



Schutz des Kindes in der Mutter vor der Mutter?

Symposium der Marcé-Gesellschaft
Bochum, 13.05.2022

Max C. Perick, RiAG



Über die rechtlichen Möglichkeiten, Kindeswohlgefährdungen durch die werdende Mutter vor und nach der Geburt abzuwenden



Schutz des Kindes in der Mutter vor der Mutter?

- Ausgangsfall: Der einsichtsfähige Erwachsene
- Abwandlung 1: Der Erwachsene mit Betreuung
- Abwandlung 2: Der Erwachsene mit Sorgerecht für ein minderjähriges Kind
- Problemfall: Schwangerschaft
 - familienrechtliche Möglichkeiten
 - betreuungsrechtliche Möglichkeiten
 - öffentlich-rechtliche Möglichkeiten
 - strafrechtliche Möglichkeiten





➤ Ausgangsfall: Der einsichtsfähige Erwachsene

- Allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) & Recht auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG)
→ Eigenverantwortung für die eigene Lebensführung!
- Medizinische Behandlung?
 - „Informed consent“, Information und Aufklärung (§§ 603 c; 603 e BGB)
 - Einwilligung des Patienten = Rechtfertigung des Eingriffs in die körperliche Unversehrtheit
 - Einwilligung = geschäftsähnliche Handlung (§ 630 d BGB),
Einwilligungsfähigkeit ≠ Geschäftsfähigkeit (im Sinne der §§ 2; 104 ff. BGB)





- „Freiheit zur Krankheit“ im Zustand der Einsichtsfähigkeit
(Bundesverfassungsgericht, Beschluss v. 08.06.2021, 2 BvR 1866/17)
- Keine Behandlung eines einsichtsfähigen kranken Erwachsenen gegen seinen Willen!

- bei fehlender Einsichtsfähigkeit/Willensäußerungsfähigkeit wegen
 - Krankheit/Behinderung
 - Substanzmittelkonsumgegebenenfalls Entscheidung durch Dritte



➤ Abwandlung 1: Der Erwachsene mit rechtlicher Betreuung

- Einwilligungsfähigkeit \neq Geschäftsfähigkeit, außerdem setzt die rechtliche Betreuung keine Geschäftsunfähigkeit des Betreuten voraus
→ es kommt auf den Betreuten an
- Einsichtsfähigkeit und Behandlungsunwille:
 - Behandlungsunwilligkeit aus „freiem Willen“?
 - oder infolge psychischer Krankheit oder geistig/seelischer Behinderung?Bei fehlender Fähigkeit zur Bildung eines freien Willens äußert der Betreute gegebenenfalls den sogenannten „natürlichen Willen“





- Der Betreuer hat die Gesundheitsangelegenheiten des Betreuten nach dessen Wohl und Wünschen zu besorgen (§ 1901 Abs. 1, 2 BGB) und diesen insoweit rechtlich zu vertreten (§ 1902 BGB), wenn
 - dies erforderlich ist und
 - die Betreuung für den Aufgabenkreis „Gesundheitsangelegenheiten“ eingerichtet ist (ggf. auch für das „Aufenthaltsbestimmungsrecht“)
- Ein einwilligungsfähiger und behandlungswilliger Erwachsener kann dann durch seinen Betreuer bei der Umsetzung des Behandlungswillens unterstützt werden
- Ein einwilligungsunfähiger Erwachsener kann ohne seine Einwilligung behandelt werden, gegebenenfalls auch gegen seinen geäußerten natürlichen Willen!





- Untersuchungen/ Behandlungen/eingriffe gegen den natürlichen Willen des Betreuten sind sogenannte **ärztliche Zwangsmaßnahmen** (§ 1906 a BGB)
- Wird der Betreute in eine geschlossene Einrichtung verbracht und/oder fixiert, handelt es sich um **freiheitsentziehende Unterbringung** bzw. **freiheitsentziehende Maßnahmen** (§ 1906 BGB)
- Beide setzen eine **Eigengefährdung des Betreuten** voraus
(Kieß in Jurgeleit, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1906 BGB Rn. 18;
Dodegge in BtKomm, 5. Aufl., Teil G Rn. 47)
- Die Entscheidung des Betreuer für eine Zwangsmaßnahme/freiheitsentziehende Unterbringung oder Maßnahme muss vom Betreuungsgericht genehmigt werden (§§ 1906 Abs. 2; 1906 a Abs. 2 BGB)





Also:

- Betreuer einwilligungsfähig + behandlungswillig → Betreuer entscheidet
 - Betreuer einwilligungsfähig + behandlungsunwillig → Betreuer entscheidet
 - Betreuer einwilligungsunfähig + Eigengefährdung → Betreuer entscheidet
+ Genehmigung des Betreuungsgerichts bei Zwangsmaßnahmen /
freiheitsentziehender Unterbringung / Maßnahmen
 - Betreuer einwilligungsunfähig + Fremdgefährdung → Betreuer kann nicht
entscheiden, Lösung nach Unterbringungsgesetz/Psychisch-Kranken-
Gesetzen des Landes (in Nordrhein-Westfalen: PsychKG)
- Das Betreuungsrecht schützt (primär) die Interessen des Betroffenen, nicht
die Interessen Dritter/der Allgemeinheit





➤ Abwandlung 2: Der Erwachsene mit Sorgerecht für ein minderjähriges Kind

- Sorgerecht der Mutter/der Eltern besteht ab der Geburt eines Kindes (Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, § 1626 Abs. 1 BGB)
- Das Kind ist (erst) ab der Geburt rechtsfähig (§ 1 BGB)
- Das Sorgerecht endet mit der Volljährigkeit oder dem vorherigen Tod des Kindes (§§ 2; 1698 b BGB)
- Der Sorgeberechtigte ist der gesetzliche Vertreter des Kindes (§ 1629 Abs. 1 S. 1 BGB)
- Das Sorgerecht kann nicht zum Aufgabenkreis einer Betreuung gehören, weil es kindeswohlbezogen ist (§ 1627 BGB), also nicht allein dem eigenen Interesse des Betreuten dient





- Die Eltern können durch übereinstimmende Erklärung die gemeinsame Sorge begründen, wenn diese nicht schon von Gesetz wegen besteht
- Die Eltern können das Sorgerecht aber nicht an Dritte übertragen oder auf ein bestehendes Mitsorgerecht verzichten, dazu bedarf es eines Beschlusses des Familiengerichts
- Streiten die Eltern miteinander wegen des Sorgerechts, kommt es darauf an, was dem Kindeswohl mehr dient (*Der bessere Elternteil gewinnt*)
- Das Familiengericht kann bei **Gefährdung des Kindeswohls** familiengerichtliche Maßnahmen anordnen und gegebenenfalls das Sorgerecht teilweise oder ganz auch gegen den Willen eines Elternteils/der Eltern neu ordnen und auch auf Dritte (Ergänzungspfleger/Vormund) übertragen (Art. 6 Abs. 2 S. 2; Abs. 3 GG; §§ 1666; 1666 a BGB)
- Es kommt anders als beim Elternstreit nicht darauf an, ob die Sorge besser ausgeübt werden könnte, sondern darauf, ob sie gefährdend ausgeübt wird





➤ Problemfall: Schwangerschaft mit Gefährdung des Ungeborenen durch das Verhalten der Mutter

■ familienrechtliche Möglichkeiten

- Vor der Geburt:
 - Kind i. S. d. § 1 BGB (-)
 - Sorgerecht i. S. d. § 1629 BGB (-)
- Das Ungeborene ist aber bereits Träger von Grundrechten, insbesondere der Menschenwürde (Art. 1 GG) und des Rechts auf körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG)
- Daraus folgt ein Schutzauftrag für den Staat, ggf. auch gegen das Verhalten der Mutter (Bundesverfassungsgericht, Urteil v. 28.05.1993, 2 BvF 2/90)
- Sind alle familiengerichtlichen Maßnahmen gemäß § 1666 BGB also schon vor der Geburt möglich?





- Ein Entzug des Sorgerechts ist erst mit Wirkung ab der Geburt möglich, weil vorher kein Sorgerecht besteht (Oberlandesgericht Hamm, Beschluss v. 25.02.2020, 11 F 253/19, FamRZ 2020, 1355)
- Aber das Wächteramt des Staates (Art. 6 Abs. 2 S. 2 GG) besteht schon während der Schwangerschaft, deshalb können das Jugendamt und das Familiengericht schon vor der Geburt tätig werden (hM: Cirullies in Heilmann, Praxiskommentar Kindschaftsrecht, 2. Aufl., § 1666 BGB Rn. 15)
- Möglichkeiten des Jugendamts:
 - Beratung und Hilfe in Fragen der Partnerschaft und der Erziehungs- und Beziehungskompetenzen anbieten (§ 16 Abs. 3 SGB VIII)
 - Beratung und Hilfe zu Fragen der Schwangerschaft, Geburt und Entwicklung des Kindes anbieten (§ 2 KKG)
 - Information des Familiengerichts über mögliche Kindeswohlgefährdung (§ 8 a SGB VIII)





- Möglichkeiten des Familiengerichts:
 - Verfahrensbeistand für das Ungeborene bestellen (§ 158 FamFG)
 - Durchführung eines Anhörungstermins (§ 157 FamFG)
 - Maßnahmen gemäß § 1666 BGB anordnen
- Aber die mögliche Maßnahmen aus § 1666 Abs. 3 Nr. 1 BGB sind vor der Geburt nur:
 - Hilfsangebote
 - Beratungsangebote
 - Gesundheitsfürsorgeangebote

(hM: Götz in Grüneberg, BGB, 81. Aufl., § 1666 Rn. 5; aA: Burghart in BeckOGK, Stand 01.02.2022, § 1666 Rn. 56 f.; zu den praktischen Grenzen: Lugari in MüKo-BGB, 8. Aufl., § 1666 Rn. 42 f.; AG Wesel, Beschluss v. 15.03.2021, 33 F 21/21, NZFam 2021, 505 mit Anmerkung Lies-Benachib)





➤ Familienrechtliches Zwischenergebnis:

Ab der Geburt können den Eltern Verhaltensaufgaben gemacht werden; es kann (als letztes Mittel) das Kind von gefährdenden Eltern räumlich getrennt werden.

Vor der Geburt ist das Familiengericht auf die bloße Überzeugungskraft im Verfahren beschränkt, es sind keine durchsetzbaren Verhaltensaufgaben an die Schwangere möglich.

Eine räumliche Trennung des Ungeborenen von einer sein Wohl gefährdenden Schwangeren scheitert an den medizinischen Gegebenheiten.





➤ Exkurs 1: Schwangerschaftsabbruch

- Bei Vorsatz der Schwangeren, durch ihr Verhalten die Schwangerschaft abbrechen zu wollen: §§ 218 ff. StGB → Indikation, insbesondere medizinisch-soziale Indikation?
- Liegt eine Indikation zum Schwangerschaftsabbruch vor, sind familiengerichtlichen Maßnahmen nach § 1666 BGB damit ausgeschlossen (Coester in Staudinger, BGB, 2020, § 1666 Rn. 25 a)
- Außer durch § 218 StGB kein Schutz des Ungeborenen vor Körperverletzungsdelikten (Sternberg-Lieben in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 223 Rn. 1 b; Hardtung in MüKo-StGB, 4. Aufl., § 223 Rn. 7 ff.)





➤ Exkurs 2: Pflegschaft für die Leibesfrucht, § 1912 BGB

- Zur Wahrung zukünftiger Rechte des Ungeborenen, z. B. Haftungsansprüche wegen vorgeburtlicher Schädigung (Locher in jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 1912 Rn. 6)
- Nur wenn und soweit keine Ausübung des Sorgerechts durch die Eltern/die Mutter ab Geburt zu erwarten – Extrembeispiel: hirntote Schwangere, bei der die Vitalfunktionen aufrecht erhalten werden können
- Frage also: Ist zu erwarten, dass die Schwangere, die durch ihr Verhalten das Ungeborene schwerwiegender Schädigungen aussetzt, nach der Geburt ihr Sorgerecht nur Kindeswohlgefährdend ausüben könnte?
- In der Literatur streitig, ob eine Pflegschaft für die Leibesfrucht auch für den Fall einer beabsichtigten Schwangerschaftsabbruch angeordnet werden kann (Literaturnachweise: Locher, a. a. O., Rn. 7)





➤ Exkurs 3: Schwangerschaft und Betreuung

- Bei konkreten sexuellen Aktivitäten und Fehlen einer wirksamen Empfängnisverhütung: Sterilisation mit Einwilligung des Betreuers einer einwilligungsunfähigen Frau gemäß § 1905 BGB möglich, aber nicht gegen den natürlichen Willen - Verbot der Zwangssterilisation (Roth in BTKomm, 5. Aufl., Teil E Rn. 43)
- Auch Empfängnisverhütungsmittel können jedenfalls nicht dauerhaft gegen den (natürlichen) Willen der Betreuten als Zwangsbehandlung verabreicht werden (Brilla in BeckOGK BGB, Stand 01.01.2022, § 1905 Rn. 42)
- Eine Unterbringung oder unterbringungsähnliche Maßnahmen mit dem Ziel, Sexualkontakte zum anderen Geschlecht zu verhindern, sind unzulässig (Müller-Engels in BeckOK BGB, Stand 01.02.2022, § 1905 Rn. 8)





- Besteht eine Betreuung mit dem Aufgabenkreis Gesundheitsangelegenheiten, kann auch der Betreuer in einen Schwangerschaftsabbruch einwilligen
- bei medizinischer Indikation (akute Lebensgefahr) kann der Betreuer die Einwilligung auch erklären, wenn der Schwangerschaftsabbruch gegen den natürlichen Willen einer einwilligungsunfähigen Schwangeren erfolgt (Roth in BTKomm, 5. Aufl., Teil E Rn. 11; Eser/Weiß in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 218a Rn. 61)





■ betreuungsrechtliche Möglichkeiten

- Gegen den (natürlichen) Willen der Betreuten sind Unterbringung/Zwangsbehandlung nur zur Abwendung einer Eigengefährdung möglich (s. o.)
- Das Ungeborene ist für die schwangere Betreute fremd, also kann zum Nachteil des Ungeborenen keine Eigengefährdung der Schwangeren eintreten
- Besteht neben der Gefahr für das Ungeborene auch eine erhebliche Gefährdung der schwangeren Betreuten (z. B. körperlich infolge eines Aborts oder psychisch infolge einer schweren Missbildung des Kindes), kann eine Eigengefährdung im Sinne der §§ 1906; 1906 a BGB vorliegen, wenn die Ursache eine psychische Krankheit oder geistig/seelische Behinderung der Betreuten ist





- Substanzmittelkonsum, Fehlernährung oder Nichteinnahme von Medikamenten genügen für sich allein nicht, um eine Eigengefährdung der Betreuten zu begründen (Brilla in BeckOGK BGB, Stand 01.01.2022, § 1906 Rn. 54 ff.; Müller-Engels in BeckOK BGB, Stand 01.02.2022, § 1906 Rn. 10 f.; Kieß in Jurgeleit, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 1906 BGB Rn. 17)
- Für die Betreute besteht insoweit genau wie für eine Erwachsene ohne Betreuung die durch die allgemeine Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) geschützte Möglichkeit, das eigene Leben auch suboptimal und insbesondere ungesund führen zu dürfen





- Öffentlich-rechtliche Möglichkeiten –
Unterbringungsgesetze/Psychisch-Kranken-Gesetze
 - Das Ungeborene ist (noch) kein anderer Mensch, so dass zu seinem Nachteil auch keine Fremdgefährdung durch die Schwangere erfolgen kann
 - Eine öffentlich-rechtliche Unterbringung kann also nur bei einer erheblichen Eigengefährdung der Schwangeren erfolgen





■ strafrechtliche Möglichkeiten

- Der strafrechtliche Schutz des Ungeborenen gegen schädigendes Verhalten der Schwangeren ist bewusst lückenhaft (Czerner, Überlegungen zum Abschlussbericht „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls“ vom 14. Juli 2009 bei Alkoholembryopathie, ZKJ 2010, 220-227; Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Zum Schutz des Ungeborenen bei einer Drogen- oder Alkoholsucht der Schwangeren, 28.01.2020, WD 9 - 3000 - 093/19)
- Eine (vorläufige) Unterbringung einer gebärfähigen Frau ist nach § 63 StGB, § 126 a StPO möglich, wenn diese bereits einmal ihr Kind im Zustand der krankheitsbedingten Schuldunfähigkeit getötet hat und die konkrete Gefahr einer erneuten Schwangerschaft und nachgeburtlichen lebensgefährlichen Einwirkung auf das Kind besteht (BGH, Beschl. v. 22.04.2008, 4 StR 136/08, NStZ-RR 2009, 46; LG Frankfurt/Oder, Urteil v. 21.01.2013, 23 KLS 24/12, juris; Hebben, jurisPR-StrafR 9/2013 Anm. 3)





- **Betreuungs-, öffentlich-rechtliches und strafrechtliche Zwischenergebnis:**
Das Betreuungsrecht ermöglicht unter bestimmten Umständen eine Abwendung einer Eigengefährdung der Schwangeren, zur Abwendung einer Gefährdung des Ungeborenen gibt es keine Handlungsmöglichkeiten.
Auch das Unterbringungs- bzw. Psychisch-Kranken-Recht ermöglicht nur ein Eingreifen bei Eigengefährdung der Schwangeren
Das Strafrecht schützt das Ungeborene nur durch die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs. Lediglich bei einer Gefahr einer Wiederholung einer Kindstötung kommt eine Unterbringung einer Schwangeren in Betracht.





➤ Ergebnis:

Vor der Geburt beschränkt sich die rechtlichen Möglichkeiten des Schutzes des Ungeborenen vor gefährdendem Verhalten der Mutter im Wesentlichen auf Beratungs- und Hilfeangebote.

Die freiheitlich-demokratische Rechtsordnung sieht bis auf einen seltenen Ausnahmefall keine Möglichkeit vor, die Lebensführung einer Schwangeren zwangsweise nach dem Wohl des Ungeborenen auszurichten.

Aus medizinischen Gründen entfällt auch die nach der Geburt als letztes Mittel gegebene Maßnahme, ein Kind von einem sein Wohl gefährdenden Elternteil räumlich zu trennen.

Jugendamt und Familiengericht müssen sich deshalb in dieser Phase besonders bemühen, die Schwangere zu überzeugen, freiwillig ihr Verhalten am Kindeswohl auszurichten.

