

## Pränataler Kinderschutz

### (K)eine Lösung bei vorgeburtlichen Gefährdungslagen?

*Andrea Büchler, Prof. Dr., Professorin an der Universität Zürich*

*Sandro Clausen, lic. iur., Rechtsanwalt, wissenschaftlicher Assistent an der Universität Zürich\**

---

**Stichwörter:** *Recht auf Leben, Menschenwürde, ungeborenes Leben, Schwangerschaft, pränatale Gefährdung, persönliche Freiheit, Selbstbestimmung, Autonomie, Beginn der Persönlichkeit, Kindeswohl, elterliche Sorge, Kinderschutz, Erwachsenenschutz, Unterstützungs- und Hilfsmassnahmen.*

**Mots clefs:** *Droit à la vie, dignité humaine, vie prénatale, grossesse, risques prénataux, liberté personnelle, autodétermination, autonomie, commencement de la personnalité, intérêt de l'enfant, autorité parentale, protection de l'enfant, protection de l'adulte, mesures d'aide et de soutien.*

---

### I. Einleitung

Die Schwangerschaft ist eine emotional und körperlich intensive Zeit. Sie ist mitunter eine Zeit der Herausforderung und der Umstellung, die schwangere Frauen vieles in einem anderen Blickwinkel betrachten oder gar hinterfragen lässt, was bisher alltäglich und selbstverständlich war. Es mögen sie auch Gefühle der Verunsicherung, Ängste vor der Geburt, der Verantwortung oder körperlich-seelische Veränderungen beschäftigen. Obwohl die Schwangerschaft zu den privatesten und intimsten Erfahrungen überhaupt gehört, sieht sich eine schwangere Frau mit zahlreichen sozialen Normen und Erwartungen konfrontiert. Von vielen Seiten wird sie mit Ratschlägen und Empfehlungen zu nahezu allen Lebensbereichen bedacht. Gleichzeitig steigen die gesellschaftlichen Ansprüche an die Verantwortung der Frau während der Schwangerschaft. Die herkömmliche Vorstellung vom werden-

den Kind als Lebenseinheit mit dem mütterlichen Körper wird zunehmend verdrängt durch einen Diskurs, der das ungeborene Kind als eigenständiges Subjekt thematisiert und die Notwendigkeit des Schutzes seiner körperlichen Unversehrtheit betont. Tatsächlich ermöglicht es der medizinische Fortschritt heute, das Leben des Ungeborenen auch dort zu schützen, wo dies früher noch undenkbar erschien. Zur Sicherung des Wohls des Embryos kann auf ein erweitertes Angebot an pränataler Diagnostik und pränatalen Therapien zurückgegriffen werden, das auch chirurgische Eingriffe am Fötus umfasst. Muss die schwangere Frau zum Wohl des Embryos eine angezeigte Pränataluntersuchung oder gar eine Operation am Embryo dulden, um eine Gefährdung des werdenden Kindes abzuwenden? Kann das Schutzinteresse des ungeborenen Kindes Eingriffe rechtfertigen, die gegen einen klaren Willen der schwangeren Frau vorgenommen

werden? Vielfältiges Wissen gibt es auch zu möglichen Auswirkungen von Konsumverhalten oder sonstigen Aktivitäten auf den Fötus. Damit einher geht ein Bedürfnis, das ungeborene Kind vor mütterlichem Verhalten zu schützen. Wird die damit zwangsläufig verbundene Frage nach Massnahmen und Interventionen in das Leben der schwangeren Frau gestellt, ist ihr Autonomieanspruch im Kernbereich betroffen und herausgefordert. Dürfen der schwangeren Frau bestimmte Verhaltensweisen vorgeschrieben werden oder gewisse gefahrgeneigte Aktivitäten untersagt werden? Und wenn ja, nach welchen Kriterien lassen sich im Interesse des Kindes zu unterlassende Tätigkeiten von einer in dieser Hinsicht unbedenklichen Lebensweise unterscheiden? Kaum jemand wird bestreiten wollen, dass Alkohol- oder Drogenmissbrauch während der Schwangerschaft zu nachhaltigen Gesundheitsschädigungen beim werdenden Kind führen kann. Darf deshalb aber eine suchtkranke Frau zum Schutz des Kindes zwangsweise therapiert werden? Und wie verhält es sich mit anderem potenziell schädigendem Verhalten? Sollte eine schwangere Frau auch auf die Ausübung einer Risikosportart verzichten müssen oder eine gefahrvolle Reise nicht antreten dürfen?

Beschränkt auf den zivilrechtlichen Kinderschutz soll diesen Fragen hier nachgegangen werden. Im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wird das darin anklingende Spannungsfeld zwischen dem Schutz des ungeborenen Lebens und den Freiheitsrechten der schwangeren Frau höchstens cursorisch behandelt. Die wenigen Stellungnahmen behandeln die Thematik vorwiegend aus einer rückblickenden Perspektive im Kontext von haftungsrechtlich relevanten pränatalen Schädigungen. Der vorliegende Beitrag will die Vorstellung eines pränatalen Kinderschutzes in allen seinen Implikationen ausleuchten und dogmatisch-kritisch analysieren. Dabei wird aufgezeigt, dass der pränatale Kinderschutz im geltenden Recht keine gesetzliche Grundlage findet und darüber hinaus Zweck und Konzeption kinderschutzrechtlicher Massnahmen widerspricht. Daran anschliessend sollen Denkanstösse gegeben werden, wie die in diesem Bereich diskutierten Problemstellungen dennoch bewältigt werden können.

---

FamPra.ch 2018 - S. 654

## **II. Das ungeborene Leben in der Rechtsordnung**

### *1. Der verfassungsrechtliche Rahmen*

Verschiedene Rechtsquellen unterschiedlicher Hierarchiestufen befassen sich mit dem Recht auf Leben. Das Recht auf Leben und Integrität genießt Verfassungsrang und wird in Art. 10 BV garantiert. Nach Art. 10 Abs. 1 BV hat jeder Mensch das Recht auf Leben. Gemäss Art. 10 Abs. 2 BV hat sodann jeder Mensch insbesondere das Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit. Das Recht auf Leben ist als fundamentales Grundrecht Ausgangspunkt und Voraussetzung für alle anderen Grundrechte<sup>1</sup> und schützt den Menschen in der ganzen Vielfalt seiner Erscheinung, unbekümmert darum, wie ausgefallen und einmalig diese auch immer sein mag.<sup>2</sup> Ab wann sich die Schutzwirkung des Rechts auf Leben entfaltet, dazu schweigt allerdings die Verfassung.<sup>3</sup> Die Norm sagt nicht, was ein «Mensch» ist, und äussert sich nicht dazu, wann das geschützte Menschsein beginnt. Auch in internationalen Menschen- und Grundrechtsübereinkommen wird der Lebensbeginn nicht definiert.<sup>4</sup> Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in einem

Entscheid aus dem Jahr 2004 festgestellt, dass über den Lebensbeginn weder im rechtlichen noch im naturwissenschaftlichen Sinne ein europäischer Konsens ausgemacht werden könne, und überliess die Regelung des Lebensbeginns der Beurteilung der einzelnen Vertragsstaaten.<sup>5</sup>

Die juristische Diskussion um den Schutz des ungeborenen Lebens wird auf unterschiedlichen Ebenen geführt, und zwar sowohl hinsichtlich der Rechtsträgerschaft als auch hinsichtlich des Schutzbereichs.<sup>6</sup> Was die Rechtsträgerschaft anbelangt, hal-

---

FamPra.ch 2018 - S. 655

ten einige Autoren dafür, dass das geschützte Leben des einzelnen Menschen mit der Geburt beginnt.<sup>7</sup> Angesichts der Tatsache, dass Eingriffe in die Integrität von Embryonen und Föten Krankheiten oder Behinderungen des künftigen Kindes verursachen können, wird auch im rechtswissenschaftlichen Schrifttum<sup>8</sup> von einer Vorwirkung des Integritätsrechts ausgegangen. Aus der Vorwirkung des Integritätsrechts wird ein Verbot von Eingriffen in die Integrität entwicklungsfähiger Embryonen und Föten abgeleitet, welche die Gesundheit der künftigen Kinder gefährden.<sup>9</sup> Andere Stimmen in der Literatur sprechen das Recht auf Leben auch dem Embryo oder Fötus zu.<sup>10</sup> Einigkeit dürfte heute dahingehend bestehen, dass das vorgeburtliche Leben bis zu einem gewissen Grad von der Verfassung geschützt wird, wobei Fragen nach der dogmatischen Charakterisierung dieses Schutzanspruchs und die genaue Tragweite im Einzelnen nach wie vor ungeklärt sind.<sup>11</sup> Nach hier vertretener Auffassung haben Ungeborene kein von der Verfassung geschütztes Recht auf Leben und körperliche Integrität. Individualrechtspositionen, die anderen grundrechtlich abgesicherten Ansprüchen gegenüberzustellen und dagegen abzuwägen wären, kommen dem ungeborenen Leben nicht zu.<sup>12</sup>

Des Weiteren wird in der Lehre diskutiert, ob dem vorgeburtlichen Leben Menschenwürde zukommt. Die Würde des Menschen ist zu achten und zu schützen (Art. 7 BV). In der Umschreibung des Bundesgerichts betrifft die Menschenwürde das «letztlich nicht fassbare Eigentliche des Menschen und ist unter Mitbeachtung kollektiver Anschauungen ausgerichtet auf Anerkennung des Einzelnen in seiner eigenen Werthaftigkeit und individuellen Einzig- und allfälligen Andersartigkeit»<sup>13</sup>. Unter Hinweis auf den engeren Geltungsbereich der in Art. 10 BV gewährleisteten Grundrechte wird vertreten, den öffentlich-rechtlichen Persönlichkeitsschutz für die Zeit vor der Geburt direkt auf die Achtung der Menschenwürde abzustützen.<sup>14</sup> Gemäss anderen Meinungsäusserungen hat menschliches Leben nach dem Konzept der Menschenwürde einen unantastbaren Eigenwert, wozu die natürlichen Bedingungen der

---

FamPra.ch 2018 - S. 656

Menschwerdung durch Zeugung, Entwicklung im Mutterleib und Geburt gehören.<sup>15</sup> Was damit genau gemeint und wie der Schutz ausgestaltet ist, bleibt unklar. Dass der Anspruch auf Achtung der Menschenwürde einem Ungeborenen ein Recht auf Leben verschafft, wird nicht gefolgert.<sup>16</sup> Die Verfassung schweigt wiederum zur Frage, wann die Menschenwürde beginnt und ob sie

auch Embryonen und Föten zukommen soll.<sup>17</sup> In seiner grundlegenden Arbeit zu den Rechten von Ungeborenen vertritt RÜTSCHÉ überzeugend, dass die Menschenwürde als ein objektives Verfassungsprinzip<sup>18</sup> verstanden werden müsse, das sich auf die vorgeburtliche Phase erstreckt.<sup>19</sup> Die Menschenwürde entfalte in dieser Funktion Schutzwirkungen hinsichtlich des ungeborenen Lebens, ohne diesem Grundrechtsträgerschaft zu verleihen.<sup>20</sup> Angesichts des rechtlichen Stellenwertes eines solchen verfassungsprägenden Prinzips handelt es sich dabei nicht um eine Vorschrift, welche dem ungeborenen Leben konkrete Rechtsansprüche verschafft.<sup>21</sup>

## 2. *Der zivil- und strafrechtliche Schutz der Persönlichkeit*

Die Persönlichkeit beginnt mit dem Leben nach der vollendeten Geburt und endet mit dem Tode. Mit dem vollständigen Austritt des Kindes aus dem Körper der Mutter ist die Geburt vollendet.<sup>22</sup> Das lebend geborene Kind erwirbt die Persönlichkeit und es kommen ihm sämtliche Persönlichkeitsrechte, insbesondere auch ein unabwägbares Recht auf Leben, zu.<sup>23</sup> Der Begriff des Lebens wird in der persönlich-

---

FamPra.ch 2018 - S. 657

keitsrechtlichen Literatur unterschiedlich ausgelegt und ebenso unterschiedlich wird die Frage beantwortet, inwiefern diesem Rechtsbegriff die Voraussetzung der Lebensfähigkeit inhärent ist. Generell wird angenommen, dass ein Kind lebt, wenn es Lebenszeichen wie Atmung oder Herzschlag zeigt, wobei schon das geringste Lebenszeichen während kürzester Dauer ausreicht.<sup>24</sup> Teilweise wird darüber hinaus ein bestimmter Reifegrad verlangt, welcher dem Kind eine selbstständige Weiterentwicklung ausserhalb des Mutterleibes ermöglicht.<sup>25</sup> Wie man sich zu dieser Frage auch stellt, die Geburt bleibt als zentrale Zäsur für die Entstehung der Rechtspersönlichkeit bestehen. Dieser Befund deckt sich mit dem strafrechtlichen Schutzkonzept. Dort wird weder der Embryo noch der Fötus als Mensch im Sinne der Tötungsdelikte von Art. 111 ff. StGB oder als Kind im Sinne der Kindestötung gemäss Art 116 StGB<sup>26</sup> betrachtet.<sup>27</sup> Das pränatale Leben wird demgegenüber von den Bestimmungen über den Schwangerschaftsabbruch erfasst, deren geschütztes Rechtsgut das menschliche Leben während der Schwangerschaft ist.<sup>28</sup> Das Strafrecht kennt damit einen differenzierten Schutz des Lebens, der konsequent zwischen einem Tötungsdelikt und einem strafbaren Schwangerschaftsabbruch unterscheidet.<sup>29</sup> Mit dem Einsetzen des Geburtsvorgangs tritt anstelle des Schutzes der Art. 118–120 StGB der Schutz der Tötungs- oder der Körperverletzungsdelikte.<sup>30</sup> Strafrechtlich ist das ungeborene Kind mit Eröffnung des Geburtsvorgangs und damit zeitlich im Vergleich

---

FamPra.ch 2018 - S. 658

zum Zivilrecht zwar früher geschützt.<sup>31</sup> An der grundsätzlichen gesetzgeberischen Wertung, dass der Schutz des ungeborenen Lebens nicht mit dem Lebensrecht geborener Kinder gleichzusetzen ist, ändert sich damit aber nichts.

### 3. Die Bedeutung von Art. 31 Abs. 2 ZGB

Mit Blick auf die hier untersuchte Fragestellung erlangt die bedingte Rechtsstellung des ungeborenen Kindes besondere Relevanz. Gemäss Art. 31 Abs. 2 ZGB ist das ungeborene Kind unter dem Vorbehalt rechtsfähig, dass es lebend geboren wird.<sup>32</sup> Wird das Kind lebend geboren, wird ihm die Rechtsfähigkeit rückwirkend bereits auf den Zeitpunkt seiner Zeugung<sup>33</sup> zuerkannt.<sup>34</sup> Das noch nicht geborene Kind führt also eine juristische Existenz. Dem werdenden Leben kommen eine bedingte Persönlichkeit und ein bedingter zivilrechtlicher Schutz zu.<sup>35</sup> Weitergehend wird aus der bedingten Rechtsstellung des Nasciturus eine Vorwirkung für das Eltern-Kind-Verhältnis abgeleitet und vertreten, der Schutz der körperlichen Integrität des Kindes müsse ab der vollendeten Zeugung vom Staat garantiert und von den Eltern gewährleistet werden.<sup>36</sup> Dieser Betrachtungsweise kann indessen nicht gefolgt werden. Die praktische Bedeutung von Art. 31 Abs. 2 ZGB ist darin zu sehen, dass dem einmal geborenen Kind Rechte und Pflichten zugeordnet werden können, die auf zwischen Zeugung und Geburt liegende Tatsachen zurückzuführen sind.<sup>37</sup> Wird das Kind lebend geboren, erfüllt sich mithin die gesetzliche Vermutung, wird das Kind rechtlich so gestellt, als wäre es bereits ab dem Zeitpunkt der Zeugung rechtsfähig gewesen.<sup>38</sup> Die Rechts-

---

FamPra.ch 2018 - S. 659

fähigkeit wird vom Gesetz damit rückwirkend fingiert.<sup>39</sup> Aus dieser Regelung kann gerade nicht abgeleitet werden, dem ungeborenen Kind käme bereits ein Rechtsanspruch auf körperliche Integrität zu, andernfalls es der gesetzlichen Fiktion nicht bedürfte. Art. 31 Abs. 2 ZGB hat entsprechend nicht zum Zweck, das Leben des ungeborenen Kindes zu schützen.<sup>40</sup> Wenn auch in der Literatur teilweise auf der Grundlage von Art. 31 Abs. 2 ZGB Schutzansprüche des ungeborenen Lebens konstruiert werden<sup>41</sup>, fehlt es darin an konkreten Schlussfolgerungen, die für die hier zu untersuchende Problematik herangezogen werden könnten. Es wird meist auf Rechtspositionen verwiesen, die wie die Erbansprüche des Nasciturus (Art. 544 ZGB und Art. 605 ZGB), die Zuteilung der elterlichen Sorge für ein noch nicht geborenes Kind (Art. 133 ZGB) und die Anerkennung der Vaterschaft vor der Geburt (Art. 260 ZGB, Art. 11 Abs. 2 ZStV) ausdrücklich im Gesetz verankert sind. Darüber hinausgehende Bemühungen zur Begründung von Schutzpositionen des Embryos oder des Fötus scheitern regelmässig an der klaren gesetzlichen Regelung zum Beginn der zivilrechtlichen Persönlichkeit.<sup>42</sup> Dazu steht nicht in Widerspruch, dass das geborene Kind Ansprüche aus pränatalen Schädigungen geltend machen kann, weil das haftungsbegründende Element dabei das Integritätsrecht des geborenen und beeinträchtigten Lebens und nicht ein wie auch immer gearteter Rechtsanspruch des ungeborenen Kindes ist.<sup>43</sup> Der Schadenersatzanspruch entsteht ohnehin erst, sofern das Kind die Persönlichkeit durch Geburt erlangt hat.<sup>44</sup> Befürworter von pränatalem Kindesschutz gehen von einem mindestens bedingten Anspruch des ungeborenen Kindes auf Leben aus, weil – so die in einem gewissen Sinne zirkelschlüssige Argumentation – andernfalls Kindesschutzmassnahmen im Bereich des Lebensschutzes unzulässig wären.<sup>45</sup> Die damit begründeten Ansprüche des ungeborenen Kindes, die nötigenfalls durch behördliche Eingriffsmassnahmen zu schützen wären,

lassen sich mit der klaren Regelung des zivilrechtlichen Lebensbeginns nicht vereinbaren. Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die gesetzliche Normierung des Beginns der Persönlichkeit der Annahme von vorgeburtlichen Schutzpositionen entgegensteht.<sup>46</sup> Schutzpflichten werdender Eltern lassen sich jedenfalls damit nicht überzeugend begründen.

---

FamPra.ch 2018 - S. 660

### **III. Die Problematik pränataler Kindesschutzmassnahmen**

#### *1. Ausgangslage und Problemskizze*

Wollte man entgegen dem soeben Ausgeführten zivilrechtliche Schutzansprüche des ungeborenen Kindes auf Leben und körperliche Unversehrtheit annehmen, müssten diese in einem weiteren Schritt in das Normgefüge zu den Eltern-Kind-Beziehungen eingebettet werden. Das Gesetz spricht viel vom Kind, meint damit aber ausschliesslich das schon geborene Kind. Eine allgemeine gesetzliche Regelung des vorgeburtlichen Kindesschutzes gibt es ausserhalb von Sondervorschriften nicht. Es stellen sich zunächst Fragen nach den rechtlichen Grundlagen für die elterliche Verpflichtung, für den Schutz des noch nicht geborenen Kindes zu sorgen. Solche Verhaltenspflichten einmal vorausgesetzt, wären schliesslich die Rechtsfolgen zu bedenken, falls werdende Eltern diese – aus welchen Gründen auch immer – nicht befolgen wollten oder könnten. Eine Betrachtung zum pränatalen Kindesschutz muss sich zwingend mit Konzepten des Kindeswohls, der Kindeswohlgefährdung und des Kindesschutzes im Allgemeinen befassen. Unvollständig wäre die vorliegende Untersuchung schliesslich, wenn sie nicht auch die Perspektive der schwangeren Frau einnehmen würde. Massnahmen zum Schutz des ungeborenen Lebens berühren zwangsweise ihre Selbstbestimmung und je nach Ausformung zudem ihre Lebensweise. Unter diesen besonderen Vorzeichen muss auch gefragt werden, ob und bejahendenfalls welche Interventionen in die Rechtssphäre der Frau gerechtfertigt sind oder wie und mit welchen Erfolgsaussichten allfällige behördliche Anweisungen gegen den Willen der schwangeren Frau durchzusetzen wären. Diese und weitere sich in diesem Kontext aufdrängende Fragestellungen sind weitgehend ungeklärt und umstritten.

#### *2. Anwendungsbereich und Voraussetzungen des Kindesschutzes*

Kindesschutz<sup>47</sup> soll rasch, nachhaltig und mit minimalen Eingriffen in Elternrechte und Familienstruktur einer konkreten Gefährdungslage begegnen.<sup>48</sup> Ist das Wohl des Kindes gefährdet und sorgen die Eltern nicht von sich aus für Abhilfe oder sind sie dazu ausserstande, so trifft die Kindesschutzbehörde die geeigneten Massnahmen (Art. 307 Abs. 1 ZGB). Der Kindesschutz hält dort geeignete Massnahmen bereit, wo Eltern ihrer umfassenden Verantwortung für ihr Kind nicht oder nicht vollständig nachkommen. Auslöser und zentraler Anknüpfungspunkt für Kindes-

---

FamPra.ch 2018 - S. 661

schutzrechtliche Massnahmen ist die Gefährdung des Kindeswohls.<sup>49</sup> Von den gesetzlichen Kindesschutzmassnahmen werden im Kontext pränataler Gefährdungslagen hauptsächlich Weisungen und Ermahnungen im Sinne von Art 307 ZGB<sup>50</sup> oder die Bestellung einer Beistandschaft nach Art 308 ZGB<sup>51</sup> diskutiert. In der Praxis werden in einzelnen Fällen namentlich Beistandschaften bereits vor der Geburt errichtet.<sup>52</sup> Andere Kindesschutzmassnahmen wie der Entzug des Aufenthaltsbestimmungsrechts können von vornherein keine pränatale Wirkung entfalten.<sup>53</sup>

Aufgrund des Gesetzeswortlautes scheint der Gesetzgeber als Schutzobjekt des behördlichen Kindesschutzes ausschliesslich bereits geborene Kinder zu adressieren. Es vermag daher nicht zu überraschen, dass die kindesschutzrechtliche Literatur – zumindest implizit – überwiegend davon ausgeht, die Bestimmungen über den Kindesschutz bezweckten einzig ihren Schutz.<sup>54</sup> In der Literatur wird ein möglicher pränataler Kindesschutz nur vereinzelt und selten direkt angesprochen. FASSBIND<sup>55</sup> allerdings erörtert kindesschutzrechtliche Massnahmen vor der Geburt ausführlich und geht dabei von einer vorgeburtlichen elterlichen Sorge aus, in welche zum Schutz des ungeborenen Lebens eingegriffen werden könne. SCHWENZER/COTTIER<sup>56</sup> gehen von einer Fürsorgepflicht aus, welche die künftigen Sorgerechtsträger als Vorwirkung treffe und in welcher sie gegebenenfalls durch einen Beistand unterstützt werden müssten. AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL<sup>57</sup> äussern sich skeptischer und halten dafür, zi-

---

FamPra.ch 2018 - S. 662

vilrechtlicher Kindesschutz dürfe mangels gesetzlicher Regelung vor der Geburt nur aufgrund einer heiklen Rechtsgüterabwägung zwischen dem Wohl des ungeborenen Kindes und den Freiheits- und Grundrechten der werdenden Mutter wirksam werden. Andere Meinungsäusserungen stehen pränatalen Kindesschutzmassnahmen ablehnend gegenüber, wobei das argumentative Schwergewicht entweder auf den Kindeswohlbegriff<sup>58</sup> oder die Schwierigkeiten bei der Durchsetzung<sup>59</sup> gelegt wird. Unabhängig von der konkreten Haltung wird aus den vorhandenen Stellungnahmen deutlich, dass Kindesschutzmassnahmen für einen Nasciturus konsequenterweise nur zum Tragen kommen können, wenn zwischen dem ungeborenen Kind und der Frau bereits während der Schwangerschaft eine Rechtsbeziehung mit relevanten Schutz- oder Fürsorgepflichten bestünde, deren Missachtung wiederum einer staatlichen Intervention die erforderliche Legitimation verleihen würde. Kindesschutzrechtliche Massnahmen setzen voraus, dass das Kind unter elterlicher Sorge steht.<sup>60</sup> Wer kindesschutzrechtliche Massnahmen schon vor der Geburt in Betracht zieht, muss sich demnach mit Wesen und Tragweite der elterlichen Sorge auseinandersetzen.

### 3. *Beginn und Vorwirkung der elterlichen Sorge*

Die elterliche Sorge umfasst die Gesamtheit der elterlichen Verantwortlichkeiten und Befugnisse in Bezug auf das Kind.<sup>61</sup> Gemeint sind damit die Pflege und Erziehung, die gesetzliche Vertretung

des Kindes sowie die Verwaltung seines Vermögens.<sup>62</sup> Die elterliche Sorge setzt das Bestehen eines Kindesverhältnisses voraus und ist eine Wirkung desselben.<sup>63</sup> Soll sich der Schutz des ungeborenen Lebens in das System kindesschutzrechtlicher Massnahmen einfügen, müsste sich – sozusagen als erste Prämisse – eine elterliche beziehungsweise mütterliche Verantwortung bereits für die pränatale Phase begründen lassen. Die elterliche Sorge beginnt für die Mutter von Gesetzes wegen mit der Geburt des Kindes.<sup>64</sup> Unter elterlicher Sorge – in der

---

FamPra.ch 2018 - S. 663

Regel unter der gemeinsamen von Vater und Mutter – stehen Kinder, solange sie minderjährig sind (Art. 296 Abs. 2 ZGB). Der Gesetzestext spricht folglich gegen die Annahme vorgeburtlicher elterlicher Sorge;<sup>65</sup> der Mutter steht während der Schwangerschaft grundsätzlich noch keine elterliche Sorge zu.<sup>66</sup> Vor diesem und dem weiteren Hintergrund, dass das werdende Kind keine Rechtspersönlichkeit genießt, stellt die Annahme eines pränatalen Kindesschutzes in dogmatischer Hinsicht eine Herausforderung dar. Die elterliche Sorge dient dem Wohl des Kindes (Art. 296 Abs. 1 ZGB), und die Eltern haben seine Pflege und Erziehung zu leiten sowie unter Vorbehalt seiner eigenen Handlungsfähigkeit die nötigen Entscheidungen zu treffen (Art. 301 Abs. 1 ZGB). Kann von Gesetzes wegen ein Kindesverhältnis nur zu einem geborenen Kind entstehen, kann auch die ein solches rechtliches Kindesverhältnis voraussetzende Elternsorge einzig über geborene Kinder ausgeübt werden. Sämtliche Regelungen zur Ausgestaltung der elterlichen Sorge beziehen sich auf geborene Kinder, können ungeborene Kinder doch weder gepflegt noch erzogen werden.<sup>67</sup> Aus mit dem Sorgerecht verbundenen Elternpflichten lassen sich somit für die Zeit der Schwangerschaft keine Verhaltensweisen ableiten, deren Nichtbeachtung kindesschutzrechtliche Interventionen auslösen könnten.<sup>68</sup> Vielmehr erscheint die Geburt als fundamentale Zäsur bei der Konstituierung eines Rechtsverhältnisses zwischen Eltern und Kind.<sup>69</sup> Die das Kindesschutzrecht beherrschenden Grundsätze der Subsidiarität und der Komplementarität behördlicher Massnahmen, die daran anknüpfen, dass die elterliche Verantwortung nicht wahrgenommen wird und elterliche Defizite zu kompensieren sind,<sup>70</sup> zielen damit gleichermassen ins Leere.

Pränataler Kindesschutz setzt sich zu diesem konzeptionellen Gefüge in einen grundlegenden Widerspruch, dessen Auflösung nicht recht gelingen will. Um die Massnahmen des zivilrechtlichen Kindesschutzes auch für die pränatale Phase legitimieren zu können, berufen sich einzelne Stimmen in der Wissenschaft auf eine so-

---

FamPra.ch 2018 - S. 664

genannte Vorwirkung der elterlichen Sorge.<sup>71</sup> Die Frage, auf welche Grundlage sich eine solche Vorwirkung stützen liesse, bleibt allerdings vielfach unbeantwortet.<sup>72</sup> Namentlich FASSBIND plädiert in seiner Dissertation für die Annahme einer vorgeburtlichen elterlichen Sorge. Der Autor setzt beim Wortlaut des Gesetzes an, um diesen im Zusammenhang mit Art. 31 Abs. 2 ZGB sowie den verfassungs-, zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen auszulegen und zum Schluss zu gelangen,



eine pränatale elterliche Sorge müsse bejaht werden.<sup>73</sup> Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut, wobei vom klaren, eindeutigen und unmissverständlichen Wortlaut nur abgewichen werden darf, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass der Wortlaut nicht den wahren Sinn der Norm wiedergibt.<sup>74</sup> Welche Gründe ein Abweichen vom gesetzlichen Wortlaut erforderlich machen würden, erschliesst sich jedoch nicht, und zwar weder aus der Entstehungsgeschichte der fraglichen Normen noch aus deren Zweck oder inneren Zusammenhang. Aus den Gesetzesmaterialien ergeben sich keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich des zivilrechtlichen Kindesschutzes auf noch ungeborene Kinder erstrecken wollte. Dass eine an die Geburt anknüpfende Bestimmung des Beginns des Kindesverhältnisses und der elterlichen Sorge in den Materialien auch nicht ausdrücklich als gewollt bezeichnet wurde, ändert daran – entgegen anderslautender Ansicht – nichts. Der gesetzgeberische Wille ergibt sich bereits mit hinreichender Klarheit aus den schliesslich Gesetz gewordenen Normen. Diese Erkenntnis ist als gewichtigstes Argument denjenigen Meinungsäusserungen entgegenzuhalten, welche die gesetzliche Regelung als lückenhaft erachten<sup>75</sup> und die elterliche Sorge auf das pränatale Stadium ausdehnen wollen. Tatsächlich entsteht der Eindruck, dass für eine vorwirkende elterliche Sorge vor allem deshalb eingetreten wird, weil sie für den Schutz des ungeborenen Kindes als notwendig erachtet wird und weil sie den Aktionsradius staatlicher Interventionen eröffnen würde. Niemand will ernstlich bestreiten, dass auch ungeborenes Leben schützenswert ist. Das Bemühen um pränatalen Kindesschutz scheint vielerorts beseelt zu sein von

---

FamPra.ch 2018 - S. 665

der unbeirrbaren Überzeugung, unbedingt etwas zum Schutz ungeborener Kinder tun können zu müssen. Dagegen ist im Grunde nichts einzuwenden. Was hingegen Bedenken weckt, ist die Art und Weise, mit welcher die Möglichkeit kindesschutzrechtlicher Massnahmen zuweilen als geradezu unausweichlich dargestellt wird.

#### *4. Das Kindeswohl und die Selbstbestimmung der schwangeren Frau*

In der Schwangerschaft geht die Frau eine Beziehung zum Kind ein, die in der menschlichen Lebenswirklichkeit wohl einzigartig ist.<sup>76</sup> Was liegt deshalb näher als die Annahme, der werdenden Mutter liege das Wohl des eigenen Kindes besonders am Herzen? Verfechter des pränatalen Kindesschutzes scheinen daran jedoch nicht so recht zu glauben. Es fällt auf, dass die während der Schwangerschaft zu schützenden Interessen des Kindes auch und vor allem thematisiert und konturiert werden, indem sie von denjenigen der werdenden Mutter abgegrenzt werden. Dabei wird in einer seltsamen Eigentlichkeit unterstellt, die Interessen des ungeborenen Kindes und der schwangeren Frau seien nicht nur nicht gleichläufig, sondern würden sich gar widersprechen. Die Diskussion bewegt sich insofern in einem im Grunde selber aufgebauten Spannungsfeld. Anschaulich illustrieren lässt sich dies in den zahlreichen Ausführungen über die Verhältnismässigkeit pränataler Kindesschutzmassnahmen und über die Rechtsgüterabwägung, die im vorliegenden Kontext vorgenommen werden beziehungsweise «zur Überprüfung der allgemeinen Eingriffsgrenze des Kindesschutzrechts»<sup>77</sup> führen müsse. Dass ein pränataler Schutz des ungeborenen Lebens nur auf Kosten eines Eingriffs in die persönliche Freiheit der werdenden

Mutter zu bewerkstelligen ist, wird gewiss nicht verkannt. Jedes Tun oder Unterlassen, das zum Wohl des ungeborenen Kindes angezeigt erscheint, schränkt die schwangere Frau in ihrer Lebensführung ein. Ihre körperliche Integrität wird durch jede medizinische Behandlung berührt, die für die Gesundheit von Embryo oder Fötus nötig erscheint. Die Selbstbestimmung der schwangeren Frau wird auch von den Befürwortern und Befürworterinnen eines vorgeburtlichen Kindesschutzes anerkannt. Es folgen dann freilich Abwägungen von Interessen. Die Überlegungen zur Interessenabwägung bestätigen allerdings eher die Unsicherheiten und Unklarheiten im rechtlichen Umgang mit pränatalen Gefährdungen, als sie befriedigend zu beheben. Einen Schritt weiter gehend ist deshalb festzuhalten, dass die Schwangerschaft einer Interessenabwägung im Grunde nicht zugänglich ist. Es fehlt an einer verlässlichen Orientierung: Niemand kennt das Mass der für die schwangere Frau zumutbaren Einschränkungen.<sup>78</sup> In einem unbeschränkt erweiterbaren gesundheitlichen Horizont lassen

---

FamPra.ch 2018 - S. 666

sich beliebig viele Gefahren ausdenken, die vom Verhalten der Frau ausgehen. Eine Operationalisierung der Kontrolle der Lebensführung der schwangeren Frau ist nicht möglich.<sup>79</sup> Weder können die potenziell gesundheitsgefährdenden Verhaltensweisen akkurat definiert werden, noch lässt sich verlässlich bestimmen, wie viel davon noch hinnehmbar ist. Das Kindeswohl steht als richtungsweisende Instanz nicht zur Verfügung, weil es bei einer Schwangerschaft aufgrund der allerengsten leiblichen Verbundenheit von Frau und Kind nicht isoliert betrachtet werden kann.

Die zuweilen axiomatisch formulierte Annahme, in der Schwangerschaft würden sich die Interessen der werdenden Mutter und des ungeborenen Kindes widersprechen, ist problematisch, weil sie der Komplexität der Schwangerschaft zu wenig gerecht wird.<sup>80</sup> Bisweilen wird schwangeren Frauen mit einem unangebrachten Misstrauen begegnet. Eine solche Haltung klingt etwa an, wenn ausgeführt wird, «dem Recht der Mutter ein Kind auszutragen, [entspreche] auch eine korrelative Pflicht, dieses möglichst von Gefahren fernzuhalten und Einschnitte in ihre individuelle Lebensführung zu akzeptieren»<sup>81</sup>. Gleich verhält es sich, wenn schwangere Frauen zur Kenntnis zu nehmen haben, dass «die pränatale Pflicht zur Wahrnehmung der Personensorge durch die werdenden Eltern [...] frontal [...] mit der persönlichen Freiheit der Mutter kollidieren [können]»<sup>82</sup>. Diese Herangehensweise ist kritisch zu hinterfragen, verlangt sie doch von der schwangeren Frau im Ergebnis, auch diejenigen Einschränkungen in ihrer Lebensführung hinzunehmen, die andere zum Wohl des ungeborenen Kindes für angemessen und zumutbar erachten. Spätestens hier gerät das Bestreben um den Schutz des ungeborenen Lebens in argen Konflikt mit dem Autonomieanspruch der werdenden Mutter.<sup>83</sup> In der Literatur werden verschiedene Ansätze verfolgt, um diesen Konflikt abzumildern. So wird bezüglich der Wahrnehmung der vorgeburtlichen Elternsorge erwogen, der werdenden Mutter in der pränatalen Phase einen grösseren Entscheidungsspielraum zuzugestehen als nach der Geburt<sup>84</sup> oder aber es wird der Anwendungsbereich pränataler Kindesschutzmassnahmen auf das Kindeswohl schwer gefährdende Verhaltensweisen beschränkt.<sup>85</sup> Die Persönlichkeitsrechte der werdenden Mutter werden auch im haftungsrechtlichen Diskurs zum

Anlass für eine Haftungsbegrenzung genommen, wobei diejenigen Verhaltensweisen nicht haftungsbegründend sein sollen, deren Beschränkung einen übermässigen Eingriff in die individuelle Lebensgestaltung darstellen würde.<sup>86</sup> Das Spannungsfeld zwischen der freien Lebensgestaltung der künftigen Mutter und den Schutzansprüchen des werdenden Kindes vermögen diese Überlegungen allerdings nicht zu lösen und auch nicht massgeblich abzuschwächen. Ihnen ist gemeinsam, dass sie nicht ohne einzelfallbezogene Konkretisierungen und Wertungen auskommen. Bezüglich der rechtlichen Bestimmbarkeit von nicht kindeswohlgefährdenden Verhaltensweisen der werdenden Mutter und der Eingriffsschwelle von Kindesschutzmassnahmen ist damit nicht viel gewonnen. Bestehen bleibt sodann die Widersprüchlichkeit, dass die Auflage einer Fürsorgepflicht die propagierte Anerkennung der Freiheit der schwangeren Frau relativiert.<sup>87</sup> Konsequenterweise müsste beim pränatalen Kindesschutz das pränatale Kindeswohl im Vordergrund stehen, weshalb die Autonomie- und Freiheitsinteressen der schwangeren Frau nicht die Beachtung finden könnten, die ihnen zukommen muss.

### 5. Zusammenfassung

Die Einwände gegenüber der Anwendung des Kindesschutzrechts auf die vorgeburtliche Phase sind zahlreich und gewichtig. Die dafür erforderlichen Prämissen liegen nicht vor. Der Wortlaut des Gesetzes spricht gegen den pränatalen Kindesschutz. In der geltenden Rechtsordnung sind Ungeborene auch nicht Träger von Rechten auf Leben und körperliche Integrität, welche die Ausübung der Freiheitsrechte durch die schwangere Frau beschränken könnten. Selbst wenn indessen von einer Rechtsträgerschaft ausgegangen würde, stellt sich die Frage nach der Rechtfertigungsgrundlage. Medizinische Interventionen sind nur durch das autonomiebasierte Selbstbestimmungsrecht der schwangeren Frau gedeckt und setzen die frei gegebene Zustimmung voraus. Darüber darf sich auch ein noch so wohlwollender Kindesschutz nicht hinwegsetzen. Rechtlich gibt es keine Verpflichtung, einen körperlichen Eingriff zugunsten der Gesundheit einer Drittperson zu dulden, unabhängig von Schwere und Risikograd.<sup>88</sup> Eine Verpflichtung der werdenden Mutter zu einer lebensrettenden Gewebespende etwa ist unserer Rechtsordnung unbekannt und nach unserem Rechtsverständnis auch undenkbar. Dass gerade in der Phase der Schwangerschaft diese grundlegende Wertung in Frage gestellt wird und stattdessen zunehmend Nutzen-/Risiko-Analysen gemacht werden, ist bedenklich. Kindesschutzrechtliche Massnahmen, die eine Reglementierung der Lebensführung der schwangeren Frau bezwecken (zum Beispiel ein Rauchverbot während der Schwangerschaft), dürften mangels konkreter und nicht lediglich abstrakter Gefährdung des Kindeswohls nicht

in Betracht kommen.<sup>89</sup> Wird berücksichtigt, dass die Lebensführung der schwangeren Frau naturgemäss eingeschränkt ist, muss die Zumutbarkeit zusätzlicher Belastungen sorgfältig geprüft werden. Abgesehen davon dürften solche Eingriffe in den wenigsten Fällen zielführend sein. Abschliessend bleibt erneut zu betonen, dass Eingriffe im pränatalen Stadium unmittelbar die

Rechtssphäre der schwangeren Frau tangieren und damit weit über die Einschränkung der Elternautonomie hinausgehen. Diese Einschnitte in die Lebensführung sind klar als solche zu behandeln und nicht schon dann zulässig, wenn man die damit zu schützenden Interessen des Ungeborenen in einer Abwägung als überwiegend betrachten möchte. Die Anwendung der kinderschutzrechtlichen Konzepte des Kindeswohls und der Kindeswohlgefährdung in der pränatalen Phase ist eine kaum zu lösende Herausforderung für die Rechtsanwendung. In Anbetracht dieser diversen Unwägbarkeiten ist davor zu warnen, dass in einem kinderschutzrechtlichen Gewand allerlei rechtliche Pflichten konstruiert und von vermeintlich unvernünftigen oder uneinsichtigen schwangeren Frauen eingefordert werden, wodurch im Ergebnis das autonomiebasierte Selbstbestimmungsrecht unterminiert würde.

#### **IV. Handlungsalternativen bei pränatalen Gefährdungslagen**

##### *1. Die Schwangerschaft und das Wohl der schwangeren Frau*

Der schweizerischen Rechtsordnung liegt als Ausdruck der Menschenwürde das Idealbild des selbstbestimmten Menschen zugrunde. Ein selbstbestimmtes Leben führen zu können, hängt von vielen inneren und äusseren Faktoren ab. Gerade in dieser Hinsicht ist die Schwangerschaft eine herausfordernde Zeit. Die zunehmend zu beobachtende juristische Wahrnehmung des ungeborenen Kindes als eigenständiges und der biologischen Abhängigkeit zur Mutter entrücktes Rechtssubjekt beeinflusst naturgemäss auch den Autonomie- und Selbstbestimmungsdiskurs. Persönliche Entscheidungen der schwangeren Frau werden vermehrt an deren tatsächlichen oder potenziellen Auswirkungen auf das ungeborene Kind gemessen. Damit verbunden ist die gesellschaftliche Erwartungshaltung an die schwangere Frau, die Entfaltung der eigenen Persönlichkeit soweit zurückzustellen, dass das Ungeborene keinen Schaden erleidet. Während der Schwangerschaft wirft Alltägliches besondere Fragen auf, gibt es vieles, was unbedingt unterlassen werden sollte, und vieles, was unbedingt getan werden sollte.<sup>90</sup> Die Möglichkeiten der Medizin können die Schwangerschaft zwar sicherer gestalten, können aber auch gewisse Zwänge verursachen, dadurch die Entscheidungsfreiheit beeinträchtigen und bei der schwangeren Frau am-

---

FamPra.ch 2018 - S. 669

bivalente Gefühle auslösen. Neben medizinischen können auch psychosoziale Risikofaktoren die Schwangerschaft zu einem kritischen Lebensereignis machen und zu Beeinträchtigungen von Befindlichkeit und Lebensqualität führen. Im ungünstigsten Fall wird die Lebenssituation so prekär, dass die schwangere Frau Hilfe benötigt. Wird ihr in einer solchen Situation Unterstützung geleistet, wird auch das Wohl des Ungeborenen geschützt.

##### *2. Beratungs- und Hilfsangebote*

Bei der Abwendung von Gefährdungen des ungeborenen Kindes ist die Mitwirkung der werdenden Mutter naturgemäss unerlässlich.<sup>91</sup> Solche Interventionen verheissen nur Erfolg, wenn die

schwängere Frau von Sinn und Notwendigkeit einer Verhaltensänderung überzeugt ist und diese mitträgt. Wichtig ist daher vor allem, eine Vertrauensbasis zu schaffen. Primär soll informativ, beratend und präventiv eingegriffen werden. Im Vordergrund stehen Hilfsangebote, die sich ausdrücklich an schwängere Frauen und werdende Eltern richten und auch den Anforderungen Rechnung tragen, die sich im Zeitraum der Schwangerschaft wesentlich verändern. Es soll darum gehen, schwängere Frauen bei Schwierigkeiten oder Belastungen in der Schwangerschaft zu begleiten und zu beraten. Solche Massnahmen können werdende Mütter dazu veranlassen, sich mit ihrer Lebensführung, der Verantwortung und damit auseinanderzusetzen, ob und inwiefern sie diesen Anforderungen gerecht werden. Zu solchen Reflexionen sind schwängere Frauen nicht ausschliesslich durch Zwang zu bewegen, sondern auch durch Ermutigungen oder das Wecken von Verständnis. Solche Massnahmen gehen von der Verantwortung der Frau aus und sind ein angemessener Rahmen, um in ihrer Person liegende Risikofaktoren wie etwa Substanzmissbrauch oder psychische Beschwerden zu thematisieren. Gerade weil diese Angebote auf die werdende Mutter konzentriert bleiben, lassen sich dabei auch Aspekte des Wohls des ungeborenen Kindes aufzeigen. Dadurch besteht auch die berechtigte Aussicht, vermeidbare Schädigungen ungeborener Kinder frühzeitig zu erkennen und zu verhindern. Wesentliches und vordringliches Ziel von Beratungs- und Hilfsangeboten ist es, die schwängere Frau in der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für ihre eigene Gesundheit und für die Gesundheit des ungeborenen Kindes zu unterstützen.<sup>92</sup> Im Zentrum steht dabei die Stärkung von Kompetenzen und Potenzialen.

---

FamPra.ch 2018 - S. 670

### 3. *Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen*

Reichen niederschwellige Angebote zur Abwendung einer Gefährdung nicht aus, sind allenfalls behördliche Massnahmen des Erwachsenenschutzes in Betracht zu ziehen, welche das Wohl und den Schutz hilfsbedürftiger Personen sicherstellen (vgl. Art. 388 Abs. 1 ZGB). Erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen knüpfen nach ihrem Wesensgehalt an einen Schwächezustand an.<sup>93</sup> Das Selbstbestimmungsrecht soll dabei bestmöglich sichergestellt werden.<sup>94</sup> In diesem Sinne ist in erster Linie an eine Begleitbeistandschaft gemäss Art. 393 ZGB zu denken, die mit Zustimmung der hilfsbedürftigen Person errichtet wird, wenn diese für die Erledigung bestimmter Angelegenheiten begleitende Unterstützung braucht.<sup>95</sup> Der Begleitbeistand oder die Begleitbeiständin erfüllt seine beziehungsweise ihre Aufgaben im Interesse der betroffenen Person, nimmt soweit tunlich auf deren Meinung Rücksicht und achtet deren Willen, das Leben entsprechend nach eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (Art. 406 Abs. 1 ZGB). Der Begleitbeistand oder die Begleitbeiständin strebt danach, ein Vertrauensverhältnis mit der betroffenen Person aufzubauen und den Schwächezustand zu lindern oder eine Verschlimmerung zu verhüten (Art. 406 Abs. 2 ZGB). Gerade dieser letzteren Aufgabe kommt eine wichtige Funktion zu, weil auf diese Weise die Errichtung einer einschneidenderen Massnahme verhindert werden kann.<sup>96</sup> Die Begleitbeistandschaft bezweckt, einer betroffenen Person konkrete Hilfestellungen im Lebensalltag zu bieten, es geht um die Hilfe zur Selbsthilfe.<sup>97</sup> Dabei ist die Gesamtheit der auf die Persönlichkeit der betroffenen Person

bezogenen Interessen zu wahren und ist die persönliche Fürsorge nach deren individuellen Bedürfnissen auszurichten.<sup>98</sup> Die Begleitbeistandschaft ist von ihrer

---

FamPra.ch 2018 - S. 671

Natur her eine beratende, stützende und begleitende Massnahme, die – ohne auf Zwangsmittel zurückzugreifen – auf Gespräche, Vermittlung und Anregungen setzt.<sup>99</sup> Wenn auch primär auf den Schutz und das Wohlergehen der schwangeren Frau ausgerichtet, sind im Rahmen der individuellen Bedürfnislage auch die besondere Situation der Schwangerschaft und gesundheitliche Belange bezüglich des ungeborenen Kindes zu berücksichtigen. Die Begleitbeistandschaft ermöglicht es, vorgeburtliche Gefährdungen unter Berücksichtigung der Art der Lebensführung der schwangeren Frau und ihrer Ansprüche auf Selbstbestimmung und persönliche Freiheit aufzufangen und damit substantziell zum Schutz des ungeborenen Kindes beizutragen.

Andere Massnahmen dürften bei für das ungeborene Kind schädlichem Verhalten nur ausnahmsweise in Frage kommen. Der Grund liegt darin, dass diese weiteren Massnahmen gegen den Willen der betroffenen Person angeordnet werden und insofern einen schwerwiegenden Eingriff in deren Rechtsstellung bedeuten.<sup>100</sup> Dies gilt für die verschiedenen weiteren Beistandschaftsarten und noch viel mehr für die fürsorgerische Unterbringung. Die Anordnung einer Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) dürfte in vielen Fällen daran scheitern, dass die schwangere Frau nicht oder nicht im vorausgesetzten Ausmass vor sich selber oder vor Dritten geschützt werden muss.<sup>101</sup> Eine umfassende Beistandschaft (Art. 398 ZGB) wird sich mangels besonders qualifizierter Ausprägung der Hilfsbedürftigkeit in der Regel nicht rechtfertigen lassen.<sup>102</sup> Die fürsorgerische Unterbringung (Art. 426 ff. ZGB) schliesslich tangiert in besonderer Weise grundlegende Aspekte der menschlichen Existenz, welche die Integrität des Menschen in ihren elementaren Erscheinungsformen betreffen.<sup>103</sup> Die fürsorgerische Unterbringung soll Menschen bei Bedarf an persönlicher Fürsorge betreuen und behandeln.<sup>104</sup> Die Anordnung einer fürsorgerischen Unterbringung setzt das Vorliegen eines Schwächezustandes und eine darauf gründende Schutzbedürftigkeit voraus.<sup>105</sup> Bei einer schwangeren Frau, die von Alkohol oder anderen Suchtmitteln abhängig ist, kann ein entsprechendes Fürsorgebedürfnis bestehen.<sup>106</sup> Gefährdet

---

FamPra.ch 2018 - S. 672

eine an einem Schwächezustand leidende schwangere Frau das ungeborene Kind, vermag dies für sich genommen keinen fürsorgerischen Freiheitsentzug zu legitimieren<sup>107</sup>, es kann allerdings im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung berücksichtigt werden.<sup>108</sup> Die Tatsache der Schwangerschaft stellt an sich keinen relevanten Schwächezustand dar, kann jedoch durchaus das Fürsorgebedürfnis der schwangeren Frau verstärken.<sup>109</sup>

Für den praktisch relevanten medizinischen Bereich sieht das Erwachsenenschutzrecht eine gesetzliche Grundlage vor, um Behandlungen ohne Zustimmung der betroffenen Person durchzuführen. Gemäss Art. 434 Abs. 1 ZGB dürfen Chefärztinnen oder Chefärzte die im Behandlungsplan vorgesehenen medizinischen Massnahmen schriftlich anordnen, wenn der betroffenen Person ohne Behandlung ein ernsthafter gesundheitlicher Schaden droht oder das Leben oder die körperliche Integrität Dritter ernsthaft gefährdet ist (Ziff. 1), die betroffene Person bezüglich ihrer Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig ist (Ziff. 2) und keine angemessene Massnahme zur Verfügung steht, die weniger einschneidend ist (Ziff. 3). Diese Bestimmung gilt ausschliesslich für die Behandlung von psychischen Störungen einer Person, die wegen einer solchen Störung fürsorgerisch untergebracht werden muss.<sup>110</sup> Da bei medizinischen Eingriffen zugunsten des ungeborenen Kindes der erforderliche Konnex mit der psychischen Erkrankung der werdenden Mutter nicht gegeben ist, lassen sich diese nicht als Zwangsbehandlung durchführen.<sup>111</sup> Soweit die schwangere Frau aufgrund ihres psychischen Gesundheitszustandes das ungeborene Kind gefährdet, sind weitere Voraussetzungen für einen zwangsweisen medizinischen Eingriff zu beachten. Durch die Massnahme muss vorab eine ernsthafte Selbst- oder Fremdgefährdung abgewendet werden. Die Selbstgefährdung ist nur ausreichend, wenn der betroffenen Person ohne Behandlung ein ernstlicher gesundheitlicher Schaden droht.<sup>112</sup> Die Fremdgefährdung ihrerseits genügt nur, wenn das Leben oder die

---

FamPra.ch 2018 - S. 673

körperliche Integrität von Drittpersonen ernstlich gefährdet ist.<sup>113</sup> Schliesslich muss die betroffene Person bezüglich der Behandlungsbedürftigkeit urteilsunfähig<sup>114</sup> und muss die Zwangsbehandlung verhältnismässig<sup>115</sup> sein. Bei der Prüfung von Zulässigkeit und Verhältnismässigkeit einer medizinischen Behandlung ohne Zustimmung können die Interessen des ungeborenen Kindes mitberücksichtigt werden, zumal sie in der Regel auch die Interessen der schwangeren Frau sind.<sup>116</sup>

Im Übrigen greifen im medizinischen Bereich die gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretung bei medizinischen Massnahmen (Art. 377 ff. ZGB). Ist die schwangere Frau urteilsunfähig<sup>117</sup>, ist der von Art. 377 ZGB vorgegebene Entscheidungsprozess einzuhalten. Der Entscheid über medizinische Massnahmen obliegt der gesetzlichen Vertretung, wobei es sich dabei meist um den Partner der Frau handeln dürfte (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 ZGB). Einem Beistand oder einer Beistandin obliegt dieser Entscheid nur, wenn er oder sie mit einem Vertretungsrecht bei medizinischen Massnahmen ausgestattet ist (Art. 378 Abs. 1 Ziff. 2 ZGB). Weil weder eine Begleitbeistandschaft (Art. 393 ZGB) noch eine Mitwirkungsbeistandschaft (Art. 396 ZGB) ein Vertretungsrecht für medizinische Massnahmen beinhalten, sind diese beiden Formen der Beistandschaft von Art. 378 ZGB nicht betroffen.<sup>118</sup> Die vertretungsberechtigte Person hat ihre Entscheidung an dem mutmasslichen Willen und den Interessen der urteilsunfähigen Person auszurichten (Art. 378 Abs. 3 ZGB).<sup>119</sup> Um den mutmasslichen Willen als subjektives Element zu eruieren, sind vor allem frühere Willensäusserungen oder Werthaltungen zu berücksichtigen, die durch die Art der Lebensführung zum Ausdruck gebracht wurden.<sup>120</sup> Hinsichtlich der Interessen als objektives Kriterium sind die Gesundheitsinteressen und das Recht auf Achtung der

Menschenwürde wegweisend.<sup>121</sup> Einer aus Sicht der schwangeren Frau nicht indizierten und sie gefährdenden medizinischen Behandlung darf die vertretungsbe-

---

FamPra.ch 2018 - S. 674

rechtigte Person deshalb nicht zustimmen, selbst wenn der Eingriff zur Wahrung der Gesundheit des ungeborenen Kindes angezeigt erschiene.

#### 4. *Würdigung*

Aus den vorangehenden Ausführungen ergibt sich, dass die Handhabung vorgeburtlicher Gefährdungslagen im Rahmen des gesetzlichen Instrumentariums möglich ist, ohne dass das Kindesschutzrecht auf das ungeborene Kind angewendet wird. Wenn sich erwachsenenschutzrechtliche Massnahmen primär an der schwangeren Frau orientieren, heisst das keineswegs, dass Überlegungen zum Wohl des ungeborenen Kindes gänzlich aus dem Blickfeld geraten müssen. Die Interessen der schwangeren Frau und diejenigen des ungeborenen Kindes sind in aller Regel gleichgerichtet. Die freie Lebensführung der schwangeren Frau darf jedenfalls nur eingeschränkt, ihre Freiheitsrechte dürfen nur beschnitten und ihre körperliche Integrität nur verletzt werden, wenn die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Dass diese Voraussetzungen hoch sind und im Schwangerschaftskontext ohne Zustimmung auch bei das ungeborene Leben gefährdendem Verhalten nur ausnahmsweise gegeben sind, ist hinzunehmen. Denn auch Lebenssouveränität gehört zu einer umfassenden Gesundheit.<sup>122</sup>

#### V. **Schlussbetrachtung**

Der Schutz des werdenden Kindes vor schädlichen mütterlichen Verhaltensweisen mag vielen als wünschenswert erscheinen. Wer will sich schon empören, wenn das vulnerable und besonders schutzbedürftig erscheinende Ungeborene vor gesundheitsgefährdenden Einflüssen einer unvernünftigen Mutter bewahrt wird? Gleichwohl darf sich die Rechtsanwendung nicht von gesellschaftlicher Akzeptanz und zu durchsetzbarem Normverhalten erkorenen Erwartungshaltungen an werdende Mütter leiten lassen. Rechtspersönlichkeit und Grundrechtsträgerschaft beginnen mit der Geburt. Die ausführliche Erörterung der Verhältnismässigkeit kindesschutzrechtlicher Massnahmen gegenüber der schwangeren Frau in gewissen Stellungnahmen der Literatur mögen ein gewisses Unbehagen illustrieren, vermögen indessen die Kernproblematik des pränatalen Kindesschutzes ebenso wenig zu verbergen wie ausdifferenzierte Zumutbarkeitsüberlegungen. Pränatale Kindesschutzmassnahmen tangieren die Selbstbestimmung der schwangeren Frau in grundlegender Weise. Jede Intervention schränkt die schwangere Frau in ihrer persönlichen Lebensführung ein und stellt einen Grundrechtseingriff dar, der einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Weder vom Wortlaut noch von seinen Intentionen her lässt sich dafür auf den zivil-

---

FamPra.ch 2018 - S. 675



rechtlichen Kinderschutz zurückgreifen. Die Bemühungen um den Schutz des Ungeborenen entspringen vielfach einer angenehmen Interessengegensätzlichkeit; eine solche wird aber der Komplexität einer Schwangerschaft nicht gerecht. Vorzuziehen ist ein gedanklicher Zugriff, der sich von dieser problematischen Denkbewegung löst und stattdessen konsequent die Frau in einer aussergewöhnlichen und anspruchsvollen Lebenslage in den Mittelpunkt der Betrachtungen stellt. Das Wohl der schwangeren Frau ist am ehesten Garant für das Wohl des ungeborenen Kindes. In diesem Sinne gilt es vorab, die schwangere Frau bei Bedarf in der Wahrnehmung der Verantwortung für die eigene und die Gesundheit des ungeborenen Kindes zu unterstützen. Bei der Bewältigung von vorgeburtlichen Gefährdungslagen ist daher bei der Sorge um die schwangere Frau anzusetzen. Die erwachsenenschutzrechtlichen Massnahmen bewegen sich in einem kohärenten rechtlichen Rahmen und sind nach genau umschriebenen Voraussetzungen anzuordnen. Sie bieten Gewähr dafür, dass das gerade während einer Schwangerschaft eminent wichtige Recht auf Selbstbestimmung der Frau geachtet wird. Dabei kann nicht der Anspruch erhoben werden, einen optimalen Schutz des ungeborenen Kindes in der Schwangerschaft zu gewährleisten. Für seinen bestmöglichen Schutz liegen in einer sich zu Freiheit und selbstbestimmter Lebensgestaltung bekennenden Rechtsordnung in der höchstmöglichen Wahrung der Autonomie der schwangeren Frauen notwendige Grundbedingung wie hoffnungsvolle Perspektive.

---

**Zusammenfassung:** *Die Schwangerschaft ist heute mit zahlreichen sozialen Normen und Erwartungshaltungen konfrontiert und wird zunehmend medizinisch begleitet. Diese Entwicklungen verändern die Wahrnehmung des rechtlichen Verhältnisses zwischen der schwangeren Frau und dem ungeborenen Kind. Im Vordergrund des Diskurses stehen das werdende Kind und der vorgeburtliche Schutz vor schädlichen Verhaltensweisen auch und vor allem der schwangeren Frau. Es sind Antworten zu finden auf Fragen, ob die schwangere Frau zum Schutz des ungeborenen Lebens zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet werden kann oder medizinische Massnahmen gegen ihren Willen zu dulden hat. Geforderte Verhaltens- oder Unterlassungsweisen beeinträchtigen die Lebensführung der schwangeren Frau und medizinische Eingriffe betreffen unmittelbar ihren eigenen Körper. Das zwangsläufig entstehende Spannungsfeld zwischen vorgeburtlichem Schutz des Kindes und den Autonomieansprüchen der werdenden Mutter wird im rechtswissenschaftlichen Schrifttum wenig beleuchtet. Überwiegend nähert sich die Literatur der Problematik aus einer haftungsrechtlichen und damit rückblickenden Perspektive. Die vereinzelt erwogenen pränatalen Kinderschutzmassnahmen werden unter die Prämisse einer vorgeburtlichen Elternsorge oder zumindest einer vorgeburtlichen Fürsorgepflicht gestellt. Der vorliegende Beitrag zeigt die dogmatischen und praktischen Schwierigkeiten von*

-----  
FamPra.ch 2018 - S. 676

*pränatalem Kinderschutz auf und plädiert stattdessen dafür, vor allem den Schutz der schwangeren Frau in den Blick zu nehmen. Im Anschluss werden verschiedene Handlungs- und Interventionsmöglichkeiten skizziert, anhand derer innerhalb des geltenden Rechtsrahmens auf vorgeburtliche Gefährdungslagen reagiert werden kann. Diese fokussieren bewusst auf die Autonomie und Verantwortung der schwangeren Frau und bringen damit zum Ausdruck, dass das Wohl des ungeborenen Lebens durch Massnahmen zum Wohl der schwangeren Frau am besten zu wahren ist.*

**Resumé:** *La grossesse est aujourd'hui confrontée à de nombreuses normes et attentes sociales et fait de plus en plus l'objet d'un accompagnement médical. Ces évolutions transforment l'appréciation du lien juridique existant entre la femme enceinte et l'enfant à naître. Au premier plan du débat figurent l'enfant à naître et la protection prénatale contre les comportements*

---

---

*dommageables, également et surtout de la femme enceinte. Il convient de trouver des réponses à la question de savoir si, afin de protéger la vie de l'enfant à naître, la femme enceinte peut être tenue à adopter un comportement déterminé ou à tolérer des mesures médicales allant contre sa volonté. Les actions ou omissions imposées à la femme enceinte portent atteinte à son mode de vie et les interventions médicales affectent directement son propre corps. Le dilemme qui apparaît nécessairement entre la protection prénatale de l'enfant et les revendications d'autonomie de la future mère est peu traité dans la doctrine juridique. Pour l'essentiel, la littérature aborde la question sous l'angle de la responsabilité juridique, soit dans une démarche a posteriori. Les quelques mesures de protection de l'enfant envisagées de manière éparsée le sont dans les conditions d'une diligence parentale prénatale ou au moins d'un devoir d'assistance prénatal. Le présent article présente les difficultés pratiques et dogmatiques de la protection prénatale de l'enfant et plaide à l'inverse avant tout pour une attention à porter à la protection de la femme enceinte. Par la suite sont esquissées différentes possibilités d'actions ou d'interventions qui permettraient de réagir aux situations de mise en danger prénatale, dans le cadre juridique en vigueur. Celles-ci se concentrent délibérément sur l'autonomie et la responsabilité de la femme enceinte et démontrent que les mesures qui tendent au bien de cette dernière sont la meilleure manière d'assurer le bien de l'enfant à naître.*

---

- \* Beim nachstehenden Beitrag handelt es sich um eine ausführliche und vertiefte Analyse von Fragestellungen, die in den Grundzügen bereits in BÜCHLER, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017, erörtert wurden.
- 1 BGE 136 II 415, 426, E. 3.2.
- 2 BGE 98 Ia 508, 515, E. 4b; siehe auch RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016, 237 f.
- 3 SCHWEIZER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 10 BV, N 13; HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 8. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2016, N 345, mit dem Hinweis, dass diese Frage aufgrund des Anwendungsgebots von Bundesrecht nicht höchstrichterlich entschieden werden konnte; vgl. ferner PALLY HOFMANN, Die gesetzliche Regelung von medizinischen Eingriffen zugunsten des Nasciturus, AJP 2008, 855, 859; siehe auch BÜCHLER, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, Basel 2017, 21 f.
- 4 Art. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948; Art. 6 Abs. 1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966; die UN-Kinderrechtskonvention vom 20. November 1989 spricht lediglich in der Präambel und damit ausserhalb des normativ verbindlichen Vertragstextes von einem «angemessenen rechtlichen Schutz vor und nach der Geburt».
- 5 Vo gegen Frankreich, -Urteil vom 8. Juli 2004, No 53924/0053924/00; vgl. zu diesem Urteil BÜCHLER/MICHEL, Medizin – Mensch – Recht. Eine Einführung in das Medizinrecht der Schweiz, Zürich 2014, 25.
- 6 Vgl. RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität. Die Verfassung zwischen Ethik und Rechtspraxis, Habil. Zürich/St. Gallen 2009, 273, wonach eine Vorwirkung des Schutzanspruchs die betroffenen Embryonen und Föten nicht zu Trägern dieses Rechts mache.
- 7 So BIAGGINI, OFK-Kommentar zur Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017, Art. 10 BV, N 8.
- 8 Zu den moral- und rechtsphilosophischen Implikationen vgl. RÜTSCHKE (Fn. 6), 272 f.; zu den verschiedenen Diskussionsansätzen sodann ausführlich BÜCHLER/FREI, Der Lebensbeginn aus juristischer Sicht – unter besonderer Berücksichtigung der Problematik des Schwangerschaftsabbruchs, Jusletter vom 29. August 2011, N 30 ff.

- 9 RÜTSCHÉ (Fn. 6), 273.
- 10 HANGARTNER, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe, Zürich 2000, 22 ff.; SCHWEIZER (Fn. 3), Art. 10 BV, N 13, der die verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 119 Abs. 2 BV erblickt.
- 11 RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX (Fn. 2), 238.
- 12 BÜCHLER (Fn. 3), 27.
- 13 BGE 127 I 6, 14, E. 5b; vgl. auch BGer, 5. 5. 2015, 6B\_734/2014, E. 1.2: «Werthaftigkeit als Mensch».
- 14 So etwa von MASTRONARDI, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 7 BV, N 52; vgl. für einen Überblick zum Meinungsstand RÜTSCHÉ (Fn. 6), 315.
- 15 REUSSER/SCHWEIZER, in: EHRENZELLER/SCHINDLER/SCHWEIZER/VALLENDER (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Zürich/St. Gallen 2014, Art. 119 BV, N 17; PALLY HOFMANN, AJP 2008, 855, 857.
- 16 Vgl. RÜTSCHÉ (Fn. 6), 315, der deshalb resümiert, dass die Menschenwürde im pränatalen Bereich nicht in ihrer grundrechtlichen Dimension, sondern als objektives Verfassungsprinzip gelten solle.
- 17 Vgl. RÜTSCHÉ (Fn. 6), 314 f., der andererseits dafür plädiert, Embryonen und Föten von der Verfassung nicht schutzlos zu lassen und ungeborenes menschliches Leben aufgrund der Menschenwürde zumindest würdig zu behandeln.
- 18 Zu den Verfassungsprinzipien und anderen in diesem Zusammenhang verwendeten Begriffen wie Strukturprinzip oder verfassungsgestaltendes Prinzip vgl. ENGI, Zum Prinzipienbegriff im öffentlichen Recht, ZBI 2017, 59, 60 f.
- 19 RÜTSCHÉ (Fn. 6), 343, in diesem Sinne ist die Achtung der Menschenwürde in Art. 119 BV angesprochen; vgl. LATERNER, Der Gehalt von Art. 7 BV: zur Begründung der bundesgerichtlichen Menschenwürdekonkretisierung, Zürcher Studien zur Rechts- und Staatsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, Nr. 10, Zürich 2016, 32 f.
- 20 RÜTSCHÉ (Fn. 6), 315.
- 21 Vgl. BIAGGINI, Die Bundesverfassung, in: BIAGGINI/GÄCHTER/KIENER (Hrsg.), Staatsrecht, 2. Aufl., Zürich/St. Gallen 2015, 96, 107; ENGI, ZBI 2017, 59, 61.
- 22 KuKo/DÖRR, Art. 31 ZGB, N 2; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte, Bern 2014, 150, unter besonderem Hinweis auf den italienischen Gesetzestext.
- 23 BUCHER, Natürliche Personen und Persönlichkeitsschutz, 3. Aufl., Zürich 1999, 49; BÜCHLER (Fn. 3), 23.
- 24 BUCHER (Fn. 23), 50; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER, Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 4. Aufl., Bern 2016, N 03.06; MEIER/DE LUCE, Droit des personnes. Articles 11–89a CC, Genf/Zürich/Basel 2014, 20.
- 25 KuKo/DÖRR, Art. 31 ZGB, N 2; BaslerKomm/GUGGENBÜHL/BERETTA, Art. 32 ZGB, N 5; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, 111; GUILLOD, Droit des personnes, 4. Aufl., Basel 2015, 29; HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 24), 15; anders CHK/BREITSCHMID, Art. 31 ZGB, N 3, mit dem Hinweis auf eine Wertungsdifferenz im Vergleich zur in Art. 32 Abs. 2 ZGB verankerten Komorientenregel; vgl. ausführlich und mit eingehender Stellungnahme zur Problematik SCHLATTER, Lebenserhaltung in der Neonatologie. Entscheidungsbefugnis, Entscheidungsfindung, Entscheidungsverantwortung, Gesundheitsrecht und Bioethik, Basel 2014, 39 ff.

- 26 Im Rahmen einer inzwischen zurückgestellten Revision des Strafrechts sollte Art. 116 StGB ersatzlos aufgehoben werden; vgl. Erläuternder Bericht des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der Strafrahmen im Strafgesetzbuch, im Militärstrafgesetz und im Nebenstrafrecht, Bern 2010 (im Internet abrufbar unter <https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/sicherheit/gesetzgebung/strafrahmenharmonisierung/vn-ber-d.pdf> [12. 2. 2018]) und Medienmitteilung des Bundesrates vom 19. Dezember 2012 (im Internet abrufbar unter [https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2012/ref\\_2012-12-190.html](https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/aktuell/news/2012/ref_2012-12-190.html) [12. 2. 2018]).
- 27 BaslerKomm/SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 StGB, N 1; BaslerKomm/SCHWARZENEGGER, Art. 116 StGB, N 4, wonach Angriffsobjekt ein lebendes Neugeborenes ist.
- 28 PraxisKomm/TRECHSEL/FINGERHUTH, Vor Art. 118 StGB, N 2; zu Beginn und Ende der Schwangerschaft vgl. BaslerKomm/SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, Vor Art. 118 StGB, N 9 ff.
- 29 BaslerKomm/SCHWARZENEGGER, Vor Art. 111 StGB, N 5.
- 30 PraxisKomm/TRECHSEL/FINGERHUTH, Vor Art. 118 StGB, N 4; BGE 119 IV 207, 209, E. 2a.
- 31 Vgl. BÜCHLER, Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang? Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff, FS Donatsch, Zürich 2017, 571, 580.
- 32 Vgl. zur hier nicht weiterzuverfolgenden Streitfrage nach dem suspensiven oder resolutiven Charakter dieser Bedingung HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 24), 17 und KOHLER-VAUDAUX, Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître. Etude de droit suisse et aperçu des droits français et allemand, Diss. Lausanne, Genf/Zürich/Basel 2006, 185 ff.
- 33 Die Bestimmung des Zeitpunkts der Zeugung ist umstritten, vgl. dazu BaslerKomm/BERETTA, Art. 31 ZGB, N 12; bei der medizinisch unterstützten Fortpflanzung wird je nach vertretener Ansicht auf den Zeitpunkt der Befruchtung (so HAUSHEER/AEBI-MÜLLER [Fn. 24], 20) oder auf den Zeitpunkt der Nidation (so MEIER/DE LUZE [Fn. 24]), 22) abgestellt.
- 34 BaslerKomm/BERETTA, Art. 31 ZGB, N 11; Commentaire Romand/MANAÏ, Art. 31 CC, N 10; vgl. auch MEIER/DE LUZE (Fn. 24), 20, welche die Bestimmung von Art. 31 Abs. 2 ZGB als «pragmatische Lösung» bezeichnen; ferner CHK/BREITSCHMID, Art. 31 ZGB, N 7.
- 35 BaslerKomm/BERETTA, Art. 31 ZGB, N 19; Commentaire Romand/MANAÏ, Art. 31 CC, N 9; KuKo/DÖRR, Art. 31 ZGB, N 8; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (Fn. 25), 111; STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 22), 151.
- 36 So FASSBIND, Systematik der elterlichen Personensorge in der Schweiz, Basler Studien zur Rechtswissenschaft, Reihe A: Privatrecht, Nr. 84, Basel/Genf/München, 2006, 86 f.
- 37 Vgl. HAUSHEER/AEBI-MÜLLER (Fn. 24), 17.
- 38 Commentaire Romand/MANAÏ, Art. 31 CC, N 10.
- 39 Bei der Fiktion handelt es sich um eine vom Gesetz aufgestellte, an eine Fiktionsbasis geknüpfte, nicht widerlegbare Tatsachen- oder Rechtsvermutung; vgl. BaslerKomm/LARDELLI, Art. 8 ZGB, N 70.
- 40 Commentaire Romand/MANAÏ, Art. 31 CC, N 18; GUILLOD (Fn. 25), 30; MEIER/DE LUZE (Fn. 24), 23.
- 41 Vgl. etwa STEINAUER/FOUNTOULAKIS (Fn. 22), 152; MEIER/DE LUZE (Fn. 24), 20 f.; PALLY HOFMANN, AJP 2008, 855, 862; PEDRAZZINI, Für eine kohärente Rechtsordnung, SJZ 1990, 133, 141, der dem Nasciturus mindestens das Recht einräumen will, die Bedingung seiner Rechtsfähigkeit ungestört zu erleben.
- 42 BÜCHLER (Fn. 3), 26.

- 43 BÜCHLER (Fn. 3), 24; vgl. auch GUILLOD (Fn. 25), 31, der darauf hinweist, dass solche Ansprüche dem lebendgeborenen Kind («après être né vivant») zustehen.
- 44 BaslerKomm/BERETTA, Art. 31 ZGB, N 25.
- 45 Vgl. FASSBIND (Fn. 36), 82.
- 46 BÜCHLER (Fn. 3), 26.
- 47 Gemeint ist vorliegend ausschliesslich der zivilrechtliche Kindesschutz; zum öffentlich-rechtlichen bzw. strafrechtlichen Kindesschutz vgl. ROSCH/HAURI, Kindesschutz, in: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, 405, 406 ff.
- 48 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 4.
- 49 ROSCH/HAURI (Fn. 47), 405, 410; vgl. auch BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 18 und CANTIENI/BLUM, Kindesschutzmassnahmen, in: FOUNTOLAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 561, 565 f.
- 50 FASSBIND (Fn. 36), 93/94.
- 51 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 12; FASSBIND (Fn. 36), 94.
- 52 Vgl. BÜCHLER (Fn. 3), 98/99.
- 53 Vgl. FASSBIND (Fn. 36), 93; DÄPPEN-MÜLLER, Kindsmisshandlung und -vernachlässigung aus straf- und zivilrechtlicher Sicht, Diss. Zürich 1998, 60, die daraus ableitet, der Kindesschutz sei im pränatalen Stadium generell nicht anwendbar.
- 54 Vgl. BÜCHLER (Fn. 3), 98.
- 55 FASSBIND (Fn. 36), 85 f. und 93 ff.
- 56 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 12; von einer Vorwirkung der elterlichen Sorge in Bezug auf das ungeborene Kind während der Schwangerschaft sprechen auch HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches, 5. Aufl., Bern 2014, 392; Commentaire Romand/MEIER, Intro. Art. 307 à 315b CC, N 27, hält Kindesschutzmassnahmen vor der Geburt ausnahmsweise ebenfalls für zulässig; weniger einschränkend BIDERBOST, Die Erziehungsbeistandschaft (Art. 308 ZGB), Arbeiten aus dem Iuristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Nr. 151, Freiburg 1996, 17; KOHLER-VAUDAUX (Fn. 32), 229, schliesslich erachtet Kindesschutzmassnahmen während der Schwangerschaft nicht für unzulässig.
- 57 BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem. Art. 307–327c ZGB, N 116; BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296 ZGB, N 54, wonach für das Kind in beschränktem Mass Kindesschutzmassnahmen bereits vor der Geburt errichtet werden könnten, wenn nach den Umständen die ernstliche Möglichkeit einer Beeinträchtigung des körperlichen, sittlichen oder geistigen Wohls des Kindes vorauszusehen sei, dürfte sich demgegenüber auf einen Zeitpunkt beziehen, in welchem das Kind bereits geboren wurde.
- 58 Vgl. DÄPPEN-MÜLLER (Fn. 5353), 60, wonach eine Kindeswohlgefährdung nur bei einem bereits existierenden Kind vorliegen könne.
- 59 Vgl. GUILLOD, Le nouveau-né, l'embryon et le diagnostic périnatal – quelques repères juridiques, Schweizerische Ärztezeitung 1991, 841, 845.
- 60 BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 1; BÜCHLER/VETTERLI, Ehe – Partnerschaft – Kinder. Eine Einführung in das Familienrecht der Schweiz, 3. Aufl., Basel 2018, 269.

- 61 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 3; MEIER/STETTLER, Droit de la filiation, 5. Aufl., Genf/Zürich/Basel 2014, 297 f.
- 62 KuKo/CANTIENI/VETTERLI, Art. 296 ZGB, N 1; BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296 ZGB, N 6; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/JUNGO (Fn. 25), 500 f.
- 63 CANTIENI/WYSS, Elterliche Sorge, in: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutz. Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, 308, 309; MEIER/STETTLER (Fn. 61), 299 f.; BÜCHLER/VETTERLI (Fn. 60), 239.
- 64 BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 11; Commentaire Romand/VEZ, Art. 296 CC, N 9.
- 65 Anderer Ansicht FASSBIND (Fn. 36), 81, der zwar den Wortlaut des Gesetzes als «scheinbar klar» bezeichnet, eine «vorgeburtliche Wirkung der elterlichen Sorge» dennoch nicht pauschal ablehnt.
- 66 BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Vorbem. Art. 307–327c ZGB, N 116; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 11.
- 67 Pointiert CZERNER, Der Schutz des ungeborenen Kindes vor der eigenen Mutter durch zeitliche Vorverlagerung zivil- und strafrechtlicher Regelungen?, Zeitschrift für Kindschaftsrecht und Jugendhilfe (ZKJ) 2010, 220, 223.
- 68 So im Zusammenhang mit Haftungsfragen bei pränatalen Schädigungen auch BRÜCKNER, Das Personenrecht des ZGB, Zürich 2000, 181, wonach keine Rechtspflichten der werdenden Mutter gegenüber dem Kind bestünden, alles zu tun, was das Wohlergehen des Kindes fördere und alles zu unterlassen, was dem Kind schaden könnte; für gewisse Unterlassungspflichten der schwangeren Frau KOHLER-VAUDAUX (Fn. 32), 229.
- 69 Mit dieser Regelung reiht sich das Zivilgesetzbuch ein in zahlreiche andere europäische Rechtsordnungen, welche die Geburt als entscheidend ansehen für die Entstehung einer Person im Rechtssinne; vgl. BÜCHLER/FREI, Jusletter vom 29. August 2011, N 53.
- 70 Vgl. nur BaslerKomm/BREITSCHMID, Art. 307 ZGB, N 7.
- 71 Vgl. insbesondere FASSBIND (Fn. 36), 81 ff.; BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 12.
- 72 Vgl. etwa HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER (Fn. 56), 392, die ohne nähere Begründung festhalten, es ergäben sich Vorwirkungen der elterlichen Sorge in Bezug auf das ungeborene Kind. Unter Hinweis auf Art. 31 Abs. 2 ZGB führt Commentaire Romand/VEZ, Art. 296 CC, N 10, aus, die notwendigen Entscheidungen betreffend die Fürsorge des ungeborenen Kindes («enfant conçu») seien vom Inhaber der elterlichen Sorge zu treffen.
- 73 FASSBIND (Fn. 36), 85 f.; in die gleiche Richtung auch MANNSDORFER, Pränatale Schädigung. Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Arbeiten aus dem juristischen Seminar der Universität Freiburg Schweiz, Nr. 192, Freiburg 2000, 236, wonach die elterliche Sorge bereits vor der Geburt entstehe, soweit die Kindesinteressen der Wahrung bedürfen; ebenso BIDERBOST (Fn. 56), 17; vgl. auch BaslerKomm/SCHWENZER/COTTIER, Art. 296 ZGB, N 12 («Fürsorgepflicht als Vorwirkung») und BernerKomm/AFFOLTER-FRINGELI/VOGEL, Art. 296 ZGB, N 54 («antizipierte Fürsorgepflicht»).
- 74 BGE 140 III 616, 620 f., E. 3.3; BGE 143 III 646, 649, E. 3.
- 75 Vgl. etwa PALLY HOFMANN, AJP 2008, 855, 863, und MANNSDORFER (Fn. 73), 24.
- 76 WIESEMANN, Von der Verantwortung, ein Kind zu bekommen. Eine Ethik der Elternschaft, München 2006, 159 f.
- 77 FASSBIND (Fn. 36), 91.

- 78 Vgl. MANNSDORFER (Fn. 73), 256, wonach mit den konkurrierenden Rechten «imperativ der Ruf nach einem wertenden Massstab verbunden» sei.
- 79 Vgl. VAN DEN DAELE, Der Fötus als Subjekt und die Autonomie der Frau. Wissenschaftlich-technische Optionen und soziale Kontrollen in der Schwangerschaft, Kritische Justiz 1998, 16, 30: «Die Grenzen des Rechts sind dort erreicht, wo es die Kontrolle über die Lebensführung der Schwangeren übernehmen müsste.»
- 80 BÜCHLER (Fn. 3), 100 Fn. 376.
- 81 MANNSDORFER (Fn. 73), 255.
- 82 FASSBIND (Fn. 36), 89.
- 83 Medizinische Massnahmen zugunsten des ungeborenen Kindes bedürfen zur Wahrung der Patientinnenautonomie stets einer Einwilligung durch die schwangere Frau; kritisch zu betrachten sind deshalb Vorschläge von gesetzlichen Regelungen, die der schwangeren Frau unter bestimmten Voraussetzungen eine Duldungspflicht auferlegen wollen, vgl. etwa PALLY HOFMANN, AJP 2008, 855, 864 ff.
- 84 FASSBIND (Fn. 36), 102 f.
- 85 FASSBIND (Fn. 36), 103.
- 86 MANNSDORFER (Fn. 73), 260 ff.
- 87 Vgl. BÜCHLER (Fn. 3), 101.
- 88 BÜCHLER (Fn. 3), 104.
- 89 Ob sich entsprechende Vorschriften aus gesundheitspolitischen Gründen rechtfertigen liessen, ist eine nicht den zivilrechtlichen Kinderschutz betreffende Frage und soll hier nicht erörtert werden.
- 90 BÜCHLER (Fn. 3), 95 f.
- 91 Vgl. GUILLOD, Schweizerische Ärztezeitung 1991, 841, 845, der von der werdenden Mutter als «maîtresse du destin de l'enfant qu'elle porte» spricht.
- 92 Vgl. die Stellungnahme der deutschen Arbeitsgruppe «Familiengerichtliche Massnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB» (im Internet abrufbar unter [http://sfbb.brandenburg.de/sixcms/media.php/5488/RS\\_G\\_4224\\_Ergebnisse\\_AG\\_Familiengerichtliche\\_Ma%C3%9Fnahmen\\_Anlage.pdf](http://sfbb.brandenburg.de/sixcms/media.php/5488/RS_G_4224_Ergebnisse_AG_Familiengerichtliche_Ma%C3%9Fnahmen_Anlage.pdf) [12. 2. 2018]), 32 ff., welche die Ausweitung von Hilfsangeboten der Jugendhilfe und der Gesundheitsfürsorge als erfolgsversprechender einschätzte als gerichtliche Massnahmen im pränatalen Stadium.
- 93 ROSCH, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 388 ZGB, N 2; zum Wohl des Schwachen als Leitidee des Erwachsenenschutzes, vgl. FamKomm Erwachsenenschutz/HÄFELI, Art. 388 ZGB, N 2.
- 94 BaslerKomm/HENKEL, Vor Art. 388–399 ZGB, N 3; die Stärkung der Selbstbestimmung war denn auch eines der Hauptziele der auf den 1. Januar 2013 in Kraft getretenen Gesetzesrevision, vgl. im Einzelnen REUSSER, Leitprinzipien des behördlichen Erwachsenen- und Kinderschutzes, in: FOUNTOLAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 19, 22.
- 95 Zum Verhältnis der Massnahme zu der in der Sozialhilfegesetzgebung vorgesehenen persönlichen Unterstützung siehe FamKomm Erwachsenenschutz/MEIER, Art. 393 ZGB, N 10 und BaslerKomm/HENKEL, Art. 393 ZGB, N 8.

- 96 FamKomm Erwachsenenschutz/MEIER, Art. 393 ZGB, N 17; FREY/PEYER/ROSCH, Die Beistandschaft, in: ROSCH/FOUNTOULAKIS/HECK (Hrsg.), Handbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht. Recht und Methodik für Fachleute, Bern 2016, 513, 514.
- 97 FREY/PEYER/ROSCH (Fn. 96), 513, 514; vgl. auch FamKomm Erwachsenenschutz/MEIER, Art. 393 ZGB, N 17, wonach die Vertretungsbeistandschaft sich von den Wirkungen her unmittelbar an die in Art. 308 ZGB geregelte Erziehungsbeistandschaft anlehne.
- 98 BaslerKomm/AFFOLTER, Art. 406 ZGB, N 9; BIDERBOST/AFFOLTER-FRINGELI, Beistandschaft, in: FOUNTOULAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 181, 192.
- 99 FREY/PEYER/ROSCH (Fn. 96), 513, 514; FamKomm Erwachsenenschutz/MEIER, Art. 393 ZGB, N 18.
- 100 Vgl. BÜCHLER (Fn. 3), 103.
- 101 BaslerKomm/HENKEL, Art. 396 ZGB, N 6; CommFam Protection de l'adulte/GUILLOD, Art. 396 CC, N 4.
- 102 BaslerKomm/HENKEL, Art. 398 ZGB, N 10; CommFam Protection de l'adulte/GUILLOD, Art. 398 CC, N 6.
- 103 Vgl. BGE 127 I 6, 11, E. 5; KIENER/KÄLIN, Grundrechte, 2. Aufl., Bern 2013, 128.
- 104 KuKo/ROSCH, Art. 426 ZGB, N 4; CommFam Protection de l'adulte/GUILLOD, Art. 426 CC, N 48 ff.; SCHMID, Erwachsenenschutz. Kommentar zu Art. 360–456 ZGB, Bern 2010, Art. 426 ZGB, N 3.
- 105 Vgl. zu den einzelnen Schwächezuständen BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 426 ZGB, N 12; GASSMANN/BRIDLER, Fürsorgerische Unterbringung (Abschnitte I–VII), in: FOUNTOULAKIS/AFFOLTER-FRINGELI/BIDERBOST/STECK (Hrsg.), Fachhandbuch Kindes- und Erwachsenenschutzrecht, Zürich 2016, 329, 353 ff.
- 106 Suchterkrankungen werden von den in Art. 426 Abs. 1 ZGB genannten «psychischen Störungen» erfasst, siehe GASSMANN/BRIDLER (Fn. 105), 329, 361.
- 107 Wenn denn im Zusammenhang mit der Beziehung zum ungeborenen Kind von einer «Fremdgefährdung» gesprochen werden könnte, könnte der Schutz Dritter alleine keine fürsorgerische Unterbringung rechtfertigen; vgl. dazu statt vieler KuKo/ROSCH, Art. 426 ZGB, N 8 ff.
- 108 Ausführlich zur Verhältnismässigkeit der fürsorgerischen Unterbringung GASSMANN/BRIDLER (Fn. 105), 329, 359 ff.; CLAUSEN/MEIER, Im besten Eigeninteresse und (un)verhältnismässig? Eine Betrachtung des Instituts der fürsorgerischen Unterbringung aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, in: CONINX/EGE/MAUSBACH (Hrsg.), Prävention und freiheitliche Rechtsordnung, Zürich/St. Gallen 2017, 146 ff.
- 109 Vgl. BÜCHLER (Fn. 3), 102, mit dem Hinweis auf BGer, 11. 12. 2013, 5A\_900/2013, wo die fürsorgerische Unterbringung zu Begutachtungszwecken zur Diskussion stand und ein klarer Verdacht auf eine wahnhafte Störung der schwangeren Frau im Raum stand.
- 110 FamKomm Erwachsenenschutz/GUILLOD, Art. 433 ZGB, N 8; ROSCH (Fn. 93), Art. 433–435 ZGB, N 1; BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435 ZGB, N 5.
- 111 BÜCHLER (Fn. 3), 102.
- 112 BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435 ZGB, N 20; ROSCH (Fn. 110), Art. 433–435 ZGB, N 10.
- 113 BaslerKomm/GEISER/ETZENSBERGER, Art. 434/435 ZGB, N 21; FamKomm Erwachsenenschutz/GUILLOD, Art. 434 ZGB, N 13, der sich für eine restriktive Beurteilung der Begriffe ausspricht.



- 114 FamKomm Erwachsenenschutz/GUILLOD, Art. 434 ZGB, N 17 f., wonach der im Zivilrecht massgebliche und nicht etwa ein besonderer Begriff der Urteilsunfähigkeit zur Anwendung gelangt.
- 115 Vgl. dazu BaslerKomm/GEISER/ETZENBERGER, Art. 434/435 ZGB, N 22 ff.; ROSCH (Fn. 110), Art. 433–435 ZGB, N 12.
- 116 BÜCHLER (Fn. 3), 102.
- 117 Bei nur für kurze Zeit andauernder Urteilsunfähigkeit ist die Bestimmung von Art. 377 ZGB nicht anwendbar, vgl. FamKomm Erwachsenenschutz/GUILLOD/HERTIG PEA, Art. 377 ZGB, N 13.
- 118 Vgl. nur FamKomm Erwachsenenschutz/GUILLOD/HERTIG PEA, Art. 378 ZGB, N 13.
- 119 Insofern wird von einem sogenannten «konditionierten Vertretungsrecht» gesprochen, vgl. BaslerKomm/EICHENBERGER/KOHLER, Art. 378 ZGB, N 13, mit weiteren Hinweisen.
- 120 GASSMANN, in: ROSCH/BÜCHLER/JAKOB (Hrsg.), Erwachsenenschutzrecht. Einführung und Kommentar zu Art. 360 ff. ZGB und VBVV, 2. Aufl., Basel 2015, Art. 377/378 ZGB, N 12; BaslerKomm/EICHENBERGER/KOHLER, Art. 378 ZGB, N 13.
- 121 GASSMANN (Fn. 120), Art. 377/378 ZGB, N 12; BaslerKomm/EICHENBERGER/KOHLER, Art. 378 ZGB, N 13.
- 122 BÜCHLER (Fn. 3), 102.