

Festschrift für
Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Festschrift für

Andreas Donatsch

Herausgegeben von:

Daniel Jositsch

Prof. Dr., Universität Zürich

Christian Schwarzenegger

Prof. Dr., Universität Zürich

Wolfgang Wohlers

Prof. Dr., Universität Basel

Schulthess § 2017

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, vorbehalten. Jede Verwertung ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronische Systeme.

© Schulthess Juristische Medien AG, Zürich · Basel · Genf 2017
ISBN 978-3-7255-7370-7

www.schulthess.com

Vorwort

«Jedes Gemeinwesen muss zur Garantie seines Bestandes Zwangsmittel bereithalten, die im äussersten Fall mit unmittelbarem Zwang verbunden sind. Wo staatliche Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen oder nicht eingesetzt werden, nutzen Einzelne oder Gruppen die Gelegenheit, ihrerseits Macht zu erwerben und Zwang auszuüben. Die Alternative zu staatlichem Zwang ist deshalb nicht Freiheit, sondern – wie sich immer wieder von neuem zeigt – privater Zwang». Mit dieser markanten rechtspolitischen Aussage leitete Andreas Donatsch im Jahr 1981 seine Dissertation mit dem Titel «Die strafrechtliche Beurteilung von Rechtsgutsverletzungen bei der hoheitlichen Anwendung unmittelbaren Zwangs» ein. Damit wurde dem Leser sogleich klar, dass hier ein wacher und verantwortungsvoller Geist sein wissenschaftliches Debüt gab. Freilich lässt das Zitat auch den damaligen beruflichen Werdegang von Andreas Donatsch durchschimmern: Er hatte im Wintersemester 1976/77 das Studium mit dem Lizentiat abgeschlossen. Danach war er in seinen Heimatkanton Graubünden zurückgekehrt, wo er 1979 das Rechtsanwaltspatent erworben hatte. Parallel dazu erfolgte sein beruflicher Einstieg bei der Kantonspolizei Graubünden.

Bereits 1981 kehrte Andreas Donatsch nach Zürich zurück und mindestens seine berufliche Karriere im Kanton Graubünden hat damit ihr definitives Ende gefunden. Die Verbundenheit mit der Polizei und seinem Heimatkanton sollte aber bestehen bleiben. Letzteres manifestiert sich durch den – mindestens für zürcherische Ohren – unverwüstlichen Bündner Dialekt. Ersteres zeigte sich nicht nur bei der Wahl des Dissertationsthemas, sondern auch durch die während der gesamten wissenschaftlichen Laufbahn prägende Praxisorientierung. Die Liebe zur wissenschaftlichen und forschenden Tätigkeit und schon damals zur Lehre führte dazu, dass der junge Doktor Donatsch 1981 die Stelle als Oberassistent am Rechtswissenschaftlichen Institut der Universität Zürich antrat, um sich zu habilitieren. In den folgenden 36 Jahren sollte Andreas Donatsch seiner *alma mater* – abgesehen von einem weiteren Ausflug in die Praxis 1986 bis 1987 bei der Bezirksanwaltschaft Bülach – treu bleiben.

Im Jahr 1987 schloss Andreas Donatsch die Habilitation mit seiner wegweisenden Arbeit zum Fahrlässigkeitsdelikt ab («Sorgfaltsbemessung und Erfolg bei Fahrlässigkeitsdelikt»). Unmittelbar danach erhielt er eine Förderstelle als Assistenzprofessor, im Sommersemester 1990 wurde Andreas Donatsch zum ausserordentlichen und im Wintersemester 1992/93 zum ordentlichen Professor befördert. Diese Tätigkeit übt er bis zum heutigen Tag aus.

Mit der Emeritierung von Andreas Donatsch im Frühlingsemester 2017, nach rund 60 Semestern also, verliert die Universität Zürich einen begnadeten Hochschullehrer und überragenden Wissenschaftler. Er stand und steht mit beiden Beinen in der Praxis, sei

es als Konsulent in einer Anwaltskanzlei, als Mitglied der Anwaltsprüfungskommission, als Richter am Kassationsgericht oder auch als Mitverfasser der letzten Zürcher Strafprozessordnung. Sein Geist blieb dabei offen und kritisch, einerseits als klassischer Allrounder, im materiellen Strafrecht ebenso bewandert wie im Prozessrecht, andererseits als Spezialist, der sich vernachlässigter Bereiche wie dem Steuerstrafrecht schon früh angenommen und ihre Bedeutung erkannt hatte. Es ist deshalb nicht erstaunlich, dass die Schar der Autorinnen und Autoren, die an der vorliegenden Festschrift mitgewirkt haben, und die von ihnen gewählten Themen eine grosse inhaltliche Breite aufweisen.

Die vorliegende Festschrift soll das Engagement von Andreas Donatsch an der Universität Zürich zugunsten von Lehre und Forschung aber auch generell sein Wirken würdigen. Andreas Donatsch ist – auch das zeigt die Liste der Autorinnen und Autoren – eine hoch geachtete und geschätzte Persönlichkeit und für viele, die mit ihm gearbeitet haben, auch ein Freund. Bei den Studierenden als durchaus konsequenter, aber verlässlicher und guter Lehrer bekannt, war er immer sehr beliebt. Ein besonders inniges Verhältnis pflegte er stets zu seinen Assistierenden. Wer einmal im Büro von Andreas Donatsch war, dem ist sofort das über die Jahre wachsende Bild aufgefallen, in dem alle ehemaligen Assistierenden verewigt sind. Und es war bekannt, dass diese sich auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit am Lehrstuhl zu eigentlichen Ehemaligentreffen einfanden, so dass sich die Assistierenden von Andreas Donatsch bis weit ins Berufsleben hinein als eingeschworene Gruppe verstanden. Was Andreas Donatsch freilich auch auszeichnet, ist sein unverkennbarer Humor, fein, mit einem Hang ins Ironische. Damit ausgerüstet kann er, gerade wenn es ungemütlich wird, einen befreienden Spruch machen und durchaus auch über sich selbst lachen.

Lieber Andreas, im Namen der Autorinnen und Autoren dieser Festschrift wünschen wir Dir zu Deinem Geburtstag und Deiner Emeritierung alles Gute und danken Dir für die Zusammenarbeit und die Freundschaft.

Zürich, Frühling 2017

Daniel Jositsch

Christian Schwarzenegger

Wolfgang Wohlers

Danksagung

Dank gebührt an dieser Stelle den Assistierenden der Lehrstühle der Herausgeber, MLaw Gian Ege, MLaw Angela Giger, MLaw Aurelia Gurt, BLaw Sena Hangartner, stud. iur. Elif Haskaya, MLaw Katarina Jaksic, stud. iur. Felix Multerer, MLaw Jasmine Stössel, MLaw Madeleine von Rotz, die massgeblich an der Erstellung dieser Festschrift mitgewirkt haben. Ausserdem möchten wir uns beim Schulthess Verlag bedanken, der die Herstellung dieses Werks ermöglicht hat. Und schliesslich sind wir allen Sponsoren zu Dank verpflichtet, die diese Festschrift finanziert haben:

- Umbricht Rechtsanwälte, Zürich
- Prof. Dr. Peter Nobel, Zürich
- Zürcher Universitätsverein
- Stiftung für juristische Lehre und Forschung, RA Dr. Peter R. Isler, Zürich
- Prof. Dr. Peter Forstmoser, Zürich
- Prof. Dr. Markus Reich, Zürich
- RA Dr. iur. und lic. phil. Niklaus Lüchinger, Zürich
- RA lic. iur. Thomas Fingerhuth, Zürich
- RA Dr. Daniel R. Wyss, Zürich
- RA Dr. Caterina Nägeli, Zürich
- RA Dr. Dieter Gessler, Zürich

Und schliesslich darf eine Person nicht unerwähnt bleiben: Ohne Ingrid Donatsch wäre es nicht möglich gewesen, die notwendigen Informationen zusammen zu tragen und die Übergabe der Festschrift zu organisieren. Auch ihr gilt somit unser Dank.

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
Danksagung	VII
Inhaltsverzeichnis	IX

Materielles Strafrecht

OMAR ABO YOUSSEF

Die Nichtöffentlichkeit des Gesprächs i.S.v. Art. 179^{ter} Abs. 1 StGB bei polizeilichen Einvernahmen des Beschuldigten	3
---	----------

FELIX BOMMER

Das Verhältnis von lebenslanger Freiheitsstrafe und Verwahrung im dualistisch-vikariierenden System	15
--	-----------

CHRISTOPHER GETH/NICOLAS LEU

Gehilfenschaft durch berufsbedingtes Handeln bei vertragswidrigem Verhalten des Haupttäters	29
--	-----------

SABINE GLESS

Strafrechtsschutz für virtuelles Geld?	41
---	-----------

GUNHILD GODENZI

Verbotsirrtum aufgrund anwaltlicher oder gutachterlicher Beratung?	57
---	-----------

YVAN JEANNERET/ANDRÉ KUHN

L'enseignement à vie vs. l'internement à vie : jeu, set, Donatsch !	73
--	-----------

MARC JEAN-RICHARD-DIT-BRESSEL

Der Zaum am Schwanz des Pferdes – Methodik des subjektiven Tatbestands	83
---	-----------

DANIEL JOSITSCH/MADELEINE VON ROTZ

Erweiterung des Straftatbestands der Rassendiskriminierung (Art. 261^{bis} StGB) um die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung	105
--	------------

ALAIN MACALUSO

L'application de l'art. 53 CP par le Ministère public et sa portée transnationale	121
--	------------

LAURENT MOREILLON Quelques Réflexions sur le Principe «ne bis in idem»	137
MARCEL ALEXANDER NIGGLI/STEFAN MAEDER Der Widerspenstigen Zähmung, oder viel Lärm um nichts? Zur Revision der Revision des AT StGB, insbesondere Art. 46 Abs. 1 nStGB	151
WALTER PERRON Sind deutsche Geschäftsführer untreuer als ihre Schweizer Kollegen?	167
ANDREAS POPP Nothilfe nach erlaubter Notwehr?	177
NICOLAS QUELOZ/PHILIPPE DELACRAUSAZ Difficultés et limites de l'art. 59 CPS : traitement institutionnel des troubles mentaux Points de vue juridique et de psychiatrie forensique	191
CHRISTOF RIEDO Die Gegenwart der Zukunft. Zur Möglichkeit der Täuschung über künftige Tatsachen	203
CHRISTIAN SCHWARZENEGGER Twibel – «Tweets» und «Retweets» mit ehrenrührigem Inhalt aus strafrechtlicher Sicht	217
BERNHARD STRÄULI Légitime défense et provocation de l'attaque	233
BRIGITTE TAG/SEBASTIAN MICHEROLI Freiheitsentzug zwecks Straftatenprävention durch dessen unmittelbare Zwangswirkung	249
MARC THOMMEN/SOPHIE MATJAZ Die Fahrlässigkeit im Zeitalter autonomer Fahrzeuge	273
WOLFGANG WOHLERS/SONJA PFLAUM Todesgefährliche Notwehr	297

Strafprozessrecht

PETER ALBRECHT

**Verdrängte Risiken für fremdsprachige Beschuldigte im Strafprozess –
eine Problemskizze** 313

BENJAMIN F. BRÄGGER

**Untersuchungshaft in der Schweiz: Eine kritische Auslegeordnung mit
Verbesserungsvorschlägen der Haftbedingungen in einem föderalen
Vollzugssystem** 327

ANDREAS EICKER

**Das Ersatzmassnahmenrecht wird aus den Angeln gehoben –
Zur jüngeren Rechtsprechung des Bundesgerichts in Haftsachen** 345

MARC FORSTER

**Antennensuchlauf und rückwirkende Randdatenerhebung bei Dritten
Bundesgerichtspraxis und gesetzliche Lücken betreffend Art. 273 und
Art. 270 lit. b StPO** 357

STEFAN HEIMGARTNER

**Akten- und Unterlagenedition bei Amtsstellen – rechtshilfeweiser
Aktensbeizug oder «ordentliche» Edition** 369

MARIANNE JOHANNA HILF

Wer ist das Opfer? 381

TOBIAS JAAG/SVEN ZIMMERLIN

Die Polizei zwischen Gefahrenabwehr und Ermittlung von Straftaten 399

KARL LUDWIG KUNZ

**Aspekte der Strafbefreiung und der Einstellung des Verfahrens wegen
Geringfügigkeit** 415

FRANK MEYER

Plea Bargaining und EMRK 427

SARAH SUMMERS

Überlegungen zur Unparteilichkeit und der richterlichen Befragung 443

HANS VEST

Probleme der «freiwilligen» Hausdurchsuchung 457

Nebenstrafrecht

MARTIN KILLIAS

Rechtswidrige Zerstörung geschützter Bauten: Welche Strafen, welche Massnahmen, welche Lösungen? 471

PETER NOBEL

Die Aktiengesellschaft und das Strafrecht 485

ROLF SETHE/LUKAS FAHRLÄNDER

Frontrunning durch Vermögensverwalter als Insiderdelikt 499

MADELEINE SIMONEK

Voraussetzung eines Steuerdelikts für ein Gruppensuchen im Steuerrecht? 513

OTHMAR STRASSER

Strafrechtliche Risiken im neuen Meldesystem bei Geldwäschereiverdacht nach dem Bundesgesetz zur Umsetzung der 2012 revidierten Empfehlungen der Groupe d'action financière 529

Andere Rechtsgebiete

RUTH ARNET/STEFANO ROSSI

«From Heaven to Hell»? – Gedanken zum vertikalen Umfang von Grundeigentum 557

ANDREA BÜCHLER

Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?
Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff 571

URSULA CASSANI/KATIA VILLARD

La responsabilité pénale pour l'infraction commise dans le cadre d'activités outsourcées 583

GERHARD FOLKA

Das «Vertrauensprinzip» in der Rechtshilfe als organisierte Unverantwortung 605

REGINA KIENER

Die «Rote Zora», die Zuhälterbande und die Polizei
Wie das Zürcher Kassationsgericht (sinngemäss) Schutzpflichten anerkannte 619

HANS CASPAR VON DER CRONE/OLIVIA WIPF Aktienrechtliche Würdigung der strafbewehrten Stimm- und Offenlegungspflicht für Vorsorgeeinrichtungen	633
ROLF H. WEBER Rechtstaatliche Anforderungen für börsengesetzliche Meldepflichten	653
Publikationen von Andreas Donatsch	665
Autorenverzeichnis	683

Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch. Oder auch mit Zwang?

Historische, gesellschaftliche, medizinische und rechtliche Anmerkungen zu einem besonderen Eingriff

Inhaltsübersicht

I.	Einleitung	571
II.	Der Kaiserschnitt in der Schweiz und anderswo	572
	1. Geschichtliche Anmerkungen	572
	2. Die Verbreitung des Kaiserschnitts.....	573
	3. Risiken des Kaiserschnitts	575
	4. <i>Informed consent</i> und Urteilsfähigkeit.....	575
III.	Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch	577
	1. Absolute und relative Indikationen	577
	2. Der elektive Kaiserschnitt.....	577
IV.	Der Zwangskaiserschnitt	578
	1. Allgemeines	578
	2. Eine zivilrechtliche Betrachtung.....	579
	3. Eine strafrechtliche Betrachtung.....	580
V.	Schlussbemerkung	582

I. Einleitung¹

Der Kaiserschnitt, die Schnittentbindung oder die *Sectio* ist die operative Beendigung der Schwangerschaft oder der Geburt unter chirurgischer Eröffnung des Uterus.² Er

¹ Ich danke meiner Assistentin Eva Schlumpf ganz herzlich für die Unterstützung. Erste Gedanken zu diesem Thema sind bereits anlässlich des Schweizerischen Juristentages 2016 veröffentlicht worden in: A. BÜCHLER, Reproduktive Autonomie und Selbstbestimmung. Dimensionen, Umfang und Grenzen an den Anfängen menschlichen Lebens, ZSR 135 (2016) II, 349-492, 453 ff.

² Vgl. Psyhyrembel, Klinisches Wörterbuch, 266. Aufl., Berlin/Boston 2014, 1916.

gehört zu den häufigsten Eingriffen in der Medizin. Ein Kaiserschnitt kann medizinisch indiziert sein, weil die vaginale Geburt mit hohen Risiken für die schwangere Frau oder den Fötus einhergeht; er kann aber auch auf Wunsch der schwangeren Frau und ohne medizinische Indikation erfolgen. Schliesslich ist umstritten, ob er auch zwangsweise, das heisst ohne Zustimmung der schwangeren Frau beziehungsweise eines Vertreters oder einer Vertreterin angeordnet und durchgeführt werden kann. Der folgende Beitrag stellt den Kaiserschnitt in einen historischen, gesellschaftlichen, medizinischen und rechtlichen Kontext und diskutiert den Zwangskaiserschnitt sowohl in einem zivilrechtlichen wie in einem strafrechtlichen Zusammenhang.

II. Der Kaiserschnitt in der Schweiz und anderswo

1. Geschichtliche Anmerkungen

Der Kaiserschnitt ist heute ein Routineeingriff. Das war freilich nicht immer so. Lange Zeit war es den Göttern und herausragenden Persönlichkeiten vorenthalten, durch einen Schnitt im Mutterleib auf die Erde zu treten. Die vaginale Geburt galt als unrein.³ Wer durch einen Kaiserschnitt unbefleckt zur Welt kam, dem wurde eine bedeutende Zukunft vorausgesagt. So soll etwa Buddha (um 500 v. Chr.) aus der rechten Flanke seiner Mutter geschnitten worden sein.⁴ Und auch der «erste der Cäsaren» wurde angeblich seiner toten Mutter aus dem Uterus geschnitten; «*a caeso matris utero*». Dies behauptete Plinius der Ältere (23-79 n. Chr.), woraus sich später das Wort «*Caesar*» ergab, was soviel bedeutet wie «der Herausgeschnittene».⁵ Die Geschichte der ruhmreichen Geburt des Kaisers wurde besonders ab dem Frühmittelalter gerne weitererzählt, wodurch der Kaiserschnitt zu seinem Namen als *Sectio caesarea* kam.⁶

In der Praxis relevant wurde der Kaiserschnitt erst nach 1900. Dafür, dass Kinder bereits viel früher durch einen Schnitt im Leib der Mutter geboren wurden, gibt es aber zahlreiche Hinweise. Die wohl älteste Erwähnung findet sich im *Corpus Iuris Civilis* des römischen Kaisers Justinian I. aus dem 6. Jahrhundert.⁷ Dieser enthält in den Pandekten eine *Lex Regia*, welche es gegen Strafe verbietet, eine verstorbene Schwangere zu beerdigen, bevor das ungeborene Kind nicht herausgeschnitten ist, weil ansonsten

³ V. LEHMANN, Der Kayserliche Schnitt, Die Geschichte einer Operation, Stuttgart 2006, 12 ff.; D. SCHÄFER, Geschichte des Kaiserschnitts, in: M. Stark (Hrsg.), Der Kaiserschnitt, München 2009, 1-26, 5.

⁴ Auch aus der griechischen Mythologie und anderen Volkserzählungen kennt man die Schnittentbindung. M.w.H. LEHMANN (Fn. 3), 12-15; D. TROLLE, The History of Caesarean Section, Kopenhagen 1982, 9.

⁵ LEHMANN (Fn. 3), 3; SCHÄFER (Fn. 3), 5.

⁶ Die Schnittentbindung erstmals als *Sectio Caesarienne* bezeichnet hat allerdings erst 1581 der französische Arzt François Rousset. Siehe SCHÄFER (Fn. 3), 10; TROLLE (Fn. 4), 27 f.

⁷ LEHMANN (Fn. 3), 23; SCHÄFER (Fn. 3), 2, 7 f.; TROLLE (Fn. 4), 15.

die Hoffnung auf Leben vernichtet wird. Diese gesetzliche Pflicht wurde um 1200 auch ins kanonische Recht übernommen und bestand bis 1983 weiter.⁸ Die katholische Kirche erachtete es als notwendig, den Fötus aus der Mutter herauszuschneiden, um ihn durch die Taufe vor der ewigen Verdammnis zu retten.⁹ Grundsätzlich hatte das Leben der Mutter bis ins 17. Jahrhundert Vorrang gegenüber dem des Kindes und Kaiserschnitte wurden ausschliesslich nach oder unmittelbar vor dem Tod der Schwangeren praktiziert. Ein Kaiserschnitt an der Lebenden kam bis in die Neuzeit nicht in Frage.¹⁰ Wegen der Unkenntnis über die nötigen medizinischen Techniken sowie der schlechten hygienischen Bedingungen kam der Kaiserschnitt einem Todesurteil gleich. Ab dem 16. Jahrhundert finden sich dann vermehrt Berichte von Schnittentbindungen an lebenden Frauen.¹¹ Der erste verlässliche und medizinisch detaillierte Bericht stammt aus dem Jahr 1610 aus Wittenberg.¹² Vor allem ab dem 18. Jahrhundert professionalisierte sich die Geburtshilfe.¹³ Im 19. Jahrhundert verbesserten sich auch die hygienischen Standards, das Instrumentarium und die Organisation von Spitälern. Dank Veränderungen der äusseren Bedingungen und medizinischen Entwicklungen (Asepsis, Anästhesie, Nahttechnik, Blutstillung usw.) konnte die Sterblichkeit von Mutter und Kind gesenkt werden. Gemäss offiziellen Statistiken lag die mütterliche und kindliche Mortalität bei einem Kaiserschnitt um 1850 aber immer noch bei 50-80%.¹⁴ Die Erkenntnisse der deutschen Ärzte Max Sänger und Ferdinand Adolf Kehrer über die Schnittführung und Nahttechnik führten um 1890 zu einer Reduktion der Mortalität auf 22%. Vor dem zweiten Weltkrieg lag die Sterberate des Kindes bei 4-10%.¹⁵ Die Ehrfurcht vor dem Kaiserschnitt währte bis in die 1960er- und 1970er-Jahre fort – nur erfahrene Assistenten durften den Eingriff durchführen – und erst als die Risiken für Mutter und Kind auf ein ähnlich tiefes Niveau wie bei der vaginalen Geburt sanken, entwickelte sich der Kaiserschnitt zur wahren geburtshilflichen Alternative.

2. Die Verbreitung des Kaiserschnitts

⁸ LEHMANN (Fn. 3), 25; SCHÄFER (Fn. 3), 8, 22.

⁹ Was bereits Thomas von Aquin in seiner *Summa theologica* (1265-1273) lehrte. SCHÄFER (Fn. 3), 6.

¹⁰ LEHMANN (Fn. 3), 23; SCHÄFER (Fn. 3), 3.

¹¹ Ein berühmtes Beispiel ist der Fall des Thurgauer Schweinekastrators Jacob Nufer, der im Jahr 1500 an seiner seit Tagen in den Wehen liegenden Frau einen Kaiserschnitt durchgeführt und so das Leben der Mutter und des Kindes gerettet haben soll. Die Wahrheit dieser Erzählung wird stark angezweifelt. Ausführlich LEHMANN (Fn. 3), 82 f.

¹² LEHMANN (Fn. 3), 73.

¹³ Ärzte spezialisierten sich in einem Fachgebiet, es wurden eigene Zeitschriften und Fachgesellschaften gegründet. SCHÄFER (Fn. 3), 16.

¹⁴ SCHÄFER (Fn. 3), 14.

¹⁵ SCHÄFER (Fn. 3), 20 f.

Der Anteil an Kaiserschnittgeburten in der Schweiz ist in den letzten Jahren stetig gestiegen. Im Jahr 1998 betrug er noch 22.7%, im Jahr 2014 lag er bereits bei 33.7%.¹⁶ Diese Entwicklung ist ein weltweites Phänomen. So ist die durchschnittliche Kaiserschnitttrate in allen OECD Ländern von 14% im Jahr 1990 auf knapp 28% im Jahr 2013 gestiegen.¹⁷ In Island, Israel, den Niederlanden, Finnland, Schweden und Norwegen liegt der Anteil an Kaiserschnittgeburten mit 15-16% am tiefsten, während Chile (44.7%), Mexico (45.2%) und die Türkei (50.4%) die höchsten Anteile aufweisen.¹⁸ Auch nicht OECD Länder wie etwa Brasilien, der Iran oder China weisen mit über 40% sehr hohe Kaiserschnitttraten auf, während bei der Mehrheit der Länder in Afrika und bei vielen Ländern Asiens die Rate unter 10% liegt.¹⁹

Mit einem Kaiserschnittanteil von 33.7% liegt die Schweiz weit über dem Durchschnitt der OECD Länder. Es zeigen sich regional grosse Unterschiede. So wurden im Kanton Jura im Jahr 2014 23.12% der Kinder per Kaiserschnitt zur Welt gebracht, im Kanton Zug mit 41.12% hingegen fast doppelt so viele.²⁰ Die WHO empfiehlt eine Kaiserschnitttrate von 10-15%.²¹

Die Gründe für den Anstieg der Kaiserschnitttrate im letzten Jahrzehnt sind vielfältig. Genannt wird das zunehmende Alter der schwangeren Frau, das mit erhöhten Schwangerschaftsrisiken wie etwa Gestationsdiabetes, Hypertonie, Placenta Praevia, Frühgeburt, Präeklampsie und Mehrlingsschwangerschaften einhergeht. Diese Risikofaktoren führen vermehrt zu Komplikationen bei der Geburt, welche einen Kaiserschnitt indizieren können. Auch die Zunahme von Schwangerschaften nach reproduktionsmedizinischen Massnahmen bringt eine erhöhte Wahrscheinlichkeit einer Mehrlingsschwangerschaft mit den damit verbundenen möglichen Komplikationen mit sich. Die Zahlen des BAG-Berichts aus dem Jahr 2013 zeigen, dass die Kaiserschnitttrate insbesondere bei

¹⁶ Bundesamt für Statistik, Gesundheit, Gesundheitsstatistik 2014, Neuchâtel 2014, 58; Bundesamt für Statistik, Gesundheit, Taschenstatistik 2015, Neuchâtel 2015, 26.

¹⁷ OECD (2011), «Caesarean sections», in *Health at a Glance 2011, OECD Indicators*, OECD Publishing, Paris 2011, 96; OECD (2015), «Caesarean sections», in *Health at a Glance 2015, OECD Indicators*, OECD Publishing, Paris 2015, 114.

¹⁸ Diese Zahlen beziehen sich auf das Jahr 2013 oder das nächstliegende Jahr. OECD, *Health at a Glance 2015*, 115.

¹⁹ WHO, World Health Report (2010), Background Paper, No. 30: The Global Numbers and Costs of Additionally Needed and Unnecessary Caesarean Sections Performed per Year: Overuse as a Barrier to Universal Coverage, Genf 2010, 16 f., 20.

²⁰ Bundesamt für Statistik, Medizinische Statistik der Krankenhäuser, Anzahl Kaiserschnitte an Entbindungen, Erhebungsjahr 2014, Nach Wohnkanton der Patientinnen, Stand 17.3.2016, <http://www.bfs.admin.ch/bfs/portal/de/index/themen/14/04/01/data/01/05.html#parsys_15430> (6.6.2016).

²¹ Appropriate Technology for Birth, *Lancet*, 1985;2(8452):436-437; WHO, World Health Report (2010), 9.

älteren Frauen hoch ist: Im Jahr 2010 lag der Anteil an Kaiserschnitten bei Frauen unter 26 bei 26%, bei Frauen über 35 lag die Rate bei 42%.²²

3. Risiken des Kaiserschnitts

Der medizinische Fortschritt in der Geburtsmedizin hat sich in den letzten Jahren insbesondere durch die erhebliche Verminderung der Operationsrisiken beim Kaiserschnitt ausgezeichnet: gute prä- und postoperative Versorgung, neue Operationstechniken, sichere Anästhesie. Heute liegt die Mortalität von Mutter und Kind nach einem Kaiserschnitt sehr tief. Verschiedene Studien haben jedoch gezeigt, dass mit Ausnahme von gewissen spezifischen Risikosituationen die Vaginalgeburt die sicherere Variante bleibt. Eine von der WHO beauftragte Studie legte dar, dass die mütterliche Sterblichkeit bei einer *Sectio* drei- bis fünfmal höher liegt als bei einer Vaginalgeburt (0.01% vs. 0.04%).²³ Es wurde zudem festgestellt, dass das bereinigte Mortalitätsrisiko der Kinder im Vergleich zur Vaginalgeburt 2.1 mal höher liegt; bei der vaginalen Geburt betrug die kindliche Sterblichkeit 0.14%, beim geplanten Kaiserschnitt lag sie bei 0.54%.²⁴

4. *Informed consent* und Urteilsfähigkeit

Der Kaiserschnitt bedarf als medizinischer Eingriff einer informierten Zustimmung der schwangeren Frau. Das Erfordernis des *Informed consent* schützt sowohl das Selbstbestimmungsrecht der Patientin wie auch ihre körperliche Integrität, zwei Rechtsgüter, die untrennbar miteinander verbunden sind.²⁵ Die informierte Einwilligung setzt eine rechtsgenügende, auf den einzelnen Fall und die einzelne Patientin zugeschnittene Aufklärung voraus. Die Aufklärung muss die Gründe umfassen, weshalb ein Kaiserschnitt angezeigt erscheint, die Methode des Eingriffs, Vorteile gegenüber einer vaginalen Geburt, Risiken und Komplikationen sowohl für die werdende Mutter wie für das

²² Kaiserschnittgeburten in der Schweiz, Bericht in Erfüllung des Postulates Maury Pasquier (08.3935), Eidgenössisches Departement des Innern EDI, Bundesamt für Gesundheit BAG, 27.2.2013, 16; vgl. zum Ganzen auch D. SURBEK, Gynäkologie und Geburtshilfe: Sectio caesarea: Machen wir zu viele?, SMF, Swiss Medical Forum 2014;14(51-52):970-972.

²³ J. VILLAR/G. CARROLI/N. ZAVALA/A. DONNER/D. WOJDYLA/A. FAUNDES et al., Maternal and neonatal individual risks and benefits associated with caesarean delivery: multicentre prospective study, BMJ 2007;335:1025, 4 f., <<http://dx.doi.org/10.1136/bmj.39363.706956.55>> (6.6.2016).

²⁴ Vgl. die Resultate eines Genfer Forschungsteams: R. DE LUCA/M. BOULVAIN/O. IRION/M. BERNER/R.E. PFISTER, Incidence of Early Neonatal Mortality and Morbidity After late-Preterm and Term Cesarean Delivery, PEDIATRICS, Volume 123, Issue 6, June 2009, Illinois 2009, <<http://pediatrics.aappublications.org/content/123/6/e1064.full>> (6.6.2016).

²⁵ So zum Beispiel BGE 117 Ib 201.

werdende Kind, die Situation nach dem Eingriff und mit Bezug auf mögliche weitere Schwangerschaften und die Kostenfolgen des Eingriffs.²⁶

Die Selbstbestimmung der Patientin ist nur gewahrt, wenn diese in der Lage ist, die Konsequenzen ihrer Entscheidung zu überblicken und deren Vor- und Nachteile auch bezogen auf einen längeren Zeitraum abzuwägen. Sie muss also urteilsfähig sein, das heisst die Fähigkeit haben, sich einen eigenen freien Willen zur Entscheidung zu bilden. Die Geburt ist in verschiedener Hinsicht eine Extremsituation, zumal der Körper der Frau in höchstem Masse beansprucht wird und der Geburtsvorgang sehr schmerzhaft und erschöpfend sein kann. Die Intensität der körperlichen, aber auch psychischen Erfahrung kann zu einer vorübergehenden Urteilsunfähigkeit führen.²⁷ Ob diese eingetreten ist, ist im Sinne der Relativität der Urteilsfähigkeit im Einzelfall zu prüfen. Die Vermutung der Urteilsfähigkeit gilt aber auch für gebärende Frauen, zumal die Geburt keine Krankheit darstellt und von Frauen ganz unterschiedlich erlebt wird.²⁸ Die Beurteilung der Urteilsfähigkeit fällt in erster Linie in die Zuständigkeit der Ärztin.

Ist Urteilsunfähigkeit tatsächlich eingetreten, so hat der gesetzliche Vertreter, meist der anwesende Partner, nach dem mutmasslichen Willen und den Interessen der gebärenden Frau über die zu treffenden medizinischen Massnahmen zu entscheiden (Art. 377 ff. ZGB). Nur in einer dringlichen Situation darf im Fall der medizinischen Indikation die Patientin ohne die Zustimmung des Vertreters behandelt werden, wobei sich auch der Arzt an dem mutmasslichen Willen und den Interessen der Frau zu orientieren hat (Art. 379 ZGB).²⁹

Weil im Verlauf der Geburt Urteilsunfähigkeit eintreten kann, und meist lange unklar ist, welche geburtshilflichen Massnahmen indiziert sein werden, ist die Aufklärung über mögliche Vorgehensweisen bereits in der letzten Phase der Schwangerschaft geschuldet oder sobald mit einer Risikosituation gerechnet werden muss.³⁰ Sie ist dann,

²⁶ Vgl. das Aufklärungsprotokoll über den Kaiserschnitt der Fachgesellschaften SGGG, FMH und SPO, <http://www.sggg.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/3_Fachinformationen/3_Aufklaerungsprotokolle/De/Aufklaerungsprotokoll_Kaiserschnitt_2010.pdf> (5.5.2016).

²⁷ Vgl. U. PALLY, *Arzthaftung mit den Schwerpunkten Schwangerschaftsbetreuung und Geburtshilfe*, Diss. Zürich/Basel/Genf 2007, 149 ff.; A. SITEK, *Selbstbestimmung und Geburt, Eine medizinrechtliche Betrachtung der Geburtssituation mit speziellem Fokus auf das Selbstbestimmungsrecht*, in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2012, 43 ff., <<http://weblaw.ch/shop/ebooks.html>> (6.6.2016).

²⁸ So auch SITEK (Fn. 27), 45.

²⁹ Vgl. dazu ausführlich R. AEBI-MÜLLER, *Der urteilsunfähige Patient – eine zivilrechtliche Auslegung*, in: Jusletter vom 22.9.2014, N 109 ff.

³⁰ Vgl. ausführlich zur *Sectio*-Aufklärung PALLY (Fn. 27), 103 ff.; zur vorgezogenen Aufklärung in der Geburtshilfe auch SITEK (Fn. 3), 57 ff.; vgl. zum Zeitpunkt der Aufklärung auch N. MARKUS, *Die Zulässigkeit der Sectio auf Wunsch, Eine medizinische, ethische und rechtliche Betrachtung*, Diss. Frankfurt am Main 2006, 124 ff.

wenn sich erweist, dass ein Kaiserschnitt indiziert ist, zwingend zu konkretisieren. Mit der vorgezogenen Aufklärung können auch die Vorstellungen und Erwartungen der schwangeren Frau geklärt werden, was mit Blick auf die Notwendigkeit, ihren mutmasslichen Willen festzustellen, sollte Urteilsunfähigkeit eintreten, von Bedeutung ist.

III. Der Kaiserschnitt aus Notwendigkeit und auf Wunsch

1. Absolute und relative Indikationen

Der Kaiserschnitt kann medizinisch indiziert sein. Was genau eine Indikation für einen Kaiserschnitt darstellt, unterliegt laufend Veränderungen. Diese werden nicht nur durch medizinische Errungenschaften beeinflusst, sondern auch durch gesellschaftliche Anschauungen zu Autonomie, Körper, Technik, Schmerz und Risiko. Die Indikation ist jedenfalls keine stabile Kategorie, was deren in historischer Sicht laufende Erweiterung von einer Massnahme *ultima ratio* zu einem Wunscheingriff zeigt.

Unterschieden wird zwischen relativen und absoluten Indikationen. Nur wenn eine absolute Indikation vorliegt, das heisst, wenn die vaginale Geburt mit erheblichen Gefahren für die Gesundheit des Ungeborenen oder der werdenden Mutter einhergeht, wird ein Kaiserschnitt dringend empfohlen. Eine solche Gefahr kann bereits vor Eröffnung des Geburtsvorganges feststehen, zum Beispiel bei einer Placenta Praevia³¹ oder bei einer HIV-Infektion der werdenden Mutter, wenn eine bestimmte Virusmenge erreicht ist.³² Eine absolute Indikation kann aber auch erst im Verlauf der Geburt entstehen, zum Beispiel wenn die Geburt still steht oder ein Sauerstoffmangel des werdenden Kindes droht. Nur sehr selten liegt eine absolute Indikation vor, meist besteht nur eine relative Indikation. Relativ indiziert kann der Kaiserschnitt dann sein, wenn gewisse Erkrankungen gegeben sind, bereits früher ein Kaiserschnitt vorgenommen wurde, eine Mehrlingsschwangerschaft oder eine Steisslage des Fötus besteht, oder wenn die Frau grosse Angst hat. Liegt eine relative Indikation vor, kommt der Werthaltung, dem Verhältnis zu Risiken der schwangeren Frau besondere Bedeutung zu.

2. Der elektive Kaiserschnitt

Frauen äussern mitunter den Wunsch und das Bedürfnis, die Geburt planen und zum Beispiel die Risiken von Verletzungen des Beckenbodens und Schmerzen einer vaginalen Geburt vermeiden zu können.³³ Ob sie die Möglichkeit haben sollen, den Kaiserschnitt als Entbindungsmethode zu wählen, wenn keine medizinische Indikation be-

³¹ Das ist eine Fehllage der Plazenta.

³² Vgl. dazu Guideline *Sectio Caesarea* (2015) der Schweizerischen Gesellschaft für Gynäkologie und Geburtshilfe (SGGG), <<http://www.sggg.ch/fachthemen/guidelines/>> (6.6.2016).

³³ Vgl. MARKUS (Fn. 30), 33 ff.; zu den Nachteilen und Risiken einer vaginalen Geburt, 63 ff.

steht, war lange Zeit umstritten. In der älteren Literatur wurde durchaus die Ansicht vertreten, der Kaiserschnitt ohne ein erkennbares medizinisches Motiv sei rechts- und sittenwidrig.³⁴ Heute wird die Selbstbestimmung der schwangeren Frau stark betont, zudem sind die Risiken des Eingriffs deutlich vermindert. Mithin soll die Frau den Geburtsmodus wählen können, dies jedenfalls dann, wenn sie im weitesten Sinne nachvollziehbare Gründe für den Wunsch vortragen kann.³⁵

IV. Der Zwangskaiserschnitt

1. Allgemeines

Bestehen klare Indikationen für einen Kaiserschnitt, verweigert die schwangere Frau – oder im Fall ihrer Urteilsunfähigkeit ihre Vertretung – allerdings ihre Zustimmung, stellt sich die Frage, ob auf diese ausnahmsweise verzichtet werden kann. Es kann erstens von Beginn an eine Situation vorliegen, die besondere Risiken für die werdende Mutter oder das werdende Kind birgt, weshalb ein Kaiserschnitt in Erwägung gezogen werden sollte. Es kann sich aber auch erst im Verlauf der Geburt eine Änderung des Entbindungskonzepts, mitunter eine *Sectio* aufdrängen, zum Beispiel weil die kindlichen Herztöne sich erheblich verschlechtern und ein andauernder Sauerstoffmangel eine Hirnschädigung zur Folge hätte.

In den USA wird seit einigen Jahrzehnten die Frage diskutiert, ob ein Kaiserschnitt auch gegen den Willen der Frau angeordnet und mit Zwang durchgeführt werden kann. Einzelne Fälle von Zwangskaiserschnitten haben den Weg in die Öffentlichkeit gefunden, so beispielsweise derjenige von Angela Carter, die terminal krebserkrankt und schwanger war und für eine palliative Behandlung in den letzten Lebenstagen optiert hatte, zumal die Belastungen eines Kaiserschnitts zur Geburt ihres Kindes in der 26. Schwangerschaftswoche zu gross waren, das Kind nur eine etwa 50-prozentige Chance hatte zu überleben und mit grosser Wahrscheinlichkeit schwer behindert gewesen wäre. Sie wurde einem erzwungenen Kaiserschnitt unterzogen. Das Kind starb kurz nach der

³⁴ Das *Committee on Ethics* der FIGO (International Federation of Gynecology and Obstetrics) bezeichnete den nicht medizinisch indizierten Kaiserschnitt im Jahr 1998 in dessen Stellungnahme betreffend *Caesarean delivery for non-medical reasons* als «*ethically not justified*». FIGO Committee, *Ethical Issues in Obstetrics and Gynecology*, London 2012, 88 f. Die Durchführung einer Wunschsectio ohne Indikation würde wohl auch DUTTGE sanktionieren. Vgl. G. DUTTGE, Zum Unrechtsgehalt des kontraindizierten ärztlichen «Heileingriffs», *MedR* 12 (2005), 706-711, 710.

³⁵ Dies kann die Angst vor einer vaginalen Geburt und die Planbarkeit sein; MARKUS (Fn. 30), 57 f.; PALLY (Fn. 27), 161. Auf die Seltenheit einer «echten» (grundlosen) Wunschsectio hinweisend auch P. HUSSLEIN, *Elektive Sectio*, *Gynäkologisch-geburtshilfliche Rundschau* 42 (2002), 22-24, 23; das Selbstbestimmungsrecht und die Rechtmässigkeit betonend: K. ULSENHEIMER, *Operative Wunscheingriffe aus rechtlicher Sicht*, in: A. Huch/R. Chaoui/R. Huch (Hrsg.), *Sectio caesarea*, Bremen 2001, 125-130, 129; die Sittenwidrigkeit verneinend auch MARKUS (Fn. 30), 106 ff.

Geburt, Angela Carter fiel in ein Koma und starb zwei Tage später.³⁶ Befürworter rechtfertigen mitunter solche Interventionen damit, dass eine Frau, die von ihrem Recht auf Abbruch der Schwangerschaft nicht Gebrauch mache, ihre Entscheidungsautonomie einbüsse.³⁷ Allerdings wird eine solche Praxis mehrheitlich kritisiert.³⁸

Für die Schweiz haben im Rahmen einer nicht repräsentativen Umfrage mehrere Hebammen angegeben, bereits miterlebt zu haben, dass ein Kaiserschnitt durchgeführt wurde, obwohl sich die schwangere Frau dagegen gewehrt hatte. Zudem würden Frauen im Kontext der Geburt generell nur ungenügend aufgeklärt und quasi zur Einwilligung in den Eingriff überredet, auch dann, wenn der Kaiserschnitt nicht absolut indiziert sei, indem man ihnen die Spontangeburt als gefährlich präsentiere.³⁹ In der Literatur wird ein Kaiserschnitt ohne Zustimmung und gegen den Willen der urteilsfähigen schwangeren Frau unterschiedlich beurteilt.⁴⁰

2. Eine zivilrechtliche Betrachtung

Jede medizinische Intervention bedarf eines *Informed consent* der betroffenen Person. In zivilrechtlicher Sicht kann meines Erachtens kein Zweifel daran bestehen, dass der Kaiserschnitt zu unterbleiben hat, wenn die urteilsfähige Frau diesem nicht zustimmt. Zwangsbehandlungen bedürfen einer klaren gesetzlichen Grundlage und müssen verhältnismässig sein. Eine zwangsweise Entbindung, wie sie teilweise in der Literatur

³⁶ Der Gerichtsentscheid, welcher dieses Vorgehen bewilligt hatte, wurde später revidiert; vgl. den Hinweis auf *In re A.C.*, 533 A.2d 1259 (District of Columbia Court of Appeal) in C. LEMMENS, End of Life Decisions and Pregnant Women: Do Pregnant Women Have the Right to Refuse Life Preserving Medical Treatment? A Comparative Study, *European Journal of Health Law* 17 (2010), 489.

³⁷ J.A. ROBERTSON, Procreative Liberty and the Control of Conception, Pregnancy, and Childbirth, *Virginia Law Review* 1983, Vol. 69, No. 3, 445.

³⁸ Vgl. auch eingehend E.L. NELSON, Reconceiving Pregnancy: Expressive Choice and Legal Reasoning, (2004) 49 *McGill Law Journal*, 603 ff.

³⁹ Wir haben einen Fragebogen erstellt und dieser wurde im Newsletter des Schweizerischen Hebammenverbandes SHV publiziert.

⁴⁰ Gemäss MANNSDORFER und DEUTSCH/SPICKHOFF trifft die Mutter eine Pflicht, das Kind zumindest am Ende einer Schwangerschaft zur Welt zu bringen, woraus die Autoren eine Duldungspflicht der Mutter ableiten und trotz der Schwere des Eingriffes eine indizierte Schnittentbindung gegen ihren Willen als zulässig erachten. T. MANNSDORFER, Pränatale Schädigung, Ausservertragliche Ansprüche pränatal geschädigter Personen, Diss. Freiburg 2000, 133, 138; E. DEUTSCH/A. SPICKHOFF, *Medizinrecht*, 7. Aufl., Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2014, N 961; die Duldungspflicht eher ablehnend etwa A. Hillmer, Patientenschutz und Rechtsstatus von Frau und Fötus im Entwicklungsprozess der Pränatalmedizin, Diss. Frankfurt am Main 2004, 311, 313 und B. Steinbock, *Life Before Birth*, 2nd Ed., New York 2011, 183-185; zur Unzulässigkeit einer Zwangssectio auch U. Pally, *Recht in der Geburtshilfe*, Zürich/Basel/Genf 2013 (zit. Pally, *Geburtshilfe*), 18.

befürwortet wird,⁴¹ verletzt zentrale Prinzipien unserer Rechtsordnung und setzt sich in krassen Widerspruch zum Schutz der körperlichen Integrität. In diesem Zusammenhang ist auch relevant, dass im zivilrechtlichen Kontext die Rechtspersönlichkeit erst mit der vollendeten Geburt, das heisst mit dem vollständigen Austritt aus dem mütterlichen Körper entsteht.⁴² Ein Teil der Lehre ist der Ansicht, dass die bedingte Rechtsfähigkeit dem Ungeborenen insofern Schutzansprüche vermittele, als die Bedingung der Lebendgeburt resolutiver Natur sei.⁴³ Doch selbst dann, wenn dem Fötus Rechtsträgerschaft und damit eigenständige Behandlungs- und Schutzansprüche zugesprochen würden, müsste die körperliche Integrität der Frau als absolute Grenze der Intervention gelten. Es besteht nämlich allenfalls eine moralische, aber grundsätzlich keine rechtliche Verpflichtung, einen Eingriff in die eigene körperliche Integrität zugunsten der Gesundheit einer Drittperson zu dulden.⁴⁴

3. Eine strafrechtliche Betrachtung

Eine etwas andere Bewertung legt das Strafrecht nahe. Zwar entsteht auch im Kontext des Strafrechts die Rechtspersönlichkeit erst mit der Geburt. Vorher wird das werdende Leben durch die Regeln über den Schwangerschaftsabbruch geschützt. Allerdings fällt im Unterschied zum Zivilrecht der Beginn der Persönlichkeit mit der Eröffnung des Geburtsvorganges zusammen. Mit ihr setzt der vollumfängliche strafrechtliche Schutz ein, und das noch ungeborene Kind unterliegt dem strafrechtlichen Tötungsverbot.⁴⁵ Bei einer natürlichen Geburt ist dies mit den Eröffnungswunden der Fall, bei einem Kaiserschnitt, wenn der Arzt zum Eingriff ansetzt.⁴⁶

Begeht die Frau folglich eine Straftat, wenn sie die Zustimmung zu einem indizierten Kaiserschnitt verweigert und das Kind während des Geburtsvorganges stirbt oder eine Körperverletzung erleidet? Im Fall der (eventual)vorsätzlichen Tötung würde sie dem

⁴¹ M. KOHLER-VADAUX, *Le début de la personnalité juridique et la situation juridique de l'enfant à naître*, Genf/Zürich/Basel 2006, 249; MANNSDORFER (Fn. 40), 133, 138; wohl auch H. HAUSHEER/R. AEBI-MÜLLER, *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, 3. Aufl., Bern 2012, N 03.21.

⁴² So Art. 31 Abs. 2 ZGB; dazu P. BERETTA, in: H. Honsell/N.P. Vogt/T. Geiser (Hrsg.), *Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar*, 5. Aufl. Basel 2014, Art. 31 N 3.

⁴³ Diese Ansicht herrscht insbesondere in der französischsprachigen Schweiz vor: P. MEIER/E. DE LUZE, *Droit des personnes, Article 11-89a CC*, Genf/Zürich/Basel 2014, N 29 f.; P.H. STEINAUER/C. FOUNTOLAKIS, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Bern 2014, N 38 ff.

⁴⁴ Es wird zum Beispiel zu Recht nicht erwogen, die Mutter zu verpflichten, zugunsten ihres kranken Kindes Gewebe oder Organe zu spenden, selbst dann nicht, wenn es sich um einen geringfügigen Eingriff handeln würde und auf Seiten des Kindes das Leben auf dem Spiel stünde.

⁴⁵ Vgl. statt vieler C. SCHWARZENEGGER, in: M.A. Niggli/R. Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, Basler Kommentar*, 3. Aufl., Basel 2013, vor Art. 111 N 26.

⁴⁶ Vgl. zu den verschiedenen Positionen SCHWARZENEGGER (Fn. 45), BSK StGB II, vor Art. 111, N 28.

privilegierten Tatbestand von Art. 116 StGB unterliegen, im Fall der fahrlässigen Tötung und der Körperverletzung den allgemeinen Tatbeständen. Eine solche Betrachtungsweise käme einer Rechtspflicht der schwangeren Frau gleich, in medizinisch indizierte Behandlungen einzuwilligen, um während der Geburt auftretende Gefahren für das Kind abzuwenden. Tatsächlich besteht zwar zivilrechtlich kein Handlungsgebot, strafrechtlich betrachtet ist indessen davon auszugehen, dass die Mutter während des Geburtsvorganges eine Garantenstellung innehat.⁴⁷ Eine Tötung oder Körperverletzung des Kindes durch Unterlassen kann die gebärende Frau freilich nur dann begehen, wenn diese durch das gebotene Handeln höchstwahrscheinlich hätte verhindert werden können.⁴⁸ Weiter müsste die Frau erkannt haben, dass der Tod oder die Körperverletzung des Kindes gerade wegen des nicht vorgenommenen Eingriffs hatte eintreten können.⁴⁹

Für den Arzt selbst ergibt sich eine Garantenstellung zugunsten des werdenden Kindes aus dem Behandlungsvertrag mit der werdenden Mutter.⁵⁰ Daraus könnte man folgern, dass er nach Eröffnen des Geburtsvorganges auch gegen den Willen der Frau einen Kaiserschnitt durchführen könnte oder müsste, wenn dieser zum Schutz des Lebens oder zur Wahrung der körperlichen Integrität des Kindes notwendig erscheint. Die Behandlungsvereinbarung mit der Frau schränkt den Arzt in seinen Handlungsoptionen aber ein. Eine gegen die eindeutige Verweigerungshaltung der Mutter vorgenommene Behandlung ist als Verletzung der körperlichen Unversehrtheit der Frau strafrechtlich relevant. Die Strafbarkeit des Arztes könnte unter Umständen zufolge rechtfertigender Pflichtenkollision oder einer entschuldbaren Notstandshilfe zugunsten des Kindes entfallen. Die Pflichtenkollision rechtfertigt den Eingriff dann, wenn der Arzt seine Handlungspflicht nur entweder gegenüber dem Kind oder der Mutter erfüllen kann, und er sich für die höherrangige Pflicht entscheidet, sofern das Recht auf Leben des Kindes höher gewertet wird als das Selbstbestimmungsrecht der Mutter.⁵¹ Notstandshilfe liegt vor, wenn der Arzt als Drittperson in die Rechtsgüter der Mutter eingreift, um die Rechtsgüter des Kindes zu schützen (Art. 17 StGB; Defensivnotstand zugunsten des

⁴⁷ Dies ergibt sich aus Art. 116 StGB, welcher von der Kindestötung handelt. Nach dieser Norm wird eine Tötung «während des Geburtsvorganges» bereits als Kindestötung qualifiziert. Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 45), BSK StGB II, Art. 116 N 5, mit weiteren Hinweisen. Für das österreichische Recht differenziert und zögernd A. POLZER/G. DINHOF/A. LEISCHNER/H. SCHÜTZ/E. BERNAT, Verweigerung der Sectio trotz dringender medizinischer Indikation, *Recht der Medizin*, RdM (2011) 04, 123-128, 125.

⁴⁸ So die in Rechtsprechung und Lehre vorherrschende «Wahrscheinlichkeitstheorie»; vgl. A. DONATSCH/B. TAG, *Strafrecht I, Verbrechenslehre*, 9. Aufl., Zürich 2013, 313 f.

⁴⁹ DONATSCH/TAG (Fn. 48), 316.

⁵⁰ Für das österreichische Recht POLZER/DINHOF/LEISCHNER/SCHÜTZ/BERNAT (Fn. 47), 124.

⁵¹ Vgl. SCHWARZENEGGER (Fn. 45), BSK StGB II, vor Art. 111 N 29; K. SEELMANN, in: M.A. Niggli/R. Wiprächtiger (Hrsg.), *Strafrecht I*, Art. 1-110 StGB, Basler Kommentar, 3. Aufl., Basel 2013, Art. 17 N 16.

Kindes). Sind die Interessen dabei gleichrangig, ist der Eingriff zwar rechtswidrig aber entschuldigbar und es kommt zu einer Schuldminderung oder gar einem Schuldausschlussgrund, wenn dem Arzt nicht zugemutet werden konnte, das gefährdete Gut (des Kindes) preiszugeben.⁵²

Die herrschende Lehre setzt die Grenze für die Interessensabwägung in Notstandssituationen generell dort, wo die Menschenwürde des Eingriffsopfers auf dem Spiel steht, weshalb etwa eine erzwungene Blut- oder Organentnahme auch dann nicht durch einen Notstand gerechtfertigt werden kann, wenn es um die Rettung eines Menschenlebens geht.⁵³ Folglich ist wohl auch bei der Rechtfertigung einer *Zwangssectio* aufgrund eines Defensivnotstandes zugunsten des Kindes höchste Zurückhaltung geboten. Eine Pflicht der Frau gegenüber dem werdenden Kind kann, wenn überhaupt, jedenfalls nur die Duldung medizinischer Behandlungen umfassen, die ihr auch zumutbar sind. Der Kaiserschnitt ist ein schwerwiegender Eingriff und eine im Unterlassungsfall strafrechtlich zu sanktionierende Verpflichtung zu dessen Duldung kann nicht bestehen.⁵⁴ Die Behandlungsverweigerung der Frau ist vielmehr zu respektieren. Mit einer fehlenden Einwilligung der Mutter entfällt aber auch die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Arztes, wenn er keinen Kaiserschnitt zugunsten des Kindes und gegen den Willen der Frau unternimmt.

V. Schlussbemerkung

Der Kaiserschnitt ist zwar ein verbreiteter, aber dennoch schwerer medizinischer Eingriff. Die Mehrheit der Kaiserschnitte ist relativ indiziert.⁵⁵ Ob und wie geburtshilflich interveniert wird, ist nicht nur kulturell und sozial verschieden, auch die persönliche Haltung gegenüber Lebensrisiken ist ein wichtiger Einflussfaktor. Im geltenden Umfeld der medikalisierten Geburt ist es eine Herausforderung für Frauen, sich dem technologischen Imperativ zu widersetzen. Ihre Entscheidungen darüber hinaus in einen strafrechtlichen Kontext zu stellen, ist kaum zu vereinbaren mit den Grundsätzen der reproduktiven Selbstbestimmung. Frauen trifft weder während der Schwangerschaft noch nach der Geburt eine strafrechtlich sanktionierte Pflicht, körperliche Eingriffe zugunsten des Fötus oder Kindes zu dulden. Das Recht auf körperliche Unversehrtheit der Frau während der Stunden der Geburt aufzuheben, schafft nicht nur Werteinkohärenz, sondern tangiert ihre Würde in einer höchst verletzlichen Situation.

⁵² DONATSCH/TAG (Fn. 48), 248.

⁵³ Dazu SEELMANN (Fn. 51), BSK StGB I, Art. 17, N 12.

⁵⁴ So auch für den österreichischen Kontext POLZER/DINHOF/LEISCHNER/SCHÜTZ/BERNAT (Fn. 47), 126.

⁵⁵ Vgl. den Hinweis in SURBEK (Fn. 22), 970.