

führen könnte, [...] verliert“³⁷. Die Folge ist, dass der Anteil von Kindern mit FAS/FASD in Sonderschulen für Lern- oder geistig Behinderte auffallend hoch ist: „Aber auch für die Normalbegabten bleibt in vielen Fällen wegen des auffälligen Verhaltens nur der Weg in die Sonderschule für Lernbehinderte oder verhaltensauffällige Kinder“³⁸. Diese gesamtgesellschaftliche Problematik von hoher praktischer Relevanz, die insbesondere einem relevanten Anteil der Kinder ihre Zukunft nimmt, kann nicht länger sehenden Auges hingenommen werden; erforderlich sind vor allem verstärkte Anstrengungen zur Effektivierung der notwendigen Prävention. Welcher regulatorischen Veränderungen es hierzu bedarf bzw. in welchen rechtlichen Kontexten überhaupt nach Lösungen zu suchen ist, war Gegenstand einer kontroversen Debatte in der AG Medizinstrafrecht des „Kriminalpolitischen Kreises“ (KritK); die nachfolgenden Beiträge stellen die jeweiligen Positionen zur Diskussion.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die

Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

37) *Spohr/Steinhausen*, DÄBl. 2008, 693 ff., 696.

38) *Spohr/Steinhausen*, DÄBl. 2008, 693 ff., 696 (Fn. 18), ebd.

<https://doi.org/10.1007/s00350-023-6478-9>

Schutz der körperlichen Integrität ungeborener Kinder gegen gesundheitsschädliches Verhalten von Schwangeren: keine Sache des Strafrechts?

Gunnar Duttge

I. Erweiterter Schutzbedarf

Ungeborene Kinder sind heute in erheblichem Ausmaß Gefährdungen ausgesetzt, auch solchen, die in die Verantwortungssphäre ihrer Mütter fallen. Dazu zählt insbesondere – mit einer erschreckend weiten Verbreitung – der Alkohol- und Drogenkonsum während der Schwangerschaft¹. Die empirischen Erkenntnisse zeigen deutlich, dass der allgemeine moralische Appell („[if you] start trying [to conceive], stop drinking: every moment matters“)² im praktischen Lebensvollzug relativ häufig nicht, jedenfalls nicht streng beachtet und offenbar gesamtgesellschaftlich eher als unverbindliche Empfehlung an schwangere Frauen „in eigenen Angelegenheiten“ aufgefasst wird. Zugleich lassen die begegnenden Tendenzen der Bagatellisierung oder gar Verheimlichung darauf schließen, dass Grund hierfür cum grano salis kein Wissens- und Aufklärungsdefizit (mit Ausnahme des beharrlichen Irrglaubens zur vermeintlichen Unbedenklichkeit eines „einmaligen“, „moderaten“ Alkoholkonsums)³, sondern eine mangelnde Befolgungsbereitschaft ist: Diese ließe sich aber im Normalfall durch bloße Änderung der Lebensgewohnheiten ohne Weiteres herstellen, sofern nicht ausnahmsweise⁴ eine manifeste Suchterkrankung die aus Gründen des Schädigungsverbots erwartete Abstinenz erschwert.

Diese Ausgangslage drängt es geradezu auf, nach Instrumenten der Verhaltenssteuerung Ausschau zu halten, die eine größere Verbindlichkeit in sich tragen und die erwartete Normbefolgung ggf. auch durch generalpräventive Androhung einer Sanktion erzwingen. Denn nach gelten-

der verfassungsrechtlicher Interpretation ist das ungeborene Kind von Beginn der Schwangerschaft an eine eigene werthafte Entität mit einem eigenständigen Existenzrecht und Anspruch auf Wahrung der körperlichen Unversehrtheit, auch gegenüber der Mutter selbst, und nicht bloß ein unselbständiges körperliches „Anhängsel“ des mütterlichen Organismus⁵. Diese zwangsläufige Drittbetroffenheit begründet überhaupt erst einen Rechtskonflikt zwischen Selbstbestimmungsfreiheit und leiblich-existentialer Integrität, für den §§ 218 ff. StGB in Bezug auf das herausgehobene Konfliktszenario des tödlichen Abbruchs eine kompromisshafte Orientierung zu geben suchen. Aus diesem Normenbestand lässt sich zweierlei folgern: Auch in der spezifischen Konfliktsituation zwischen Mutter und Fötus begründet die Aktivierung des Strafrechts keineswegs per se einen Verstoß gegen das Ultima-ratio-Prinzip (allen zeitgeistigen Tendenzen zum Trotz, die Eigenwertigkeit des Ungeborenen in Abrede zu stellen)⁶; zugleich

1) Dazu im Einzelnen Duttge, MedR 2023, 431 ff. (in diesem Heft).

2) So eine aktuelle bevölkerungsweite Kampagne in Australien: <https://www.health.gov.au/news/the-every-moment-matters-campaign-highlights-the-risks-of-drinking-alcohol-during-pregnancy>.

3) Vgl. zuletzt *Kramer/Isensee/Klapp/Mais*, Gynäkologische Praxis 2020, 25, 31 (mit ergänzendem Hinweis auf die häufige Blauaugigkeit beim Konsum alkoholhaltiger Lebensmittel und Speisen).

4) Verlässliche Studien über den Anteil (schwer) suchterkrankter Schwangeren gibt es (jedenfalls in Deutschland) nicht.

5) Vgl. nur BVerfGE 39, 1 ff. und 88, 203 ff.

6) S. aktuell die Ankündigung der Bundesfamilienministerin *Paus* in Richtung einer ersatzlosen Streichung der §§ 218 ff. StGB (berichtet u. a. in: Zeit Online v. 5. 1. 2023; zu den verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf die Schutzpflicht zugunsten der Lebenserhaltung: *Duttge*, medstra 2022, 207 ff.); zuvor ist dieser Zeitgeist bereits deutlich geworden mit der vollständigen Abschaffung des § 219a StGB; dazu bspw. *Duttge*, in: GS f. *Tröndle* 2019, S. 711 ff.

zeigt sich aus der Perspektive des Rechtsgüterschutzes eine erklärungsbedürftige Schutzlücke, wenn die körperliche Integrität des ungeborenen Kindes sowie sein Recht auf eine selbstbestimmte, „offene Zukunft“⁷ dem (hedonistischen) Belieben seiner Mutter überantwortet bleibt.

Das gilt um so mehr, als sich menschliches Leben und körperliche Unversehrtheit anthropologisch als eng miteinander verschränkte, existentiell bedeutsame Güter von hohem intrinsischem Wert⁸ erweisen, die bei Geborenen sogar einen – auch strafrechtlichen – Rundumschutz jenseits punktueller Rechtsgutsangriffe gebieten, d. h. schon ein dahingehendes Gefährdungs- (vgl. §§ 221, 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB) bzw. fahrlässiges Handeln (vgl. §§ 222, 229 StGB) einbeziehend. Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG enthält Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG eine – zukunftsgerichtete – staatliche Schutzpflicht, „sich schützend und fördernd vor die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit zu stellen und sie vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren“, gleich, „von wem und durch welche Umstände sie drohen“⁹; dies gilt „erst recht, wenn unumkehrbare Entwicklungen in Rede stehen“¹⁰. Wenn aber das Momentum der Geburt von *Verfassung wegen* für das „Ob“, d. h. für den normativen Grund des Schutzbedarfs keine Zäsur darstellt¹¹ (sondern allenfalls für das Ausmaß des Rechtsgüterschutzes von Relevanz ist), lässt sich schlechterdings nicht einsehen, warum de lege lata die Missachtung der Gesundheitsinteressen nach der Geburt *kategorial anders* bewertet wird¹² als jene vor der Geburt.

II. „Rechtsfreier Raum“ als Lösung?

Die normative Grundproblematik liegt also darin, dass die geltende Rechtsordnung an keiner Stelle ein rechtsverbindliches Verhaltensgebot zum Drogenverzicht während der Schwangerschaft vorsieht; in solcher Lage drängt das Ultima-Ratio-Prinzip¹³ bekanntlich danach, vor einer Androhung von Strafsanktionen zuerst an andere – außerstrafrechtliche – Optionen des Verhaltenssteuerung zu denken. Das geltende Recht bietet hierfür jedoch, wie u. a. der Wissenschaftliche Dienst des Deutschen Bundestages in einer Ausarbeitung des Sachstands vom Januar 2020¹⁴ bereits festgestellt hat, keine tragfähige Grundlage: Aus zivilrechtlicher (insbesondere familienrechtlicher) Warte wird bis heute aus guten Gründen bezweifelt, ob das staatliche Wächteramt aus Art. 6 Abs. 2 S. 2, Abs. 3 GG, § 1666 BGB überhaupt für Föten gilt, da die Regelungen zur elterlichen Sorge doch – soweit nicht ausdrücklich in erweiterndem Sinne formuliert – auf die Rechtsbeziehungen „nach Geburt des Kindes“ (§ 1615 Abs. 1 BGB; s. auch §§ 1626b Abs. 2, 1773 Abs. 2 BGB) bezogen sind¹⁵. Das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e. V. sah in einem eigens hierzu verfassten Gutachten¹⁶ lediglich die Option einer „Vorabentscheidung“¹⁷, um die elterliche Sorge später nach der Geburt entziehen zu können (was zur Gewähr einer schadensfreien Entwicklung des Kindes stets zu spät käme); eine Arbeitsgruppe des Bundesjustizministeriums hielt 2009 sogar eine ausdrückliche gesetzliche Erweiterung des § 1666 BGB auf Ungeborene für „nicht zielführend“, weil unklar bleibe, welche Verhaltensweisen das Familiengericht der Mutter mit welcher verfassungsrechtlichen Tragfähigkeit („Recht auf eigenverantwortliche Lebensführung“) und praktischen Durchsetzungschance auferlegen sollte¹⁸. Denn bei werdenden Müttern „fehlt der hinter rechtlichen Geboten stehende Sanktionsdruck eines möglichen Sorgerechtsentzugs (§ 1666 Abs. 3 Nr. 6 BGB): Embryonenschutz ist nur mit, aber nicht gegen die schwangere Frau zu realisieren – eine Konsequenz aus der Einheit, zu der beide Rechtssubjekte körperlich verbunden sind“¹⁹. Deshalb führt auch der Verweis auf die bereits de lege lata zur (behaupteten) Analogiefähigkeit des § 1666 BGB vorfindliche (progressive) Gegenansicht²⁰ nicht weiter, ebenso wenig wie die Option einer Pflegschaft

zugunsten des Nasciturus nach § 1912 (a. F.)²¹ bzw. jetzt²² § 1810 BGB. Solange eine tatsächlich wirksame Rechtsfolge im Dunkeln liegt, erschöpft sich daher auch jedwede evtl. neu eingefügte familienrechtliche Verhaltensnorm²³ absehbare in bloßer Symbolik.

Die Bestellung eines Betreuers käme überhaupt nur in Betracht, wenn es der Schwangeren an der notwendigen Mindestbefähigung zur Besorgung ihrer (gesundheitlichen oder vermögensbezogenen) Angelegenheiten fehlte (§ 1814 Abs. 1 BGB n. F.); das Bestehen einer Suchterkrankung reicht dazu für sich nicht²⁴. Noch weniger würde selbst ein regelmäßiger Alkohol- bzw. Drogenmissbrauch eine Unterbringung nach § 1831 BGB (n. F.) oder nach den Landesunterbringungs- bzw. Psychisch-Kranken-Gesetze rechtfertigen²⁵, abgesehen davon, dass auch dann Gegenstand der therapeutischen Maßnahmen in erster Linie der Gesundheitszustand der Mutter wäre: Zum Wohle des Nasciturus gleichsam permanenten Zwang im Rahmen einer Unterbringung bis zur Geburt auszuüben stellte sich hingegen – gerade im Lichte des neueren Rechtsverständnisses zur Anwendung von Zwang in stationären Einrichtungen²⁶

- 7) *Feinberg*, The Child's Right to an Open Future, in: *ders.*, Freedom and Fulfilment. Philosophical Essays, 1980, S. 76 f.
- 8) Zur „Gesundheit“ beispielhaft *Honnfelder*, in: *Schumpelick/Vogel* (Hrsg.), Was ist uns die Gesundheit wert?, 2006, S. 16 ff.
- 9) Zuletzt BVerfGE 157, 30, 111 ff. (Klima); davor BVerfGE 49, 89, 140 ff.; 56, 54, 78; 142, 313, 337.
- 10) BVerfGE 157, 30, 111 f.
- 11) Hieran gemessen kann normenhierarchisch das Strafrecht allenfalls als defizitär, nicht aber als ein hinreichender Beleg für die Annahme eines „fundamentalen Statuswechsels“ dienen, so aber *Merkel*, in: NK/StGB, 5. Aufl. 2017, § 218, Rdnr. 29.
- 12) Beispiel: „Schütteltrauma“ eines Säuglings, dazu zuletzt BGH, NStZ 2021, 424 ff. m. Bspr. *Duttge*, ZfL 2021, 183 ff.
- 13) Es kann im hiesigen Kontext dahingestellt bleiben, ob das Ultima-Ratio-Prinzip lediglich als „Ausdruck politischer Gestaltungsentscheidung“ (*Gärditz*, JZ 2016, 641, 644) oder aber als „strafverfassungsrechtliche Grenze der Strafgesetzgebung“ (*Jahn/Brodowski*, ZStW 129 [2017], 363 ff., 373; „Grundrecht auf Freiheit von Sanktionierung“) zu verstehen ist.
- 14) Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Sachstand: Zum Schutz des Ungeborenen bei einer Drogen- oder Alkoholsucht der Schwangeren, Stand: 28.1.2020, WD 9 – 3000 – 093/19, S. 6 f.
- 15) Z. B. *Burghart*, in: BeckOKG Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.11.2022, § 1666, Rdnrn. 57 ff. (m. w. N.); *Czerner*, ZKJ 2010, 220 ff.
- 16) Das Jugendamt (JAmt) 2002, 248 f.
- 17) In der Sache befürwortend OLG Hamm, FamRZ 2020, 1355; abl. OLG Frankfurt/Main, FamRZ 2018, 190.
- 18) Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“, 2009, S. 37 f. (<https://opus-hslb.bsz-bw.de/frontdoor/deliver/index/docId/444/file/Anlagen.pdf>).
- 19) *Coester*, in: FS f. *Coester-Waltjen* 2015, S. 29, 35.
- 20) Zuletzt AG Wesel, NZFam 2021, 505, 506 (m. abl. Anm. *Lies-Benachib*); *Gernhuber/Coester-Waltjen*, Familienrecht, 7. Aufl. 2020, § 57 IX, Rdnr. 113; *Lugani*, in: MüKo/BGB, 8. Aufl. 2020, § 1666, Rdnr. 42; *Coester*, in: *Staudinger/BGB*, 16. Aufl. 2020, § 1666, Rdnrn. 24, 25a; *Weber*, NZFam 2018, 510, 513.
- 21) Dazu knapp *Wever/Krekeler*, MedR 2019, 369, 371.
- 22) Infolge des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrchts v. 4.5.2021 (BGBl. I S. 882).
- 23) So der Vorschlag von *Hoven/Rostalski*, MedR 2023, 448, 449 f. (in diesem Heft).
- 24) H. M., vgl. BGH, NJW-RR 2016, 711 f.; BayObLG, BeckRS 2001, FamRZ 2001, 1403; OLG Hamm, BtPrax 2001, 40; OLG Stuttgart, NJW-RR 2004, 423; *Schmidt-Recla*, in: BeckOGK § 1814, Rdnr. 91.
- 25) Vgl. etwa *Wever/Kelker*, MedR 2019, 369, 371; anders nur bei einer „mit Psychosen vergleichbaren“, eine „freie Willensbildung“ ausschließenden Erkrankung; weiterhin BGH, NJW 2011, 3518; NJW-RR 2015, 770, 771.
- 26) Grdl. BVerfGE 128, 282 ff. (ärztliche Zwangsbehandlung: „Freiheit zur Krankheit“) und 149, 293 ff. (Fixierung).

– als unverhältnismäßig und ohnehin kaum praktisch realisierbar dar. An diesem Punkt enden die Überlegungen auch auf Basis der Landesunterbringungs- bzw. PsychKG in der Ratlosigkeit, zumal die hier ebenfalls denkbare Basis einer (erheblichen) Fremdgefährdung (z. B. § 16 Alt. 2 Nds. NPsychKG) allein Geborene erfasst²⁷.

So nimmt es nicht wunder, dass auch schon die BMJ-Arbeitsgruppe²⁸ auf die öffentliche Jugendhilfe und Gesundheitsfürsorge verwiesen hat, deren Hilfsangebote möglicherweise (verstärkt) auch Fälle einer vorgeburtlichen Gefährdung „auffangen“ könnten. Konkret wäre hier zum einen daran zu denken, die allgemeinen Informations- und Beratungsansprüche für Eltern bzw. Schwangere nach § 2 Abs. 1 KKG, § 2 Abs. 2 SchKG thematisch spezifisch auszufüllen (oder ausdrücklich in diesem Sinne zu erweitern); zum anderen finden sich aber schon de lege lata dahingehende Beratungs- und Unterstützungsansprüche (jedenfalls auf dem Papier) in §§ 16 Abs. 3, 19 Abs. 1 S. 4 SGB VIII garantiert²⁹. Sämtliche Leistungsangebote sind jedoch zwangsläufig von einer konstruktiven Mitwirkung und Ansprechbarkeit abhängig und realisieren sich ausschließlich auf freiwilliger Grundlage; allgemeiner Erfahrung nach fehlt es hieran aber regelmäßig – der Drogen- und Suchtbericht 2017 resümiert, dass „Mütter mit [einer] Suchtproblematik ... oft nur sehr schwer erreicht werden [können], Angebote der Frauen-, Gesundheits-, Kinder- und Jugendhilfe kaum in Anspruch [nehmen] bzw. ... ihre Suchtproblematik geheim [halten]“³⁰. Nirgendwo findet sich daher eine echte Verhaltensnorm, die den Alkohol- und Drogenkonsum während der Schwangerschaft mit der gebotenen unmissverständlichen Negativbewertung versieht (auf die sich u. a. auch Ärztinnen und Ärzte im Rahmen ihrer Schwangerenfürsorge berufen könnten). Als „Kindeswohlgefährdung“ im Sinne des § 8a SGB VIII, die das Jugendamt in der Folge zu entsprechenden Schutzmaßnahmen berechtigte, kann die hiesige Konstellation mangels Anwendbarkeit des Schutzauftrags für ungeborene Kinder³¹ (in Entsprechung zu § 1666 BGB) nicht deklariert werden (abgesehen von der neuerlichen Unklarheit hinsichtlich der Rechtsfolge: Inobhutnahme zwecks Gefahrenabwehr bis zur Geburt samt Dauerkontrolle? Anrufung des Familiengerichts? ggf. mit nachfolgendem „erzieherischen Gespräch“ nach § 157 Abs. 1 FamFG? Alarmierung der Polizei – und dann?, vgl. § 8a Abs. 2, Abs. 3 SGB VIII). Unabhängig davon dürfte die – milde gesprochen – angespannte Ressourcenlage auf Seiten der Jugendämter³² im Lichte der ohnehin herausfordernden aktuellen Gesamtlage wenig Anlass zu der Hoffnung geben, dass diese einem erweiterten Handlungsauftrag tatsächlich effektiv nachkommen könnten.

III. Das alternativlose Strafrecht

Selbst wenn man also das Ultima-ratio-Prinzip zwecks Eindämmung von gesetzgeberischer „Kriminalisierung“ auf das unbedingt Erforderliche als verfassungsrechtlich strikte Regel versteht, zeigt im hiesigen Kontext ein Rundumblick auf die sonst in Betracht kommenden Anknüpfungspunkte der Gesamtrechtsordnung keinen auch nur halbwegs brauchbaren Lösungsweg – mehr noch: Die bisherigen Überlegungen sind ersichtlich gefangen in dem Dilemma, dass das Freiwilligkeitspostulat auf Seiten der Schwangeren einerseits als unverzichtbares Menschenrecht, andererseits aber zugleich als Grund für die dann absehbare Unlösbarkeit des Problems und infolgedessen als Verstoß gegen die verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugunsten des ungeborenen Lebens erscheint. Gewiss könnte man an diesem Punkt überlegen, ob nicht vielleicht der Griff in den Zauberkasten des „libertären Paternalismus“ verhaltenssteuernde „Nudges“³³ zutage fördern könnte, die das gesamtgesellschaftlich erwünschte Ziel – die Alkohol-

und/oder Drogenabstinenz während der Schwangerschaft – realistisch erscheinen ließe. Nur: Welche Anreize, welches „framing“³⁴ sollte eine Schwangere ernstlich davon abhalten, ihre bisher manifeste hedonistische Verhaltensgewohnheit zugunsten eines sorgsameren Umgang mit „ihrem Bauch“ zu ändern? Wenn Psychologen/Innen und Sozialpädagogen/Innen einen „fairen“ und nicht-diskriminierenden Umgang mit Schwangeren (etwa im Rahmen der ärztlichen Behandlung) fordern, ungeachtet dessen, dass diese ihre ungeborenen Kinder manifesten Schadensrisiken aussetzen³⁵, so geht das ebenso wie der hehre Appell zur verstärkten „interdisziplinären Zusammenarbeit“ merkwürdig am eigentlichen Problem vorbei (als ob allein die Schwangere betroffen sei).

Sieht man im Alkohol- oder Drogenkonsum eine flagrante Gefährdung des Lebens und der Gesundheit anderer (noch Ungeborener) im Sinne von Art. 2 Abs. 2, 1 Abs. 1 GG, so erzwingt die Widerspruchsfreiheit und Glaubwürdigkeit der Rechtsordnung die Setzung einer kommunikativ eindeutigen Verbotsnorm, deren Missachtung um ihrer faktischen Geltung willen grundsätzlich auch eine Sanktionsfolge nach sich ziehen muss. Das drängt sich um so mehr auf, als eine rechtliche Folgenlosigkeit solcherart risikobehafteten Tuns (und ggf. tatsächliche Verursachung eines FASD/FAS)³⁶ die verfassungsrechtliche Schutzpflicht als eine bloße Sonntagsrede ohne jedwede Rechtsverbindlichkeit und rechtspraktische Relevanz entlarven würde. Nimmt man diese jedoch ernst, kann an dem Vorliegen objektiven Tatunrechts – unabhängig von den individuellen Kapazitäten eines „Anders-Handeln-Könnens“ – kein Zweifel bestehen. De lege lata muss für dieses Unrecht aber bislang niemand rechtliche Verantwortung übernehmen, es handelt sich daher nach der freiheitsrechtlichen Leitdevise („Was nicht verboten ist, ist erlaubt“) überraschenderweise um einen Raum erlaubter Gesundheitsschädigung nach eigenem Gusto. Denn die Körperverletzungsdelikte sind – unter Einschluss des § 225 StGB – bekanntlich auf Geborene beschränkt, d. h. eine extensive Auslegung würde einhellig als Verstoß gegen das Analogieverbot angesehen³⁷. Jenseits des vorsätzlichen (vollendeten, § 218 Abs. 4 S. 2 StGB) Schwangerschaftsabbruchs fällt der Rechtsgüterschutz beim Nasciturus daher

27) Zur Heterogenität der Anforderung im Detail näher Duttge, Jahrbuch für Wissenschaft und Ethik 22 (2017), 221 ff.

28) Oben Fn. 18.

29) Dazu weiterführend Radewagen/Goldberg, MedR 2023, 443, 445 ff. (in diesem Heft) (zusätzlich noch die allgemeine Hilfe für junge Volljährige nach § 41 SGB VIII einbeziehend).

30) Drogenbeauftragte der Bundesregierung, Drogen- und Suchtbericht 2017, S. 105 (<https://www.bundesgesundheitsministerium.de/service/publikationen/details/drogen-und-suchtbericht-2017.html>).

31) Wohl h. M., vgl. etwa Meysen, in: Münder/Meysen/Trenczek, Frankfurter Kommentar SGB VIII, 9. Aufl. 2022, § 8a, Rdnr. 14 (jedoch eine „sinngemäße Anwendung“ (?) befürwortend).

32) S. bspw. den Abschlussbericht der Nds. Enquetekommission zur Verbesserung des Kinderschutzes und zur Verhinderung von Missbrauch und sexueller Gewalt an Kindern, LT-Dr. 18/11600, S. 48, 115.

33) Grdl. Sunstein/Thaler, Why Nudge? The Politics of Libertarian Paternalism, 2014; aus der mittlerweile unüberschaubaren Sekundärliteratur statt vieler nur die Beiträge von Drerup/Desauer, Düber, Klonschinski/Wündisch, Lepenies/Malecka, Mende und Schramme, Zeitschrift für Praktische Philosophie 2016, 347 ff., 437 ff.; 487 ff., 531 ff., 559 ff., 599 ff.

34) Grdl. Tversky/Kahneman, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, Science 1981, 453 ff.

35) Zuletzt wieder anlässlich der 23. Fachtagung über FAS/FASD im September 2022, berichtet von Evans, MedR 2023, 42 f.

36) Zum potentiellen Ausmaß der Beeinträchtigungen näher Duttge, MedR 2023, 431 ff. (in diesem Heft).

37) Statt vieler nur Grünwald, in: LR/StGB, 12. Aufl. 2018/19, § 223, Rdnrn. 16f. und Rosenau, in: LR/StGB, Vor §§ 211 ff., Rdnrn. 4f.

aus, zumal selbst bei einer Strafbarkeit nach §§ 29 ff. BtMG die Unterbringung in eine Entziehungsanstalt (als Maßregel der Besserung und Sicherung, § 64 StGB) regelmäßig nicht in Betracht, jedenfalls aber zu spät käme³⁸.

Dabei darf doch auch von einer Schwangeren generell, d. h. vorbehaltlich der Fälle einer nachhaltig (suchtbedingt) eingeschränkten Steuerungsfähigkeit, erwartet werden, ab dem Moment ihrer Kenntnis von der Schwangerschaft im Rahmen ihrer Lebensgestaltung auf eine Alkohol- bzw. Drogenintoxikation zu verzichten (so wie dies eine Vielzahl von Frauen ebenso tun). Mit Blick auf die Hochwertigkeit des betroffenen Rechtsbegriffs und die einzigartig vulnerable Situation, in der sich das ungeborene Kind (ausgeliefert) (be-)findet, ist es schlechterdings unverzichtbar, die normative Begrenzung der Handlungsfreiheit markant zu verdeutlichen, um auf das begangene (erhebliche) Tatunrecht eine angemessene Antwort³⁹ namens der gesamten Rechtsgemeinschaft geben zu können (vgl. Art. 103 Abs. 2 GG, §§ 1, 17 StGB) und mittels der Sanktionsdrohung zugleich die Wahrnehmung des Verhaltensgebots und letztlich die Prävention zu stärken. Wie auch sonst, wenn nicht im Wege einer Strafdrohung, könnte bei dem beachtlichen Anteil von Laissez-faire in unserer Gesellschaft noch glaubwürdig vermittelt werden, dass die Abwehr von (gravierenden) Gesundheitsschäden im Wege des Alkohol- bzw. Drogenkonsums ein wirklich ernstzunehmendes Anliegen der Rechtsgemeinschaft darstellt. Das schließt selbstredend außerstrafrechtliche Präventionsmaßnahmen wie vor allem öffentlichkeitswirksame Aufklärungskampagnen, eine ärztliche Verpflichtung zu Informations- und Beratungsangeboten im jeweiligen Behandlungsfall (vgl. § 2a SchKG) u. a. m. nicht aus – im Gegenteil! Es lässt sich jedoch auf Basis der geltenden verfassungsrechtlichen Grundlagen kaum bestreiten, dass die Missachtung der Vorsichtsmaxime zum potentiellen Schaden des Ungeborenen eben auch einen unmissverständlichen „sozialethischen Tadel“ verdient. Bei Verzicht hierauf würde im Übrigen zugleich die Möglichkeit einer späteren Opferentschädigung nach Maßgabe des § 1 OEG preisgegeben, weil dieser nach aktueller Rechtsprechung des BSG einen „tätlichen Angriff“ voraussetzt, der „die Grenze zum kriminellen Unrecht überschreitet“⁴⁰.

Bereits diese Überlegungen zeigen, dass es keineswegs um reine „Vergeltung“, sondern um die gebotene Normverdeutlichung zum Zwecke der Re-Sensibilisierung für den Wert des ungeborenen Lebens geht. Strafverfahren und Verurteilung im Anschluss an die Geburt sind forensisch keineswegs unangemessen (schon gar nicht aus der Perspektive der Opfer) und sollten absehbar general- wie spezialpräventive Wirkungen jenseits „moralischer Appelle“ entfalten. Das hierin zum Ausdruck kommende expressive Werturteil⁴¹, wonach ein riskanter Alkohol- oder Drogenkonsum wegen der manifesten Drittbetroffenheit die Grenzen einer legitimen Ausübung des Selbstbestimmungsrechts überschreitet, vermittelt der Täterin wie der Gesellschaft im Ganzen eine klare – wertebasierte – „Botschaft“, die heute – angesichts der erschreckenden Anzahl von FASD/FAS-Fällen⁴² – offenbar überfällig ist. Hiergegen lässt sich nicht die evtl. Gefahr einer – das Schutzanliegen vereitelnden – „Flucht in den Schwangerschaftsabbruch“ einwenden, denn – von der zweifelhaften Realitätsnähe (innerhalb der ersten 12 Wochen?) einmal abgesehen – ist so gut wie jeder (straf-)rechtlichen Regelung ein Missbrauchspotential eigen, ohne dass sich der Gesetzgeber dadurch veranlasst sehen müsste, auf das betreffende Verhaltensgebot von vornherein zu verzichten. Allerdings sollte die Strafnorm natürlich einen gangbaren Ausweg jenseits von Vertuschungs- und Verdeckungsmaßnahmen bieten, nämlich die Inanspruchnahme einer Suchttherapie. Dessen bedarf es um so mehr, als ein mutmaßlich nicht bloß geringer Anteil der betroffenen Schwangeren womöglich ohne therapeutische Hilfen zu einem dauerhaften Legalverhalten gar nicht imstande sein wird. Dass sich Strafdrohung und The-

rapieoption durchaus im Sinne eines humanen täterspezifischen Auswegs wechselseitig ergänzen können, zeigt bereits de lege lata das Betäubungsmittelstrafrecht (vgl. § 35 BtMG).

IV. Konkreter Regelungsvorschlag

Gegen eine strafgesetzliche Erfassung des spezifisch das ungeborene Leben gefährdenden Verhaltens lässt sich jenseits der fundamentalen Legitimationsfrage zum einen einwenden, dass sich die Kausalität hinsichtlich eines u. U. diagnostizierten FASD häufig nicht (mit der erforderlichen hinreichenden Gewissheit) nachweisen lasse⁴³. In der Tat kennt die Diagnostik jenseits des Vollbildes für den Regelfall keine unumstößliche Sicherheit, sondern nurmehr eine mehr oder minder große (kriterienbezogene) Wahrscheinlichkeit (es besteht also die Möglichkeit falsch-positiver Zuschreibungen)⁴⁴. Zudem erhalten Kinder mit FAS nach Maßgabe statistischer Erhebungen keineswegs immer die positivrichtige FAS-Diagnose⁴⁵, was durch mangelnde Achtsamkeit oder fehlende Abklärungsbereitschaft, eine defizitäre ärztliche Sachkunde⁴⁶ oder durch organisatorische Probleme auf Seiten der Kinder- und Jugendhilfe bedingt sein mag. Damit geht der Umstand einher, dass die Pathologie nicht selten erst sukzessive im Laufe der frühkindlichen Entwicklung offenbar wird. Das steht aber einer Vertatbestandlichung des *typischerweise* (gravierend) gesundheitsgefährlichen Verhaltens (abstraktes Gefährdungsdelikt) nicht entgegen, zumal es (jenseits der Fälle eines exzessiven bzw. fortwährenden Suchtstoffkonsums) letztlich eine Frage des Zufalls ist, ob bzw. wie stark das gesetzte Risiko tatsächlich schädigende Auswirkungen nach sich zieht. Ähnlich wie bei § 316 StGB handelt es sich nach Maßgabe des heutigen Stands der medizinischen Erkenntnis um ein „eo ipso externes ..., schadensgeneigtes“⁴⁷ Risikoverhalten („Gefährlichkeitsdelikt“)⁴⁸, dem also im jeweiligen Lebenskontext generalisierend eine nicht bloß denkmögliche, sondern naheliegende Risikoträchtigkeit⁴⁹ zugeschrieben werden

38) Wissenschaftlicher Dienst des BT (Fn. 14), S. 8f.: „keine Grundlage für eine allgemeine Zwangsbehandlung Abhängiger“; s. auch *Wever/Krekeler*, MedR 2019, 369, 370.

39) *Jakobs*, System der strafrechtlichen Zurechnung, 2012, S. 13f.; ausführlich zur Kommunikationsfunktion der Strafe: *Kindhäuser*, in: FS f. *Ostendorf* 2015, S. 483 ff.

40) BSG, NJW 2021, 876 ff.

41) Zur „expressiven“ Bedeutung der Strafe vgl. *K. Günther*, in: FS f. *Lüderssen*, 2002, S. 205 ff.

42) Dazu im Überblick *Duttge*, MedR 2023, 431 (in diesem Heft).

43) Vgl. hierzu auch *Sowada*, MedR 2023, 439 (in diesem Heft): „unüberwindbares“ Hindernis.

44) Vielsagend das Resümee des Evidenzberichts zur Diagnostik des FAS des *Ärztlichen Zentrums für Qualität in der Medizin*, 2012 (<https://www.aezq.de/aezq/publikationen/evidenzberichte/>), S. 12: „Die Diagnose sollte immer in der Gesamtschau der Kriterien durch ein erfahrenes Team gestellt werden.“

45) *Landgraf/Heinen*, S3-Leitlinie „Diagnose der Fetalen Alkohol-spektrumstörungen (AWMF-Register-Nr. 022-025)“, 2016, S. 63, <https://register.awmf.org/de/leitlinien/detail/022-025>.

46) Z. B. *Landgraf/Nothacker/Kopp/Heinen*, DÄBl. 110 (2013), A-703, 708: „Erfahrungsgemäß werden Ärzte und Psychologen in Studium und Weiterbildung unzureichend über das Krankheitsbild FAS unterrichtet und ziehen daher die Diagnose FAS, zum Beispiel bei der Beurteilung von Kindern mit Entwicklungsstörungen oder von Erwachsenen mit kognitiven Defiziten oder psychiatrischen Störungen, zu wenig in Betracht“.

47) *Jakobs*, ZStW 97 (1985), 751, 768.

48) *Hirsch*, in: FS f. *Tiedemann*, 2008, S. 145 ff., sowie zuvor bereits *Hirsch*, in: FS f. *A. Kaufmann*, 1993, S. 545 ff.; dazu auch eingehend *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998; s. auch *Wohlers*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik „moderner“ Gefährdungsdelikte, 2000, S. 309: „potentielles Erfolgsdelikt“.

49) Zu diesem Erfordernis der „objektiv-situativen Verdichtung“ der Risikolage s. näher *Duttge*, in: FS f. *Weber*, 2004, S. 285, 303 und in: FS f. *Geppert*, 2007, S. 63, 75.

muss. Handelt es sich um ein „Massendelikt“ und ist davon auszugehen, dass das Urteil des jeweiligen Verhaltensträgers trotz solcher sich aufdrängender Risikoverdichtung nicht zuverlässig ist, so begründet sich daraus auch aus „lerntheoretischen Gründen“⁵⁰ die Berechtigung zur Tabuisierung derartiger Verhaltensweisen.

Zum andern fragt sich natürlich, ob nicht jenseits der Alkohol- und Drogenintoxikation auch weitere gesundheitsgefährdende Aktivitäten während einer Schwangerschaft (z.B. das Ausüben von riskanten Sportarten) in gleicher – und dann womöglich unverhältnismäßiger Weise – per Strafanandrohung untersagt werden müssten. Der Gleichheitssatz trägt aber auf den zweiten Blick nicht weit, weil die Konstellationen schon für sich nicht äquivalent sind: Das Ausüben einer Risikosportart hat in der Regel – glücklicherweise – keine Folgen, der Konsum von Alkohol bzw. Drogen während der Schwangerschaft üblicherweise sehr wohl. Darüber hinaus hat sich die Problematik des FAS/FASD aus gesamtgesellschaftlicher Perspektive – vergleichbar zum Alkohol im Straßenverkehr (§ 316 StGB) – mittlerweile so sehr zugespitzt⁵¹, dass sich der Gesetzgeber geradezu aufgerufen sehen muss, diesen sich insoweit heraushebenden Anwendungskontext aus aktuellem Anlass zum Gegenstand einer eigenständigen Regelung zu machen.

Kern des tatbestandlichen Unrechts ist dabei die vorsätzliche Intoxikation trotz Kenntnis der Schwangerschaft. Mit dieser Begrenzung ist dem Bedenken Rechnung getragen, dass es potentiellen Täterinnen bei Ausgreifen auf den Fahrlässigkeitsbereich unzumutbar wäre, in ihrem alltäglichen Lebenskontext fortlaufend um eine evtl. Schwangerschaft besorgt zu sein. Auf diese Weise bleibt insbesondere die diffuse Frühphase einer Schwangerschaft strafrechtsfrei. Um dies regulatorisch abzusichern, sollte der unsichere Grenzbereich des *dolus eventualis* generell ausgespart bleiben („wider besseres Wissen“)⁵². Damit dürften sich de facto auch die Fälle des einmaligen Alkoholkonsums – mangels Nachweises sicheren Wissens – erübrigen. Zugleich kann in der Tatbestandsformulierung auf ein ergänzendes Momentum der gesteigerten tätigen Ignoranz („beharrlich“, „wiederholt“) verzichtet werden, was der medizinischen Erkenntnis wie auch der Klarheit des Verhaltensgebots zuwiderliefe, bereits den ersten Alkohol- bzw. Drogenkonsum zu unterlassen. Deshalb verbietet sich in gleicher Weise das Setzen einer Mindestschwelle (analog den Grenzwerten bei der Feststellung der Fahruntüchtigkeit), weil das unkontrollierbare Risiko der Verursachung einer FASD – mit welcher Variationsbreite der letztendlichen Schädigung auch immer – keine „Toleranzen“ kennt (und schon gar nicht eine Alkoholisierung unterhalb eines „Rausches“ erlaubt)⁵³. Dies ändert aber nichts daran, dass sich die Ressourcen der Strafjustiz absehbar ohnehin auf die gravierenden, im sozialen Lebensalltag ins Auge springenden Vorkommnisse und Personen konzentrieren dürften. Um von diesen frühzeitig Kenntnis zu erlangen, sollte Ärztinnen und Ärzten qua Erweiterung der Offenbarungsbefugnis aus § 4 KKG auf Ungeborene dringlich die nötige Rechtssicherheit verschafft werden⁵⁴. Bei Nachweisbarkeit eines „Einmalkonsums“ bleibt dagegen stets die Möglichkeit der Verfahrenseinstellung unter Verzicht auf eine Anklage (vgl. §§ 153, 153a StPO).

Diese Option sollte insbesondere auch jenen Schwangeren eröffnet werden, denen aufgrund einer manifesten Suchterkrankung die Beachtung des Verhaltensgebotes gar nicht möglich war. Sie bedürfen einer „goldenen Brücke“, um sich unter dem Druck des Strafverfahrens frühzeitig einer Therapie zu unterziehen. Die Voraussetzungen hierfür können sich an den bestehenden Grundsätzen zur „tätigen Reue“ orientieren („ernstliches Bemühen“); deutlich großzügiger als in § 35 BtMG geschehen sollte jedoch nicht erst die Vollstreckung, sondern bereits die Bestrafung gesperrt werden („Absehen von Strafe“)⁵⁵, was ebenfalls die Möglichkeit einer alsbaldigen Einstellung des Strafverfahrens böte (vgl. § 153b StPO).

Aus diesen Vorüberlegungen und Weichenstellungen resultiert daher der nachfolgende Regelungsvorschlag:

§ 219c StGB [Alkohol-/Drogenkonsum während der Schwangerschaft]

- (1) Wer während der Schwangerschaft wider besseres Wissen alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel konsumiert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
- (2) Ist die Tat aufgrund einer Alkohol- oder Betäubungsmittelabhängigkeit begangen, so kann das Gericht von Strafe absehen, wenn die Schwangere sich zur Behebung der Abhängigkeit in eine medizinische Behandlung begibt und sich ernsthaft um Einhaltung des Abstinenzgebots bemüht.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen. Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

50) Schünemann, JA 1975, 787, 798; zust. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 11, Rdnr. 160.

51) Dazu im Überblick Duttge, MedR 2023, 431 (in diesem Heft).

52) S. den nachfolgenden Regelungsvorschlag.

53) Entgegen Sowada (MedR 2023, 439, 440f. (in diesem Heft)) liegt im vollständigen Abstinenzgebot, ohne Alkoholisierungen (während einer Schwangerschaft!) unterhalb eines „Rausches“ i. S. d. § 323a StGB zuzulassen, keine „unverhältnismäßige Einschränkung der privaten Lebensgestaltung“, denn es gibt kein „Recht auf Angeheitertsein auf Kosten anderer“.

54) Hierzu auch Wever/Krekeler, MedR 2019, 369, 372f.; abl. dagegen Sowada, MedR 2023, 439, 441f. (in diesem Heft).

55) Vgl. Roxin/Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. I, 5. Aufl. 2020, § 4, Rdnr. 30: „Strafverzicht“; s. auch Maiwald, ZStW 83 (1971), 663, 680: „vergeistigte“ Strafe.