die allerdings noch weitgehend experimentellen Charakter hat, erlaubt nunmehr auch Operationen am Fötus. So hat man verschiedentlich Föten Blasendrainagen gelegt (unter Ultraschall durch die Bauchdecke der Schwangeren hindurch), um bei Störungen im Harntrakt Ansammlungen von Urin und die Zerstörung der Nierenfunktion abzuwenden. In einem Fall wurde eine komplizierte Variante dieser Behandlung sogar unter Öffnung der Gebärmutter durchgeführt. Der Fötus wurde wie bei der Geburt durch Kaiserschnitt teilweise herausgenommen und nach der Operation in die Gebärmutter zurückplaziert.<sup>8</sup>

Diese wissenschaftlich-technischen Entwicklungen bedeuten im Ergebnis eine »Distanzierung« des Fötus von der schwangeren Frau. Sie konzentrieren Erkenntnisstrategien und Handlungsoptionen auf den Fötus als solchen und verstärken seine

7 Mutterlicher Alkoholismus gilt als die häufigste Ursache angeborener Entwicklungsschäden, häufiger als Down Syndrom (sog. Mongolismus), vgl. Longo, L., »Environmental Pollution and Pregnancy: Risks and Uncertainties for the Fetus and Infant«, *American Journal of Obstetrics and Gynecology* 137, 1980, S. 162-173, Majewski, F., »Alkohol – wieviel ist schädlich?«, *Gynäkologie* 20, 1987, S. 106-113. Zur Diskussion um föto-toxische Arbeitsstoffe vgl. Nitschku, Jürgen, »Gefährliche Arbeitsstoffe und Schwangerschaft«, *Arbeitnehmer* 3/1986, S. 105-107, Spielmann, H., »Die Bewertung des embryo-toxischen Risikos von Industriechemikalien in der Schwangerschaft«, *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 46, 1986, S. 335-339.

8 Mrozik, Elisabeth, »Problematik und Möglichkeiten der Fetalschirurgie«, *Geburtshilfe und Frauenheilkunde* 45, 1985, S. 503-510.

Wahrnehmung als ein eigenes Subjekt. Die nächste Stufe der Konstitution als Subjekt ist die Übersetzung von Handlungsoptionen in bezug auf den Fötus in Rechtsansprüche.

### *3. Die soziale Verselbständigung des Fötus: Rechtspflichten zur Gefahrenabwehr und eigene Ansprüche des Fötus*

Neue Erkenntnisse und technische Möglichkeiten sind schon als solche eine Veränderung unserer Lebensbedingungen. Was bisher eine Grenze des Handelns war und als unabänderlich hingenommen werden mußte, wird entscheidbar und damit zum Problem. Konsequenzen von Handlungen werden erstmals sichtbar oder beherrschbar und damit auch verantwortbar. Ereignisse, die Schicksal oder Unglück waren, können nun nach Schuld und Haftung zugerechnet werden. Der zunehmenden Aufklärung und Kontrollierbarkeit der Lebensvoraussetzungen des Fötus auf der wissenschaftlich-technischen Ebene entspricht daher auf der sozialen Ebene die Ausdehnung von auf den Fötus bezogenen Verhaltenserwartungen, Politiken und Ansprüchen.

Optionen der Diagnose, Vorbeugung oder Behandlung von Schädigungen des Fötus werden, sobald sie das Stadium des Experiments überschritten haben, ohne weiteres Bestandteil der Regeln der ärztlichen Kunst und damit auch der von der Schwangeren in der Vorsorge erwarteten professionellen Leistungen. Der Arzt verletzt den Behandlungsvertrag und riskiert Kunstfehlerklagen, sofern er die Mutter nicht über den jeweils neuesten Stand der technischen Möglichkeiten aufklärt bzw. von diesen Möglichkeiten nicht im Interesse des Fötus Gebrauch macht.<sup>9</sup>

Die zunehmenden Kenntnisse über die Zusammenhänge von Embryoschädigungen und Umwelteinwirkungen werden in politische Kontrollen übersetzt. Jedes Arzneimittel muß vor seiner Zulassung auf die Toxizität für den Fötus geprüft werden. Dem Arbeitgeber ist die Beschäftigung von werdenden Müttern an Arbeitsplätzen verboten, an denen sie fruchtschädigenden Einwirkungen ausgesetzt sind, und die Beschäftigung von Frauen im gebärfähigen Alter überhaupt, falls mit Blei- oder bestimmten Quecksilberbelastungen zu rechnen ist.<sup>10</sup>

Die Aussicht, daß in Zukunft Ärzte oder Forscher über menschliche Embryonen und Föten im Labor verfügen und sie technisch verändern könnten, hat in der Gesellschaft Abwehrreaktionen ausgelöst. Die Parlamentarische Versammlung des Europarates will die Menschenrechtskonvention um ein »Recht auf ein genetisches Erbe, in das nicht künstlich eingegriffen worden ist«, ergänzen.<sup>11</sup> Und der Bundesjustizminister hat einen Diskussionsentwurf für ein Embryonenschutzgesetz vorgelegt, der für Manipulationen an der Keimbahn von Embryonen, die anschließend ausgetragen werden sollen, eine Freiheitsstrafe von bis zu 5 Jahren vorsieht.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> So muß ein Arzt Spätgebärende immer auf die Möglichkeit einer Fruchtwasseruntersuchung hinweisen, Landgericht Dortmund 1983, *Medizinrecht* 1985, 95.

<sup>10</sup> Vgl. die Richtlinie zur Prüfung von Arzneimitteln des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit 1971 (*Bundesanzeiger* Nr. 113 vom 25. 6. 1971); § 26 Gefahrstoffverordnung vom 26. 8. 1986 (*BGBI. I.* 1470) (ähnlich schon § 14 der Arbeitsstoffverordnung von 1980, vgl. Nitschki 1986 [Fn. 7]). Das Chemikaliengesetz von 1981 (*BGBI. I.* 17, 18) verlangt, daß Chemikalien, die neu in den Verkehr gebracht werden sollen, zuvor auf toxische, erbgutverändernde und krebserregende Eigenschaften hin getestet werden. Auf Verlangen der Anmeldestelle sind auch fruchtschädigende Eigenschaften zu prüfen, falls eine gewisse Höchstmenge der eingeführten Chemikalien erreicht ist oder besondere Anhaltspunkte vorliegen (§§ 7, 9).

<sup>11</sup> Europarat 1982, Empfehlung Nr. 934, Betr. Genmanipulation, Bundestagsdrucksache 9/1173, 11 f.

<sup>12</sup> Recht. Information des Bundesministers der Justiz 20/1986 vom 3. März 1986.

Darüber hinaus schlägt der Gesetzentwurf vor, jede Einwirkung auf den Embryo bzw. Fötus, die zu einer Gesundheitsschädigung des geborenen Kindes führt, ähnlich wie eine Körperverletzung unter Strafe zu stellen. Bislang führen derartige Einwirkungen nur zu zivilrechtlichen Schadensersatzpflichten.<sup>13</sup>

Es scheint, als würde der Zuwachs technischer Möglichkeiten, über menschliche Embryonen zu verfügen, deren moralischen Status nicht untergraben – jedenfalls zunächst nicht –, sondern im Gegenteil aufwerten. Zur Abwehr offenkundiger Mißbräuche findet der vom Bundesverfassungsgericht geforderte Schutz des ungeborenen Lebens<sup>14</sup> offenbar breite gesellschaftliche Zustimmung und wird sogar auf Embryonen vor der Einnistung ausgedehnt, die bislang von der Abtreibungsregelung ausdrücklich ausgenommen waren (§ 219d StGB). Außerhalb des Kontextes der Abtreibungsproblematik besteht selbst bei der Frauenbewegung die Tendenz, den Subjektstatus des Fötus hervorzuheben und diesen in die Nähe eines Grundrechtsträgers zu rücken oder in die Menschenwürdegarantie des Art. 1 Grundgesetz einzubeziehen.

Der Schutz des Fötus ist keineswegs allein über die Mutter vermittelt. Zum Teil folgt er aus zwingendem Recht und steht schon deshalb auch der Schwangeren nicht zur Disposition. Das gilt etwa für die Arbeitsschutzregeln, aber auch für die Grenzen zulässigen Experimentierens am Fötus. Diese können durch die Zustimmung der Schwangeren nicht erweitert werden. Zum Teil gewährt die Rechtsordnung dem Fötus »eigene« Ansprüche zur Wahrung seiner Interessen. Als ungeborenes Kind (*nasciturus*) kann man den Status des »Vertriebenen«, eine Kriegsoffizierrente und eigene Ansprüche bei einer Schädigung durch Arbeitsunfall oder Berufskrankheit der werdenden Mutter erwerben.<sup>15</sup> Auch ein evtl. zivilrechtlicher Schadensersatzanspruch wegen Schädigung der Leibesfrucht steht nicht der Schwangeren, sondern dem später geborenen Kind zu. Die Rechtsprechung läßt zwar alle Ansprüche nur unter der Bedingung und erst zum Zeitpunkt der Geburt entstehen. Sie weicht damit der Frage aus, ob man auch schon dem *nasciturus* formell Rechtsfähigkeit zuerkennen müßte.<sup>16</sup> Am Sachverhalt einer zunehmenden rechtlichen Verfestigung der Position des Fötus aber ändert diese Konstruktion nichts.

Die rechtliche Absicherung des Fötus durch Ansprüche gegenüber Dritten entspricht den Interessen der schwangeren Frauen und wird von ihnen mitbetrieben. Die Frauen unterstützen die Forderungen nach Arzneimittel- und Chemikalienkontrolle, nach einer Reduktion fötotoxischer Arbeitsstoffe, nach Haftung für Fruchtschädigung und nach öffentlicher Finanzierung von Diagnostik und Therapie für den Fötus. Damit tragen sie aber gleichzeitig dazu bei, in der Gesellschaft Erwartungen verantwortlichen Verhaltens gegenüber dem ungeborenen Leben zu etablieren, denen sie sich selbst nicht entziehen können.

Der normative Charakter dieser Erwartungen bleibt im Verhältnis zur Schwangeren meist latent, da diese selbst das größte Interesse am Schutz ihres Fötus haben und

13 Der Schädiger haftet sogar für die Folgen von Einwirkungen vor der Zeugung des Kindes, BGHZ 8, 243 ff. (1953) (Lues); aus jüngster Zeit: NJW 1985, 1390 ff. (Schädigung des Fötus durch Schock der Mutter).

14 BVerfGE 39, 1 ff. (Fristenregelung) (1975): »das sich im Mutterleib entwickelnde Leben als selbständiges Rechtsgut« (36), »nasciturus ein selbständiges menschliches Wesen, ... das unter dem Schutz der Verfassung steht« (42).

15 BVerwGE 14, 43 f. (1962) (Vertriebener); BSGE 18, 55 ff. (1962) (Kriegsoffizier); § 535a RVO, BVerfGE 45, 376 ff. (1977).

16 So ausdrücklich BGHZ 58, 48 ff. (50). Auch das Bundesverfassungsgericht läßt die Frage offen, BVerfGE 43, 376 ff.: Es geht nicht um eigene Ansprüche des noch ungeborenen, sondern um Ansprüche des später geborenen Kindes (386). Das Landessozialgericht hatte in der Vorinstanz noch klar festgestellt, daß der Fötus Grundrechtsträger sei und sich auf die Menschenwürde und auf die Grundrechte, auf Leben und körperliche Unversehrtheit und auf den allgemeinen Gleichheitssatz berufen könne (ebda. 380).

daher die Erfüllung der Erwartungen der selbstverständliche Regelfall ist. Er wird jedoch im Konfliktfall »abweichenden« Verhaltens deutlich. Eine Schwangere, die Alkohol- oder Drogenmißbrauch betreibt, kontraindizierte Arzneimittel nimmt, entgegen ärztlichem Rat eine für den Fötus gefährliche Arbeit aufnimmt oder eine zur Abwehr von Gesundheitsschädigungen des Fötus angezeigte Diagnostik oder Therapie ausschlägt, wird in der Regel mit dem Unverständnis und mit moralischen Vorhaltungen ihrer Umgebung rechnen müssen. Die Frage ist, ob sie auch mit rechtlicher Kontrolle rechnen muß.

Das Paradigma einer solchen Kontrolle ist die Abtreibungsregelung. Sie zeigt, daß die Gesellschaft jedenfalls für den Extremfall der Tötung nicht gewillt ist, den Ausgleich zwischen den Freiheitsinteressen der Schwangeren und den Rechten des Fötus allein der persönlichen Entscheidung der Frau und ihrem moralischen Urteil zu überlassen. Vermutlich wird es aber darüber hinaus Versuche geben, die Beziehung der Schwangeren zu ihrem Fötus gleichsam ans Licht des Rechts zu zerren. Dafür spricht zum einen die allgemeine Tendenz, ursprünglich bloß sittlich geregelte Gemeinschaftsverhältnisse zu rechtlich verfaßten Personenbeziehungen umzustrukturieren, insbesondere Abhängigkeiten umfassend zu verrechtlichen. Zum anderen spricht dafür der konstruktive Zwang, in den das Recht dadurch gerät, daß es im Verhältnis zu Dritten den Fötus schon weitgehend als Person anerkannt hat.

#### 4. Die Dynamik der Verrechtlichung von Gemeinschaftsverhältnissen

Mit der Verankerung der Gleichberechtigung der Frau und des Prinzips der partnerschaftlichen Ehe, mit der Anerkennung von Kindesgrundrechten und der Umgestaltung der elterlichen Gewalt zu einer elterlichen Sorge hat sich das moderne Familienrecht von ziemlich allen Elementen verabschiedet, die traditionell Ehe und Familie als nur durch Sitte geregelte, quasi natürliche Gemeinschafts- und Abhängigkeitsverhältnisse gekennzeichnet haben. Die Entwicklung der Familienverfassung ist dem Trend der modernen Rechtsentwicklung zur Individualisierung gefolgt. Tönnies hat am Ende des vorigen Jahrhunderts diesen Trend als Übergang von einem »Rechtssystem, worin die Menschen als natürliche Glieder eines Ganzen aufeinander bezogen sind« zu einem Rechtssystem, »worin sie als Individuum durchaus unabhängig voneinander, nur durch eigenen Kürwillen in Beziehungen zueinander treten«, gekennzeichnet.<sup>17</sup> Zu einseitig an dieser Kennzeichnung ist lediglich die Gleichsetzung von Individualisierung und Kontraktualisierung sozialer Verhältnisse. Auch in Gemeinschaftsverhältnissen, die nach wie vor vom Einzelnen vorgefunden werden und willkürlicher Ausgestaltung nur begrenzt zugänglich sind, ist heute jedermann als unabhängige Person anerkannt. Das gilt für die Familie und die Verwandtschaft, aber auch für staatliche Institutionen, wie Schulen, Wehrmacht oder Gefängnisse, die früher als sog. besondere Gewaltverhältnisse von der Grundrechtsgeltung ausgenommen waren. Die Anerkennung des Personenstatus unterwirft die sozialen Verhältnisse ähnlichen Rechtsprinzipien, unverzichtbaren subjektiven Ansprüchen und Verfahrensregeln, wie sie aus dem Grundrechtsteil der Verfassung für das Verhältnis des Einzelnen zur öffentlichen Gewalt folgen. Man kann daher diese Verrechtlichung auch als Konstitutionalisierung von Gemeinschaftsverhältnissen kennzeichnen.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Tönnies, Ferdinand, *Gemeinschaft und Gesellschaft* (Nachdruck 8. Aufl. 1933, 1. Aufl. 1887), Darmstadt 1970, S. 179.

<sup>18</sup> Vgl. Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, Frankfurt 1981, S. 340: Durchsetzung rechtsstaatlicher Grundsätze. Individualisierung ist im übrigen mehr als diese Verrechtlichung.

Die zunehmende Verrechtlichung der Sozialbeziehungen in der Familie dürfte weitgehend als ein Phänomen des kulturellen und des Wertwandels zu erklären sein. Zwar liegt es nahe, den sozialstrukturellen Hintergrund für die langsame Aufwertung der Stellung der Frau in gesellschaftlichen Differenzierungsprozessen zu suchen, durch die ursprünglich in der Familie als Lebensraum diffus vereinigte Funktionen wie Ausbildung, Arbeit und Unterhalt ausgelagert werden. Die einzelnen Mitglieder des Familienverbandes werden dadurch in spezifischen Rollen außerhalb und unabhängig von der Familie aktiv und wahrnehmbar. Dabei bleibt jedoch unerklärt, warum die volle normative Gleichberechtigung der Frau erst in der zweiten Hälfte dieses Jahrhunderts durchgesetzt worden ist, obwohl außerfamiliale Erwerbstätigkeit der Ehefrau zumindest in den ärmeren Bevölkerungsschichten seit über 100 Jahren weitverbreitete soziale Realität ist.

Noch deutlicher scheint der innerkulturelle, geradezu innerrechtliche Charakter der »Konstitutionalisierung« der Position des Kindes zu sein. Jedenfalls hat die Formalisierung und Ausdifferenzierung der Schulbildung, die das Kind aus dem Familienverband herausnahm und zum Adressaten spezifischen sozialen Handelns machte, keineswegs seine Anerkennung als Person eingeleitet. Das Kind vertauschte insoweit nur das unkontrollierte Abhängigkeitsverhältnis der Familie mit dem besonderen Gewaltverhältnis der Schule, in dem es genauso wenig eigene Rechte hatte. Die entscheidende Vorbereitung für die Anerkennung des Kindes als Person dürfte nicht seine Verselbständigung außerhalb der Familie, sondern die Veränderung des emotionalen Klimas innerhalb der Familie gewesen sein – die Entdeckung der »Persönlichkeit« des Kindes, die Aufwertung der Kindesliebe für die Glückserwartungen der Eltern, Interpretationen »kindgerechter« Kommunikation und Erziehung usw.<sup>19</sup> Im übrigen hat sich inzwischen eine Rechtskultur etabliert, für die das Freilassen von angeblich durch Sittlichkeit regulierten Gemeinschaftsbeziehungen, die aber potentiell Gewaltcharakter haben, anachronistisch und nicht mehr legitimierbar ist.

Elterliche (genauer: väterliche) Gewalt galt bis weit in unser Jahrhundert als ein durch Sitte, Natur, den Allmächtigen oder das christliche Gesetz begründetes Abhängigkeitsverhältnis, das nur an den äußersten Grenzen des Mißbrauchs rechtlicher Kontrolle zugänglich war. Im französischen code civil stand bis 1945 eine Vorschrift, nach der ein Vater befugt war, sein ungehorsames Kind zur Bestrafung bis zu einem Monat lang ins Gefängnis (nach 1935 nur noch in ein Erziehungsheim) stecken zu lassen. Die Strafe war auf Antrag des Vaters ohne richterliche Überprüfung der Maßnahme zu vollziehen.<sup>20</sup> Aber auch der deutsche Bundesgerichtshof war noch 1953 nicht kleinlich, Eltern, die ihrer »sittlich verdorbenen« 16jährigen Tochter, um sie von der Straße und vom Kontakt mit Männern abzuhalten, in entstellender Weise die Haare abschneiden und sie während der Zeit, in der sie selbst das Haus verlassen müssen, an einem Stuhl und des Nachts am Bett festbinden, »überschreiten nicht die durch das Sittengesetz dem Züchtigungsrecht gezogenen

chung. Sie ist u.a. die Entwicklung und Legitimation hedonistischer Wertorientierungen, die die Erfüllung von Glücksansprüchen und die Erwartung von Selbstverwirklichung zu einer wesentlichen Bedingung für die Zustimmung zu sozialen Bindungen machen. Die Anerkennung des Zerrüttungsprinzips im Ehescheidungsrecht ist Ausdruck dieser Individualisierung.

19 Schütze, Yvonne, Die gute Mutter. Zur Geschichte des normativen Musters »Mutterliebe«, Bielefeld 1986.

20 Art. 376 Code civil. In der Praxis wurden gleichwohl die Motive für den Antrag geprüft, unter Berufung auf Art. 375, der dem Vater das »droit de correction« nur bei schwerwiegendem Anlaß (»sujets de mécontentement très grave sur la conduite d'un enfant«) gibt. »Eine große Zahl mißbräuchlicher Anträge konnte auf diesem indirekten Wege zurückgewiesen werden«, Ripert, George und Boulanger, Jean, Traité du Droit Civil, Band 1, Paris, 1957, Nr. 2306. 1945 wurde das droit de correction des Vaters gestrichen.

Grenzen.«<sup>21</sup> 25 Jahre später hat die Szene endgültig gewechselt. Das ›Gesetz zur Neuregelung des Rechts der elterlichen Sorge‹ von 1979 rekonstruiert das innerfamiliäre Abhängigkeitsverhältnis als am Kindesgrundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit zu messende Interaktion. U. a. verbietet das Gesetz ›entwürdigende Erziehungsmaßnahmen‹ (§ 1631 Abs. 2 BGB), es verpflichtet die Eltern, ganz allgemein auf die wachsende Selbständigkeit des Kindes (§ 1626 Abs. 2) und im besonderen bei Entscheidungen über Ausbildung und Berufswahl auf dessen Neigungen und Eignung Rücksicht zu nehmen (§ 1631a) und bindet jede Unterbringung des Kindes, die mit Freiheitsentzug verbunden ist, an die vormundschaftliche Genehmigung (§ 1631b). Die elterliche Sorge ist aller Elemente eines Herrschaftsrechts über das Kind entkleidet. Sie ist ein ›Pflichtenrecht‹, eine am Kindeswohl zu orientierende Fürsorgebeziehung.<sup>22</sup>

Die Dynamik dieser Verrechtlichung ist offenbar unwiderstehlich. Zwar sind dysfunktionale Folgen nicht auszuschließen, wenn die rechtlich geschützten Positionen auch tatsächlich mit rechtlichen Mitteln durchgesetzt werden. Gerichtliche Auseinandersetzungen stellen häufig nicht die Gemeinschaft wieder her, sondern beschleunigen vielmehr ihren Zerfall. Das gilt typischerweise, wenn Ehepartner vor Gericht ziehen, aber auch für den Fall, daß ein geprügeltes Kind Strafantrag wegen Körperverletzung gegen seine Eltern stellt. Innerhalb bestehender Familiensysteme kann rechtlicher Zwang daher immer nur ein Ausnahmetatbestand sein.<sup>23</sup>

Ob das bedeutet, daß das Medium des Rechts selbst die kommunikativen Strukturen des verrechtlichten Handlungsbereichs verletzt,<sup>24</sup> ist gleichwohl fraglich. Natürlich können in Ehe- oder Familienbeziehungen nicht gemeinschaftlich getroffene Entscheidungen über längere Zeit durch eine Kette von richterlichen Anordnungen ersetzt werden. Dieser Fall dürfte praktisch auch nicht auftreten. Daß auch eine gelegentliche Verlagerung von Streitentscheidungen auf äußere Instanzen oder eine gelegentliche richterliche Intervention zum Schutz gefährdeter Rechtspositionen zwangsläufig das Ende jeder innerfamiliären Kommunikation signalisiert, erscheint dagegen nicht zwangsläufig. Sie kann im Einzelfall auch deren Ressourcen erweitern oder wiederherstellen. Entscheidend bleibt aber, daß das Eindringen des Rechts in das Gemeinschaftsverhältnis Familie den Personenstatus der Beteiligten und damit die Voraussetzungen für diskursive oder konsensorientierte Verständigungsprozesse garantiert. Die Anerkennung dieses Status durch das Recht – mit der Option, seine Geltung notfalls zwangsweise durchzusetzen – verletzt nicht die kommunikativen Strukturen, sondern trägt wesentlich dazu bei, den normativen Rahmen, in dem sie sich allererst entfalten können, kulturell zu etablieren. Eine Zurücknahme dieser Verrechtlichung und eine Rückkehr zu bloß moralisch geregelten Gemeinschaftsverhältnissen dürfte in jedem Fall ausgeschlossen sein.

Zusätzliche Schubkraft dürfte die Verrechtlichungsdynamik durch die verbreitete Tendenz gewinnen, moralische Forderungen als Rechtsansprüche geltend zu machen, ja sie möglichst an die Verfassung anzuknüpfen. Solidarität mit Behinderten, Abrüstung, Schutz der Umwelt usw. werden nicht nur als berechtigte Anliegen vertreten, sie werden als Rechtsgebote konstruiert. Darin spiegelt sich Mißtrauen gegenüber politischen Entscheidungsprozessen. Wenn es gelingt, diese Anliegen an

21 NJW 1953, 1440 (1441).

22 Gernhuber, Joachim, Lehrbuch des Familienrechts, (3. Aufl.) München 1980, S. 707 ff.

23 Das Gesetz versagt daher dem Kind die Befugnis, seine Eltern durch Klage auf Einhaltung ihrer Fürsorgepflichten in Anspruch zu nehmen oder durch eigenen Antrag ein Verfahren des Vormundschaftsgerichts in Gang zu bringen. Allerdings kann es Maßnahmen des Vormundschaftsgerichts anregen, Gernhuber 1980 (Fn. 22), S. 735. Das Gericht selbst darf erst tätig werden, wenn die Schwelle zur Gefährdung des Kindeswohls überschritten ist (§ 1666 BGB).

24 Habermas 1981 (Fn. 18), S. 543.

der Verfassung festzumachen, steigen die Aussichten, sie unabhängig von den jeweiligen Mehrheitsverhältnissen durchzusetzen. Es spiegelt sich darin aber auch der Funktionsverlust von Moral als unabhängige Ressource sozialer Handlungsorientierung. Mit steigendem Grad der Verrechtlichung aller wesentlichen Handlungsbezüge steigt die Erwartung, daß letztlich, was rechtlich nicht verboten ist, schon deshalb auch moralisch erlaubt ist. Moral muß, um wirklich relevant zu werden, mit Recht konvergieren.

Das Bundesverfassungsgericht hat solcher Konvergenz Vorschub geleistet, indem es den Grundrechtsteil der Verfassung als eine die Gesellschaft insgesamt bindende objektive Wertordnung ausgelegt hat. Diese Auslegung wird in der Rechtswissenschaft zum Teil heftig kritisiert.<sup>25</sup> Sie findet jedoch ansonsten große Resonanz. Jedenfalls besteht die Neigung, grundsätzliche Verfassungsnormen als moralische Autorität anzuerkennen und umgekehrt moralischen Forderungen in dem Maße Dignität zuzusprechen, wie sie in die Verfassung hineininterpretiert oder aus ihr abgeleitet werden können.<sup>26</sup> Unter diesen Bedingungen ist es sozusagen gesellschaftlich wahrscheinlich, daß moralische Fragen rechtsförmig behandelt werden, sobald sie von einiger Bedeutung sind. Das gilt auch für moralische Erwartungen an die Schwangere, ihre Lebensführung auf die Belange ihres Fötus einzustellen.

### 5. Anschlußzwänge und Konstruktionsprobleme im Recht

Die Tendenz, die Verrechtlichung der Eltern-Kind-Beziehung auch in das Verhältnis der Schwangeren zu ihrem Fötus hinein fortzusetzen, führt zu einer Vielzahl von normativen und juristischen Kontroversen, deren Lösung nur zum Teil absehbar ist. In diesen Kontroversen wird deutlich, daß die Konstruktionen, mit denen der Schutz des Fötus gegen die Eingriffe Dritter begründet wird, auch für das Innenverhältnis der Schwangeren zum Fötus eine »conceptual readiness«<sup>27</sup> zur Verrechtlichung herstellen. Das Recht hat sich gleichsam innerrechtlich durch die schon bezogenen Positionen so unter Zugzwang gesetzt, daß nunmehr umgekehrt eher der Ausschluß von Ansprüchen gegen die Schwangere begründungsbedürftig wird.

Das Verhältnis der Schwangeren zu ihrem Fötus ist formell nicht das »Pflichtenrecht« der elterlichen Sorge (diese beginnt erst mit Vollendung der Geburt), aber es wird ihm doch rechtlich angenähert. Das Gesetz konstatiert eine Fürsorgebeziehung zur Leibesfrucht, die als Vorwirkung der elterlichen Sorge verstanden wird (§ 1912 Abs. 2 BGB) und auf die die Vorschriften für letztere entsprechend anzuwenden sind.<sup>28</sup> In der Konsequenz bedeutet dies, daß grundsätzlich das Vormundschaftsgericht berufen ist, zum Schutz des ungeborenen Lebens einzugreifen, wenn die Eltern ihre Fürsorge mißbräuchlich ausüben und das Wohl des Kindes dadurch gefährdet wird (entsprechend § 1666 BGB). Fügt man dieser Konstruktion noch den verfassungsrechtlichen Schutz des Fötus durch die Garantien der Menschenwürde und des Rechts auf Leben hinzu<sup>29</sup>, so hat man die Grundlage, von der aus man die Belange des Fötus rechtlich gegen die Interessen der Frau ausspielen kann.

25 Denninger, Erhard, »Freiheitsordnung – Wertordnung – Pflichtenordnung«, Juristenzeitung 1975, S. 545–550.

26 Es wäre lohnend zu untersuchen, ob das Verhältnis der Bevölkerung zur Verfassung dem entspricht, was Bellah, Robert, »Civil Religion in America«, Daedalus, Winter 1967, S. 1–21, für die amerikanische Verfassung als »civil religion« gekennzeichnet hat, ein säkularisiertes Glaubenssystem, das zwar historisch gesetzt ist, aber kaum weniger Orientierungsleistung erbringt als frühere »geoffenbarte« Normen.

27 Philip Selznick, Law, Society and Industrial Justice, New York: Russel Sage 1969.

28 Vgl. Gernhuber 1980 (Fn. 22), S. 1085, Soergel/Damrau, BGB (11. Aufl.), 1981, Nr. 7 zu § 1912, Staudinger/Engler, BGB (11./12. Aufl.), 1969, Nr. 13 zu § 1912.

29 BVerfGE 39, 1 ff. (49) (1975).

So wird beispielsweise eine Schadensersatzpflicht der Mutter ohne weiteres bejaht, wenn sie durch ihr Verhalten während der Schwangerschaft die Gesundheit des Fötus vorsätzlich schädigt. Sie haftet wie jeder Fremde. Bei nur fahrlässiger Einwirkung herrscht größere Zurückhaltung. Überwiegend scheint man die Haftung abzulehnen, weil rechtlicher Zwang, die eigene Lebensweise durchgehend danach auszurichten, daß die Leibesfrucht nicht gefährdet wird, mit den berechtigten Interessen und dem Persönlichkeitsrecht der Frau unvereinbar ist.<sup>30</sup> Zum Teil wird eine Haftung bejaht, aber es wird ihr wenig praktische Bedeutung zugemessen, weil sie mit dem Unterhaltsanspruch des Kindes zusammenfällt.<sup>31</sup> Letzteres ist nicht unbedingt zutreffend. Ist die Mutter schadensersatzpflichtig, so besteht gegen sie grundsätzlich auch ein vorbeugender Anspruch auf Unterlassung der schädigenden Einwirkung, den notfalls das Vormundschaftsgericht geltend machen und etwa durch Festsetzung eines Zwangsgeldes (§ 33 FGG) durchsetzen könnte.

In der deutschen Gerichtspraxis sind diese Fälle bislang nicht aufgetreten. Die USA sind auch hier Vorreiter. 1980 hat das Berufungsgericht in Michigan erstmals eine Haftung der Schwangeren für fahrlässige Schädigungen ihres Fötus bejaht, sofern ihr Verhalten nicht innerhalb von »reasonable exercise of parental discretion« liegt.<sup>32</sup> Das Gericht ging von einem gesetzlichen Recht des Kindes aus, »to begin life with a sound mind and body«. In Wisconsin wurde vorbeugender Fötusschutz an einer 16jährigen Schwangeren praktiziert. Sie wurde in Anstaltsverwahrung gebracht, weil sie dazu neige, »herumzustreuen« und ihr die »Motivation und Fähigkeit abgingen, die Schwangerschaftsvorsorge in Anspruch zu nehmen.«<sup>33</sup>

## 5.2 Strafbarkeit

Das Problem setzt sich ins Strafrecht fort. Hält man einen Straftatbestand der Embryonenschädigung allgemein für notwendig, so entsteht die Frage, ob dieser gegebenenfalls auch die Schwangere selbst erfaßt. In San Diego, Californien, wurde 1986 eine Frau in Untersuchungshaft genommen und angeklagt, schwere angeborene Schädigungen und den Tod ihres Neugeborenen verursacht zu haben. Neben Tabletten- und Drogenmißbrauch wurde ihr vorgeworfen, »daß sie nicht durchgehend dem medizinischen Rat gefolgt sei, den sie erhalten habe.«<sup>34</sup> Die Klage wurde abgewiesen, weil das einschlägige Strafgesetz nur für Kinder, nicht aber für Föten galt. Inzwischen aber liegt der erste Gesetzentwurf vor, mit dem diese »Lücke« geschlossen werden soll.<sup>35</sup>

Ein entsprechender Fall könnte durchaus auch in der Bundesrepublik auftreten. Der

<sup>30</sup> Stoll, Hans, »Zur Deliktshaftung für vorgeburtliche Gesundheitsschaden«, in: Dietz, Rolf und Huber, Heinz (Hg.), Festschrift für H. C. Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band 1, München 1965, S. 739–763, Mertens, Münchener Kommentar, BGB (2. Aufl.), 1986, Nr. 61 zu § 823.

<sup>31</sup> Staudinger/Schäfer, BGB (12. Aufl.), 1986, Nr. 43 zu § 823; die Möglichkeit eines Schadensersatzanspruchs wird offenbar auch bejaht von: Soergel/Zeuner, BGB (11. Aufl.), 1981, Nr. 21 zu § 823.

<sup>32</sup> Grodin v. Grodin, Mich. App. 301 N. E. 2d. 871.

<sup>33</sup> Zitiert bei Kolder et al. 1987 (Fn. 2), S. 1195. In einem anderen Fall stand ein Gericht in Maryland vor der Frage, ob eine drogenabhängige Schwangere gezwungen werden kann, auf Entzug zu gehen, um zu verhindern, daß das Kind drogenabhängig geboren wird. Vgl. American Bar Association Journal 71 (1985), 21: An Issue is Born: Fetal Rights Spawn Conflict. Eine Entscheidung erübrigte sich, da die Schwangere sich freiwillig in Rehabilitation begab.

Margery Shaw (1986 Präsidentin der Amerikanischen Gesellschaft für Humangenetik) befürwortet ganz allgemein »gesetzliche Kontrollen mütterlichen Alkoholismus, vergleichbar den Vorschriften, die Trunkenheit am Steuer verbieten.« »Conditional Prospective Rights of the Fetus«, Journal of Legal Medicine (Chicago) 5, 1984, S. 63–116 (74).

<sup>34</sup> Johnson 1987 (Fn. 2), S. 34 f.

<sup>35</sup> Kolder 1987 (Fn. 2), Anm. 47.

Entwurf für ein Embryonenschutzgesetz äußert zwar Bedenken, daß die Strafverfolgung einer Schwangeren, die etwa durch Alkohol- oder Nikotingenuß ihr Kind gefährdet, die »personale Beziehung zwischen Mutter und Kind beeinträchtigen könne«. Er will aber wenigstens für den Fall »leichtfertigen Handelns« (grobe Achtlosigkeit) auch die Schwangere bestrafen. »Sollte eine Schwangere etwa ein Contergan vergleichbares Mittel trotz Kenntnis seiner Gefährlichkeit einnehmen oder liegt ein ähnlich gravierendes Verhalten vor, so besteht kein Anlaß, die Schwangere von der Strafbarkeit auszunehmen. Etwaigen Härtefällen kann nach § 60 Strafgesetzbuch (Absehen von Strafe) begegnet werden.«<sup>36</sup>

### 5.3 Arbeitsschutz

Fest etabliert ist der rechtliche Vorrang des Schutzes des Fötus vor den persönlichen Freiheitsansprüchen der Schwangeren bereits im Arbeitsschutz. Einschränkungen der Beschäftigung werdender Mütter oder weitergehend gebärfähiger Frauen überhaupt nach der Gefahrstoffverordnung (§ 26), dem Mutterschutzgesetz (§§ 3, 4) oder der Röntgenverordnung sind zwingendes Recht. Die Frau kann, selbst wenn sie möchte, den für den Fötus gefährlichen Arbeitsplatz nicht einnehmen. Verstößt der Arbeitgeber gegen das Beschäftigungsverbot, ist der Vertrag nichtig, und die Frau hat weder Lohnansprüche noch sozialversicherungsrechtlichen Schutz. In der Praxis spielen diese Beschränkungen bislang nur eine geringe Rolle. Betroffen sind im wesentlichen Arbeitsplätze, an denen Arbeitnehmerinnen bestimmten Quecksilberverbindungen, Narkosegasen, Strahlen oder erheblichen Bleibelastungen ausgesetzt wären. Allerdings steht die Erforschung der Embryotoxizität von Arbeitsstoffen erst am Anfang. Die Senatskommission der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Prüfung gesundheitsschädlicher Arbeitsstoffe hat vorsorglich darauf hingewiesen, daß eine vorbehaltlose Übernahme der geltenden MAK-Werte (= maximale Arbeitsplatzkonzentrationen) für die Schwangeren nicht ohne weiteres möglich ist, da sie den Schutz des ungeborenen Kindes nicht in jedem Fall gewährleisten.<sup>37</sup> In den USA ist der Versuch, den Fötus zu schützen, indem man die Frauen von Arbeitsplätzen ausschließt, auf heftigen Widerstand gestoßen, insbesondere nachdem bekannt wurde, daß sich mehrfach Frauen »freiwillig« haben sterilisieren lassen, um ihre (bleibelasteten) Arbeitsplätze nicht zu verlieren.<sup>38</sup> Haupteinwand gegen diese Politik ist die Diskriminierung der Frauen auf dem Arbeitsmarkt.<sup>39</sup> Die Gerichte

<sup>36</sup> Bundesministerium der Justiz 1986 (Fn. 12), Begründung zu § 1. Gegen die Kriminalisierung der Schwangeren haben sich u. a. ausgesprochen: Lütjger, Hans, »Geburtshilfe und Menschwerdung in strafrechtlicher Sicht«, in: ders. (Hg.), Festschrift für Ernst Heintz zum 70. Geburtstag, Berlin 1972, S. 359–372, Kap. 1986 (Fn. 2), S. 280; siehe auch BGHSt 31, 348 ff. (353).

<sup>37</sup> »MAK-Werte und Schwangerschaft«, in: Arbeitsmedizin, Sozialmedizin, Präventivmedizin 18 (1983), 181–185. Vgl. auch Nitschke 1986 (Fn. 7). Im übrigen besteht der besondere Arbeitsschutz für Schwangere im wesentlichen noch darin, sie auf die Einhaltung der für alle geltenden hygienischen Maßnahmen hinzuweisen. Vgl. das Merkblatt »Fruchtschädigungen – Schutz am Arbeitsplatz« der Berufsgenossenschaft der chemischen Industrie, abgedruckt in: Arbeitsmedizin, Sozialmedizin, Präventivmedizin 4 (1985), 88 f.

<sup>38</sup> Die American Cynamid Company hatte 1978 in Willow Island eine »fetal protection policy« erlassen, nach der gebärfähige Frauen zwischen 16 und 50 nicht länger beschäftigt werden sollten, »sofern sie nicht nachweisen, daß sie operativ sterilisiert worden sind«. Der Betriebsarzt gab den betroffenen Frauen zugleich bekannt, daß die Firma die Kosten der Operation übernehmen und entsprechenden Krankenerlaubnis gewähren würde. Vgl. Oil . . . International Union vs. American Cynamid Company, 741 F.2d 444 (1984) (446). 5 Frauen nahmen das Angebot an. Von 4 weiteren Sterilisationen in anderen Unternehmen bis 1978 berichten Brandt-Rauf, Paul und Sherry, »OSHA: Fertility to Feasibility«, Occupational Health and Safety, September 1979, S. 35 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Blanco, Alan, »Comment: Fetal Protection Programmes Under Title VII – Rebutting the Procreation Presumption«, Pittsburgh Law Review 46, 1985, S. 755–794, Stillmann, Nina, »The Law in Conflict:

haben zwar grundsätzlich die Praxis, gebärfähige oder schwangere Frauen herauszu-selektieren, gebilligt.<sup>40</sup> Aber unter dem Druck der öffentlichen Kritik wird von vielen Unternehmen eine geschlechtsneutrale Arbeitsschutzpolitik verfolgt, die allgemein die Belastungen auf ein auch für Schwangere sicheres Maß reduzieren soll. Dabei spielt auch eine Rolle, daß man zunehmend über die Väter vermittelte genotoxische Auswirkungen von Arbeitsstoffen auf den Fötus vermutet. Letzteres kann natürlich auch bedeuten, daß nicht nur Frauen, sondern gegebenenfalls auch Männer von für den Fötus gefährlichen Arbeitsplätzen fernzuhalten sind.<sup>41</sup>

#### 5.4 »Wrongful-Life-Klagen

In den bisher betrachteten Konstellationen ist es nicht undenkbar, daß Rechte des Fötus begründet werden, die notfalls auch gegen den Willen der Schwangeren durchgesetzt werden können. Dagegen dürfte nunmehr feststehen, daß aus der Tatsache, daß Eltern erbliche Krankheiten, mit denen sie belastet sind, an ihre Kinder weitergeben, keinerlei Ansprüche gegen sie erwachsen. Eine Haftung für die vorsätzliche oder fahrlässige Weitergabe ungünstiger Gene wird gelegentlich durchaus befürwortet. So haben amerikanische Gerichte im Rahmen von sog. wrongful-life-Klagen behindert geborenen Kindern einen eigenen Schadensersatzanspruch gegen Ärzte zugestanden, die dafür verantwortlich waren, daß die Abtreibung der Kinder unterblieben oder fehlgeschlagen ist. Dabei berief man sich auch hier auf ein Recht des Kindes, »das Leben mit einem gesunden Geist und Körper zu beginnen« und »als ein vollständiges, intaktes menschliches Wesen geboren zu werden«.<sup>42</sup> Solche Prinzipien laden geradezu dazu ein, Ansprüche auch gegen die eigenen Eltern zu begründen. Ein kalifornischer Gerichtshof hat denn 1980 auch beiläufig angemerkt, er sehe keinen zwingenden öffentlichen Grund (no sound public policy), »Eltern davor zu schützen, für den Schmerz, das Leid und das Elend verantwortlich gemacht zu werden, das sie über ihre Nachkommen gebracht haben«.<sup>43</sup> Der kalifornische Gesetzgeber sah sich daraufhin veranlaßt klarzustellen, daß es derartige Ansprüche gegen Eltern nicht geben könne.<sup>44</sup>

Das entspricht der deutschen Rechtslage. Eltern haften nicht für die Weitergabe erblicher Krankheiten an ihre Kinder. Der Bundesgerichtshof hat sogar eigene Ansprüche der betroffenen Kinder gegen Dritte (Ärzte) abgelehnt und unter ausdrücklichem Bezug auf die Erfahrungen mit der Eugenik des Nationalsozialismus betont: »Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt ein geschütztes Rechtsgut. . . . Der Mensch hat grundsätzlich sein Leben so hinzunehmen, wie es von der Natur gestaltet ist, und hat keinen Anspruch auf seine Verhütung oder Vernichtung durch andere.«<sup>45</sup>

Accommodating Equal Employment and Occupational Health Obligations«, *Journal of Occupational Medicine* 21, 1979, S. 599–606, Williams, Wendy, »Firing the Woman to Protect the Fetus«, *Georgetown Law Journal* 69, 1981, S. 641–704. Der von Williams diskutierte mögliche Anwendungsbereich dieser Arbeitsschutzpolitik würde in den USA weit über 1 Million Arbeitsplätze erfassen (S. 647 f.).

<sup>40</sup> Oil . . . International Union vs. Cynamid (Anm. 38), *Wright v. Olin Corp.*, 585 F. Supp. 1447 (1984). In *Hayes v. Shelby Memorial Hospital* wurde die Kündigung einer schwangeren Röntgentechnikerin aufgehoben, weil der Arbeitgeber die Möglichkeit einer weniger diskriminierenden Maßnahme (anderweitige Beschäftigung) nicht hinreichend ausgeschlossen hatte, 726 F.2d 1543 (1984).

<sup>41</sup> Vgl. etwa Rao, K. und Schwetz, B., »Protecting the Unborn. The Dow Experience«, *Occupational Health and Safety*, March 1981, 53–61, Vetter, L. und Thiess, A. (BASF, Ludwigshafen), »Embryo-Fetotoxizität aus arbeitsmedizinischer Sicht«, *Fortschritte der Medizin* 103, 1985, S. 627–630, die geschlechtsneutralen individuellen Arbeitsschutz befürworten.

<sup>42</sup> *Gleitmann v. Cosgrove*, 227 A. 2d 689 (692) (New Jersey 1967), *Park v. Chessin* 400 N.Y.S. 2d 110 (114) (New York 1977).

<sup>43</sup> *Curlander v. Bioscience Laboratories*, 165 Cal. Repr. 477, 488.

<sup>44</sup> Zitiert bei van den Daele 1985 (Fn. 5), S. 236, Anm. 22.

<sup>45</sup> NJW 1983, 1371 ff. (1374), (Rötelfall); vgl. auch Mertens, BGB (Anm. 30), 1986, Nr. 61 zu § 823.

Bei dieser Rechtslage muß es jedoch nur bleiben, wenn man gezielte eugenische Fortpflanzungsbeschränkungen für verfassungsrechtlich ausgeschlossen hält. Die Übertragung von (ansteckenden) Krankheiten auf die Kinder durch die Zeugung wird nämlich dann für rechtswidrig angesehen, wenn sie gegen ein gesetzliches Verbot des Beischlafs verstößt, das auch den Schutz des Nachwuchses bezweckt (§ 6 des Gesetzes zur Verhütung von Geschlechtskrankheiten von 1953).<sup>46</sup> Die Übertragbarkeit dieses Gedankens auf andere Fälle – etwa die Weitergabe von Aids von der Mutter auf das Kind – liegt auf der Hand.

### 5.5 Zwangsbehandlung

Bleibt schließlich die Frage, ob die Schwangere möglicherweise gezwungen werden kann, ärztliche Eingriffe an sich vornehmen zu lassen, die der Erhaltung des Lebens oder der Gesundheit des Fötus dienen sollen. Bei der ärztlichen Profession würde ein solcher Zwang offenbar auf einige Zustimmung rechnen können. Kolder et al. (1987) fanden bei einer Umfrage unter den Direktoren der US Fellowship Programs in Maternal-Fetal Medicine (N= 57) 46% Befürworter für Zwangseinweisung, wenn die Schwangere sich einer für den Fötus als notwendig erachteten medizinischen Behandlung widersetzt. 22% hielten es sogar für angebracht, Hausgeburt illegal zu machen. Nur 24% traten für das Alleinentscheidungsrecht der Frau ohne jede Einschränkung ein.<sup>47</sup> Ähnliche Stimmen sind auch aus der bundesrepublikanischen Ärzteschaft zu hören. »Da der Staat einerseits das ungeborene Leben schützen muß, müßte er gezwungenermaßen die Mutter zur Behandlung des Ungeborenen zwingen, auch wenn es zu deren Schaden ist.«<sup>48</sup> Schwere Eingriffe, wie etwa Fetalchirurgie, sollen jedoch ausscheiden – wegen des Risikos für die Schwangere, nicht aus Achtung vor ihrer Autonomie.

Auch in der Rechtsliteratur scheint sich eine Abkehr vom reinen Selbstbestimmungsgrundsatz anzubahnen. Bislang war Zwangsbehandlung nur in Ausnahmefällen zulässig, wenn von dem Betroffenen selbst (etwa durch Ansteckung) eine Gefahr ausgeht. Die bloße Weigerung, einen Eingriff in den eigenen Körper zu dulden, kann aber der Schwangeren schlechterdings nicht als Gefährdung ihres Fötus zugerechnet werden. (Dann müßte man konsequenterweise auch die Weigerung, dem geborenen Kind ein Organ zu spenden, rechtlich als Kindesmißhandlung einordnen!) Gleichwohl wird Behandlungspflicht zumindest dann befürwortet, wenn der Eingriff für den Fötus notwendig und für die Schwangere von geringer Intensität und minimalem Risiko ist.<sup>49</sup> Diese Kriterien könnten bei einer bloß medikamentösen Behandlung erfüllt sein. Bei einer Bluttransfusion, die von einem amerikanischen Gericht 1964 im Interesse des Fötus angeordnet wurde<sup>50</sup>, ist das schon fraglich. Eine Verpflichtung, sich einer Operation, etwa einem Kaiserschnitt zu unterziehen, könnte danach aber unter keinen Umständen entstehen. In allen Fällen bliebe die Frage, wie denn eine Behandlungspflicht durchzusetzen wäre, falls die Schwangere sich weigert, einer richterlichen Auflage nachzukommen. Kann man sich wirklich polizeilichen Zwang in der gynäkologischen Praxis vorstellen?

<sup>46</sup> Staudinger/Schäfer, BGB. 1969, Nr. 41 zu § 823 m.w.N.

<sup>47</sup> Fn. 2.

<sup>48</sup> Mrozik 1985 (Fn. 8), S. 507.

<sup>49</sup> Vgl. Kapp 1986 (Fn. 2), S. 278. Der oberste Gerichtshof von Massachusetts hat 1983 zwar eine Behandlungspflicht unter Berufung auf die verfassungsmäßige Garantie der 'privacy' der Schwangeren abgelehnt (Taft v. Taft 446 N.E. 2d 395), aber das Ergebnis darauf gestützt, daß der Fötus 'non-viable' war und eine Lebensgefahr für ihn nicht bewiesen war.

<sup>50</sup> Raleigh Fitkin Hospital v. Anderson, 201 A. 2d 537 (538) (New Jersey 1964).

Der menschliche Fötus gewinnt Konturen als selbständiges Subjekt. Er wird gleichsam immer sichtbarer, und nichts kann ihn in das Dunkel einer undurchschaubaren Lebenseinheit mit der Schwangeren zurückzwingen. Schwangerschaftsvorsorge, ärztliche Aufklärungspflicht und allgemeine Öffentlichkeit machen das Wissen um Risiken für den Fötus und um Handlungsmöglichkeiten zur Abwehr solcher Risiken zur ›Zwangsinformation‹, der sich keine Frau entziehen kann. Ebenso wenig kann sie sich den moralischen Ansprüchen und gesellschaftlichen Erwartungen entziehen, die aus solchem Wissen folgen. Die wachsenden Verantwortlichkeiten der Schwangeren für ihren Fötus sind nicht revidierbar. Um so mehr wird man der umstandslosen Übersetzung dieser Verantwortlichkeiten in rechtliche Zwänge widerstehen müssen.

Die Tendenz, Schwangerschaft nicht nur als soziale Beziehung, sondern als Rechtsverhältnis zu konstituieren, berührt den Kernbereich der Freiheit der Frau als Person. Sie eröffnet ein Feld für präventive Zwänge, die im Ergebnis die Selbstbestimmung der Schwangeren über ihre Lebensführung und ihren Körper beseitigen. Soweit Rechte des Fötus gegen die Schwangere reichen, müßte diese jederzeit damit rechnen, daß ihr die Verfügung über sich durch das Vormundschaftsgericht entzogen und auf Dritte übertragen wird – etwa den Vater des zukünftigen Kindes, das Jugendamt oder auch den behandelnden Arzt, der der Schwangeren dann als Anwalt der Kindesinteressen entgegentritt.<sup>51</sup> Eine derartige Verrechtlichung wäre das entgegengesetzte Extrem zur Auffassung, daß der Fötus nichts als ein Organ des Körpers der Frau sei. Sie macht die Lebenseinheit zwischen der Schwangeren und ihrem Fötus normativ bedeutungslos und behandelt die Frau insoweit lediglich als Treuhänderin des Fötus, als Mittel zum künftigen Kind. Eine solche Lösung ist abzulehnen, nicht weil sie auf praktische Probleme der Durchsetzung und Abgrenzung stößt, sondern weil sie der Autonomie der Frau widerspricht.<sup>52</sup>

Es sind daher klare Regelungen anzustreben, die für die Schwangere zumindest für fahrlässiges Handeln jede deliktische Haftung gegenüber dem Fötus und eine strafrechtliche Verantwortung für vorgeburtliche Einwirkungen überhaupt ausschließen. Der Arbeitsschutz sollte geschlechtsneutral ausgelegt sein; eine Alternative zu Beschäftigungsverboten zum Schutz des Fötus sind weitere Verringerungen der Schadstoffbelastung. Irgendeine Form von Behandlungszwang sollte grundsätzlich in die Schwangerschaftsvorsorge nicht eingeführt werden.

Man muß damit rechnen, daß die Ablehnung der Verrechtlichung des Verhältnisses der Schwangeren zu ihrem Fötus in einigen Fällen zu schwer erträglichen Ergebnissen führen wird. Die Schädigung von Kindern durch das vorgeburtliche Verhalten ihrer Mütter würde selbst dann rechtlich weitgehend sanktionslos bleiben, wenn an der moralischen Vorwerfbarkeit dieses Verhaltens nicht zu zweifeln ist. Aber das Recht kann sich nicht an diesen Extremen orientieren. Strong cases make bad laws! Die Grenzen des Rechts sind dort erreicht, wo es die Kontrolle über die Lebensführung der Schwangeren übernehmen müßte. Eine kompromißlose rechtliche Durchsetzung der Belange des Fötus bürdet den Frauen untragbare Einschränkungen ihrer

51 In den aus den USA berichteten Fällen gerichtlicher Zwangsbehandlung wurde das ›Sorgerecht‹ für den Fötus in aller Regel auf die Ärzte, Verwalter oder Juristen des entsprechenden Krankenhauses übertragen. In keinem Falle jedoch auf die nächsten Angehörigen der Schwangeren. Vgl. Kolder et al. 1987 (Fn. 1), S. 1193.

52 Vgl. auch Annas 1987 (Fn. 2), ders., ›Pregnant Women as Fetal Containers‹, Hastings Center Report December 1986, S. 13–14, Petchesky 1984 (Fn. 2).

Selbstbestimmung auf. Sie wäre ein Rückschritt in dem mühsamen Prozeß, in dem die Frauen versuchen, sich von den biologischen Definitionen ihrer gesellschaftlichen Rollen und Ansprüchen zu befreien. Der Verzicht auf solche Durchsetzung bleibt ein moralischer Kompromiß – vergleichbar dem Kompromiß, die Abtreibung als Mittel, sich von unerwünschter Schwangerschaft zu befreien, in Grenzen hinzunehmen. Mit der zunehmenden Verselbständigung des Fötus wird deutlich, daß wir derartige Kompromisse auch in anderen Bereichen des Verhältnisses zum ungeborenen Leben eingehen müssen. Auf jeden Fall sollten wir nicht der Versuchung nachgeben, den Vorrang der Belange des Fötus vor der Selbstbestimmung der Frau, der sich für die Abtreibung nicht hat durchsetzen lassen, nunmehr auf den anderen Feldern zu verfechten.<sup>53</sup>

53 Allerdings wächst gegenwärtig auch im Bereich der Abtreibung der Druck auf die schwangeren Frauen. In einem Beschluß des Amtsgerichts Köln von 1984 wurde einem Ehemann die Befugnis erteilt, für sein ungeborenes Kind beim Landgericht eine einstweilige Verfügung zu beantragen, daß seine Ehefrau eine geplante Abtreibung zu unterlassen habe, NJW 1985, 2201. Das Landgericht lehnte die Verfügung zwar ab, informierte aber den Arzt der Frau über das anhängige Verfahren. Dieser nahm daraufhin den Eingriff nicht vor, das Kind wurde geboren, FamRZ 1985, 519. Vgl. jetzt auch das Urteil des Amtsgerichts Celle, FamRZ 1987, 738 ff. Diese Rechtsprechung wäre das Ende der Regel, daß die im Strafrecht vorgesehene Güterabwägung (Indikationsstellung) in alle anderen Rechtsbereiche durchschlägt und daher auch sonstige Interventionen im Interesse des Fötus ausschließt. Bienwald, Werner, »Zur Beteiligung des Mannes bei der Entscheidung über den straffreien Schwangerschaftsabbruch seiner Ehefrau«, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 1985, S. 1096–1102 (1101), Coester-Waltjen, Daggmar, »Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des künftigen Vaters«, NJW 1985, 1175–1177 (1176), siehe aber auch: Klaus Roth-Stielow, »Nochmals: Der Schwangerschaftsabbruch und die Rolle des zukünftigen Vaters«, NJW 1985, 2746 f. Jedermann konnte durch die Behauptung, eine Indikation sei nicht gegeben, das Vormundschaftsgericht in Gang setzen, was wegen des Zeitdrucks, unter dem Abtreibungsentscheidungen regelmäßig stehen, die Indikationslösung des § 218a StGB praktisch außer Geltung setzen wurde.