

<b>Werk:</b>	st4
<b>Herausgeber:</b>	Stefan Heilmann   Jan Kepert
<b>Autor:</b>	Annette Sauer Oliver Berthold Tobias Heimann Andrea Kliemann Xiluva Ferro Macamo Veit Gutmann Max Perick Thorsten Culmsee Jörg M. Fegert
<b>Ausgabe-Nummer:</b>	9
<b>Jahrgang:</b>	2024
<b>Beitragstyp:</b>	Beitrag
<b>Seiten:</b>	329 Seiten (329 bis 337)

## Pränataler Kinderschutz – Juristische und medizinische Erwägungen

Annette Sauer, Oliver Berthold, Tobias Heimann, Andrea Kliemann, Xiluva Ferro Macamo, Veit Gutmann, Max Perick, Thorsten Culmsee, Jörg M. Fegert

Der vorliegende Beitrag widmet sich dem Thema vorgeburtlicher Aspekte des Kinderschutzes sowohl aus medizinischer als auch aus juristischer Perspektive. Er benennt die medizinischen Gefahren, die einem Ungeborenen durch das Verhalten der Schwangeren drohen können, zeigt auf, welche rechtlichen und praktischen Hürden für die Abwehr dieser Gefahren bestehen und wie Jugendämter und Familiengerichte dennoch konkret vorgehen können, um bereits vor der Geburt eines Kindes Maßnahmen zu seinem Schutz zu ergreifen oder zumindest vorzubereiten.

### I. Begriffsbestimmung

Obwohl es hier um den Kontext des Kinderschutzes geht, soll im Folgenden für den Zeitraum der Schwangerschaft der Begriff „Kind“ weitgehend vermieden werden. Während § 1 BGB die Rechtsfähigkeit erst mit „Vollendung der Geburt“ beginnen lässt,<sup>1)</sup> entsteht der Mensch aus verfassungsrechtlicher Sicht zwar gerade nicht erst mit der Geburt.<sup>2)</sup> Auch eine medizinisch-physiologische Sichtweise lässt letztlich keinen messbaren Zeitpunkt der Menschwerdung zu. Dennoch markiert die Aufhebung der Abhängigkeit vom mütterlichen Blutkreislauf durch Einsetzen der Sauerstoffaufnahme über die Lunge durchaus einen erheblichen Unterschied zwischen Geborenem und Ungeborenem. In dieser Gemengelage soll eine Festlegung bereits in Begriffen vermieden werden. Daher wird in Bezug auf den Zeitraum bis zur Geburt von „dem Ungeborenen“ sowie in Bezug auf die Frau von der „Schwangeren“ und noch nicht von der „Mutter“ die Rede sein.

### II. Medizinische Notwendigkeit, pränatal an Kinderschutz zu denken

- 1) Seit Inkrafttreten des BGB 1900 ist die Norm trotz aller medizinischen, technischen und gesellschaftlichen Fortentwicklungen unverändert geblieben. Geregelt ist hier der zeitliche Beginn der Rechtsfähigkeit des individuellen Menschen als natürliche Person. „Der historische Gesetzgeber hat sich für diesen Zeitpunkt entschieden, weil er der archetypischen Auffassung war, die Rechtspersönlichkeit setze ein eigenständiges, vom Mutterleib getrenntes Dasein voraus“, MüKoBGB – Spickhoff, § 1 Rn. 1–2 m.w.N.
- 2) BVerfG NJW 1993, S. 1751, 1753; 1975, S. 573, 574.

Das Ungeborene wird während der Organanlage als Embryo, während der Ausreifung der Organe (ab Beginn der neunten Schwangerschaftswoche) als Fötus bezeichnet. In beiden Phasen bestehen spezifische Entwicklungsrisiken durch das Verhalten der Schwangeren, und zwar sowohl durch aktives Tun (z.B. Substanzmissbrauch, gefährliche Sportarten, ungeschützter Geschlechtsverkehr mit wechselnden Partnern) als auch durch Unterlassen (z.B. Vorsorgeuntersuchungen, medizinisch indizierte Therapien).

## 1. Auswirkungen eines Substanzkonsums der Schwangeren auf das Ungeborene

Jährlich sind allein um die 100.000 Ungeborenen in Deutschland der Gefahr einer Schädigung durch einen Substanzkonsum der Schwangeren ausgesetzt.<sup>3)</sup> Etwa 13,6 % aller Frauen in Deutschland trinken in der Schwangerschaft mindestens einmalig Alkohol<sup>4)</sup> (nach anderen Schätzungen sogar bis zu 25 %),<sup>5)</sup> etwa 10,9 % rauchen.<sup>6)</sup> Zum Gebrauch illegaler Substanzen in der Schwangerschaft in Deutschland fehlen bevölkerungsrepräsentative Zahlen, aber in einer nicht-repräsentativen Online-Befragung der LMU München gaben 13 % der Frauen an, während der Schwangerschaft eine oder mehrere legale oder illegale Substanzen konsumiert zu haben, davon 68,7 % Nikotin, 31,3 % Alkohol, 22,1 % Cannabis (damals noch illegal), 2,1 % Opiate, 1,5 % Amphetamine und 1,0 % Benzodiazepine.<sup>7)</sup>

### a. Alkoholkonsum in der Schwangerschaft

Etwa 0,5 bis 2 von 100 Neugeborenen weisen Auffälligkeiten aus dem Kreis der Fetalen Alkoholspektrumstörung (*fetal alcohol spectrum disorders*, FASD) auf, die damit zu den häufigsten angeborenen chronischen Erkrankungen zählt.<sup>8)</sup> Hierzu zählen vor allem Auffälligkeiten der Gesichtsmorphologie sowie strukturelle, neurologische oder funktionale Defizite des zentralen Nervensystems, ferner sonstige Fehlbildungen, Organstörungen, Verhaltens-, Lern- und Entwicklungsstörungen sowie psychische Erkrankungen. Diese Auffälligkeiten bestehen lebenslang und resultieren bei Erwachsenen in gesteigerten Raten von Delinquenz, Substanzabusus und gesundheitsgefährdenden Verhaltensweisen.<sup>9)</sup> Außerdem steigt die Gefahr einer Fehlgeburt mit zunehmendem Alkoholkonsum deutlich.<sup>10)</sup>

Es ist von einer Dosis-Wirkungs-Relation auszugehen: Je mehr Alkohol getrunken wird, desto wahrscheinlicher und ausgeprägter ist eine Schädigung.<sup>11)</sup> Es lässt sich jedoch weder eine Dosis benennen, ab der eine bestimmte Schädigung sicher vorhergesagt werden könnte noch kann man Schädigungen unterhalb einer bestimmten Dosis sicher ausschließen.<sup>12)</sup> Auch einmalige Alkoholexzesse („*binge drinking*“) sowie moderater Konsum im Laufe der Schwangerschaft können zu Verhaltens- und kognitiven Entwicklungsstörungen beim Kind führen.<sup>13)</sup>

### b. Nikotinkonsum in der Schwangerschaft

- 
- 3) Statistisches Bundesamt, Lebendgeborene 2022, abgerufen am 29.5.2023. [https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/\\_inhalt.html#\\_8r9ibznm](https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Geburten/_inhalt.html#_8r9ibznm).
  - 4) Pfänder, Kunst, Feldmann, van Eijdsen, & Vrijkotte, 2013.
  - 5) S. Popova et al., 2017.
  - 6) Garnica Rosas, Kuntz, Zeiher, & Starker, 2020.
  - 7) Hoch, Apelt, Lauffer, Buchner, & Wilming, 2019.
  - 8) S. Popova, Lange, Probst, Gmel, & Rehm, 2017; Die Prävalenz ist bei Kindern und Jugendlichen in stationären Jugendhilfeeinrichtungen oder straffällig gewordenen jungen Menschen zudem wesentlich höher, d.h., diese leiden deutlich häufiger als der Bevölkerungsdurchschnitt an einem fetalen Alkoholsyndrom.
  - 9) Williams & Smith, 2015.
  - 1) Sundermann et al., 2019.
  - 0)
  - 1) Streissguth, Sampson, & Barr, 1989.
  - 1)
  - 1) Flak et al., 2014.
  - 2)
  - 1) Flak et al., 2014.
  - 3)

Nikotin und weitere im Tabakrauch enthaltene Schadstoffe, wie Kohlenmonoxid, Teer oder Schwermetalle, werden über die Plazenta in hohem Maße auf den Fötus übertragen und beeinträchtigen dessen Versorgung mit Sauerstoff und Nährstoffen, <sup>14)</sup> was zu unterschiedlichen Störungen im Fötus und später im Neugeborenen führt. Diese umfassen u.a. Frühgeburtlichkeit, Fehlgeburten, intrauterine Wachstumsverzögerung, Mikrozephalie, ein erhöhtes Risiko für den plötzlichen Kindstod sowie langfristige Intelligenz-, Entwicklungs- und Verhaltensstörungen (z.B. ADHS) und andere psychosoziale Beeinträchtigungen im späteren Leben des Kindes. <sup>15)</sup> Auch organische Erkrankungen, wie Mittelohr- oder Lungenentzündungen, treten gehäuft auf, verstärkt wird dieser Effekt durch einen etwaigen, anhaltenden Passivrauchkonsum nach der Geburt. <sup>16)</sup> Nikotin scheint sich besonders im späteren Verlauf der Schwangerschaft schädlich auszuwirken, sodass in der ersten Hälfte die Chancen einer aufklärenden Intervention hervorgehoben werden können. <sup>17)</sup> Die negativen Effekte treten wahrscheinlich dosisabhängig verstärkt auf. <sup>18)</sup> Aus medizinischer Sicht ist jedoch ein kompletter Rauchstopp anzustreben, da auch beim Zigarettenrauch keine sichere Dosis bekannt ist, bei der keine Schädigungen für das Ungeborene zu erwarten sind. <sup>19)</sup>

### **c. Cannabiskonsum in der Schwangerschaft**

Cannabis war bis zu seiner Teillegalisierung dasjenige Betäubungsmittel, das am häufigsten von Schwangeren konsumiert wurde. Tetrahydrocannabinol (THC) und andere Wirkstoffe aus der Cannabispflanze können nach inhalativem oder oralem Konsum die Blut-Plazenta-Schranke frei passieren und gelangen somit in hohem Maße in den Fötus. <sup>20)</sup> Die konkreten Folgen dieser Exposition sind noch nicht umfassend erforscht, <sup>21)</sup> es entsteht aber zunehmende Evidenz für eine schädliche Wirkung. <sup>22)</sup> Die Risiken für Frühgeburtlichkeit, intrauterine Wachstumsverzögerung und perinatale Sterblichkeit scheinen zu steigen, <sup>23)</sup> dies ist allerdings noch nicht eindeutig belegt. Aufgrund der insgesamt noch unklaren Datenlage raten medizinische Gesellschaften zum Verzicht auf Cannabiskonsum in der Schwangerschaft <sup>24)</sup> und in der Stillzeit. <sup>25)</sup> Auch hier ist nämlich keine sichere Dosis bekannt. <sup>26)</sup>

### **d. Opiatkonsum in der Schwangerschaft**

Opiode sind eine in der Schmerztherapie unerlässliche Medikamentenklasse mit hohem Wirk-, jedoch auch hohem Abhängigkeitspotenzial. Auch in der Schwangerschaft werden sie bei Schmerzzuständen eingesetzt. <sup>27)</sup> Kritisch sowohl für die Entwicklung des Fötus als auch für die Gesundheit des Neugeborenen ist dabei die

---

1 Pötschke-Langner, Kahnert, Schaller, & Viarisio, 2015.

4)

1 Shea & Steiner, 2008.

5)

1 Vitzthum, 2023.

6)

1 Holbrook, 2016.

7)

1 Wickström, 2007.

8)

1 Liu et al., 2020.

9)

2 Bailey, Cunny, Paule, & Slikker, 1987.

0)

2 Badowski & Smith, 2020.

1)

2 Weisbeck et al., 2021.

2)

2 Lo et al., 2023.

3)

2 Braillon & Bewley, 2018.

4)

2 Reece-Stremtan & Marinelli, 2015.

5)

2 Badowski & Smith, 2020.

6)

längerfristige Nutzung, die sich sowohl medizinisch indiziert als auch im Rahmen eines Abusus ergeben kann. In Deutschland sind etwa 3 von 1.000 Menschen opioidabhängig,<sup>28)</sup> sei es von Medikamenten oder von Drogen wie Heroin. Chronischer, unbehandelter Heroinabusus in der Schwangerschaft ist u.a. assoziiert mit einem erhöhten Risiko für intrauterine Wachstumsverzögerung, Frühgeburtlichkeit und vorzeitige Plazentalösung. Zudem bestehen häufig Komorbiditäten, etwa zu Prostitution, Kriminalität, psychiatrischen und sexuell übertragbaren Erkrankungen,<sup>29)</sup> auch hieraus können sich Gefahren für das Ungeborene und/oder den Säugling ergeben.

Medizinisch indizierte und leitliniengerecht durchgeführte Therapien mit Opioiden – z.B. auch Methadon im Rahmen eines Substitutionsprogrammes – sind auch in der Schwangerschaft sicher und ohne die Gefahr einer Schädigung des Fötus anwendbar.<sup>30)</sup> Es besteht jedoch auch hier ein hohes Risiko für die Entstehung eines *neonatalen Entzugssyndroms* (NAS), bei dem durch den Entzug der zuvor über die Plazenta erhaltenen Opiode nach der Schwangerschaft unterschiedliche Symptome, wie Zitterigkeit, Unruhe, Schreizustände und Krampfanfälle auftreten können.<sup>31)</sup> Neugeborene, die in der Schwangerschaft dauerhaft Opioiden ausgesetzt waren, sollen nach der Geburt unmittelbar kinderärztlich versorgt, stationär aufgenommen und zum Ausschluss/zur Behandlung eines NAS mehrere Tage lang überwacht werden, unabhängig davon, welches Opioid in welcher Dosierung von der Schwangeren eingenommen wurde.<sup>32)</sup>

### **e. Zusammenfassung zu Substanzkonsum in der Schwangerschaft**

Die Folgen des pränatalen Substanzabusus sind vielfältig und umfassen körperliche Symptome, die im Prinzip alle Organsysteme betreffen können sowie psychische, neurologische, kognitive, soziale und emotionale Folgestörungen. Bezüglich vieler Substanzen gibt es keine harmlose Dosis, der Konsum während der Schwangerschaft ist vielmehr immer mit Gefahren für das Ungeborene verbunden. Auch kleine Mengen, die über einen längeren Zeitraum konsumiert werden oder einmalig konsumierte hohe Dosen können deutliche Schädigungen beim Fötus hinterlassen, die sich auf das gesamte Leben des Kindes auswirken können. Ein Mischkonsum mehrerer Substanzen wirkt sich oft besonders schwerwiegend aus, macht es aber zugleich schwer, sich zeigende Schädigungen einer bestimmten Substanz zuzuordnen. Von einer Dosis-Wirkungs-Relation ist in der Regel auszugehen, sodass zumindest eine Reduktion der Konsummengen, bestenfalls eine komplette Beendigung des Konsums angestrebt werden sollte. Ein möglicherweise notwendiger Entzug sollte ärztlich begleitet werden. Schwangeren Frauen sollten interdisziplinäre Maßnahmen zur Aufklärung, Unterstützung und Beendigung des Konsums angeboten werden, ihre Schwangerschaften nach Möglichkeit medizinisch besonders engmaschig überwacht werden. Neugeborene suchterkrankter Mütter bedürfen spezieller medizinischer Diagnostik (z.B. Organ- oder Herzultraschall) sowie je nach vorliegender Indikation und zu erwartender Entzugssymptomatik auch einer postnatalen Überwachung auf einer Neugeborenen-Intensivstation und psychosozialer, je nach Befund manchmal auch medizinischer Nachbetreuung.

## **2. Sonstige potenziell fruchtschädigende Verhaltensweisen in der Schwangerschaft**

Neben dem Substanzabusus sind weitere Verhaltensweisen und Situationen denkbar, die für das Ungeborene gefährlich sind und/oder es unmittelbar schädigen. Dazu gehören die Ablehnung von Vorsorgeuntersuchungen sowie von medizinisch indizierten Therapien. Bleibt etwa ein Schwangerschaftsdiabetes unentdeckt/unbehandelt, so drohen eine Frühgeburt, Geburtskomplikationen durch ein besonders hohes Geburtsgewicht

---

2 Marhofer et al., 2021.

7)

2 Davon deutlich mehr Männer als Frauen (Kraus, 2018).

8)

2 „Committee Opinion No. 711: Opioid Use and Opioid Use Disorder in Pregnancy' 2017.

9)

3 NIDA, 2017.

0)

3 Hudak et al., 2012

1)

3 Blesken et al., 2019.

2)

und/oder eine potenziell lebensbedrohliche Unterzuckerung des Neugeborenen.<sup>33)</sup> Auch die sonstige Lebensgestaltung der Schwangeren, insbesondere ihre Ernährung,<sup>34)</sup> riskante Sportarten sowie Promiskuität mit der Folge einer erhöhten Gefahr der Ansteckung mit sexuell übertragbaren Erkrankungen, können sich auf Schwangerschaft, Geburt und Gesundheit des Kindes auswirken.

Diese Beispiele zeigen, dass auch viele legale, sozialadäquate und mitunter völlig triviale Verhaltensweisen in der Schwangerschaft schädlich für das Ungeborene sein können und dass die Sicherstellung guter Schwangerschaftsbedingungen weitreichenden Einfluss auf die Lebensgestaltung der Schwangeren hat. Nicht zuletzt ist auch zu beachten, dass sich die Erkenntnisse darüber, was in welchem Maße gefährdend für ein Ungeborenes ist, laufend ändern. Teilweise fehlt (noch) die harte Evidenz, um eine Verhaltensweise als schädigend zu bewerten. Teilweise stellt sich aber auch später heraus, dass eine Verhaltensweise, die landläufig als gefährdend angesehen wurde, gar keine signifikante Risikoerhöhung zur Folge hat. Umso problematischer ist es natürlich, wenn der Staat der Schwangeren in diesem Bereich „reinreden“ möchte. Es lässt sich also erahnen, dass ein Schutz des Ungeborenen ohne oder gegen den Willen der Schwangeren auf zahlreiche praktische und rechtliche Hindernisse stößt und dass zu umfassende Einwirkungsmöglichkeiten des Staates in diesem Bereich letztlich auch gar nicht wünschenswert sind.

### III. Rechtliche Möglichkeiten und Grenzen des Schutzes Ungeborener

Die obigen Ausführungen zu den vielfältigen Gefahren für das Ungeborene im Mutterleib machen deutlich, warum es aus pränatal-medizinischer Sicht wünschenswert erscheint, dass der Staat in Einzelfällen bereits vor der Geburt schützend tätig wird. Nun gilt es, rechtliche Möglichkeiten und Grenzen auszuloten. Dazu sind in zeitlicher Hinsicht drei Konstellationen zu unterscheiden: Schutzmaßnahmen, die vor der Geburt ergriffen werden und auch bereits vor der Geburt Wirkung entfalten sollen (1.), Maßnahmen, die zwar vor der Geburt ergriffen werden, aber erst nach der Geburt Wirkung entfalten sollen (2.) und solche Maßnahmen, die unmittelbar nach der Geburt ergriffen, jedoch schon vor der Geburt vorbereitet werden (3.).

#### 1. Pränatale Maßnahmen mit pränataler Wirkung

Die physische Verbindung von Schwangerer und Ungeborenem führt nicht nur dazu, dass viele Verhaltensweisen der Schwangeren sich unmittelbar auf das Ungeborene auswirken. Umgekehrt ist es auch so, dass Maßnahmen zum Schutz des Ungeborenen zwangsläufig nur über die Schwangere umgesetzt werden können, weil eine Trennung in dieser Phase nicht möglich ist. Dabei sind auf der Seite der Schwangeren ihr allgemeines Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG (APR) und ihr Recht auf körperliche Unversehrtheit aus Art. 2 Abs. 2 GG zu beachten.<sup>35)</sup> Oftmals streiten diese Rechte gerade für und nicht gegen den Schutz des Ungeborenen, etwa wenn es um den Schutz von Schwangerer und Ungeborenem am Arbeitsplatz nach dem Mutterschutzgesetz geht. Der vorliegende Beitrag nimmt allerdings gerade die Fälle in den Blick, in denen Gefahren für das Ungeborene aus dem Verhalten bzw. der Lebensgestaltung der Schwangeren resultieren.

Hier kann es zu einer Kollision von Rechten der Schwangeren mit der staatlichen Schutzpflicht für das Ungeborene kommen. Diese Schutzpflicht ergibt sich aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1, Art. 1 Abs. 1 GG.<sup>36)</sup> Das BVerfG formuliert in seiner Rechtsprechung zum Abtreibungsrecht ein eigenes Lebensrecht des Ungeborenen und stellt damit Schwangere und Ungeborenes als Träger von Grundrechtspositionen gegenüber.<sup>37)</sup> Dies hat auch in der Formulierung des § 219 Abs. 1 Satz 3 StGB Ausdruck gefunden, wonach „das Ungeborene in jedem

---

3 Sweeting A, Wong J, Murphy HR et al. (2022), A Clinical Update on Gestational Diabetes Mellitus. *Endocr Rev* 43:763–793.

3)

3 Z.B. droht bei übermäßigem Fischkonsum eine schädigende Quecksilberbelastung, bei Konsum von Rohmilchprodukten eine für das

4) Ungeborene lebensbedrohliche Listeriose.

3 Vgl. BVerfG NJW 1993, 1751, 1753 f.

5)

3 BVerfG NJW 1975, S. 573, 575; BVerfG NJW 1993, S. 1751, 1753; Grüneberg – Ellenberger, BGB, § 1 Rn. 6.

6)

3 Das BVerfG spricht von „Zweiheit in Einheit“, vgl. BVerfG, NJW 1993, S. 1751, 1753; kritisch hierzu: Raschen, *Zivilrechtliche*

7) Verhaltens- oder Schutzpflichten der Eltern für Leben und Gesundheit des ungeborenen Kindes?, S. 182.

*Stadium der Schwangerschaft auch ihr [der Schwangeren] gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat“.* Nur eine Mindermeinung geht davon aus, dass der Schutzpflicht des Staates für das ungeborene Leben kein subjektives Recht des Ungeborenen korrespondiere, sondern es sich lediglich um eine objektive Wertentscheidung zum Schutz des Ungeborenen handele.<sup>38)</sup>

Die Entscheidungen des BVerfG zum Schutz des Ungeborenen befassen sich zwar in erster Linie mit Abtreibungen, also gerade nicht mit drohenden Schädigungen unterhalb der Schwelle der gezielten Beendigung einer Schwangerschaft. Gleichwohl spricht die Herleitung des Schutzes aus Art. 2 Abs. 2 GG,<sup>39)</sup> der neben dem Leben auch die körperliche Unversehrtheit schützt, durchaus dafür, den verfassungsrechtlichen Schutzauftrag entsprechend weit zu fassen.

Soweit der Staat bei der Umsetzung einer Schutzpflicht in Grundrechte Dritter eingreift, bedarf es in jedem Fall einer gesetzlichen Grundlage. Wenn das Familiengericht und/oder das Jugendamt zum Schutz Ungeborener in einer Weise tätig werden möchte(n), die in die Lebensgestaltung der Schwangeren eingreift, so bedarf es hierfür also entsprechender Befugnisnormen. In Ermangelung spezieller Vorschriften zum Schutz Ungeborener ist zu fragen, inwieweit die Normen des Kinderschutzes, insbesondere § 1666 BGB, auf Ungeborene direkte oder entsprechende Anwendung finden und das Familiengericht zu Anordnungen gegenüber einer Schwangeren und/oder Dritten ermächtigen.

### **a. Einbeziehung Ungeborener in den Anwendungsbereich des § 1666 BGB**

§ 1666 BGB setzt tatbestandlich eine Kindeswohlgefährdung voraus.<sup>40)</sup> Da diese gegenwärtig sein muss, kann man in der pränatalen Situation nicht ohne Weiteres darauf abstellen, dass künftig ein Kind vorhanden sein wird, das unter etwaigen, pränatal zugefügten Schädigungen zu leiden hat.<sup>41)</sup> Vielmehr ist zu fragen, ob sich schon die Gefährdung des Ungeborenen unter den Begriff der „Kindeswohlgefährdung“ subsumieren lässt. Dies wird höchst unterschiedlich beantwortet.<sup>42)</sup>

Es sind sprachliche, medizinische und rechtssystematische Argumente zu erwägen. Die alltagssprachliche Geläufigkeit des Begriffs „ungeborenes Kind“ könnte für eine Einbeziehung des Ungeborenen in den Schutz des § 1666 BGB sprechen. Andererseits stellt aus medizinischer Sicht die Geburt eine entscheidende Trennlinie dar: Die völlige Abhängigkeit vom Blutkreislauf der Schwangeren, die erst außerhalb des Mutterleibes mit dem Einsetzen der Sauerstoffaufnahme über die Lunge endet, unterscheidet Ungeborene kategorisch von entbundenen (also nicht mehr auf die Sauerstoffversorgung über die Nabelschnur angewiesenen und damit nicht mehr existenziell verbundenen) Kindern.<sup>43)</sup>

Rechtssystematisch lässt sich für und gegen die Einbeziehung Ungeborener argumentieren: Auf der einen Seite dient § 1666 BGB primär der Umsetzung des staatlichen Wächteramtes nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG, welches sich auf „Pflege und Erziehung der Kinder“<sup>44)</sup> und somit auf erst nach der Geburt einsetzende Tätigkeiten bezieht.<sup>45)</sup> Außerdem sind Ungeborene noch keine vollwertigen Zivilrechtssubjekte. § 1 BGB regelt,

---

3 Raschen, Schutzpflichten, S. 193.

8)

3 „Ihren Grund hat diese Schutzpflicht in Art. 1 I GG, der den Staat ausdrücklich zur Achtung und zum Schutz der Menschenwürde verpflichtet; ihr Gegenstand und – von ihm her – ihr Maß werden durch Art. 2 II GG näher bestimmt“, BVerfG NJW 1993, 1751, 1753.

4 Parallel zu der Frage der Einbeziehung Ungeborener in den Schutz des § 1666 BGB stellt sich die Frage der Einbeziehung in den 0) Schutzauftrag des Jugendamtes nach § 8a SGB VIII. Auch hier werden Ungeborene weder explizit einbezogen noch schließt der Wortlaut sie zwingend aus. Gegen eine Einbeziehung nach der aktuellen Gesetzeslage DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2008, 248, 250; ebenso Goldberg/Radewagen, in: MedR 2023, 443, 447, die sich allerdings für eine Einbeziehung de lege ferenda aussprechen; grundsätzlich für eine einheitliche Auslegung des Begriffs der Kindeswohlgefährdung in § 1666 BGB und § 8a SGB VIII: Wiesner/Wapler – Wapler, SGB VIII, § 8a SGB VIII Rn 13a; BECK-GK – Jox, § 8a SGB VIII Rn. 24.

4 Im Ergebnis kommt aber genau diesem Gedanken entscheidendes Gewicht zu, vgl. unten.

1)

4 Dafür: Gernhuber/Coester-Waltjen, FamR, § 58 Rn. 8, § 62 Rn 15; MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 47, 88, 89; AG Wesel, NZFam 2021,

2) 505, 506; Staudinger – Coester, BGB, § 1666 Rn. 25 f.; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2008, 248, 250; dagegen: Czerner, ZKJ 2010, 220, 223; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2002, 248, 249.

4 Vgl. Czerner, ZKJ 2010, 220, 223, der sich im Ergebnis dennoch gegen die Anwendbarkeit ausspricht; Döll hingegen sieht ungeborene

3) Kinder schon sprachlich als nicht erfasst an: Erman – Döll, BGB, § 1666 Rn. 5; ebenso DIJuF-Rechtsgutachten, in: JAmt 2008, 248, 250, dort aber im Ergebnis aus rechtssystematischen Gründen für die Befugnis des Gerichts, Schutzmaßnahmen zugunsten Ungeborener zu ergreifen.

dass die Rechtsfähigkeit eines Menschen erst mit Vollendung der Geburt beginnt,<sup>46)</sup> also mit dem vollständigen Austritt eines lebenden Kindes aus dem Mutterleib.<sup>47)</sup>

Auf der anderen Seite erkennt die Rechtsordnung dem *Nasciturus* immerhin eine *Teilrechtsfähigkeit* zu: So kann für ein Ungeborenes bereits ein Pfleger bestellt werden (§ 1810 BGB),<sup>48)</sup> eine Vormundschaft (§§ 1773 f. BGB) oder eine Beistandschaft des Jugendamtes (§§ 1712, 1713 Abs. 2 Satz 1, § 1714 Satz 2 BGB) eingerichtet werden. Vaterschafts- und Sorgerechtersklärungen sind vor der Geburt möglich (§ 1626b Abs. 2 BGB); das Ungeborene kann bereits erben (§ 1923 Abs. 2 BGB) und es gilt im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB als „anderer“.<sup>49)</sup> Dabei sind Vorschriften, die explizit auf den Schutz Ungeborener abzielen, wie die genannten Regelungen zum Vermögensschutz des *Nasciturus* oder etwa auch das Embryonenschutzgesetz ambivalent: Einerseits zeigen sie, dass der Schutz des Ungeborenen der Rechtsordnung keinesfalls fremd ist. Andererseits legen sie den Umkehrschluss nahe, dass eine Vorschrift wie § 1666 BGB, die Ungeborene nicht explizit erwähnt, auch nicht auf deren Schutz abzielt. Anders ist es bei § 823 BGB, der anerkanntermaßen auch Ungeborene schützt, ohne sie explizit zu erwähnen<sup>50)</sup> und damit ein systematisches Argument für die Einbeziehung Ungeborener auch in den Schutz des § 1666 BGB liefert.

Das gewichtigste Argument für die Einbeziehung Ungeborener in die Schutzsystematik nach § 1666 BGB stellt jedoch der verfassungsrechtliche Schutzauftrag des Staates aus Art. 1 Abs. 1 i.V.m. Art. 2 Abs. 2 GG<sup>51)</sup> dar. Aus dem korrespondierenden Recht des Ungeborenen auf Leben soll sogar eine grundsätzliche „*Rechtspflicht*“ der Schwangeren „*zum Austragen des Kindes*“<sup>52)</sup> (sic!) folgen. Solange das BVerfG hiervon nicht abrückt, erscheint es als systemwidrig, wenn unterhalb der Schwelle der gezielten Beendigung einer Schwangerschaft der Umgang mit dem Ungeborenen soweit in das Belieben der Schwangeren gestellt wäre, dass sich jegliche staatliche Intervention verböte. Perspektivisch ist zwar mit einer erneuten Befassung des BVerfG mit der Materie zu rechnen, denn die Bundesregierung will die Möglichkeit einer Regulierung des Schwangerschaftsabbruchs außerhalb des StGB prüfen.<sup>53)</sup> Sie hat hierzu eine Arbeitsgruppe eingesetzt, welche sich im Ergebnis dafür ausgesprochen hat, Schwangerschaftsabbrüche innerhalb der ersten zwölf Wochen vollständig zu legalisieren.<sup>54)</sup> Wenn es daraufhin zu einer Gesetzesreform kommen sollte, dürfte es nicht lange dauern, bis das BVerfG angerufen wird. Ob es seine bisherige Rechtsprechung aufrechterhält oder eine neue Bewertung trifft, bleibt abzuwarten. Im Augenblick aber ist die Rechtsprechung von 1993 maßgeblich.

Im Ergebnis vertreten eine Reihe von Autoren<sup>55)</sup> sowie manche Gerichte<sup>56)</sup> eine Anwendbarkeit des § 1666 BGB auf Ungeborene. Dies wird in zivilrechtlichen Standardkommentaren sogar als herrschende oder überwiegende Meinung bezeichnet.<sup>57)</sup> Innerhalb dieser Ansicht ist aber keinesfalls unstrittig, wie weitreichend

4 Für eine Einbeziehung auch in den Schutzbereich des Art. 6 Abs. 2 Satz 2 GG: Staudinger – Coester, BGB, § 1666 Rn. 23.

4)

4 Vgl. Czerner, ZKJ 2010, 220, 223.

5)

4 „Mensch iSd § 1 ist jeder geborene [...], noch lebende [...] Mensch. Die Rechtsfähigkeit bezieht sich damit allein auf natürliche

6) Personen.“, MüKoBGB – Spickhoff, BGB § 1 Rn. 13.

4 Dies gilt selbst, wenn direkt danach der Tod eintritt. Die Lösung der Nabelschnur ist für eine Rechtsfähigkeit nicht erforderlich,

7) Grüneberg – Ellenberger, BGB, § 1 Rn. 2.

4 Bis zum 31.12.2022 galt die Vorgängervorschrift: § 1912 BGB a.F.

8)

4 Grüneberg – Ellenberger, BGB, § 1 Rn. 6.

9)

5 Grüneberg – Ellenberger, § 1 Rn. 6, – Grüneberg, Vorb v. § 249 Rn. 52; BGH, NJW 1972, S. 1126; 1985, S. 1390, 1391.

0)

5 BVerfG NJW 1993, 1751, 1753; MüKoBGB – Volke, § 1666 BGB Rn. 46.

1)

5 BVerfG NJW 1993, 1751, 1753.

2)

5 Vgl. Mehr Fortschritt wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, Koalitionsvertrag 2021–2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/Die Grünen und den Freien Demokraten (FDP), S. 92.

5 <https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/aktuelles/presse/pressemitteilungen/kommission-zur-reproduktiven-selbstbestimmung-und->

4) fortpflanzungsmedizin-legt-abschlussbericht-vor-238414.

5 MüKoBGB – Volke, § 1666 Abs. 46; Grüneberg – Götz, § 1666 Rn. 5; Staudinger – Coester, § 1666 Rn. 22 ff.

5)

eine Intervention des Familiengerichts ausfallen darf. Besonders weit geht eine Entscheidung des AG Wesel aus dem Jahr 2021. Darin erteilte das Familiengericht einer Schwangeren im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 49 Abs. 1 FamFG i.V.m. § 1666 Abs. 1 und 3 Nr. 1 BGB unter Androhung von Zwangshaft(!) die Auflage, ärztliche Vorsorgeuntersuchungen wahrzunehmen.<sup>58)</sup>

Gegen eine direkte oder analoge Anwendbarkeit des § 1666 BGB auf Ungeborene sprach sich hingegen eine durch das BMJ eingesetzte Arbeitsgruppe im Jahr 2009 aus. Sie riet zugleich von der Schaffung einer expliziten Rechtsgrundlage für familiengerichtliche Maßnahmen zum Schutz Ungeborener ab.<sup>59)</sup> In der Literatur hingegen wird teilweise eine explizite gesetzliche Verankerung gefordert, etwa als neu zu schaffender § 1666b BGB.<sup>60)</sup> Bis zu einer gesetzlichen Klarstellung wird es vermutlich weiterhin höchst umstritten bleiben, ob und wenn ja, inwieweit Jugendamt und Familiengericht im Einzelfall zum Schutz des Ungeborenen einschreiten dürfen.<sup>61)</sup>

Die Autor\*innen dieses Beitrags kamen – nach intensiver interner Diskussion – zu der Überzeugung, dass das Ungeborene aus dem Schutzsystem nach §§ 1666 f. BGB nicht völlig ausgeklammert werden kann. Da es nach hier vertretener Ansicht nicht unter den Begriff des Kindes subsumiert werden kann, kommt nur eine entsprechende Anwendung in Betracht. Die für eine Analogie grundsätzlich notwendige, planwidrige Regelungslücke lässt sich nicht ohne Weiteres begründen, da der Gesetzgeber in Kenntnis des Ergebnisses der bereits erwähnten Arbeitsgruppe bisher keine explizite Rechtsgrundlage für den Schutz Ungeborener durch die Familiengerichte geschaffen hat.<sup>62)</sup> Im Ergebnis wiegen hier rechtssystematische, insbesondere verfassungsrechtliche Momente aber so schwer, dass die Regelungslücke dennoch als plan- oder jedenfalls systemwidrig angesehen werden muss.

Wenn ein Kind in bestimmten Konstellationen sogar Schadensersatz nach § 823 BGB für pränatal zugefügte Schäden verlangen kann, dann erscheint es als planwidrig, dass eine familiengerichtliche Intervention zum Schutz vor pränataler Schädigung gänzlich ausgeschlossen sein soll. Zwar entsteht der Anspruch nach § 823 BGB, obgleich er an einem Ereignis vor der Geburt ansetzt, erst beim geborenen Kind, während eine familiengerichtliche Intervention zur Abwehr pränatal drohender Schädigungen zwangsläufig schon zu einem Zeitpunkt geschehen muss, in welchem gerade noch kein voll rechtsfähiger Mensch auf der Welt ist. Letztlich muss hier – indirekt – also doch die Überlegung zum Tragen kommen, dass eine Schwangerschaft mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit zu der Geburt eines Kindes führt, welches dann – mit Vollendung der Geburt unter jedem Blickwinkel Mensch, rechtsfähig und im Verhältnis zu seiner Mutter ein „anderer“ ist und mit etwaigen, pränatal zugefügten Schäden leben muss.<sup>63)</sup>

Vor allem aber gilt die vom BVerfG konstatierte, verfassungsrechtlich verankerte Schutzpflicht des Staates für das Ungeborene gerade in der Phase der Schwangerschaft. Zumindest aus dieser folgt daher, dass das System des Kinderschutzes, in gewissen Grenzen, auch in der Zeitspanne vor der Geburt greifen muss. Es ist letztlich eine verfassungskonforme Auslegung vorzunehmen. Dies darf zwar nicht zu einem Ergebnis führen,

---

5 AG Wesel, NZFam 2021, 505 ff.; AG Bad Iburg, BeckRS 2017, 117746; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF

6) 95/17, openJur.

5 Grüneberg – Götz, 83. Aufl. 2024, § 1666 Rn. 5; MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 46.

7)

5 AG Wesel, NZFam 2021, 505 ff.: Dies ist nicht nur beachtlich wegen der klaren Bejahung der Anwendbarkeit des § 1666 BGB auf

8) Ungeborene, sondern darüber hinaus wegen der – nach hier vertretener Ansicht unzulässigen – verbindlichen und sogar zwangsmittelbewährten Anordnung medizinischer Untersuchungen.

5 Arbeitsgruppe zu § 1666 BGB, Abschlussbericht vom 14.7.2009, S. 34.

9)

6 Czerner, ZKJ 2010, S. 220, 226; im DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2008, 248, 250, wird eine explizite Verankerung der vorgeburtlichen

0) Zuständigkeit des FamG in § 1666 BGB erwogen, vgl. außerdem Raschen zur „Notwendigkeit, für die Schwangerschaft ein eigenes System des § 1666 BGB und auch des § 1666a BGB zu entwerfen“, ders., Schutzpflichten, S. 189.

6 Dies kommt u.a. auch darin zum Ausdruck, dass das Deutsche Institut für Jugendhilfe und Familienrecht (DIJuF) sich in seinen

1) Rechtsgutachten mal für (JAmt 2008, S. 248, 250) und mal gegen (JAmt 2002, S. 248, 249) die Anwendbarkeit des Begriffs Kindeswohlgefährdung auch auf Ungeborene ausspricht.

6 Lies-Benachib, NZFam 2021, S. 507.

2)

6 Dies unterscheidet die Diskussion um Möglichkeiten eines Schutzes vor pränatalen Schädigungen auch grundlegend von Fragen der

3) Regulierung der Abtreibung.

dass einem nach Wortlaut und Telos eindeutigen gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft.<sup>64)</sup> Diese Eindeutigkeit weist § 1666 BGB aber gerade nicht auf.

Für die Einbeziehung Ungeborener streitet in manchen Konstellationen zusätzlich das Gebot der Verhältnismäßigkeit. Die Verhängung von Auflagen vor der Geburt kann nämlich mitunter geeignet sein, die Trennung von Mutter und Kind nach der Geburt, die immer *Ultima Ratio* sein muss, vgl. § 1666a BGB, zu verhindern. Gleichwohl ist nicht jede Maßnahme, die einen Sorgerechtsentzug entbehrlich macht, ein milderes Mittel im Sinne der Verhältnismäßigkeit,<sup>65)</sup> da neben dem Elternrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG eben noch andere Grundrechtspositionen der (werdenden) Eltern zu berücksichtigen sind. Es ist daher in jedem Fall bei pränatal ansetzenden und auf pränatalen Schutz abzielenden Maßnahmen<sup>66)</sup> eine besondere Zurückhaltung geboten, um übermäßige Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren zu vermeiden. Der Schwangeren muss ein „*Ermessensspielraum in der eigenen Lebensführung*“ verbleiben.<sup>67)</sup> Sie darf nicht zum bloßen Gefäß degradiert werden.<sup>68)</sup> Das Ziel kann daher nicht sein, optimale pränatale Bedingungen zu erzwingen.<sup>69)</sup>

Aber auch auf der Ebene der Eignung von Maßnahmen zur Erreichung des anvisierten Schutzes ergibt sich ein Gebot der Zurückhaltung. Ein zu invasives Auftreten des Staates könnte nämlich in einer psychischen Ausnahmesituation der Schwangeren resultieren, wodurch bestehende Gefahren für das Ungeborene sich intensivieren oder sogar neue, zusätzliche Gefahren für Schwangere und Ungeborenes entstehen könnten.<sup>70)</sup>

### **b. Überschreitung der Eingriffsschwelle vor der Geburt**

Eingriffsschwelle für Maßnahmen nach § 1666 BGB ist grundsätzlich die gegenwärtige, in einem solchen Maß vorhandene Gefahr, dass bei der weiteren Entwicklung der Dinge eine erhebliche Schädigung des geistigen oder leiblichen Wohls des Kindes mit ziemlicher Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist.<sup>71)</sup> Dieselbe Schwelle soll grundsätzlich auch im Rahmen einer entsprechenden Anwendung auf Ungeborene gelten.<sup>72)</sup> Allerdings müssen hier zwangsläufig Besonderheiten berücksichtigt werden, die sich aus der physischen Verbundenheit von Schwangerer und Ungeborenem sowie dem Entwicklungsstand des Ungeborenen ergeben.

Für eine schnellere Überschreitung der Eingriffsschwelle spricht, dass das Ungeborene einem schädigenden Verhalten der Schwangeren in besonders unmittelbarer Weise exponiert ist.<sup>73)</sup> Während etwa der Alkoholkonsum der Mutter ein geborenes Kind erst dann gefährden kann, wenn diese entweder stillt oder sich

- 
- 6 BVerfG, Beschluss vom 18.12.2023 -2 BvL 7/16, Rn. 24: „Lassen der Wortlaut [einer Norm], die Entstehungsgeschichte, der Gesamtzusammenhang der einschlägigen Regelungen und deren Sinn und Zweck mehrere Deutungen zu, von denen nur eine zu einem verfassungsgemäßen Ergebnis führt, so ist diese geboten. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze jedoch dort, wo sie zum Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbietet es, im Wege der Auslegung einem nach Sinn und Wortlaut eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn beizulegen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen“.
- 6 BVerfG NJW 2011, S. 1661, 1662.
- 5)
- 6 Im Unterschied zu Maßnahmen, die zwar pränatal ansetzen, aber erst postpartal Schutz entfalten sollen, wie etwa der
- 6) Sorgerechtsbeschluss vor Geburt, siehe dazu unten unter III.2.
- 6 Arbeitsgruppe zu § 1666 BGB, Abschlussbericht vom 14.7.2009, S. 37.
- 7)
- 6 Lies-Benachib, NZFam 2021, S. 507; Raschen, Schutzpflichten, S. 194; anders soll es allerdings bei einer hirntoten Schwangeren sein,
- 8) bei der nur noch das postmortale Persönlichkeitsrecht und nicht mehr die freie Willensbetätigung durch die Behandlung als Inkubator tangiert sein kann – hier soll es zulässig sein, die Mutter bis zur Geburtsreife des Fötus künstlich am Leben zu halten, vgl. Gernhuber/Coester-Waltjen, § 62 Rn. 16; MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 47.
- 6 Raschen, Schutzpflichten, S. 186.
- 9)
- 7 Siehe hierzu noch unten d.
- 0)
- 7 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 56.
- 1)
- 7 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 47.
- 2)
- 7 Staudinger Coester, BGB, § 1666 Rn. 25a; Coester, in: FS Coester-Waltjen 2015, S. 29, 34.
- 3)

die Alkoholisierung auf ihre Erziehungsfähigkeit auswirkt, ist das Ungeborene jeder konsumierten Substanz unmittelbar selbst ausgesetzt: Der Blutalkoholspiegel der Schwangeren findet sich wegen der oben ausgeführten physiologischen Einheit praktisch unverändert im Ungeborenen wieder. Gleichzeitig ist das Ungeborene aufgrund der Entwicklungsphase, in der es sich befindet, auch besonders schädigungsanfällig.<sup>74)</sup> Auf der anderen Seite darf die Eingriffsschwelle auch nicht zu niedrig angesetzt werden, da Maßnahmen zum Schutz *in utero* zwangsläufig in besonderem Maße in die Lebensgestaltung der Schwangeren eingreifen und daher besonders grundrechtsintensiv sind.

Die Beachtung dieser Besonderheiten bei der Übertragung von Wertungen aus der Rechtsprechung zu geborenen Kindern auf Fälle einer drohenden pränatalen Schädigung kann zu unterschiedlichsten Ergebnissen führen: Aus der Rechtsprechung, die eine Kindeswohlgefährdung durch das Rauchen der Eltern im Beisein ihrer Kinder auch in geschlossenen Räumen grundsätzlich verneint,<sup>75)</sup> könnte man den Schluss ziehen, dass Rauchen in der Schwangerschaft erst recht keinen Anlass zu staatlichem Einschreiten biete,<sup>76)</sup> da ein absolutes Rauchverbot (eines, das nur die Wohnung oder den PKW betrifft, würde hier ja nicht weiterhelfen) einen erheblichen Eingriff in die Lebensgestaltung der Schwangeren bedeuten würde. Andererseits ist das Passivrauchen für das Ungeborene aber noch gefährlicher als für das geborene Kind, sodass man die Schwelle zur rechtlich relevanten Gefährdung hier durchaus bereits als überschritten ansehen könnte.

In jedem Fall gilt es zu beachten, dass Kinderschutz generell nicht die Aufgabe hat, eine optimale Entwicklung zu ermöglichen.<sup>77)</sup> Jedes Kind ist zu einem gewissen Grad Risiken aus der Lebensführung seiner Eltern ausgesetzt,<sup>78)</sup> es gibt keinen Anspruch auf Idealeltern.<sup>79)</sup> Eltern haben vielmehr einen erheblichen Gestaltungsspielraum hinsichtlich ihres Lebensstils – bis zur Schwelle der Kindeswohlgefährdung.<sup>80)</sup> Erst recht kann der Staat nicht befugt sein, ideale Schwangerschaftsbedingungen gegen den Willen der Schwangeren zu erwirken.<sup>81)</sup>

Zusätzlich fällt es bei Ungeborenen besonders schwer, zu bestimmen, wie stark sie tatsächlich gefährdet sind. Während sich bei geborenen Kindern Sozialarbeiter\*innen, Kinderärzt\*innen, Psychiater\*innen und Psycholog\*innen einen unmittelbaren Eindruck von dem Kind und seinem Gesundheitszustand verschaffen können, kann man bei einem Ungeborenen, bis auf wenige Ausnahmen, lediglich Rückschlüsse aus einer Untersuchung der Schwangeren ziehen. So können etwa die Wirkspiegel von Substanzen mit vertretbarem Risiko nur im mütterlichen Blut bestimmt werden und müssen für das Ungeborene daraus abgeleitet werden. Ob und in welchem Maße das Verhalten der Schwangeren schädlich für das Ungeborene ist, kann daher vor allem anhand von Statistiken abstrakt – und nie konkret im Einzelfall – prognostiziert werden.

---

7 Vgl. Fn 74.

4)

5) BayObLG, FamRZ 1993, 1350, 1351: Im dort zu entscheidenden Fall ging es um zwei Kinder (14 und 4 Jahre alt). Das Gericht ließ offen, ob im Falle besonderer Vorerkrankungen der Kinder, die diese besonders empfindlich machen für die Gefahren des Passivrauchens, anders zu entscheiden wäre. Allerdings ist die Entscheidung bereits 30 Jahre alt, sodass fraglich ist, ob sie noch aktuellen wissenschaftlichen Erkenntnissen und rechtlichen Wertungen entspricht. Die medizinisch-kinderärztlichen Fachgesellschaften gehen explizit davon aus, dass es schädlich ist, wenn Kinder etwa im Innenraum eines PKW einem passiven Nikotinkonsum ausgesetzt sind, vgl. Herrmann, Stellungnahme der Deutschen Akademie für Kinder- und Jugendmedizin, Forderung eines Rauchverbots in Autos mit Kindern, 25.01.2016.

7 So noch in der Voraufgabe: MüKoBGB – Lugani, § 1666 Rn. 43.

6)

7 BayVGH, FamRZ 2017, 1136, 1138.

7)

7 Grüneberg – Götz, BGB, § 1666 Rn. 7; BayObLG, FamRZ 1993, 1350, 1351: die Lebensbedingungen des Kindes sind

8) „notwendigerweise durch das familiäre Umfeld geprägt“; BVerfG, FamRZ 2010, 713, 714: „dass die Eltern und deren sozio-ökonomische Verhältnisse grundsätzlich zum Schicksal und Lebensrisiko des Kindes gehören“; ebenso: BayVGH, FamRZ 2017, S. 1136, 1138; vgl. auch BVerfG, FamRZ 2017, S. 1577, 1579.

7 Prütting/Wegen/Weinrich – Ziegler, BGB, § 1666 Rn. 3; Staudinger – Coester, BGB, § 1666 Rn. 25a; Raschen, Schutzpflichten, S. 194.

9)

8 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 53; BVerfGE 60, S. 79, 94; BVerfG, NJW 2010, S. 2333, 2335.

0)

8 Vgl. Raschen, Schutzpflichten, S. 186: Aufgrund der engeren Schicksalsgemeinschaft zwischen „Mutter“ und „Kind“ während der

1) Schwangerschaft sei ein höheres allgemeines Lebensrisiko des Ungeborenen hinzunehmen.

### c. Verhängung verbindlicher Auflagen vor der Geburt

Des Weiteren stellt sich die Frage, welche Maßnahmen das Familiengericht zum Schutz eines Ungeborenen ergreifen darf. Eine Trennung von Schwangerer und Ungeborenem kommt selbstverständlich nicht infrage. § 1666 Abs. 1, Abs. 3 BGB ermächtigt das Familiengericht jedoch auch zur Verhängung von Ge- und Verboten gegenüber Eltern und Dritten. Dies kommt grundsätzlich auch gegenüber einer Schwangeren und ihrem Partner in Betracht.<sup>82)</sup>

Die Aufzählung von Maßnahmen in § 1666 Abs. 3 BGB ist nicht abschließend.<sup>83)</sup> Sobald eine Weisung erheblich in ein Grundrecht des Betroffenen eingreift, muss sie jedoch mit den explizit Aufgezählten zumindest vergleichbar sein, da es dann einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedarf.<sup>84)</sup> Deshalb stellt die verbindliche Weisung an einen Elternteil, eine Psychotherapie zu beginnen oder fortzusetzen, einen unzulässigen Eingriff in das APR dar,<sup>85)</sup> ebenso die Weisung, an einer medizinischen Untersuchung mitzuwirken.<sup>86)</sup> Solche Verhaltensweisen kann das Gericht lediglich nahelegen, nicht jedoch als verbindliche Auflage verhängen.<sup>87)</sup>

Auch gegenüber einer Schwangeren kann das Familiengericht ärztliche Untersuchungen nicht verbindlich anordnen. Die verbindliche Anordnung gegenüber einer Schwangeren, zum Schutz ihrer ungeborenen Mehrlinge fachärztliche Untersuchungen wahrzunehmen und sich in eine Kinderklinik zu begeben,<sup>88)</sup> kann somit nicht auf § 1666 BGB gestützt werden. Zusätzlich besteht das Problem, dass Ärzt\*innen eine Patientin nur mit deren Einwilligung untersuchen und behandeln dürfen. Wenn eine Schwangere sich nur unter Zwang zu einer ärztlichen Untersuchung und/oder Behandlung bereit erklärt, dann liegt aber letztlich gar keine wirksame Einwilligung vor.<sup>89)</sup> Auch Maßnahmen des Substanzentzugs, an die man im Zusammenhang mit pränatalem Schutz denken könnte, sind in der Regel nur mit Zustimmung der Betroffenen zulässig und erfolgversprechend.<sup>90)</sup>

Das schränkt das Spektrum der möglichen Auflagen ein, macht ein Tätigwerden des Familiengerichts jedoch keinesfalls sinnlos. Zum einen kann das Gericht Verhaltensweisen, die es nicht verbindlich anordnen darf, dennoch empfehlen.<sup>91)</sup> Insbesondere im Zusammenhang mit der Erläuterung, dass das Befolgen der Empfehlung sich positiv auf das Ergebnis einer späteren Sorgerechtsentscheidung auswirken kann, kann dies durchaus eine präventive Wirkung entfalten.<sup>92)</sup> Zum anderen sind durchaus verbindliche Auflagen denkbar, die in der vorgeburtlichen Situation zulässig und sinnvoll sind. So ist nach § 1666 Abs. 3 BGB grundsätzlich die verbindliche Anordnung der Teilnahme an einem Anti-Gewalt-Training<sup>93)</sup> oder einem anderen sozialen Trainingskurs<sup>94)</sup> zulässig. In entsprechender Anwendung dürfte dann auch die Anordnung gegenüber einer

---

8 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 47.

2)

8 Ermann – Döll, § 1666 Rn. 15a; MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 228.

3)

8 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 229; BVerfG NJW 2011, S. 1661, 1662; Ermann – Döll, § 1666 Rn. 15a; MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 228.

4) BVerfG NJW 2011, S. 1661, 1662; OLG Brandenburg, FamRZ 2018, S. 829.

5)

8 OLG Frankfurt a.M., FamRZ 2015, S. 1521, 1522.

6)

8 BVerfG, NJW 2011, S. 1661, 1662.

7)

8 So geschehen in AG Wesel, NZFam 2021, S. 507, 508.

8)

8 Lies-Benachib, NZFam 2021, S. 507, 508.

9)

9 DIJuF-Rechtsgutachten, in: JAmt 2001, 34, 35.

0)

9 BVerfG NJW 2011, S. 1661, 1662.

1)

9 Vgl. auch Raschen, Schutzpflichten, S. 184: „Information, Aufklärung und Motivierung der Frau“ als Mittel der Wahl, um Schutz für das

2) Ungeborene zu erreichen.

9 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 228; Heilmann – Cirullies, § 1666 BGB Rn. 61.

3)

Schwangeren, Termine bei einer Sucht- oder Familienberatung wahrzunehmen, zulässig sein. Zum einen sind solche Maßnahmen thematisch näher an den in § 1666 Abs. 3 BGB explizit genannten. Zum anderen sind sie deutlich weniger grundrechtsintensiv als eine Psychotherapie oder eine medizinische Untersuchung. Sobald eine Auflage nicht das APR, sondern lediglich die allgemeine Handlungsfreiheit tangiert, gelten viel geringere Rechtfertigungsanforderungen. Dies dürfte insbesondere bezüglich der Anordnung der Teilnahme an präventiven Angeboten gelten, die der Verminderung oder Vermeidung des Konsums illegaler Drogen dienen. Letzterer ist nämlich nicht durch das APR geschützt.<sup>95)</sup>

Bei sämtlichen in Betracht kommenden Auflagen ist allerdings stets das Gebot der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Maßnahmen zum Schutz des Ungeborenen müssen also geeignet und erforderlich sein und dürfen nicht unverhältnismäßig in das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren eingreifen.

#### **d. Konsequenzen bei Nichteinhaltung pränatal verhängter Auflagen**

Wenn und soweit das Gericht bestimmte Verhaltensweisen verbindlich anordnet, stellt sich die Frage nach der zwangsweisen Durchsetzung der entsprechenden Anordnung. Die Vollstreckung von Auflagen nach § 1666 Abs. 3 BGB ist generell möglich nach §§ 95 Abs. 1 Nr. 3 FamFG, 888 ZPO durch Zwangsgeld oder Zwangshaft.<sup>96)</sup> Dabei ist jedoch wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.<sup>97)</sup> Dem Zwangsmittel kann schon die Eignung zum angestrebten Zweck fehlen, insbesondere, wenn die Situation des Ungeborenen sich hierdurch weiter zu verschlechtern droht. So ist etwa vorstellbar, dass die Schwangere die Zwangsmittellandrohung als so belastend empfindet, dass sich ein bereits bestehender Substanzabusus hierdurch intensiviert oder sie auto-aggressives Verhalten bis hin zum Suizid zeigt.<sup>98)</sup> Letzteres gilt vor allem im Falle der Vollstreckung einer Zwangshaft.<sup>99)</sup> Auch wäre die Schaffung einer Situation denkbar, die die Grundlage einer medizinischen Indikation zur Spätabtreibung i.S.d. § 218a StGB darstellen könnte. Dies macht deutlich, dass ein forcierter pränataler Schutz des Ungeborenen selbst zu einer Gefahr für dieses werden kann. Im Übrigen dürfte es zumeist an der Angemessenheit einer Freiheitsentziehung fehlen, da diese massiv in die Grundrechte der Schwangeren eingreift.<sup>100)</sup>

Der stärkste Anreiz zur Einhaltung von gerichtlichen Auflagen nach § 1666 BGB, nämlich der andernfalls drohende Sorgerechtsentzug, fehlt im vorgeburtlichen Kontext zunächst, da noch kein Sorgerecht besteht, das entzogen werden könnte.<sup>101)</sup> Gleichwohl dürfte eine Schwangere, soweit sie das Kind später selbst erziehen und nicht etwa zur Adoption freigeben möchte, schon während der Schwangerschaft daran denken, das Sorgerecht nach der Geburt nicht verlieren zu wollen. Dabei liegt es auf der Hand, dass das Verhalten während der Schwangerschaft in die spätere Beurteilung der Erziehungsfähigkeit mit einfließt: Gelingt es etwa einer Schwangeren, ihren Substanzkonsum zu verringern, so schützt dies nicht nur das Ungeborene im Mutterleib, sondern spricht zugleich für ein höheres Maß an Erziehungsfähigkeit im Zeitpunkt der Geburt.

#### **e. Geschlossene Unterbringung für eine Schwangere zum Schutz des Ungeborenen**

---

9 BT-Drs. 16/6815, S. 15.

4)

9 BVerfG NJW 1994, S. 1577, 1578: kein „Recht auf Rausch“.

5)

9 AG Wesel NZFam 2021, S. 505, 507; OLG Brandenburg, FamRZ 2018, S. 829.

6)

9 MüKoBGB – Volke, § 1666 Rn. 181.

7)

9 Vgl. generell zu den Gefahren eines zu konfrontativen Einwirkens auf eine Schwangere: Trost, Beauregard, Smoots, Ko, Haight, Moore

8) Simas, Byatt, Madni, Goodman, 2021.

9 Auch eine Verschlechterung der finanziellen Situation der Schwangeren durch ein Zwangsgeld kann dem Ungeborenen schaden, wenn sich dadurch etwa die Qualität der Ernährung verschlechtert.

1 All dies hat freilich das AG Wesel nicht daran gehindert, gegenüber einer Schwangeren Ordnungshaft anzuordnen „für den Fall, dass sie die angeordneten Vorsorgeuntersuchungen nicht wahrnimmt“, AG Wesel NZFam 2021, S. 505 ff.

0)

1 Vgl. Luciano, ZKJ 2023, S. 129 f.

0

1)

Erwogen wird in der Literatur auch, dass das Jugendamt versuchen könnte, beim Amtsgericht eine Unterbringung der Schwangeren zum Schutz des Ungeborenen zu erwirken.<sup>102)</sup> Dafür kommen als Rechtsgrundlagen § 1831 BGB sowie die landesrechtlichen Regelungen zur Unterbringung psychisch Kranker in Betracht, etwa § 13 PsychKHG BW. Der Weg über diese Vorschriften erscheint allerdings zum einen extrem, zum anderen wenig aussichtsreich. Die Unterbringung nach § 1831 BGB dient ausschließlich dem Schutz der Rechtsgüter der Unterzubringenden, dasselbe gilt für § 1631b BGB, der die Unterbringung einer minderjährigen Schwangeren ermöglicht. Diese Vorschriften können daher nicht zum Schutz des Ungeborenen vor dem Verhalten der Schwangeren eingesetzt werden.

§ 13 Abs. 3 PsychKHG BW hingegen dient nicht nur dem Schutz des Betroffenen, sondern sieht auch die Unterbringung zur Abwehr einer erheblichen gegenwärtigen Gefahr für verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter Dritter vor.<sup>103)</sup> Die Rechtsprechung des BVerfG, nach der das Ungeborene bereits ein verfassungsrechtlich geschütztes Recht auf Leben innehat<sup>104)</sup> sowie die Beurteilung des Ungeborenen als „anderer“ im Rahmen des § 823 BGB<sup>105)</sup> könnten dafür sprechen, es auch in diesem Sinne als Dritten anzusehen, obwohl es noch keine rechtsfähige Person i.S.v. § 1 BGB darstellt. Ob die Gerichte diese gefahrenabwehrrechtliche Konsequenz ziehen würden, erscheint jedoch als äußerst fraglich.

#### **f. Einleitung des familiengerichtlichen Verfahrens, Durchführung eines Erörterungstermins und Bestellung eines Verfahrensbeistandes vor der Geburt des Kindes**

Zum Schutz eines Ungeborenen kann in jedem Fall ein gerichtliches Kinderschutzverfahren eingeleitet<sup>106)</sup> und ein Erörterungstermin nach § 157 FamFG durchgeführt werden.<sup>107)</sup> Da hierfür die Schwelle zur Kindeswohlgefährdung nicht überschritten sein muss,<sup>108)</sup> gilt dies sogar, wenn man eine direkte oder entsprechende Anwendung des § 1666 BGB auf Ungeborene ablehnt.<sup>109)</sup> Das Gericht kann dem Ungeborenen auch bereits einen Verfahrensbeistand nach § 158 FamFG bestellen mit dem Ziel, dass dem Recht des Ungeborenen auf Leben und körperliche Unversehrtheit im Verfahren hinreichendes Gewicht eingeräumt wird.<sup>110)</sup>

1 DIJuF-Rechtsgutachten, in: JAmt 2001, S. 34 f.

0

2)

1 BGH NJW 2019, S. 860, 861 Rn. 11.

0

3)

1 a.A.: Raschen, Schutzpflichten, S. 193: dieser sieht das ungeborene Kind nicht als eigenständiges Grundrechtssubjekt, sondern lediglich als „Schutzgut der objektiven Wertordnung“ an.

0

4)

1 Ungeborenes als „anderer“: Grüneberg – Ellenberger, BGB, § 1 Rn. 6.

0

5)

1 Erman – Döll, BGB, § 1666 Rn. 5; Prütting/Helms – Hammer, FamFG, § 157 Rn. 8.

0

6)

1 Prütting/Helms – Hammer, FamFG, § 157 Rn. 8; Goldberg/Radewagen, MedR 2023, 443, 447; Heilmann – Cirullies, § 1666 BGB Rn. 15; OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF 95/17, openJur 2019, 35369 Rn. 21; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2014, 389; Arbeitsgruppe „Familiengerichtliche Maßnahmen bei Gefährdung des Kindeswohls – § 1666 BGB“, Abschlussbericht vom 14.7.2009, S. 35 (zur Rechtslage vor Schaffung des FamFG wird dort die Zulässigkeit eines Erörterungstermins nach § 50f FGG bejaht).

1 Prütting/Helms – Hammer, FamFG, § 157 Rn. 8; DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2014, 389, 390; Czerner, ZKJ 2010, 2020, 221.

0

8)

1 Freilich dürfte der Inhalt des Erörterungstermins danach variieren, ob man auch einen pränatalen Schutz als Ziel der Erörterung ansieht oder lediglich klären will, ob das Kind in ein gefährdendes Umfeld hineingeboren wird.

0

9)

1 Staudinger – Coester, BGB, § 1666 Rn. 25a; AG Bad Iburg, Beschluss vom 18.7.2017 – 5 f 379/17 SO, BeckRS 2017, 117746;

1 offengelassen: OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF 95/17, openJur 2019, 35369.

0

Ein gerichtlicher Erörterungstermin ist eine wertvolle Gelegenheit, um mit den werdenden Eltern ins Gespräch zu kommen und kommunikativ auf diese einzuwirken.<sup>111)</sup> Insbesondere, wenn deren Verhältnis zum Jugendamt belastet ist, kann es hilfreich sein, wenn das Gericht Gefahren erläutert sowie Hilfsangebote und Therapiemöglichkeiten<sup>112)</sup> aufzeigt. Letztlich kann so ein Termin auch Transparenz und Vorhersehbarkeit schaffen, indem er verhindert, dass eine Mutter unmittelbar nach der Geburt ihres Kindes erstmalig mit Zweifeln des Gerichts an ihrer Erziehungsfähigkeit konfrontiert wird. Im Idealfall gelingt es, bei den werdenden Eltern ein Problembewusstsein und einen echten Kooperationswillen herzustellen.<sup>113)</sup> Ansonsten kann die Verdeutlichung des nach der Geburt drohenden Sorgerechtsentzugs zur Änderung problematischer Lebensverhältnisse motivieren.<sup>114)</sup> Dies gilt zumindest gegenüber werdenden Eltern, die das Kind selbst erziehen und nicht etwa zur Adoption freigeben möchten.

Die mögliche Präventionswirkung eines Erörterungstermins sollte nicht unterschätzt werden. Speziell in Bezug auf Alkoholkonsum in der Schwangerschaft wurde gezeigt, dass Kurzinterventionen zur Aufklärung über Risiken zu einer Reduzierung oder bestenfalls sogar Vermeidung von Alkohol in der Schwangerschaft führen können.<sup>115)</sup> Auch die generellen Erfahrungen aus der Präventivmedizin sprechen dafür, dass ein (wiederholtes) Hinweisen auf die Schädlichkeit eines Verhaltens einen nachhaltigen Effekt haben kann. Für den Ausstieg aus der Nikotinsucht haben sich kommunikative Kurzinterventionen von Hausärzt\*innen als hochwirksames Mittel erwiesen,<sup>116)</sup> Ähnliches gilt für die Prävention gegen einen riskanten Alkoholkonsum. Daher stellt die Erkenntnis, dass im pränatalen Kontext in erster Linie weniger invasive Maßnahmen wie Erörterung, Aufklärung und Empfehlung zulässig sind, keinesfalls die Sinnhaftigkeit eines pränatalen Tätigwerdens des Familiengerichts infrage.

## 2. Pränatale Maßnahmen mit Wirkung ab der Geburt

Von den Maßnahmen, die auf eine Verhaltensänderung der Schwangeren abzielen, sind solche zu unterscheiden, die zwar vor der Geburt ergriffen werden, aber erst ab dem Zeitpunkt der Geburt Wirkung entfalten.

### a. Sorgerechtsentziehung mit Wirkung ab der Geburt

Es wird vertreten, dass ein gerichtlicher Sorgerechtsentzug vor der Geburt des Kindes bereits formell wirksam ist und mit der Geburt des Kindes materielle Wirksamkeit entfaltet.<sup>117)</sup> Die Gegenansicht geht davon aus, dass die Entscheidung immer erst nach der Geburt des betreffenden Kindes formal wirksam getroffen werden kann. Bereits während der Schwangerschaft getroffene Entscheidungen seien daher nichtig.<sup>118)</sup>

---

1 Abschlussbericht vom 14.7.2009, S. 35; DIJuF-Gutachten, JAmt 2008, S. 248, 250; vgl. auch Lies-Benachib, NZFam 2021, S. 507, 508.

1

1) z.B. das von BZgA und PKV-Verband geförderte „IRIS“-Programm, ein Online-Angebot sowohl für Alkohol- und Zigarettenverzicht in der Schwangerschaft; gegen Tabakkonsum haben sich generell als wirksam erwiesen: psychotherapeutische Verfahren, psychologische Beratung, digitale Interventionen und Bonifikationen (z.B. Gutscheine, Bargeld) i.V.m. psychosozialen Beratungsangeboten; zur Therapie der Cannabis-Abhängigkeit kommen vor allem Kurzinterventionen mit kognitiv-verhaltenstherapeutischen Elementen sowie individueller Beratung zum Einsatz (vgl. Bonnet & Scherbaum, 2005).

1 Raschen, Schutzpflichten, S. 183 f.

1

3) Abschlussbericht vom 14.7.2009, S. 35; DIJuF-Gutachten, JAmt 2008, S. 248, 250; vgl. auch Lies-Benachib, NZFam 2021, S. 507, 508; Goldberg/Radewagen, MedR 2023, S. 443, 447.

4)

1 Svetlana Popova et al., 2023.

1

5) AWMF, 2021.

1

6) Dafür: OLG Hamm, Beschluss vom 25.2.2020 – 11 UF 253/19, openJur 2020, 32323, Rn. 40: sehr überzeugend argumentiert mit einer Parallele zu der Sorgeerklärung nach § 1626b Abs. 2 BGB, die bereits vor der Geburt abgegeben werden kann und im Zeitpunkt der Geburt wirksam wird; DIJuF-Gutachten, JAmt 2002, 248, 249.

Gegen die Zulässigkeit einer vor der Geburt des Kindes getroffenen Sorgerechtsentscheidung wird angeführt, dass es sich um eine *per se* unzulässige Vorratsentscheidung handle.<sup>119)</sup> Gestützt wird diese Argumentation auf zwei Entscheidungen des BVerfG, nach denen ein anfänglich rechtmäßiger Sorgerechtsentzug aufzuheben ist, sobald die akute Kindeswohlgefährdung entfällt, also nicht für den Fall einer erneuten Zuspitzung der familiären Situation aufrechterhalten werden darf.<sup>120)</sup> Richtiger Weise folgt aus dieser Rechtsprechung aber nicht die formelle Unwirksamkeit einer pränatal getroffenen Sorgerechtsentscheidung.

Zum einen stellt diese schon gar keine Vorratsentscheidung im engeren Sinne dar,<sup>121)</sup> da sie nicht lediglich für den Eventualfall einer Verschlechterung der Situation vorgehalten wird. Wenn das Gericht zu einem Zeitpunkt, zu dem mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden kann, dass ein lebensfähiges Kind zur Welt kommen wird (dies dürfte etwa ab Beginn der 25. Schwangerschaftswoche der Fall sein<sup>122)</sup>), überzeugt ist, dass die Schwangere nicht in der Lage ist, ein Neugeborenes angemessen zu versorgen, dann ist das „Ob“ der Kindeswohlgefährdung bereits sicher, lediglich das „Wann“ steht noch nicht fest. Zum anderen ist selbst die echte Vorratsentscheidung nicht etwa formell unwirksam, sondern lediglich rechtswidrig. Das bedeutet, dass sie anfechtbar ist und aufgehoben werden muss, soweit tatsächlich keine Kindeswohlgefährdung (mehr) besteht. Das spricht dafür, dass auch eine Entscheidung des Familiengerichts, mit der das Sorgerecht für ein Ungeborenes entzogen wird, nicht als nichtig anzusehen ist, sondern allenfalls bis zur Geburt erfolgreich angefochten werden kann, mit der Geburt aber rechtmäßig wird, wenn und soweit dann tatsächlich eine Kindeswohlgefährdung vorliegt.<sup>123)</sup> Grundsätzlich ist es dem Zivilrecht keineswegs fremd, dass während der Schwangerschaft rechtliche Regelungen getroffen werden, die erst mit der Geburt Wirkung entfalten. So kann auch ein Vormund nach §§ 1773, 1774 BGB schon vor der Geburt mit Wirkung ab der Geburt bestellt werden und auch die Sorgerechtsklärung nach § 1626b Abs. 2 BGB kann bereits vor der Geburt abgegeben werden.<sup>124)</sup>

Schließlich gelingt auch die Wahrung der vorrangigen Zuständigkeit des Familiengerichts für die Trennung von Eltern und Kindern nur, wenn man der vor der Geburt des Kindes getroffenen, gerichtlichen Sorgerechtsentscheidung eine Wirksamkeit ab der Geburt zuerkennt. Da es nämlich organisatorisch kaum gelingen wird, eine gerichtliche Entscheidung so zu erwirken, dass sie unmittelbar nach der Geburt erlassen wird, tritt sonst in Fällen, in denen die Trennung von Mutter und Kind direkt nach der Geburt zur effektiven Abwehr einer Kindeswohlgefährdung geboten ist, zwangsläufig die Eilzuständigkeit des Jugendamtes nach §§ 8a Abs. 2 Satz 2, 42 Abs. 1 SGB VIII ein. In Fällen, in denen der Verlauf schon vor der Entbindung absehbar war, und daher auch genug Zeit für eine gerichtliche Prüfung und Entscheidung gewesen wäre, umginge man so letztlich die vorrangige gerichtliche Zuständigkeit. Dies ist gerade auch im Hinblick auf die Rechte der Mutter bedenklich, da das Gerichtsverfahren eine höhere Gewähr für eine gründliche rechtliche Prüfung und eine angemessene Berücksichtigung aller betroffenen Rechtspositionen bietet.

---

1 Prütting/Helms – Hammer, FamFG, § 157 Rn. 8; Erman – Döll, BGB, § 1666 Rn. 5; OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF 95/17, openJur 2019, 35369 Rn. 22.

8)

1 OLG Frankfurt a.M., a.a.O.

1

9)

1 BVerfG, Beschluss vom 27.8.2014 – 1 BvR 1822/14, openJur 2015, 23680 und BVerfG, Beschluss vom 29.9.2015 – 1 BvR 1292/15, openJur 2018, 10265.

0)

1 So im Ergebnis auch Staudinger – Coester, BGB, § 1666 Rn. 22.

2

1)

1 „Die Überlebenschance behandelte Frühgeborener sind in diesem Fall so hoch, dass im Regelfall eine lebenserhaltende Therapie anzustreben ist“, S2k-Leitlinie der Arbeitsgemeinschaft wissenschaftlicher medizinischer Fachgesellschaften (AWMF) Nr. 024/019

2) „Frühgeborene an der Grenze der Lebensfähigkeit“ vom 24.6.2020.

1 OLG Hamm, Beschluss vom 25.2.2020 – 11 UF 253/19, openJur 2020, 32323, Rn. 38 f.

2

3)

1 OLG Hamm (Fn 124), Rn. 40.

2

4)

Die Sorgerechtsentziehung wird sich in geeigneten Fällen auch ohne Weiteres bereits vor der Geburt angemessen begründen lassen. So muss die Entscheidung nicht mit einem Fehlverhalten der Eltern gegenüber dem konkret betroffenen Kind begründet werden.<sup>125)</sup> Es kann vielmehr auch ausreichend sein, dass bestimmte Eigenschaften der Eltern, etwa schwere Sucht- oder sonstige psychische Erkrankungen sowie das Verhalten gegenüber anderen Kindern (z.B. wiederholte schwere körperliche Misshandlungen eines älteren Geschwisterkindes) das Gericht zu der Feststellung veranlassen, dass die Eltern (derzeit) nicht erziehungsfähig sind.<sup>126)</sup>

### **b. Bestellung eines Vormundes vor der Geburt (§§ 1773, 1774 BGB)**

Ein Vormund für das Kind kann nach §§ 1773, 1774 BGB bereits vor der Geburt bestellt werden, die Bestellung wird dann unmittelbar mit der Geburt wirksam, vgl. § 1773 Abs. 2 Satz 2 BGB.<sup>127)</sup> Der Vormund ist gesetzlicher Vertreter des Kindes und übt alle Aspekte der elterlichen Sorge aus, also insbesondere das Aufenthaltsbestimmungsrecht sowie die Gesundheitsfürsorge, sodass er auch über die medizinische Versorgung des Neugeborenen entscheiden kann. Eine Vormundschaft kommt aber nur in Betracht, wenn die rechtlichen Eltern als gesetzliche Vertreter und Inhaber der Personensorge ausfallen, etwa weil sie minderjährig sind.<sup>128)</sup>

### **3. Maßnahmen, die unmittelbar nach der Geburt ergriffen werden**

Wenn bereits vor der Geburt des Kindes konkret absehbar ist, dass dessen körperliches, geistiges oder seelisches Wohl in der Obhut der Mutter gefährdet sein wird, eine gerichtliche Sorgerechtsentscheidung aber nicht rechtzeitig erlangt werden kann, muss das Jugendamt darauf vorbereitet sein, das Kind unmittelbar nach der Entbindung nach § 42 SGB VIII in Obhut zu nehmen.

#### **a. Rechtliche Zulässigkeit der Inobhutnahme eines Neugeborenen durch das Jugendamt auf der Entbindungsstation**

Das Jugendamt kann ein Kind unmittelbar nach dessen Geburt auf der Grundlage von § 42 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. b) SGB VIII in Obhut nehmen, wenn eine familiengerichtliche Entscheidung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.<sup>129)</sup> In jedem Fall ist eine Inobhutnahme durch das Jugendamt also zulässig, wenn das Familiengericht angerufen wurde, aber nicht rechtzeitig terminiert.<sup>130)</sup> Allerdings dürfte selbst für das Abwarten einer Terminierung in vielen Fällen nicht genug Zeit bleiben. Wenn man eine gerichtliche Entscheidung vor der Geburt des Kindes für unzulässig und formell unwirksam hält, so muss man in der Konsequenz davon ausgehen, dass in diesen dringenden Fällen stets die Eilzuständigkeit des Jugendamtes gegeben ist.<sup>131)</sup> Der Vorteil dieser Vorgehensweise ist der, dass man so keine „Vorratsentscheidung“ benötigt, deren

---

1 DIJuF-Gutachten, in: JAmt 2002, 248, 249.

2  
5)

1 VG Köln, Beschluss vom 23.8.2019 – 26 L 1754/19, BeckRS 2019, 28968; DIJuF-Gutachten, Absehbare Gefährdung des Wohls eines  
2 noch ungeborenen Kindes durch die erziehungsunfähigen Eltern; zur Frage eines Eingriffs in die elterliche Sorge vor Geburt des  
6) Kindes, JAmt 2002, S. 248, 249; OLG Oldenburg, NJWE-FER 1998, S. 67.

1 jurisPK-BGB – Hamdan, § 1773 Rn. 48 f.

2  
7)

1 Staudinger – Coester, BGB, § 1773 Rn. 29.

2  
8)

1 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF 95/17, openJur 2019, 35369 Rn. 23.

2  
9)

1 VG Köln, BeckRS 2019, 28968 Rn. 34.

3  
0)

1 OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 12.5.2017 – 1 UF 95/17, openJur 2019, 35369 Rn. 23.

3  
1)

verfassungsrechtliche Zulässigkeit umstritten ist.<sup>132)</sup> Von Nachteil ist jedoch, dass in Fällen, in denen eigentlich Zeit für eine gerichtliche Befassung gewesen wäre, der Sinn und Zweck der vorrangigen Zuständigkeit des Gerichts konterkariert werden. Aus Sicht des Jugendamtes empfiehlt es sich in jedem Fall, das Gericht vor der Geburt anzurufen. Wenn dieses eine vorgeburtliche Entscheidung ablehnt, hat das Jugendamt Gewissheit darüber, dass seine eigene Eilzuständigkeit gegeben ist.

#### **b. Praktische Probleme im Zusammenhang mit der Trennung von Mutter und Kind unmittelbar nach der Entbindung**

Damit das Jugendamt ein Kind unmittelbar nach seiner Geburt in Obhut nehmen kann – sei es aufgrund eines gerichtlichen Sorgerechtsentzugs oder durch eigenen Verwaltungsakt –, muss es Kenntnis von Ort und Zeitpunkt der Entbindung erlangen.<sup>133)</sup> In der Regel ist damit zu rechnen, dass die Geburt in einem Krankenhaus in der Nähe des gewöhnlichen Aufenthaltsorts der Schwangeren stattfinden wird. Daher empfiehlt es sich, dass das Jugendamt alle in der Nähe gelegenen Geburtskliniken kontaktiert und darum bittet, im Falle der Aufnahme der Schwangeren zur Entbindung informiert zu werden. Die Übermittlung der personenbezogenen Daten der Schwangeren an die Kliniken ist nach § 69 Abs. 1 Nr. 1 SGB X zulässig, da sie für die Erfüllung der Zwecke, für die sie erhoben wurden, nämlich zur Vorbereitung der Abwehr einer Kindeswohlgefährdung, erforderlich ist. Da es um den Schutz eines Kindes nach seiner Geburt geht, gilt dies sogar unabhängig davon, ob man Ungeborene als vom Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII erfasst ansieht oder nicht.<sup>134)</sup> Auch das Kriterium der Gegenwärtigkeit der abzuwehrenden Kindeswohlgefährdung stellt bei näherer Betrachtung kein Hindernis dar, da es zum einen lediglich um vorbereitende Maßnahmen geht und zum anderen bereits ein Zustand besteht, bei dem „*bei natürlicher Weiterentwicklung der Sachlage jederzeit mit dem Eintritt des Schadens gerechnet werden muss*“,<sup>135)</sup> denn die Unfähigkeit der Mutter zur angemessenen Versorgung des Säuglings steht in diesen Fällen bereits vor der Geburt fest und die Geburt, mit der jederzeit gerechnet werden kann, stellt lediglich eine natürliche Weiterentwicklung der Sachlage dar, die Unterversorgung und damit Schädigung des Säuglings direkt im Anschluss an dessen Geburt ebenfalls. Die Ärzt\*innen in der Entbindungsklinik wiederum dürfen auf der Grundlage von § 4 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 6, Abs. 3 KKG das Jugendamt informieren.

#### **IV. Fazit**

Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des BVerfG zu einem Recht des Ungeborenen auf Leben<sup>136)</sup> überrascht es, dass der Gesetzgeber einen pränatalen Kinderschutz nicht explizit vorsieht und damit viel Raum für Meinungsstreitigkeiten und divergierende Rechtsprechung dazu gelassen hat, ob, und wenn ja, welche Maßnahmen zum Schutz Ungeborener zulässig sind. Gleichzeitig ist zu sehen, dass sich der Gesetzgeber, die Gerichte und das Jugendamt in Bezug auf pränatale Gefährdungen Ungeborener in einem hochgradig diffizilen, von widerstreitenden Rechtsgütern geprägten Spannungsfeld bewegen, das zudem durch gesellschaftlich, moralisch, religiös und ideologisch aufgeladene Debatten hoch emotionalisiert ist. Wie bereits eingangs angesprochen, kann daher die Entscheidung für bestimmte Begriffe („Kind“ vs. „Fötus“) als tendenziös empfunden werden.

---

1 Von einer Verfassungswidrigkeit geht insbesondere aus: OLG Frankfurt am Main (Fn 132) Rn. 22.

3

2)

1 Dasselbe gilt für den Amtsvormund, der Entscheidungen über die medizinische Versorgung des Neugeborenen zu treffen hat.

3

3)

1 Dass Ungeborene nicht vom Schutzauftrag nach § 8a SGB VIII erfasst seien, vertreten etwa Goldberg/Radewagen, in: MedR 2023, S. 443, 447 und DIJuF-Rechtsgutachten, JAmt 2008, S. 248, 250, dort wird zur Rechtfertigung einer Datenübermittlung (z.B. an das

3 Familiengericht) vor der Geburt eines Kindes jeweils auf einen rechtfertigenden Notstand nach § 34 StGB zurückgegriffen.

4) BECK-GK – Jox, § 8a SGB VIII Rn. 32.

1

3

1 BVerfG NJW 1993, 1751, 1754.

3

6)

Davon müssen sich jedoch die Rechtsprechung und die mit der Unterstützung der Familie und dem Kinderschutz befassten Institutionen weitgehend freimachen. Das Ziel staatlichen Handelns ist die nüchterne Abwägung von Rechtsgütern *de jure* und die Verantwortung, *de facto* eine Situation zumindest nicht zu verschlechtern – vergleichbar mit dem medizinischen Grundsatz *primum nil nocere*.<sup>137)</sup> Das verlangt die in diesem Beitrag dargelegte Differenzierung: Versuche, das Ungeborene vor schädigendem Handeln oder Unterlassen der Schwangeren zu schützen, stoßen in der Abwägung von Rechtsgütern und faktischen Möglichkeiten an andere Grenzen als der vor der Geburt begonnene Versuch, das Neugeborene vor einer klar absehbaren Kindeswohlgefährdung zu schützen.

Maßnahmen des Familiengerichts, die zwar vor der Geburt des betreffenden Kindes angestoßen werden, aber erst nach der Geburt Wirkung entfalten sollen, können nach hier vertretener Ansicht auch ohne eine entsprechende Anwendung von § 1666 BGB auf Ungeborene gerechtfertigt werden, da sie eben erst dann wirksam werden, wenn auch tatsächlich ein Kind auf der Welt ist. Maßnahmen, die bereits auf eine Schutzwirkung vor der Geburt abzielen, lassen sich hingegen nur rechtfertigen, indem man, wie die Autor\*innen des Beitrags, von einer zumindest entsprechenden Anwendbarkeit des § 1666 BGB auf Ungeborene ausgeht. Das Repertoire der verhängbaren Auflagen ist allerdings stark limitiert, da eine Vergleichbarkeit mit den in § 1666 BGB explizit Genannten gegeben sein muss und das APR der Schwangeren (und ggf. des werdenden Vaters/Partners der Schwangeren) nicht verletzt werden darf. Mangels entziehbarer Sorgerechts und aufgrund der weitgehenden Unverhältnismäßigkeit – und möglichen Kontraproduktivität – klassischer Zwangsmittel fehlt es in diesem Bereich zudem an einem Druckmittel bezüglich der Einhaltung verhängter Auflagen.

Auch faktisch wird der Schutz des Ungeborenen kaum gegen die Schwangere, sondern alleine mit ihrer Mitwirkung gelingen können.<sup>138)</sup> Im Alltag des fachlichen Handelns können daher Werben und Kooperation, Information, Aufklärung und psychosoziale Unterstützung nicht oft genug betont werden. Für das zuständige Jugendamt ist es zulässig und ratsam, das Familiengericht bereits vor der Geburt eines gefährdeten Kindes anzurufen. Zum einen kann im Rahmen eines gerichtlichen Erörterungstermins erneut an die Schwangere appelliert werden, ihr Verhalten zu ändern. Zum anderen ist aufgrund der uneinheitlichen Rechtsprechung nicht ausgeschlossen, dass das zuständige Gericht bereits vor der Geburt Maßnahmen zum Schutz des Ungeborenen anordnen und/oder eine Entscheidung über das Sorgerecht treffen wird. Wenn es dies hingegen mit der Argumentation ablehnt, es könne vor der Geburt keine solche Entscheidung treffen, ist damit zugleich geklärt, dass für eine unmittelbar nach der Geburt gebotene Inobhutnahme die Eilzuständigkeit des Jugendamtes gegeben ist.

### Über die Autoren:

Annette Sauer, Kreisoberrechtlerin, Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald, Dezernat für Jugend und Soziales  
Dr. Oliver Berthold, Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin, Kinderschutzmediziner (DGKiM), Medizinische Kinderschutzhotline, Klinik für Kinder- und Jugendmedizin, DRK Kliniken Berlin  
Dr. Tobias Heimann, Facharzt für Kinder- und Jugendmedizin, Kinderschutzmediziner (DGKiM), Medizinische Kinderschutzhotline, Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm  
Dr. in Andrea Kliemann, Verwaltungsprofessur „Recht der Sozialen Dienstleistungen“, Universität Vechta – Fakultät I  
Xiluva Ferro Macamo, Kreisrechtlerin, Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald, Dezernat für Jugend und Soziales  
Veit Gutmann, Kreissozialoberamtsrat, Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald, Dezernat für Jugend und Soziales  
Max C. Perick, Richter am Amtsgericht, Amtsgericht Recklinghausen  
Thorsten Culmsee, Ltd. Kreisrechtsdirektor, Landratsamt Breisgau-Hochschwarzwald, Dezernat für Jugend und Soziales  
Prof. Dr. Jörg M. Fegert, Ärztlicher Direktor der Klinik für Kinder- und Jugendpsychiatrie/Psychotherapie, Universitätsklinikum Ulm

---

1 Der lateinische Spruch lautet in Gänze: „primum non/nihil/nihil nocere, secundum cavere, tertium sanare“, das bedeutet: „erstens nicht schaden, zweitens vorsichtig sein, drittens heilen“.

7)

1 Vgl. Raschen, Schutzpflichten, S. 184, 189 f.

3

8)