

RdM

[Recht der Medizin]

mit Beilage
Ökonomie & Gesundheit

- Beiträge** 132 **Geburt: Strafrechtlicher Schutz des Lebens**
Andreas Pscheidl und Georg J. Gerstner
- 141 **Primärärzte an Universitäten: Bestellung im Alleingang?**
Peter Steiner
- 145 **GuKG-Novelle 2005: Auswirkungen**
Helmut Schwamberger
- Tabelle** 150 **Arbeitszeithöchstgrenzen des KA-AZG**
Lukas Stärker
- Gesetzgebung und Verwaltung** 152 **Notfall: Weitergabe von Patientendaten?**
152 **Ärztinnen-/Ärzte-Ausbildungsordnung 2006**
153 **Gesundheitsrechtsänderungsgesetz 2006**
- Rechtsprechung** 155 **Führung des Titels „Primar“**
- UHK** 158 **Nachweis einer therapeutischen Wirkung**

Redaktion

Gerhard Aigner
Erwin Bernat
Michael Kopetz
Christian Kopetzki
Karlheinz Kux
Wolfgang Mazal
Eckhard Pitzl
Helmut Schwamberger
Johannes Wolfgang Steiner
Felix Wallner
Johannes Zahrl

Schriftleitung

Wolfgang Mazal

Oktober 2006

05
MANZ 

ISSN 1022-9434

Die Bedeutung der Geburt im Strafrecht

Strafrechtlicher Schutz des Lebens an der Schwelle zwischen Leibesfrucht und Mensch

RdM 2006/90

§§ 75, 96 StGB;
§ 22 ABGB

Geburt;
Leibesfrucht;
Mensch;
Schwangerschaftsabbruch;
Tötungsdelikte

Die wissenschaftliche Diskussion über den Schutz des ungeborenen Lebens konzentrierte sich in den letzten Jahren vor allem auf die Frühphase der Entwicklung des Embryos. Gegenstand dieses Aufsatzes soll – ausgehend von einem Fall aus der Praxis – die strafrechtliche Bedeutung eines späteren Entwicklungsabschnitts sein, nämlich der Zeit kurz vor, während und kurz nach der Geburt.

Von **Andreas Pscheidl** und **Georg J. Gerstner**

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Fallstudie
- C. Strafrechtlicher Schutz des Fötus
 1. Bedeutung der Unterscheidung Mensch – Leibesfrucht
 2. Während der Geburt, nach der Geburt
 3. Vor der Geburt
- D. Zivil- und verfassungsrechtliche Aspekte
 1. Zivilrechtlicher Schutz des Fötus
 2. Verfassungsrechtliche Aspekte
- E. Resümee

A. Einleitung

Den Anstoß für diesen Aufsatz hat eine Strafsache gegeben, an der die Autoren im Sommer 2004 als Richteramtsanwärter des zuständigen Einzelrichters und als gynäkologischer Sachverständiger beteiligt waren. Der Fall soll als Anlass genommen werden, den strafrechtlichen Schutz des Lebens in der Zeit kurz vor, während und kurz nach der Geburt zu untersuchen.

B. Fallstudie

Die 32-jährige Kindesmutter MH erleidet am 24. 6. 2003 als Beifahrerin einen Autounfall. Sie ist zu diesem Zeitpunkt gravid in der 38. Schwangerschaftswoche. Der Verlobte der MH, der Kindesvater, verursacht den Unfall, als er alkoholisiert und ohne Lenkerberechtigung die Kontrolle über das Fahrzeug verliert und dieses gegen ein Verkehrsschild fährt.

Bei der Einlieferung in das Krankenhaus wird in der Herztonschreibung eine stark verlangsamte Herzfrequenz des Kindes festgestellt. Deshalb wird ein Notkaiserschnitt in die Wege geleitet. Bei der Eröffnung der Bauchhöhle wird sofort Blut gefunden. Die mütterlichen Organe Leber und Milz sowie der Darm sind jedoch unversehrt. Die Gebärmutter weist in ihrem oberen Anteil einen Einriss auf einer Länge von 15 cm auf (Uterusruptur). Die Extremitäten des Kindes ragen durch diese Wunde. Das Kind wird durch den Gebärmutterriss entwickelt und zeigt keinerlei Lebenszeichen

(Apgar 0). Die Gebärmutterwunde kann versorgt werden, sodass die Gebärmutter belassen werden kann.

Das Kind wird reanimiert und an die Neonatologie eines anderen Krankenhauses transferiert. Es wird intubiert und beatmet sowie intensivmedizinisch betreut. Es gelingt jedoch nicht Kreislaufstabilität zu erreichen, sodass man sich aufgrund der infausten Prognose bei lichtstarrten Pupillen und massiver Asphyxie (Erstickungszustand) nach etwa 4 Stunden zum Therapieabbruch entschließt. Das Kind verstirbt schließlich nach 4 Stunden. Die Obduktion zeigt ein 2.450 g reifes, 48 cm großes weibliches Neugeborenes mit Blutungen entlang der äußeren Knochenhaut bzw auch in der Schädeldecke, insbesondere rechts in der Schädelchwarte. Rechts auch eine Sprengung der Wachstumsfuge mit Blutung, weitere Blutungen in der hinteren Region der rechten Hirnhemisphäre. Gutachtlich besteht die Todesursache in einem massiven Trauma als Folge des Autounfalls, welcher zur Zerreißung der Gebärmutter im oberen Anteil und zum Schädelhirntrauma des Kindes geführt hat. Bedingt durch die Gebärmutterzerreißung und die Ablösung des Mutterkuchens kam es zu einer schweren Asphyxie.

Die Staatsanwaltschaft Wien stellt gegen den Lenker Strafantrag wegen fahrlässiger Körperverletzung (unter besonders gefährlichen Umständen) an der Kindesmutter und fahrlässiger Tötung am Kind. Das LG für Strafsachen Wien (121 Hv 98/04z) verurteilt ihn wegen fahrlässiger Körperverletzung (unter besonders gefährlichen Umständen) an der Kindesmutter zu einer Freiheitsstrafe von 15 Monaten (wovon 10 Monate bedingt nachgesehen werden) und spricht ihn vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung frei. Aus der Begründung:

„Die dem Schuldspruch zugrunde liegende Tathandlung war weiters auch kausal für den Tod [des Kindes]. Dennoch war der Beschuldigte nicht wegen fahrlässiger Tötung zu verurteilen, da sich [das Kind] zum Zeitpunkt der Tathandlung noch ungeboren im Mutterleib befand. Rechtlich gesehen handelte es sich bei [ihm] somit zu diesem Zeitpunkt um eine Leibesfrucht. Der Schutz der Leibesfrucht ist im StGB abschließend in §§ 96–98 geregelt. Demnach ist nur der vorsätzliche Abbruch der Schwangerschaft, also die Tötung der Leibesfrucht strafbar. Die bloße Verletzung des Nasciturus

ist ebenso wenig strafbar wie dessen fahrlässige Tötung. Das gilt auch dann, wenn der Tod des angegriffenen Fötus erst nach der Geburt eintritt. Mangels Tatbildmäßigkeit des inkriminierten Verhaltens war der Beschuldigte daher vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung freizusprechen.“

C. Strafrechtlicher Schutz des Fötus

1. Bedeutung der Unterscheidung Mensch – Leibesfrucht

Die Entscheidung zeigt, dass im österreichischen Strafrecht das ungeborene Leben weniger stark geschützt ist als das geborene. Vergleicht man die einschlägigen Strafbestimmungen, lassen sich einige grundsätzliche Unterschiede herausarbeiten.¹⁾

- Das ungeborene Leben ist nur gegen vorsätzliche, nicht jedoch auch – so wie das geborene – gegen fahrlässige Angriffe geschützt.
- Beim Nasciturus gibt es nur ein Tötungsdelikt, aber kein den §§ 83 ff StGB entsprechendes Verletzungsdelikt. Eine Verletzung des Fötus kann höchstens – sofern der Vorsatz nicht nur auf die Verletzung, sondern auf Tötung, also auf Abbruch der Schwangerschaft, gerichtet ist – als versuchter Schwangerschaftsabbruch strafbar sein.
- Es besteht auch kein Schutz gegen bloße Gefährdung des ungeborenen Lebens.
- Der Schwangerschaftsabbruch ist unter gewissen Voraussetzungen überhaupt straffrei (§ 97 StGB).²⁾
- Selbst wenn der Abbruch strafbar ist, bestehen große Unterschiede in der Strafdrohung: Während der Mord an einem Menschen mit Freiheitsstrafe von 10 bis 20 Jahren oder lebenslanger Freiheitsstrafe sanktioniert wird, beträgt die Strafdrohung gegen Schwangerschaftsabbruch bei der Begehung durch die Schwangere selbst oder durch einen Arzt nur bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe und sogar im am strengsten bestraften Fall (gewerbsmäßige Begehung durch einen Nicht-Arzt bzw fahrlässige Herbeiführung des Todes der Schwangeren) lediglich sechs Monate bis fünf Jahre.

Auch formal ist diese Wertentscheidung des Gesetzgebers³⁾ aus der Position des Schwangerschaftsabbruchs im StGB zu erkennen.⁴⁾ Der Schwangerschaftsabbruch bildet einen eigenen, zweiten Abschnitt, der auf den Abschnitt „Strafbare Handlungen gegen Leib und Leben“ folgt.⁵⁾

Auf den Spezialfall der Tötung des Kindes bei der Geburt durch die Mutter (§ 79 StGB) soll hier nicht näher eingegangen werden, da diese Thematik den Rahmen dieses Aufsatzes sprengen würde. Für die hier behandelten Fragen ist jedoch wichtig, dass die in § 79 StGB enthaltene Privilegierung ausschließlich die Schuld und nicht auch das Unrecht der Tat betrifft. Die Bestimmung bringt also gerade nicht zum Ausdruck, dass es sich bei dem gerade geborenen Kind um einen Menschen handelt, der in der Wertigkeit über einer Leibesfrucht aber noch unter einem „fertigen“ Menschen steht.⁶⁾ Es gibt also im österreichischen Strafrecht zwischen Nasciturus und Mensch keine Zwischenstufe des „noch-nicht-ganz-Menschen“.

Diese Ausführungen zeigen die große Wichtigkeit, die der Qualifikation als Fötus oder Säugling, als Nasciturus oder Mensch im strafrechtlichen Sinn, zukommt. Sowohl für das Kind als auch die Schwangere bzw Mutter, die behandelnden Ärzte und das weitere Umfeld besitzt die Unterscheidung eine enorme Bedeutung – so ist zum Beispiel im Fall eines geistig oder körperlich schwer geschädigten Kindes die Trennlinie zwischen einer straflosen Handlung und dem (zweit-)schwersten Verbrechen des StGB so dünn wie kaum anderswo in der Strafrechtsordnung. Es ist daher wichtig, möglichst genau herauszuarbeiten, wie diese Unterscheidung zu treffen ist, und wo die Grenzen zu ziehen sind.

2. Während der Geburt, nach der Geburt

a) Beginn der Geburt

Jeder lebend geborene Mensch kann von der Geburt an – ohne Rücksicht auf seine weitere Lebensfähigkeit – Tatobjekt eines Tötungsdeliktes sein.⁷⁾ Das Rechtsgut des menschlichen Lebens im strafrechtlichen Sinn entsteht somit mit Beginn der Geburt. Da § 79 StGB die Tötung des Kindes **während** der Geburt durch die Mutter als privilegierte Form des Mordes versteht, muss ab Beginn der Geburt somit jedenfalls menschliches Leben vorliegen.⁸⁾

Mit dieser grundsätzlichen Erkenntnis ist jedoch noch nicht viel gewonnen, da die entscheidende, und ungleich schwierigere Frage jene ist, wann genau der Beginn der Geburt im strafrechtlichen Sinn anzusetzen ist. Es besteht offenbar der Wunsch, diesen Zeitpunkt möglichst früh anzusetzen, um dem Kind in der gefährlichen Phase kurz vor der Entbindung, in welcher es etwa durch verschiedene Methoden der Geburtshilfe besonders verletzbar ist, bereits den vollen strafrechtlichen Schutz zuteil werden zu lassen.⁹⁾ Der OGH sprach

1) Vgl zur Rechtslage vor dem StGB *Kienapfel*, Frühabort und Strafrecht, JBl 1971, 175 (182).

2) Besonders groß ist der Unterschied beim geistig oder körperlich schwer geschädigten Fötus. In diesem Fall kann die Schwangerschaft ohne Bindung an irgendeine Frist – also letztlich bis zur Geburt – straflos abgebrochen werden. Ab Beginn der Geburt, also theoretisch nur wenige Minuten, in denen sich an der Entwicklung des Fötus nicht das geringste geändert hat, später, wird die Tötung des Kindes, egal wie schwer es geistig oder körperlich geschädigt ist, als Mord bestraft (mehr zur embryopathischen Indikation (§ 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB) unten C.3.d).

3) Vgl *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 10.

4) Spätestens durch Einführung des StGB überholt ist daher die Ansicht, dass die Strafbestimmungen für Tötungsdelikte und Schwangerschaftsabbruch das gleiche Rechtsgut betreffen, der Schwangerschaftsabbruch daher eine privilegierte Form des Mordes darstellt, so *Hofmann*, Zur Frage, ob und inwieweit die Leibesfrucht durch die Bestimmung des § 335 StG geschützt wird, ÖJZ 1963, 284 (286).

5) Anders als etwa in der Schweiz, wo es der Rechtstradition entspricht, dass die Abtreibung eine besondere Art von Tötungsdelikt ist und daher im Anschluss an diese Delikte und noch vor den Körperverletzungsdelikten geregelt wird. Vgl *Hangartner*, Schwangerschaftsabbruch und Sterbehilfe (2000) 21 f.

6) OGH 12. 1. 1978, 13 Os 90/77, SSt 49/3.

7) OGH 1. 7. 1976, 11 Os 96/75, SSt 47/38.

8) *Moos* in Wiener Kommentar² § 79 StGB Rz 5; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 75 Rz 2; Die zum StG vertretenen Rechtsmeinungen, dass ein Mensch im strafrechtlichen Sinn erst dann vorliegt, wenn der ganze Körper bereits aus dem Mutterleib ausgetreten ist oder wenn die Lungenatmung einsetzt, wurden durch die Einführung dieser Bestimmung obsolet, OGH 20. 10. 1982, 11 Os 104/82.

9) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁶ (2003) Vorbem §§ 75 ff Rz 7; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 75 Rz 3.

zu dieser Frage aus, dass jedenfalls in dem Stadium, in dem bereits Teile des Körpers des Kindes – nämlich bei einer Regelgeburt der Kopf, bei einer regelwidrigen Geburt andere Teile – aus dem Mutterleib ausgetreten sind, das Kind Mensch im Sinn des § 75 StGB ist.¹⁰⁾ Dem deutschen BGH zu Folge kann bei regulärem Geburtsverlauf der Beginn der Geburt, mit dem die Leibesfrucht zum Menschen im Sinne der Tötungsdelikte wird, nicht vor Einsetzen der Eröffnungswehen angenommen werden.¹¹⁾ Die herrschende Lehre in beiden Ländern setzt den Beginn der natürlichen Geburt mit dem tatsächlichen Einsetzen der regelmäßigen Eröffnungswehen an, da dieses die Ausstoßung des Kindes aus dem Mutterleib unmittelbar einleitet.¹²⁾ Dieser Einschätzung ist grundsätzlich beizutreten. Das Einsetzen der Eröffnungswehen – egal ob diese auf natürlichem Wege entstehen oder mittels Wehentropfes eingeleitet werden – führt direkt zur Entbindung des Kindes und steht mit dieser in engem zeitlichen Zusammenhang (ca 24 Stunden). Insofern bietet das Einsetzen der Eröffnungswehen einen naturwissenschaftlich verlässlich ermittelbaren Zeitpunkt, der auch sachlich einen guten Anknüpfungspunkt für den Übergang von der Leibesfrucht zum Menschen bildet.

Problematischer ist es, einen entsprechenden Zeitpunkt bei der Entbindung durch Kaiserschnitt zu finden. Hier wird der Geburtszeitpunkt von der in Österreich hL mit der Eröffnung der Bauchdecke angenommen, da zu diesem Zeitpunkt der Eingriff unmittelbar beginne.¹³⁾ In Deutschland wird der entscheidende Zeitpunkt bei der Sectio von *Cremer* bereits mit der Verabreichung der Narkose an die Schwangere angesetzt,¹⁴⁾ herrschend ist jedoch die Ansicht, dass die Öffnung der Gebärmutter ausschlaggebend ist.¹⁵⁾

Die Eröffnung der Bauchdecke oder die Einleitung der Narkose bilden uE kein taugliches Kriterium zur Grenzziehung, da es sich hierbei nicht um einen dem Beginn der Eröffnungswehen vergleichbaren, genau feststellbaren Zeitpunkt handelt, der naturwissenschaftlich notwendigerweise in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Entbindung des Kindes steht. Das Verabreichen der Narkose oder das Setzen des Bauchdeckschnittes kann der Einleitung des Kaiserschnittes dienen – genauso gut kann beides jedoch auch aus einem anderen Grund geschehen.¹⁶⁾ Der Unterschied liegt allein in der Absicht der Ärzte. Wir halten es für bedenklich, wenn die Intention des Arztes (der situationsbedingt der wahrscheinlichste Täter eines Verletzungs- oder Tötungsdeliktes wäre) das Kriterium für die Rechtsqualität des Kindes ist. Selbst wenn aber die Intention des Arztes zunächst auf einen Kaiserschnitt gerichtet ist, können Umstände eintreten, die dazu führen, dass der Eingriff abgebrochen wird – zB dass die Schwangere einen Narkosezwischenfall erleidet. Nach den oben genannten Regelungen wäre das Kind zu diesem Zeitpunkt bereits ein Mensch im strafrechtlichen Sinn. Es ist nun in dieser Situation denkbar, dass bis zur endgültigen Entbindung einige Tage vergehen werden, in denen das Kind – obwohl es genauso im Mutterbauch liegt wie vor dem abgebrochenen Eingriff – rechtlich nicht mehr als Leibesfrucht gilt. Diese eigenartige Situation lässt sich vermeiden, wenn man den Geburtsbeginn bei der Sectio mit der Eröffnung der Ge-

bärmutter ansetzt, da diese einen ähnlich markanten Punkt bildet wie das Einsetzen der Eröffnungswehen bei der natürlichen Geburt.¹⁷⁾

Zugegebenermaßen gibt es Situationen, die die Grenzen auch dieser Interpretation aufzeigen. So befinden sich bereits jetzt Behandlungsmethoden im Experimentalstadium, mit denen während der Schwangerschaft gewisse Operationen am Fötus durchgeführt werden können. Die Schwangere wird unter Narkose gesetzt, die Gebärmutter geöffnet, der Fötus unter Umständen auch aus der Gebärmutter herausgenommen und dann der Eingriff an ihm durchgeführt. Nach allen oben genannten Kriterien hätte die Geburt im rechtlichen Sinn dadurch begonnen. Dennoch wird der Fötus nach Beendigung des Eingriffes wieder in die Gebärmutter zurückgelegt und die Schwangerschaft kann noch Wochen oder sogar Monate dauern.¹⁸⁾ Es ist nur schwer begründbar, dass dieser Fötus nun rechtlich als Mensch gilt, während ein anderer Fötus im exakt gleichen Reifestadium, der keine derartige Operation hinter sich hat, noch als Leibesfrucht gilt.¹⁹⁾ Die logische Alternative, nämlich dass der Fötus während der Operation zum Mensch wird und nach deren Beendigung diesen Status wieder verliert und zur Leibesfrucht wird, wäre der Strafrechtsordnung fremd. Genauso wie der Übergang vom Menschen zum Leichnam ein endgültiger ist, muss Gleiches auch für den Übergang von der Leibesfrucht zum Menschen gelten. Der Sterbezeitpunkt wird mit dem Funktionsverlust des gesamten Gehirns, der das irreversible Absterben des ganzen Körpers unausweichlich zur Folge hat, angesetzt.²⁰⁾ Es handelt sich dabei um einen „Point of no Return“ – ab diesem Zeitpunkt ist ein Wiederaufleben der Vitalfunktionen nicht mehr möglich. Auch das Einsetzen der Eröffnungswehen und die Eröffnung des Uterus wären – abgesehen vom gerade aufgezeigten Sonderfall – grundsätzlich derartige „Points of no Return“ – die

10) OGH 20. 10. 1982, 11 Os 104/82, SSt 53/62.

11) BGH 22. 4. 1983, 3 StR 25/83.

12) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 12 mwN; *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 96 StGB Rz 6; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 75 Rz 2; *Kienapfel/Schroll*, BT ¹⁵ (2003) Vorbem §§ 75 ff Rz 6; *Ulsenheimer* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts (2002) § 143 Rz 13.

13) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 12; allgemeiner und entsprechend unbestimmter: mit Vornahme des Eingriffes, *Kienapfel/Schroll*, BT ¹⁵ (2003) §§ 75 ff Rz 6.

14) *Cremer*, Strafrechtlich relevantes Abgrenzungskriterium zwischen „Leibesfrucht“ und Mensch bei der abdominalen Schnittentbindung, *MedR* 1993, 421, der dies offenbar vor allem zur Vermeidung von Beweisschwierigkeiten und wegen der Risiken, die sich bereits aus der Narkose ergeben, fordert.

15) *Heinemann*, Frau und Fötus in der Prä- und Perinatalmedizin aus strafrechtlicher Sicht (2000) 65 ff; *Ratzel/Hiersche/Opderbecke*, Drei Entgegnungen auf U. Cremer, *MedR* 1994, 472.

16) ZB Entfernung von Myomen oder Zysten. Grundsätzlich werden aber in der Endphase der Schwangerschaft, abgesehen vom Kaiserschnitt, nur wenige andere chirurgischen Unterleibeingriffe an der Schwangeren vorgenommen. Selbst in diesen Fällen wird in der Regel der Eingriff gleichzeitig mit der Entbindung des Kindes verwendet.

17) Vgl *Ratzel*, *MedR* 1994, 472 (472); *Opderbecke*, *MedR* 1994, 472 (474): Mit der Eröffnung des Uterus ist der Entbindungsvorgang unumkehrbar geworden.

18) Umgekehrt kann, falls es nötig werden sollte, bei ausreichender Reife des Fötus auch die Nabelschnur durchtrennt werden und der Fötus „geboren“ werden.

19) Vgl zu dieser Problematik auch *Heinemann*, Frau und Fötus 68 ff.

20) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 52; *Kienapfel/Schroll*, BT ¹⁵ (2003) Vorbem §§ 75 Rz 11.

endgültige Entbindung wäre jeweils nur mehr eine Frage der Zeit. UE lässt sich diese Problematik mit den geltenden Strafbestimmungen nicht lösen. Lösbar wären diese Fälle durch ein dem niederländischen Strafrecht vergleichbares Regime, wonach die allgemeinen Tötungstatbestände unabhängig von der Geburt ab dem Zeitpunkt der extrauterinen Lebensfähigkeit des Fötus, frühestens aber ab der 24. Schwangerschaftswoche, zur Anwendung kommen.²¹⁾

b) Lebendgeburt

Für den Beginn des Lebens im strafrechtlichen Sinn ist weiters eine **Lebendgeburt** erforderlich. Als Kriterium hierfür wird nach Austritt aus dem Mutterleib das Einsetzen der Lungenatmung und vor dem Austritt das Pulsieren der Nabelschnur oder Schlagen des Herzens, unter der Bedingung, dass die Tätigkeit des Gehirns noch nicht endgültig erloschen ist, herangezogen.²²⁾ Es dürfte wohl am sinnvollsten sein, die Frage nach der Lebendgeburt entsprechend der Festlegung des Todeszeitpunktes zu entscheiden, also nur auf das Nichtvorliegen eines endgültigen Erliegens der Gehirnfunktionen abzustellen. Ist das Kind lebend geboren, ist in der Folge längere extrauterine Lebensfähigkeit nicht erforderlich – es reicht, wenn das Kind zum Zeitpunkt der Angriffshandlung lebt.²³⁾ Ebenso wenig von Bedeutung für die Qualifikation als Mensch sind der Grad der organischen Reife, ein bestimmtes Mindestgewicht oder eine bestimmte Mindestkörperlänge.²⁴⁾ Auch bei missgebildeten aber lebensfähigen Neugeborenen besteht eine Rechtspflicht, für die Erhaltung des Lebens zu sorgen.²⁵⁾ Ist das Neugeborene hingegen nicht auf Dauer lebensfähig, darf dieses selbstverständlich nicht durch aktives Tun getötet werden („mercy killing“). Es besteht jedoch wohl keine Pflicht, den (gewissen) Todeseintritt künstlich hinauszuzögern.²⁶⁾

Wird das Kind wegen einer Abtreibungshandlung lebend geboren und stirbt es in der Folge, liegt (wenn überhaupt) nur Strafbarkeit wegen § 96 ff StGB vor.²⁷⁾ Wird danach aber zusätzlich eine Handlung oder Unterlassung gesetzt, durch die der Tod des Kindes herbeigeführt wird, liegt Realkonkurrenz zwischen versuchter Abtreibung (soweit sie im konkreten Fall strafbar ist) und dem entsprechenden Tötungsdelikt vor.²⁸⁾

Im Fall, dass das Kind aus medizinischen Gründen während der Geburt getötet wird um das Leben der Mutter zu retten (Perforation), kann dieses Verhalten nicht mehr durch die medizinische Indikation (§ 97 Abs 1 Z 2 1. Fall StGB) und wegen der Gleichwertigkeit der Rechtsgüter auch nicht durch Notstand gerechtfertigt werden. Es liegt lediglich entschuldigender Notstand vor.²⁹⁾ Die praktische Bedeutung dieser Frage sollte jedoch nicht überschätzt werden, da Situationen, in denen eine Perforation zur Rettung der Mutter erforderlich ist, in der modernen Geburtshilfe so gut wie nicht mehr vorkommen.

3. Vor der Geburt

Das Tatobjekt des Schwangerschaftsabbruches ist die „lebendige Frucht im weiblichen Schoß“³⁰⁾ also der lebendige, eingenistete Fötus. Angriffe vor der Nidation oder ab Geburtsbeginn können somit keine Tathand-

lungen des § 96 StGB sein. Das bedeutet, dass vor dem im letzten Abschnitt herausgearbeiteten Zeitpunkt nicht die Strafnormen für „Tötung und Körperverletzung“ sondern ausschließlich jene für „Schwangerschaftsabbruch“ zur Anwendung kommen. Die Verletzung des Fötus selbst kann auch nicht als Verletzung der Schwangeren qualifiziert werden, da er rechtlich nicht als Teil derselben angesehen wird.³¹⁾ Aufgrund der eingangs aufgezeigten geringeren Dichte dieser Normen kann dies in manchen Fällen zu – zumindest subjektiv – unbefriedigenden Ergebnissen führen. Im Folgenden sollen einige derartige Fälle genauer beleuchtet werden.

a) Einwirkung während der Schwangerschaft, Erfolg nach der Geburt

Einer der problematischen Fallkonstellationen entspricht unser Ausgangsfall. Der Fötus wird fahrlässig geschädigt, er kommt zur Welt und verstirbt. Der Tod tritt also **nach** der Geburt ein. Bedeutet das, dass – sofern es sich um eine Lebendgeburt handelt – hier das Vergehen der Fahrlässigen Tötung verwirklicht ist?

Diese Frage beschäftigte in den Sechzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts sowohl die Lehre als auch die Rechtsprechung. Bereits 1961 sprach der OGH aus, dass, da sich aus § 22 ABGB kein allgemeines Gebot ableiten lasse, die zum Schutz von Menschen erlassenen Strafbestimmungen nicht auch auf die Leibesfrucht anzuwenden sind und da das StG die vorsätzliche Tötung eines Menschen und die vorsätzliche Abtreibung einer Leibesfrucht gesondert mit Strafe bedrohe, das Vergehen gegen die Sicherheit des Lebens nach § 335 StG nicht auf die Leibesfrucht angewendet werden könne.³²⁾

Einige Jahre später war über einen Fall zu entscheiden, in dem eine im fünften Monat schwangere Frau auf Grund eines Verkehrsunfalls eine Frühgeburt erlitt und die Kinder (Zwillinge) ein bzw zwei Tage danach verstarben. Der OGH verneinte die Strafbarkeit in Bezug auf die Kinder und führte aus, fahrlässige Abtreibung sei nur dann strafbar, wenn in ihr eine schuldhafte Gefährdung der Mutter zu erblicken sei. Das StG erkenne die Leibesfrucht sehr wohl als Schutzobjekt an (§ 144 ff StG), entscheide sich jedoch bewusst in Abweichung zur vorangegangenen gegenteiligen Rechtslage gegen eine Pönalisierung fahrlässiger Angriffe gegen die Lei-

21) Vgl *Heinemann*, Frau und Fötus 67 mwN.

22) *Moos* in Wiener Kommentar² § 79 StGB Rz 10.

23) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁵ (2003) Vorbem §§ 75 ff Rz 9; OGH 20. 10. 1982, 11 Os 104/82, SSt 53/62; OGH 1. 7. 1976, 11 Os 96/75, SSt 47/38.

24) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 10.

25) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁵ (2003) Vorbem §§ 75 ff StGB Rz 19.

26) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁵ (2003) Vorbem §§ 75 ff StGB Rz 22.

27) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 14; *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 96 StGB Rz 42.

28) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 14.

29) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 16; *Kienapfel/Schroll*, BT I⁵ (2003) § 79 Rz 14f; aA *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 97 StGB Rz 15, die rechtfertigende Pflichtenkollision annimmt.

30) *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 96 StGB Rz 3; *Leukauff/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 96 Rz 4.

31) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 Rz 9; In der Regel wird mit einer Verletzung des Fötus aber gleichzeitig eine Verletzung der Schwangeren einhergehen.

32) OGH 9. 2. 1961, 9 Os 460/60, SSt 32/15.

besfrucht.³³⁾ Die Entscheidung wurde in der Literatur scharf kritisiert; die Kritiker gingen von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des „Vergehens gegen die Sicherheit des Lebens“ nach § 335 StG auch auf den Nasciturus aus.³⁴⁾ Diese Rechtsmeinung ist aus heutiger Sicht natürlich überholt, sie wird zu §§ 80, 88 StGB nicht mehr vertreten. Es ist jedoch anzumerken, dass der OGH in seiner Begründung nicht auf die Besonderheit des Falles, dass der Tod erst nach der Geburt der Kinder eingetreten ist, einging.³⁵⁾

Die Situation ist im Prinzip gleich gelagert, wenn es sich nicht um eine fahrlässige, sondern um eine vorsätzliche Schädigung des Fötus handelt. In einem solchen Fall urteilte der deutsche Bundesgerichtshof, dass Schwangerschaftsabbruch und nicht ein allgemeines Tötungsdelikt vorliege, wenn die Abtreibung in der Weise vorgenommen werde, dass die Einwirkung auf die Leibesfrucht zur Geburt eines lebenden Kindes führe, das alsbald nach der Geburt, also schon als Mensch, versterbe. Wandle sich die Rechtsqualität des Opfers nach dem Eingriff von der Leibesfrucht zum Menschen, so sei der Zeitpunkt der Einwirkung auf das Opfer, nicht der des Todeseintritts, maßgebend für die Frage, ob eine vorsätzliche Tötung eines Menschen oder ein Schwangerschaftsabbruch anzunehmen sei. Die eben vorgenommene Abgrenzung müsse auch dann gelten, wenn es sich um eine fahrlässige Todesverursachung handle – was zur Straflosigkeit fahrlässiger pränataler Einwirkungen mit tödlichen Folgen führe.³⁶⁾

Auch die aktuelle Literatur geht davon aus, dass der entscheidende Zeitpunkt für die Qualifikation jener der Tathandlung (bzw der Einwirkung), nicht der des Erfolges ist.³⁷⁾ Das Ergebnis dieser Rechtsansicht ist, dass Verletzungen eines (bereits geborenen) Kindes, welche dieses während der Zeit im Mutterleib aufgrund eines vorsätzlichen oder fahrlässigen Angriffs erlitten hatte, oder der Tod eines Kindes, der durch eine fahrlässige Handlung vor der Geburt verursacht wurde, strafrechtlich ohne Sanktion bleiben. Dies weckt nicht nur bei Medizinern ein gewisses Unbehagen – *Kienapfel/Schroll* sprechen sogar von einer Strafbarkeitslücke. In manchen Fällen könne aber uU eine Störung der Gebärfähigkeit der Schwangeren und daher eine Körperverletzung an derselben gem § 85 StGB angenommen werden.³⁸⁾ Ein weiterer Fall, in dem eine strafrechtliche Verantwortung in Frage kommt, ist der, dass die Angriffshandlung vor der Geburt zur Geburt eines lebenden Kindes führt und der Täter seine Angriffshandlung dann fortsetzt und das Kind tötet. In diesem Fall wäre wegen versuchten Schwangerschaftsabbruch und vollendetem Tötungsdelikt zu bestrafen.³⁹⁾ In der Mehrzahl der Fälle wird jedoch Straflosigkeit vorliegen.

So unbefriedigend die Straflosigkeit – etwa in unserem Anlassfall – sein mag, kann auch die Alternative, in allen diesen Fällen die Qualifikation im Zeitpunkt des Erfolgs anzusetzen, nicht vollkommen überzeugen. Ein derartiges Regime würde nämlich bedeuten, dass Schädigungen von Föten aufschiebend (nämlich mit der Geburt) bedingte Delikte gegen Leib und Leben von Menschen darstellen würden. Die dem Strafgesetzbuch zugrundeliegende Trennung der Rechtsgüter Leibesfrucht und Mensch würde somit gegenstandslos.⁴⁰⁾ Ebenso würde eine wohl unerwünschte Strafbarkeit

der Mutter für fahrlässige Handlungen während der Schwangerschaft (zB Rauchen) begründet, wenn das Kind bei der Geburt noch unter dieser Handlung leidet. Ein mindestens ebenso schwerwiegendes Argument liegt uE in der subjektiven Tatseite. Sowohl bei Vorsatz als auch bei Fahrlässigkeitstaten bedeutet es einen beträchtlichen Unterschied in der subjektiven Vorwerfbarkeit, ob sich der Täter im Tatzeitpunkt einem geborenen oder einem ungeborenen Kind gegenüber sieht.⁴¹⁾ So verwerflich es ist, in alkoholisiertem Zustand mit einer schwangeren Frau im Fahrzeug zu fahren, wiegt die Vorwerfbarkeit dennoch deutlich schwerer, wenn neben der Frau auch ein Neugeborenes im Fahrzeug sitzt, da das Kind nicht mehr im Mutterleib verborgen ist, sondern der Fahrer es nun als eigenständige Person wahrnehmen kann und sein Verhalten danach bestimmen muss.

b) Handlungen gegen die Schwangere

Wie sieht es mit vorsätzlichen Angriffshandlungen aus, die direkt gegen die Schwangere gerichtet sind? In Bezug auf die Schwangere wird in aller Regel ein Straftatbestand verwirklicht sein, fraglich ist, inwieweit auch das Verhalten gegenüber dem Nasciturus strafbar ist.

Der OGH sprach in einem Fall, bei dem eine hochschwangere Frau brutal misshandelt worden war, aus, dass, wenn die in feindseliger Absicht gegen den Unterleib einer Schwangeren gerichteten Fußstritte nach der Absicht des Täters nicht ausdrücklich auch auf die Tötung der Leibesfrucht abgestellt sind, die dadurch ausgelöste Fehlgeburt nicht gesondert als Fahrlässigkeitsdelikt zuzurechnen ist.⁴²⁾ Zu dieser Entscheidung, die noch auf der Rechtslage vor dem StGB beruht, ist auszuführen, dass mangels Existenz eines Fahrlässigkeitsdeliktes tatsächlich keinesfalls Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit in Betracht kommt. Andererseits ist in einem Fall, wie er der Entscheidung zu Grunde liegt, in dem also eine hochschwangere Frau mehrmals brutal in den Bauch getreten wird, dem Täter regelmäßig Eventualvorsatz (§ 5 Abs 1 StGB) in Bezug auf den Abbruch der Schwangerschaft vorzuwerfen. Er hält es ernstlich für möglich und findet sich damit ab, dass die Frau durch seine Handlung eine Fehl- oder Totgeburt erleidet.⁴³⁾ Bei Vorliegen des entsprechenden Vorsatzes ist der Täter folglich nicht straffrei, sondern nach § 98

33) OGH 26. 11. 1964, 11 Os 167, 168/64, SSt 35/58.

34) *Hofmann*, Zur Frage, ob und inwieweit die Leibesfrucht durch die Bestimmung des § 335 StG geschützt wird, ÖJZ 1963, 284; *Meyer*, Der Begriff „Mensch“ im Strafrecht, ÖJZ 1964, 383; aA *Kunst*, Zur Auslegung des Wortes „Mensch“ in § 335 StG, ÖJZ 1963, 599.

35) Auch die Gegenmeinungen gingen auf diese Frage naturgemäß nicht ein, da bei Annahme einer grundsätzlichen Strafbarkeit der fahrlässigen Schädigung der Leibesfrucht eine derartige Differenzierung nicht erforderlich wäre.

36) BGH 22. 4. 1983, 3 StR 25/83.

37) *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch⁹ (1992) § 75 Rz 3, § 96 Rz 5; *Kienapfel/Schroll*, BT I⁹(2003) Vorbem §§ 83 ff Rz 4; *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 Rz 13.

38) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁹(2003) Vorbem §§ 83 ff Rz 4 mwN; ähnlich: *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch⁹ (1992) § 96 Rz 26.

39) *Kienapfel/Schroll*, BT I⁹(2003) Vorbem §§ 75 ff Rz 10.

40) *Moos* in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 Rz 13.

41) *Moos*, Die vorsätzlichen Tötungsdelikte im neuen Strafrecht, LJZ 1991, 9 (22), der auch den Rechtswidrigkeitszusammenhang verneint.

42) OGH 9. 2. 1961, 9 Os 460/60, SSt 32/15.

43) Vgl *Fabrizy*, StGB⁸ § 5 Rz 7.

StGB wegen Schwangerschaftsabbruchs ohne Einwilligung der Schwangeren zu bestrafen. In diesem Sinn besteht auch bei Tötung der Schwangeren zusätzlich Strafbarkeit wegen Schwangerschaftsabbruch, wenn sich der (Eventual)vorsatz des Täters auch hierauf gerichtet hat.⁴⁴⁾

Ist dem Angreifer hingegen nicht der Vorsatz auf Abbruch der Schwangerschaft, sondern nur auf Verletzung des Fötus nachweisbar, bleibt er diesbezüglich straffrei, da es wie eingangs erörtert bei der Leibesfrucht keinen Verletzungstatbestand gibt.

c) Handlungen der Schwangeren selbst

Das StGB stellt auch die Tötung des Fötus durch die Schwangere selbst unter Strafe (§ 96 Abs 3 StGB). Hierbei werden auch ungewöhnliche Handlungen, wie etwa Motorradfahren auf einer holprigen Strecke oder das Einnehmen von Chinintabletten, erfasst, wenn nur die Eignung besteht, dass dadurch die Schwangerschaft abgebrochen wird und die Schwangere auch einen diesbezüglichen Vorsatz gefasst hat.⁴⁵⁾

Strittig ist die Frage, was bei einem Selbstmord(versuch) der Schwangeren zu gelten hat. Auf der einen Seite wird die Ansicht vertreten, dass es sich hierbei ebenfalls um eine Abbruchhandlung handelt, wenn der Vorsatz auch auf den Tod des Fötus gerichtet ist.⁴⁶⁾ Andere verneinen die Strafbarkeit mit Hinweis auf die untrennbare Lebens- und Sterbegemeinschaft von Schwangerer und Fötus.⁴⁷⁾ Die Bedeutung dieser Frage sollte aber nicht überbewertet werden. In vielen Fällen wird es den Betroffenen in dieser seelischen Ausnahme-situation an der Zurechnungsfähigkeit (§ 11 StGB) fehlen und auch in den übrigen Fällen besteht letztlich wohl kein kriminalpolitisches Interesse an der Bestrafung einer Schwangeren nach einem missglückten Selbstmordversuch.

Äußerst interessant ist die Frage, inwieweit die Schwangere allgemein eine Pflicht zur Aufrechterhaltung der Schwangerschaft trifft. In der Praxis kommt es regelmäßig vor, dass Schwangere gegen den ärztlichen Rat eine notwendige Behandlung (zB Kaiserschnitt) verweigern und dadurch das Leben des Fötus ernstlich gefährden. Fraglich ist, ob sie hierdurch das Vergehen des Schwangerschaftsabbruchs durch Unterlassen verwirklichen können. *Nowakowski* lehnte die Möglichkeit einer strafrechtlichen Verantwortung der Schwangeren bereits deswegen ab, weil seines Erachtens diese keine Garantenstellung gegenüber der Leibesfrucht einnimmt.⁴⁸⁾ Er begründete dies mit der Strafflosigkeit des Schwangerschaftsabbruchs in den ersten drei Schwangerschaftsmonaten und den rechtspolitischen Argumenten gegen eine Strafbarkeit des fahrlässigen Schwangerschaftsabbruchs. Dem könnte entgegen werden, dass die Strafflosigkeit der Abtreibung innerhalb der ersten drei Schwangerschaftsmonate wohl allenfalls gegen eine Garantenstellung in dieser Zeit spricht, nicht jedoch auch während der späteren Schwangerschaftsphase – insbesondere da ab Geburtsbeginn die Garantenstellung evident ist.⁴⁹⁾ Es wäre uE nicht sachgerecht, die Garantenstellung gerade in dem Fall, in dem ein Lebewesen am meisten von einer Person abhängig ist, und diese Person am besten in der Lage ist, dieses zu beschützen, zu verneinen.

Laut *Kopetzki* besteht grundsätzlich keine Verpflichtung der Schwangeren, medizinische Maßnahmen zugunsten des Kindes an ihrem eigenen Körper zu dulden, da diese auch in diesem Fall ihrer Einwilligung bedürften (§ 16 ABGB, §§ 90, 110 StGB). Dies könne auch nicht durch rechtfertigenden Notstand zugunsten des Nasciturus umgangen werden.⁵⁰⁾ Dem ist jedenfalls insofern beizupflichten, als dem Arzt, der die Verweigerung der Einwilligung durch die Schwangere beachtet und es unterlässt, die Behandlung vorzunehmen, daraus kein strafrechtlicher Vorwurf gemacht werden kann. Andererseits ergibt sich daraus, dass die Schwangere Eingriffe anderer wirksam untersagen kann, wohl noch nicht automatisch, dass die Verweigerung dieser Eingriffe im Fall, dass dadurch der Fötus zu Tode kommt, nicht als Unterlassungsdelikt strafbar ist. *Heinemann* kommt nach umfangreicher Erörterung allgemeiner Rechtsgrundsätze zu dem Ergebnis, dass die Schwangere für das Unterlassen der Inanspruchnahme einer ärztlichen Behandlung nicht strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann – und zwar selbst dann nicht, wenn die Verweigerung „missbräuchlich“ erfolgte.⁵¹⁾

Unseren Erachtens kommt der Frage, ob die Duldung der Behandlung – somit ein Eingriff in die Selbstbestimmung und häufig auch in die körperliche Integrität – der Schwangeren zumutbar ist, entscheidende Bedeutung zu. *Heinemann* ist beizupflichten, dass die Selbstbestimmung der Schwangeren ein hohes Gut ist, und sie von der Rechtsordnung keinesfalls als ein bloßes „Gefäß“⁵²⁾ für die Leibesfrucht qualifiziert werden darf. Zur Frage der Zumutbarkeit in diesem Fall gibt es, ebenso wie zu der ähnlich gelagerten Problematik, ob ein Elternteil zur Blut- oder Organspende zu Gunsten seines kranken Kindes verpflichtet ist, weder in Österreich noch in Deutschland höchstgerichtliche Entscheidungen.⁵³⁾ Grundsätzlich kann man aber feststellen, dass die österreichische Rechtsordnung in manchen Fällen Rechtsunterworfenen – bei strafrechtlicher Sanktion – zur Inkaufnahme bedeutender Eingriffe in die körperliche Integrität zwingt. So ist etwa in § 94 StGB eine strafrechtlich sanktionierte Pflicht zur Hilfeleistung desjenigen, der einen anderen am Körper verletzt hat, auch dann vorgesehen, wenn die Verletzung nicht widerrechtlich erfolgte (zB in Notwehr).⁵⁴⁾ Gem § 94 Abs 3 StGB ist der Unterlassende (unter anderem)

44) *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 96 Rz 8; *Moos* in *Wiener Kommentar²* Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 15; *Eder-Rieder* in *Wiener Kommentar²* § 96 StGB Rz 9; *Kienapfel/Schroll*, BT I³ (2003) § 96 Rz 7; *Heinemann*, Frau und Fötus 58; *AA* offenbar *Schmoller* in *Triffler*, Salzburger Kommentar § 96 StGB Rz 9.

45) *Eder-Rieder* in *Wiener Kommentar²* § 96 StGB Rz 38.

46) *Heinemann*, Frau und Fötus 58; *Leukauf/Steininger*, Kommentar zum Strafgesetzbuch³ (1992) § 96 Rz 8.

47) *Eder-Rieder* in *Wiener Kommentar²* § 96 StGB Rz 10; *Kienapfel/Schroll*, BT I³ (2003) § 96 Rz 8; *Schmoller* in *Salzburger Kommentar* § 96 StGB Rz 9.

48) *Nowakowski* in *Wiener Kommentar* § 2 StGB Rz 18.

49) So geht auch *Heinemann*, Frau und Fötus 316, unter Hinweis auf die natürliche Verbundenheit von Schwangerer und Fötus unzweifelhaft vom Vorliegen einer Garantenstellung aus.

50) *Kopetzki*, Hirntod und Schwangerschaft, RdM 1994, 67 (70).

51) *Heinemann*, Frau und Fötus 343f.

52) *Heinemann*, Frau und Fötus 330.

53) Vgl *Heinemann*, Frau und Fötus 329.

54) *Hauptmann/Jerabek* in *Wiener Kommentar²* § 94 StGB Rz 5ff.

nur dann entschuldigt, wenn die Hilfeleistung die Gefahr einer beträchtlichen Körperverletzung mit sich brächte. Die Rechtsordnung verpflichtet hier also auch Personen, denen ebenso wenig vorgeworfen werden kann, in die pflichtbegründende Situation gekommen zu sein wie der Schwangeren, dazu, zur Rettung anderer zumindest leichte Körperverletzungen⁵⁵⁾ in Kauf zu nehmen. Das bedeutet selbstverständlich einen massiven Eingriff in deren Selbstbestimmungsrecht. Es ist somit durchaus vertretbar, dass derartige Eingriffe auch bei den unechten Unterlassungsdelikten für Personen mit einer besonderen Garantenstellung in den Rahmen des Zumutbaren fallen. Für die Frage nach der Pflicht der Schwangeren, sich behandeln zu lassen, bedeutet das uE, dass die Zumutbarkeit in einer Vielzahl der Fälle tatsächlich nicht vorliegen wird, man dies umgekehrt aber auch nicht kategorisch für alle Fälle annehmen darf. Wohl wird, wenn man § 94 Abs 3 StGB als Maßstab heranzieht, eine einer schweren Körperverletzung gleichzuhaltende Beeinträchtigung (was der Kaiserschnitt wegen der immanenten Eröffnung einer Körperhöhle jedenfalls wäre) nicht hinzunehmen sein, eine Behandlung, die eine geringere Beeinträchtigung hervorruft, könnte jedoch durchaus zumutbar sein. Unter dem gleichen Maßstab wird ein Vater wohl verpflichtet sein, eine lebensrettende Blutspende für sein Kind zu leisten, nicht jedoch zB ein Organ zu spenden.

d) Embryopathische Indikation

Die embryopathische Indikation (§ 97 Abs 1 Z 2 2. Fall StGB) erlaubt den Schwangerschaftsabbruch zeitlich unbegrenzt (also bis zum Beginn der Geburt), wenn die Gefahr besteht, dass das Kind geistig oder körperlich schwer geschädigt sein werde. Derartige Schädigungen sind zB bereits Blindheit, Epilepsie, das Down-Syndrom aber auch eine (operativ behebbare) Lippen-Kiefer-Spalte.⁵⁶⁾ Diese Zustände sind alle weit entfernt davon, die Lebensfähigkeit des Kindes in Frage zu stellen, oder gar bei einem geborenen Menschen die Frage der (passiven) Sterbehilfe aufkommen zu lassen – ganz im Gegenteil genießen diese Menschen den besonderen Schutz der Rechtsordnung. Somit ist die Tötung eines körperlich oder geistig geschädigten Kindes eine Sekunde vor Beginn der Geburt völlig straflos, und eine Sekunde später bereits Mord. Nicht nur aus diesem Grund wird die Bestimmung in der gegenwärtigen Form zunehmend kritisiert. Eine zeitliche Beschränkung der Zulässigkeit von Schwangerschaftsabbrüchen wegen embryopathischer Indikation auf die ersten 24 Schwangerschaftswochen wäre sicherlich sinnvoll.⁵⁷⁾ Dadurch wäre einerseits sichergestellt, dass die erforderliche Diagnostik abgeschlossen werden könnte – was innerhalb der 3-Monatsfrist des § 97 Abs 1 Z 1 StGB nicht möglich ist –, andererseits würden späte Schwangerschaftsabbrüche kurz vor der Geburt vermieden.⁵⁸⁾

D. Zivil- und verfassungsrechtliche Aspekte

Aus den bisherigen Ausführungen lässt sich die Begrenztheit des strafrechtlichen Schutzes des Fötus erkennen. Im Folgenden soll erörtert werden, inwieweit durch zivilrechtliche Instrumentarien ein gewisser Aus-

gleich geschaffen werden kann, und ob der gesetzliche Schutz des ungeborenen Lebens den verfassungsrechtlichen Vorgaben entspricht.

1. Zivilrechtlicher Schutz des Fötus

Die zentrale Bestimmung für den zivilrechtlichen Schutz der Leibesfrucht ist § 22 ABGB. Demnach stehen ungeborene Kinder vom Zeitpunkt ihrer Empfängnis an unter dem Schutz der Gesetze. Ihnen kommt eine bedingte und beschränkte Rechtsfähigkeit zu. Beschränkt bedeutet im Wesentlichen, dass nur Rechte, nicht aber Pflichten des Nasciturus begründet werden können, bedingt, dass diese Rechte nur dann Bestand haben, wenn das Kind lebend geboren wird. Gem § 23 ABGB wird im Zweifel Lebendgeburt angenommen. Wer das Gegenteil behauptet, muss dies beweisen.⁵⁹⁾

Wird ein später lebend geborener Fötus während der Schwangerschaft⁶⁰⁾ geschädigt, kann er vom Schädiger Schadenersatz verlangen. Zur Begründung des Ersatzanspruches genügt es, die Wahrscheinlichkeit eines Ursachenzusammenhanges nachzuweisen.⁶¹⁾ Hingegen bietet § 22 ABGB keine Grundlage für einen Schadenersatzanspruch der Eltern eines totgeborenen Kindes gegen denjenigen, der den Tod des Kindes verursacht hat.⁶²⁾ Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei der Rechtsfähigkeit des Nasciturus um eine bloß bedingte Rechtsfähigkeit handelt. Tritt die Bedingung der Lebendgeburt nicht ein, so können dem Kind keine Ansprüche zukommen, auch wenn es sich gerade um Ersatzansprüche gegen denjenigen handeln würde, der die Lebendgeburt verhindert hat. Es gibt auch keine erbrechtliche Rechtsnachfolge nach verstorbenen Leibesfrüchten. Die Tötung der Leibesfrucht bleibt zivilrechtlich daher grundsätzlich sanktionslos.

Es wäre vorstellbar, dass der Tod einer Leibesfrucht zivilrechtlich dadurch geltend gemacht wird, dass die Schwangere (allenfalls auch der Kindesvater) den durch den Tod der Leibesfrucht verursachten Trauerschaden⁶³⁾ einklagt. Dazu ist aber zu sagen, dass der OGH zur Frage, ob Trauerschmerzensgeld auch nach dem Tod einer Leibesfrucht gefordert werden kann, noch nicht Stellung genommen hat. Ganz allgemein gilt aber, dass Trauerschmerzensgeld nur für Todesfälle im engsten schutzwürdigen Angehörigenkreis gewährt wird.⁶⁴⁾ Voraussetzung ist eine intensive Gefühlsgemeinschaft, wie sie zwischen den nächsten Angehörigen typischerweise besteht. Diese Gefühlsgemeinschaft ist uE jedenfalls für die letzten Wochen der Schwangerschaft und jedenfalls

55) *Fabrizy*, StGB⁸ § 93 Rz 3, § 94 Rz 7.

56) *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 97 StGB Rz 17.

57) Vgl *Eder-Rieder* in Wiener Kommentar² § 97 StGB Rz 18 mwN.

58) In diesem Sinn sogar für die Wiedereinführung einer embryopathischen Indikation in Deutschland: *Schumann/Schmidt-Recla*, Die Abschaffung der embryopathischen Indikation – eine ernsthafte Gefahr für den Frauenarzt? *MedR* 1998, 497 (503f).

59) Das soll aber nur bei Totgeburten gelten, nicht jedoch bei Fehlgeburten, also wenn das Geburtsgewicht weniger als 500g beträgt, *Posch* in *Schwimann*, ABGB² I § 23 Rz 5.

60) Nach Ansicht mancher begründen bereits Verletzungshandlungen vor der Zeugung einen Schadenersatzanspruch, *Aicher* in *Rummel*, ABGB³ I § 22 Rz 3.

61) OGH 13. 9. 1979, 8 Ob 106/79, SZ 52/136.

62) *Posch* in *Schwimann*, ABGB² I § 22 Rz 6.

63) OGH 16. 5. 2001, 2 Ob 84/01 v = SZ 74/90; 7. 7. 2005, 2 Ob 62i.

64) Vgl die differenzierten Abwägungen im Fall eines verstorbenen Bruders in OGH 21. 4. 2005, 2 Ob 90/05g.

für die Schwangere selbst gegeben, sodass zumindest sie Anspruch auf Schmerzensgeld hätte. Es darf aber nicht außer Acht gelassen werden, dass es sich auch bei diesem Trauerschmerzensgeld niemals um einen Schaden der Leibesfrucht, sondern immer des trauernden Elternteils selbst handeln würde.

2. Verfassungsrechtliche Aspekte

Betrachtet man nun die vier möglichen Kombinationen aus vorsätzlichen und fahrlässigen, Verletzungs- und Tötungshandlungen an der Leibesfrucht, so steht hier von nur eine, nämlich die vorsätzliche Tötung, unter strafrechtlicher Sanktion. Vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen werden zwar nicht vom Strafrecht geahndet, begründen aber möglicherweise zivilrechtliche Ersatzansprüche des später geborenen Kindes. Die vierte Kombination schließlich, die fahrlässige Tötung der Leibesfrucht, steht – abgesehen von den rechtlichen Konsequenzen einer uU mit dem Schwangerschaftsabbruch einhergehenden Verletzung der Schwangeren – unter gar keiner Sanktion.

Besondere Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob diese (möglicherweise vermeintlichen) Defizite verfassungsrechtlich zulässig sind, kommt sicherlich dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofs zu § 97 Abs 1 Z 1 StGB („Fristenlösung“⁶⁵) zu.⁶⁵ Der VfGH verneinte in diesem Erkenntnis die Anwendbarkeit des Grundrechts auf Leben nach Art 2 MRK auf das keimende menschliche Leben. Da die MRK keine Definition des geschützten Lebens enthalte, sei der Begriff nach den Auslegungsmethoden für völkerrechtliche Verträge zu interpretieren, wobei bei multilateralen Verträgen der Parteiwille hinter die objektive Sinnbedeutung zurücktrete. Artikel 2 1. Satz MRK („Das Recht jedes Menschen auf das Leben wird gesetzlich geschützt.“) lasse noch keinen Schluss zu, ob hiermit auch noch ungeborene Menschen gemeint sind. Aus dem System der MRK ergebe sich jedoch, dass nur geborenen Menschen das Grundrecht auf Leben zukomme, da die MRK Ausnahmebestimmungen bezüglich der Tötung geborener (zB Notwehr bzw -hilfe, Kriegsfall), nicht jedoch ungeborener Menschen, vorsehe. Hätte die MRK die Intention gehabt, grundsätzlich auch das ungeborene Leben zu schützen, hätte sie daher auch für dieses Ausnahmebestimmungen für den Fall bestimmter Indikationen vorsehen müssen.

Auch hinsichtlich des Gleichheitsgrundsatzes liege keine Verfassungswidrigkeit vor, da die je nach Stadium der Schwangerschaft unterschiedliche strafrechtliche Regelung des Schwangerschaftsabbruches nicht sachlich ungerechtfertigt sei. Die Leibesfrucht mache in seiner Entwicklung eine Wandlung von einer befruchteten Eizelle zu einem außerhalb des Mutterleibs lebensfähigen Menschen durch, sodass die verschiedenen Entwicklungsphasen nicht notwendig ein Gleiches im Sinne des verfassungsgesetzlich verankerten Gleichheitssatzes bedeuteten.

Aus diesem Erkenntnis lässt sich uE ableiten, dass der VfGH dem einfachen Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des Schutzes des ungeborenen Lebens einen relativ weiten Spielraum lassen will. Im Lichte dieser Judikatur dürfte eine strafrechtliche Sanktionierung des

fahrlässigen Schwangerschaftsabbruches zwar durchaus zulässig, keinesfalls aber zwingend geboten sein. Auch bei der Grenzziehung zwischen Leibesfrucht und Mensch scheint sowohl das Abstellen auf den Geburtsbeginn, als auch eine Differenzierung nach Alter des Fötus zulässig.

Auch die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte war kürzlich mit der Frage nach dem strafrechtlichen Schutz von Föten beschäftigt.⁶⁶ Thi-Nho Vo, eine in Frankreich lebende Vietnamesin, die in der 20. oder 21. Woche schwanger war, war bei einer Untersuchung vom Arzt mit einer anderen Frau, die ebenfalls Vo hieß, und der eine Spirale entfernt werden sollte, verwechselt worden. Bei der Behandlung wurde ihre Fruchtblase verletzt, weswegen die Schwangerschaft kurz darauf abgebrochen werden musste. Das Strafgericht verurteilte den Arzt wegen fahrlässiger Körperverletzung der Schwangeren, sprach ihn jedoch vom Vorwurf der fahrlässigen Tötung des Fötus mit der Begründung, der Fötus sei noch nicht lebensfähig gewesen, frei. Das Berufungsgericht wandelte diese Entscheidung dahingehend ab, dass der Arzt auch wegen fahrlässiger Tötung verurteilt wurde. Es verneinte die Bedeutsamkeit der Lebensfähigkeit (im Hinblick auf den stetigen Wandel in den Möglichkeiten der modernen Medizin) und erläuterte, dass auch bei der fahrlässigen Verletzung von Föten keine Unterscheidung nach der Lebensfähigkeit zu treffen sei. Der *Court de Cassation* schließlich verneinte eine Strafbarkeit des Arztes mit der (knappen) Begründung, dass strafrechtliche Vorschriften restriktiv auszulegen seien.⁶⁷

Thi-Nho Vo rief daraufhin den EGMR an, da die fahrlässige Tötung ihres Kindes von Frankreich nicht strafgerichtlich verfolgt wurde. Der EGMR verwarf die Beschwerde. In seiner Begründung führte der Gerichtshof aus, dass er die Frage, ob das Recht auf Leben nach Art 2 MRK auch für Ungeborene gelte, – im Hinblick auf den mangelnden Konsens in Frankreich und den anderen Mitgliedsstaaten zur Frage nach dem Beginn des Lebens, und darauf, dass das Leben des Fötus ohnedies über die Mutter geschützt werde – bewusst offen lasse. Es sei nicht erforderlich hierüber abzusprechen, da selbst wenn man die grundsätzliche Anwendbarkeit auch auf Föten annehme, dennoch keine Verletzung dieser Bestimmung vorliege. Art 2 MRK verlange grundsätzlich auch die Schaffung eines ausreichenden Justizapparates um die Sanktion von Rechtsverletzungen zu garantieren. Gerade bei Fahrlässigkeitsdelikten sei aber nicht unbedingt erforderlich, dass die Sanktion im Weg des Strafrechts erfolgt. Auch die Möglichkeit zivilrechtlich gegen den Schädiger vorzugehen (was im vorliegenden Fall wegen Verjährung nicht mehr möglich war) und offenbar auch die Möglichkeit einer disziplinarrechtlichen Bestrafung des Arztes stelle eine wirksame Beschwerde iSd MRK dar.⁶⁸ →

65) VfGH 11. 10. 1974, G 8/74, VfSlg 7400.

66) EGMR 8. 7. 2004, 5394/00, *Vo gegen Frankreich*.

67) Der Gerichtshof hatte bereits in zwei weiteren Fällen (ein Autounfall und ein Fall von Nachlässigkeit einer Hebamme) Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung verneint. Interessanterweise bejahte der *Court de Cassation* die Strafbarkeit in einem Fall, der unserem Anlassfall sehr ähnlich gelagert war.

68) Die Entscheidung war alles andere als einstimmig. Die Richter Rozakis, Cafilisch, Fischbach, Lorenzen und Thomassen führten in einer

Für die Rechtslage in Österreich bedeutet dieses Erkenntnis zunächst keinen Änderungsbedarf. Jedenfalls dürfte relativ große Freiheit in der Frage, ab wann ein Kind als Mensch im strafrechtlichen Sinn zu behandeln ist, bestehen. Sollte sich der EGMR in einem späteren Erkenntnis aber klar dahingehend äußern, dass Art 2 MRK auch Ungeborene erfasst, dann müsste im Lichte der Begründung in *Vo gegen Frankreich* die derzeit völlige Sanktionslosigkeit des fahrlässigen Schwangerschaftsabbruches der Menschenrechtskonvention widersprechen.

E. Resümee

Die Beschränkungen im (straf)rechtlichen Schutz von Föten sind de lege lata hinzunehmen. Es bleiben jedoch zwei wesentliche Kritikpunkte:

Insbesondere bei Verletzungshandlungen durch Ärzte, deren Hilfspersonen und die pharmazeutische Industrie ortet die Lehre in der mangelnden Strafbarkeit des fahrlässigen Schwangerschaftsabbruchs rechtspolitisch bedenkliche Strafbarkeitslücken.⁶⁹⁾ Eine Vorverlegung des zeitlichen Anwendungsbereiches der Delikte gegen Leib und Leben ist aus mehreren Gründen nicht die sachgerechteste Lösung, um hier Abhilfe zu schaffen. Ein Modell, wie das niederländische, das Föten ab einem gewissen Alter der Schwangerschaft als Menschen behandelt, egal, ob sie bereits geboren sind oder nicht, würde den großen Nachteil mit sich bringen, dass es eine umfassende Überarbeitung des Systems der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte erfordern würde.⁷⁰⁾ Auch im Bezug auf die Vorsatzproblematik (siehe C.3.a)) erweist sich dieses Modell uE nicht als sachgerecht. Schließlich wäre es in jedem Prozess erforderlich, das Alter der Schwangerschaft und die extrauterine Lebensfähigkeit des Fötus nachzuweisen. Dadurch würde in wenigen Einzelfällen ein billigeres Ergebnis erzielt, um den Preis, dass alle Verfahren erschwert würden.

Die andere Alternative wäre es, eine Strafbestimmung für den fahrlässigen Abbruch der Schwangerschaft einzuführen. Die Mehrzahl der europäischen Rechtsordnungen weist keinen derartigen Straftatbestand auf. Italien stellt den fahrlässigen Abbruch einer Schwangerschaft unter Strafe, in Spanien ist sowohl der fahrlässige Abbruch einer Schwangerschaft, als auch die fahrlässige Verletzung eines Fötus strafbar. Die Türkei qualifiziert den fahrlässigen Abbruch einer Schwangerschaft als strafehöhende Qualifikation der Körperverletzung an der Schwangeren.⁷¹⁾ In Frankreich wurde die Einführung einer Strafbestimmung gegen fahrlässigen Schwangerschaftsabbruch⁷²⁾ am 27. 11. 2003 von

der Nationalversammlung beschlossen, nach massiven Kontroversen vom Senat aber einstimmig abgelehnt.⁷³⁾

Unseres Erachtens wäre die Einführung eines derartigen, § 80 StGB nachgebildeten, aber milder bestraften Deliktes, uU mit einer Privilegierung zugunsten der Schwangeren selbst, wünschenswert. Im Hinblick auf die größere Wahrscheinlichkeit eine Fehlgeburt im Frühstadium der Schwangerschaft und darauf, dass der vorsätzliche Schwangerschaftsabbruch in den ersten drei Monaten unter den Voraussetzungen des § 97 Abs 1 Z 1 StGB straflos ist, wäre es sinnvoll diese Strafbestimmung nicht zeitlich unbeschränkt für die gesamte Schwangerschaft gelten zu lassen, sondern zB erst nach dem sechsten Schwangerschaftsmonat.

Mit der Einführung dieses Straftatbestandes wäre wohl auch für den Fall, dass der EGMR doch zum Ergebnis kommt, dass auch ungeborenes Leben dem Schutz von Art 2 MRK unterliegt, sichergestellt, dass die österreichische Rechtsordnung einen ausreichenden Schutz dieses Lebens – nämlich bei Schwangerschaftsabbruch durch das Strafrecht, bei Verletzungen des Fötus durch das Schadenersatzrecht – garantiert.

Zum zweiten Kritikpunkt, der unbeschränkten Geltung der embryopathischen Indikation, wurde unter C.3.d) bereits Stellung genommen. Eine zeitliche Beschränkung dieser Indikation auf die ersten sechs Monate würde auch im Zusammenhalt mit der vorgeschlagenen Strafbestimmung für den fahrlässigen Schwangerschaftsabbruch Sinn ergeben. Der strafrechtliche Schutz des Fötus würde dadurch im Verlauf der Schwangerschaft graduell ansteigen – mit dem geringsten Schutz im ersten Drittel der Schwangerschaft (§ 97 Abs 1 Z 1 StGB), größerem Schutz im zweiten Drittel und dem stärksten Schutz im letzten Drittel durch Wegfall der embryopathischen Indikation und zusätzliche Strafbarkeit für den fahrlässigen Abbruch.

separate opinion aus, dass sich aus den vom Gerichtshof getroffenen Erwägungen der Schluss ziehen lasse, dass Art 2 MRK eben nicht für das ungeborene Leben gelte. Die Richter Costa und Traja kamen in ihrer *separate opinion* hingegen zu dem Ergebnis, dass Art 2 MRK zwar grundsätzlich auch für ungeborene Kinder gelte, im konkreten Fall jedoch nicht verletzt sei. Darüber hinaus gab es noch zwei *dissenting opinions*, nämlich die des Richters Ress, der die Anwendbarkeit von Art 2 MRK annahm und eine strafrechtliche Ahndung für erforderlich hielt, und jene der Richter Mularoni und Strážícká, die die Anwendbarkeit ebenfalls bejahten und insbesondere die französischen Verjährungsbestimmungen kritisierten.

69) Vgl Moos in Wiener Kommentar² Vorbem zu §§ 75–79 StGB Rz 13 mwN.

70) ZB stellte sich die Frage, ob eine Mutter bei Tötung des Kindes während der Endphase der Schwangerschaft § 75 StGB verwirklichen würde, bei der Geburt hingegen nur § 79 StGB.

71) Vgl EGMR 8. 7. 2004, 5394/00, *Vo gegen Frankreich* 20.

72) Nach dem Abgeordneten, der die Gesetzesinitiative einbrachte *Garraud*-Zusatz genannt.

73) Vgl EGMR 8. 7. 2004, 5394/00, *Vo gegen Frankreich* 14.

→ In Kürze



Der Grenze zwischen Leibesfrucht und Mensch kommt im Strafrecht größte Bedeutung zu, da der Schutz des geborenen Menschen bei weitem umfassender ausgestaltet ist als der der Leibesfrucht. Der entscheidende Zeitpunkt für den Übergang von der Leibesfrucht zum Menschen wird mit Beginn der Geburt angesetzt. Bei einer natürlichen Entbindung ist das das Einsetzen der regelmäßigen Eröff-

nungswehen, bei einer Schnittentbindung die Eröffnung des Uterus. Für die Qualifikation einer Handlung als Angriff gegen einen Menschen kommt es darauf an, ob die Handlung nach Beginn der Geburt gesetzt wird, nicht ob der Erfolg nach der Geburt eintritt.

Auch die Schwangere selbst kann Täterin des Schwangerschaftsabbruches sein. Fraglich ist, ob auch die Verweigerung einer für das Überleben des Fötus lebensnotwendigen Behandlung als Schwangerschaftsabbruch

durch Unterlassen zuzurechnen ist. Das entscheidende Kriterium ist uE die Zumutbarkeit, sodass keine schweren (wie etwa ein Kaiserschnitt), wohl aber gewisse leichte Eingriffe geduldet werden müssen, wenn sie für das Überleben der Leibesfrucht unerlässlich sind.

Das Strafrecht schützt den Fötus nur vor dem vorsätzlichen Schwangerschaftsabbruch. Zivilrechtlich kann Schadenersatz nur für vorsätzliche und fahrlässige Verletzungen des Fötus begehrt werden, sodass der fahrlässige Schwangerschaftsabbruch ohne Sanktion bleibt. Diese Sanktionslosigkeit dürfte zwar von den verfassungsrechtlichen Vorgaben noch gedeckt sein, würde aber dennoch Anlass zur Verbesserung bieten, etwa durch Einführung einer Strafbestimmung für den fahrlässigen Schwanger-

schaftsabbruch. Eine weitere wünschenswerte Verbesserung wäre eine zeitliche Beschränkung der embryopathischen Indikation auf die ersten sechs Schwangerschaftsmonate.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Andreas Pscheidl ist Richteramtsanwärter in Wien, Dr. Georg J. Gerstner ist Univ. Prof. für Frauenheilkunde an der Medizinischen Universität Wien und allgemein beeideter, gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Frauenheilkunde und Geburtshilfe.

