

Reinald Eichholz

Kinderrechte von Anfang an – Die Kinderrechtskonvention der Vereinten Nationen

Vortrag auf der 27. Jahrestagung der INTERNATIONAL SOCIETY FOR PRE- AND PERINATAL PSYCHOLOGY AND MEDICINE e.V., Berlin 23. - 25. Oktober 2015¹

Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren
auch den noch nicht geborenen Kindern,
schon von der Zeit ihrer Empfängnis.
Preußisches Allgemeines Landrecht 1794, § 10 I. 1

Als Teil eines Kongresses, dessen Mitwirkende weit überwiegend Hebammen, Psychologinnen und Psychologen, Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten, Ärztinnen und Ärzte sind, kann ein Beitrag aus rechtlicher Sicht keine alle juristischen Einzelheiten ausleuchtende Darstellung sein. Im Folgenden soll es deshalb um einen speziellen Aspekt gehen, die Frage nämlich, wie die Anliegen dieses Kongresses unter rechtlichen Gesichtspunkten unterstützt werden können oder kritisch zu hinterfragen sind.

Gemeinsamer Ausgangspunkt kann sein, dass die Aufmerksamkeit aller beteiligten Professionen auf dieser Tagung eine gemeinsame Richtung hat: „Babys und kleine Kinder sind die verletzlichste Gruppe in der Gesellschaft, und Babys vor der Geburt sind die Verletzlichsten der Verletzlichen“. Dieser anthropologisch, psychologisch und medizinisch unstrittige Satz findet sich in einem Vortrag, den der amerikanische Jurist Bruce Abramson 2004 auf dem *Day of General Discussion* des UN-Ausschusses für die Rechte des Kindes in Genf gehalten hat. Man beschäftigte sich damals mit der „Umsetzung von Kinderrechten in der frühen Entwicklung“. Dabei war es durchaus keine Selbstverständlichkeit, dass man sich auch den „Verletzlichsten der Verletzlichen“ zuwandte. Denn aus den schon lange zurückliegenden Verhandlungen zur UN-Kinderrechtskonvention von 1989 wirkte nach, dass es über die Frage, ob sich die Konvention auch auf das vorgeburtliche Leben bezieht, Streit gegeben hatte. Damals wurde weltweit die Problematik des Schwangerschaftsabbruchs diskutiert, und man befürchtete durch die Anerkennung der Rechte des Kindes vor der Geburt bei der Gestaltung der Bestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch ungewollte Festlegungen für die beteiligten Vertragsstaaten.

Dies entsprach der Diskussionslage auch in Deutschland. In den 90er Jahren ist bei der Neufassung des § 218 StGB heftig über die Rechtsstellung des Kindes vor der Geburt gestritten worden. Nach der Verabschiedung der Neuregelung jedoch haben die Auseinandersetzungen abgenommen, und die Debatte um den Rechtsschutz von Kindern während der Schwangerschaft hat sich verengt auf rechtlich-ethische Fragen der Präimplantations- und der Pränataldiagnostik. Bis heute ist die Sorge spürbar, durch die Anerkennung vorgeburtlicher Kinderrechte in neue Auseinandersetzungen um den Schwangerschaftsabbruch und Fragen der Selbstbestimmung der Frau zu geraten. In Deutschland ist diese Sorge indessen insoweit unberechtigt, als die schwierigen Fragen der Abwägung zwischen dem Lebensrecht des Kindes und den Rechten der Frau auf Leben, körperliche oder seelische Gesundheit und Selbstbestimmung gesetzlich durch die Neuregelung der §§ 218 ff. StGB verfassungsfest geklärt worden sind. In mehreren Entscheidungen hat sich das Bundesverfassungsgericht mit diesem Fragenkreis auseinandergesetzt; dem entspricht die jetzige Fassung der §§ 218 ff. StGB.² Dadurch ist eine von dieser Problematik entlastete Diskussion über die Rechtsstellung des Kindes vor der Geburt möglich geworden.

¹ Thema des Kongresses: „Ich spüre – also bin ich“ - Bedürfnisse vorgeburtlicher Kinder und ihrer Eltern im Spannungsfeld zwischen geburtskulturellen Entwicklungen, Gesundheitspolitik, Grundrechten, Ethik und Ökonomie, Berlin, 23. - 25. Oktober 2015

² U.a. BVerfGE 39, 1; 86, 390

Ein anderes Bild zeigt sich in der Medizin. Hier ist die Gesundheit von Mutter und Kind während der Schwangerschaft seit je ein Thema – von der Auseinandersetzung mit Erkrankungen des Ungeborenen, der vielfältigen Prophylaxe bis hin zur Früherkennung von Krankheiten bei Kind und Mutter.

Das steht deutlich im Gegensatz zum Mangel an Sensibilität für diese Fragen in der Gesellschaft allgemein. Rauchen und Alkohol sind Beispiele dafür, dass schädigende Auswirkungen des alltäglichen Verhaltens auf Kinder im gesellschaftlichen Bewusstsein nur äußerst mangelhaft wahrgenommen werden. Es heißt, bundesweit würden jährlich 10.000 Babys mit alkoholbedingten Schädigungen geboren, davon mehr als 2.000 Jungen und Mädchen mit der vollen Ausprägung des Fetalen Alkoholsyndroms (FAS), einer schwerwiegenden Behinderung.³ Weniger als die Hälfte der Bevölkerung sei sich aber dieser Auswirkungen schädigenden Verhaltens bewusst. Beim Rauchen ist es ähnlich. Trotz allgegenwärtiger Warnungen vor der Schädlichkeit von Nikotin, sind Kinder dem immer wieder ausgesetzt. Immerhin wird neuerdings in zahlreichen Ländern das Rauchen in PKWs in Anwesenheit von Kindern verboten. Ausdrücklich hat sich die Bundesärztekammer wie die Bundesdrogenbeauftragte der Bundesregierung für ein Rauchverbot in privaten Autos auch in Deutschland ausgesprochen⁴ – Taten müssen noch folgen.

Nicht zuletzt sind die Ernährungsgewohnheiten mit ihrem Übermaß an Fett und Zucker eine Tatsache, die Auswirkungen auch für Kinder vor der Geburt hat, mit weitreichenden Folgen auch im späteren Leben. Es ist verdienstvoll, dass vor allem von medizinischer Seite auf diese Probleme immer wieder hingewiesen wird.⁵ Eine Debatte unter dem Gesichtspunkt der Rechte des Kindes gibt es dazu aber allenfalls am Rande.

Im Bereich des Gesundheitswesens ist indessen durchaus auch Fragwürdiges zu finden, das Anlass für kinderrechtliche Überlegungen sein muss. Die Kinderfreundlichkeit von Krankenhäusern ist ein eigenes Thema. Nach Angaben des Aktionskomitees „Kind im Krankenhaus“ (AKIK)⁶ wurden zwischen 1991 und 2011 bereits nahezu jede 5. Kinderklinik geschlossen und fast 40% der Betten in Kinderkliniken abgebaut. Falls die in den Fallpauschalen unberücksichtigten Kosten der kinder- und jugendmedizinischen Versorgung nicht anderweitig – etwa durch einen "Zuschlag Kindergesundheit" für Kinderstationen – abgefangen werden, dürfte die wohnortnahe und flächendeckende Versorgung durch Kinderkliniken und -abteilungen deutschlandweit zum Problem werden. Es muss offenbar kritisch überprüft werden, ob oder inwieweit die Krankenhausfinanzierung durch Fallpauschalen einer positiven Entwicklung in Richtung kinderfreundlicher Binnenstrukturen entgegensteht.

Doch auch was im engeren Sinne auf medizinischem Gebiet geschieht, muss Fragen aufwerfen. Aus juristischer Sicht mag manches davon nicht hinreichend erhärtet sein, doch um den Fragen intensiver nachzugehen, muss ein „Anfangsverdacht“ genügen, wenn man vermeiden will, Fehlentwicklungen tatenlos zugesehen zu haben. So muss geprüft werden, was es damit auf sich hat, wenn von „unnötigen Operationen“ die Rede ist und nach Einschätzung der Krankenkassen reihenweise Operationen durchgeführt werden, die von den Krankenhäusern vor allem aus wirtschaftlichen Gründen gemacht werden.⁷ Kritische Fragen für Kinder vor der Geburt ergeben sich vor allem im Zusammenhang mit den Routinen im Kreißsaal. Vieles bewegt sich am Rande strafrechtlicher Relevanz, weil alles ärztliche Handeln nach unserer Rechtsordnung nur im Falle einer medizinischen Indikation und einer entsprechenden Aufklärung des Patienten über Risiken und Nebenwirkungen gerechtfertigt ist.

³ <http://www.mein-kind-will-keinen-alkohol.de/fas.php>

⁴ http://www.drogenbeauftragte.de/fileadmin/dateien-dba/Presse/Downloads/20152-09-03_PegnitzZeitung_Rauchen_im_Auto.pdf

⁵ http://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/_media/NL_63.pdf

⁶ <http://www.akik.de/index.php/news/97-akik-unterstuetzt-die-aktion-rettet-die-kinderstation>

⁷ <http://www.rp-online.de/panorama/deutschland/viele-unnoetige-operationen-in-deutschland-aid-1.2850208>

Das Fixieren einer Kopfschwartenelektrode in der kindlichen Kopfhaut während dessen Geburt ist eine Körperverletzung, wenn es nicht im konkreten Fall medizinisch geboten ist. Die Tatsache, dass diese Praxis oft dem Personalmangel entspringt, ist kein Rechtfertigungsgrund. Die aus Kostengründen verweigerte 1:1-Betreuung durch eine Hebamme, würde diese Praxis – bis auf die medizinisch konkret indizierten Fälle – überflüssig machen.

Ähnliches gilt für die routinemäßige Mikrolutuntersuchung, die ja mit Schnittverletzungen in die Kopfhaut des Ungeborenen verbunden ist. Wenn es heißt, dass dadurch unnötige operative Eingriffe vermieden werden können, müsste im Einzelfall wie bei jedem anderen Eingriff auch eine exakte Konkretisierung der Indikation und eine gewissenhafte Abwägung vorgenommen werden, ob Risiko und Nutzen in einem angemessenen Verhältnis stehen.

Bei der Einschätzung der gegenwärtigen Praxis sollte eine Rolle spielen, dass nach europäischem Verständnis Zweifel an der Unbedenklichkeit stets zur Zurückhaltung gemahnen, auch wenn eine strafrechtlich relevante oder zum Schadensersatz verpflichtende Sorgfaltsverletzung dann den vollen Nachweis rechtswidrigen und schuldhaften Verhaltens erfordert. Deshalb sind auch ärztlich nicht indizierte Ultraschalluntersuchungen, die bedenkenlos als Dienstleistung („Baby-TV“) angeboten werden, kritisch zu betrachten, solange der Beweis der Unbedenklichkeit nicht erbracht ist, und zwar speziell mit Blick auf die Sensibilität des Organismus des noch ungeborenen Kindes.

Dieselben Bedenken müssten gegen die üblich gewordenen Individuellen Gesundheitsleistungen (IGeL) erhoben werden, die von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeschlossen sind, weil sie über das vom Gesetzgeber definierte Maß einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Patientenversorgung hinausgehen. Da bedarf es einer gründlichen Auseinandersetzung gerade auch mit Blick auf die Gesundheit des Kindes, ob die weitreichenden Nützlichkeitsversprechungen einer kommerziell ausgerichteten Werbung belegbar sind.

Nicht zuletzt muss auch geprüft werden, was es mit MRT-Untersuchungen bei Kindern auf sich hat, erst recht, was die Darstellung der Geburt durch MagnetResonanzTomographie bedeutet. Angesichts der technisch bedingten Bewegungslosigkeit und der äußerst bedrängenden Geräusentwicklung bei einer MRT-Untersuchung lässt sich kaum bezweifeln, dass dieses Verfahren für Kinder, zumal die ungeborenen, Fragen aufwerfen muss.

Schließlich ist mehr als fraglich, ob die frühe Abnabelung der Neugeborenen bedenkenfrei ist. Existenzielle Fragen des Bindungsaufbaus sind damit verbunden. Zumal, wenn es um die Gewinnung von Nabelblut geht, sind die Rechte des Kindes allein schon wegen des geringeren Geburtsgewichts unmittelbar berührt.

In den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit muss die Praxis der Geburtseinleitung gerückt werden. Nicht zuletzt durch einen schematischen Umgang mit dem errechneten voraussichtlichen Geburtstermin ist es üblich geworden, durch Wehen fördernde Medikamente einzugreifen und den natürlichen Verlauf der Geburt zu unterbinden. Noch rigider ist der Eingriff im Fall eines Kaiserschnitts. Ein ärztlich indizierter Kaiserschnitt ist eine unter Umständen lebensrettende Operation. Doch die häufigen, medizinisch nicht indizierten „Wunschkaiserschnitte“ – nicht einmal von der Frau selbst gewünscht – können so nicht gerechtfertigt werden. Sie verleiten dazu, vor allem die seelischen Folgen für Mutter und Kind zu verdrängen. Insbesondere die Frage, was ein Kaiserschnitt für das Kind bedeutet, verlangt nicht nur medizinische Antworten. Bei der Beurteilung, welche Folgen der Wegfall der natürlichen Stressfaktoren der Geburt für das Kind hat, muss sicherlich berücksichtigt werden, dass derartige Ereignisse keine monokausalen Schlussfolgerungen für das spätere Leben zulassen; keinesfalls aber dürfen die zahlreichen Erfahrungen im Bereich pränataler Psychologie einfach beiseitegeschoben werden.

Die gängige und sich offenbar immer stärker ausbreitende Praxis der Geburtseinleitung trägt wesentlich dazu bei, dass die eigentlich natürliche Geburt wie eine im Krankenhaus zu behobende Krankheit

gesehen wird. Ein durch und durch natürliches Geschehen, das mit guten Gründen von der Hebamme begleitet wird, wird zu einem ärztlich/medizinischen Versorgungsfall. Daraus folgen subtile Einstellungsänderungen, nicht nur, dass die Geburt wie eine möglichst schnell zu behebende Krankheit betrachtet wird und wie bei anderen Eingriffen im Krankenhaus möglichst unter technischer Kontrolle und medikamentösen Interventionen vor sich gehen soll. Man muss zudem damit rechnen, dass diese Praxis zu einem Gefühl selbstverständlicher Verfügbarkeit über das Geburtsgeschehen führt. Es geht, wenn diese Verfahren als ‚Krankenhausroutine‘ in scheinbarer Alternativlosigkeit praktiziert werden, das Gefühl dafür verloren, dass die Geburt ein Ereignis ist, das ähnlich wie der Tod grundsätzliche Fragen ethischen Handelns aufwirft.

Stattdessen werden sämtliche Mechanismen wirksam, die das heutige Gesundheitssystem kennzeichnen. Die Terminierung der Geburt richtet sich systembedingt eher nach dem Dienstplan als nach dem natürlichen Geburtsverlauf. Die erwähnte Finanzierung des Krankenhauswesens durch Fallpauschalen wirkt sich nach Untersuchungen von Prof. Matthias W. Beckmann, Direktor der Frauenklinik Universitätsklinikum Erlangen, in einer offenbar verhängnisvollen Weise aus. Eine signifikante Häufung von Kaiserschnitten trifft mit der Beobachtung zusammen, dass vermutlich als Folge des erhöhten Zuschlags für Frühgeburten *unter* 1500g Kinder *bis* 1499g deutlich häufiger durch Kaiserschnitt entbunden werden, als kurz nach Überschreitung der Gewichtsgrenze von 1500g. Eine Rolle spielt dabei augenscheinlich auch die Liegezeit der schwangeren Frauen. Sie ist mit 7 Tagen pauschaliert; würde man zuwarten und diese Zeit überschreiten, würde dies dem Krankenhaus ab dem 7. Tag Verluste bringen. Wirtschaftlich günstiger ist demgegenüber der vorzeitige Kaiserschnitt, weil er zugleich für die Operation der Mutter eine neue Pauschale auslöst. Ließe sich hier ein Zusammenhang schlüssig belegen, ist Handlungsbedarf offensichtlich.

Dies muss zu der Frage führen, welcher Rechtsschutz für Kinder im Fall von schädlichen Eingriffen überhaupt gegeben ist. Die Lage von Kindern *nach* der Geburt lässt sich mit wenigen Worten umschreiben: Sie genießen bei unzulässigen Übergriffen den vollen Rechtsschutz wie jeder andere Mensch. Rechtswidrige schuldhaft eingriffe sind strafrechtlich zu ahnden, zivilrechtlich ist sichergestellt, dass im Fall haftungsrechtlich zu vertretenden Verhaltens Schadensersatz zu leisten ist.

Auch schon vor der Geburt besitzen Kinder entgegen einer verbreiteten Ansicht aber durchaus eigene Rechte. Das noch nicht geborene Kind kann Erbe sein: „Wer zur Zeit des Erbfalls noch nicht lebte, aber bereits gezeugt war, gilt als vor dem Erbfall geboren“, heißt es als Fiktion in § 1923 Abs. 2 BGB. Das Ungeborene kann auch durch Verträge zugunsten Dritter begünstigt werden.⁸ Zur Wahrung seiner künftigen Rechte kann ihm vor der Geburt ein Pfleger bestellt werden (§ 1912 BGB). Vor allem kann das ungeborene Kind bei Schädigungen einen Anspruch auf Schadensersatz haben. Denn wer einem anderen schuldhaft einen Schaden zufügt, ist zur Wiedergutmachung verpflichtet, und die Rechtsprechung hat herausgearbeitet, dass „anderer“ in diesem Sinne auch das Kind vor der Geburt sein kann.⁹ So ist im Falle eines durch einen Unfall bewirkten Schocks bei der schwangeren Frau dem später mit einem Gesundheitsschaden zur Welt gekommenen Kind Schadensersatz aus unerlaubter Handlung nach § 823 Abs. 1 BGB zuerkannt worden.¹⁰ Schließlich ergibt sich aus § 844 Abs. 2 BGB im Falle der Tötung eines Unterhaltspflichtigen, dass ein unterhaltsberechtigtes Kind Ersatzansprüche besitzt, auch wenn es im Zeitpunkt des Schadensereignisses noch nicht geboren war.

Auch verfassungsrechtlich ist das Kind vor der Geburt keineswegs ungeschützt. Das Bundesverfassungsgericht hat entschieden, dass die Grundrechte in ihrem objektiven Gehalt als Schutzpflichten des Staates auch für das ungeborene Leben gelten. So schützt Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Leben und Gesundheit des Kindes bereits vor der Geburt als „selbständiges Rechtsgut“¹¹. Die Schutzpflicht des Staates

⁸ BGH NJW 1971, 242

⁹ BGH NJW 1972, 1126

¹⁰ BGH NJW 1985, 1390

¹¹ BVerfGE 39, 1

gebietet dem Staat, sich schützend und fördernd vor das Leben des ungeborenen Kindes zu stellen, das heißt vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten anderer zu bewahren.

Bei dieser Aufgabe des Staates, für den Schutz der betreffenden Rechtsgüter zu sorgen, spricht man von ‚objektivem Recht‘. Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung haben es kraft ihrer Bindung an das Rechtsstaatsprinzip nach Art. 20 GG zu beachten. Das bedeutet allerdings nicht, dass *der Einzelne* dieses Recht *selbst* geltend machen könnte. Dafür müsste er „Subjekt“, also Person sein. Von der positiven Beantwortung dieser Frage hängt Entscheidendes ab. Kommt der Staat nämlich seinen Schutzpflichten nicht nach, dann kann der Einzelne sein Recht als Person selbst vor den Gerichten erstreiten. So könnte das Kind als vorgeburtlich geschädigter Mensch bei einer Schädigung infolge von konkreten, zurechenbaren Mängeln im öffentlich-rechtlich geregelten Gesundheitssystem als Subjekt, vertreten durch seine Eltern, unmittelbar klageberechtigt sein.

Das Bundesverfassungsgericht hat die Frage, ob mit der *objektiven* Schutzpflicht des Staates ein *subjektives* Recht des heranwachsenden Menschen korrespondiert, offengelassen. In der Literatur herrscht Uneinigkeit.¹² An dieser Stelle könnte sich indessen Weiterführendes aus der Konvention der Vereinten Nationen über die Rechte des Kindes vom 20.11.1989 ergeben.

Die Kinderrechtskonvention ist ein Meilenstein der Menschenrechtsentwicklung, indem das Kind, das im Grundgesetz in Art. 6 noch als *Objekt* elterlicher Fürsorge angesprochen ist, völkerrechtlich als *Subjekt* anerkannt wird. Damit könnte der Streit um die Subjektstellung des Kindes entschieden sein – wenn diese Subjektstellung auch *vor* der Geburt gelten würde. Doch, um auf den Anfang zurückzukommen, auch hier herrscht Streit. Viele der Delegationen, die die Kinderrechtskonvention vorbereitet haben, wollten sich in diesem Punkt nicht festlegen. Verwiesen wurde darauf, dass die Menschenrechte „angeboren“ seien, also das Geborenssein voraussetzen würden. Deswegen wurde in den Vorverhandlungen vertreten, die Konvention solle nur „jedes menschliche Lebewesen vom Moment der Geburt an“ schützen. Bemerkenswert ist allerdings, dass diese Auffassung im Weiteren mehrheitlich verworfen wurde. Es wurde beschlossen, dass der Schutz durch die Kinderrechtskonvention „ausgedehnt werden sollte, um die vollständige Periode vom Moment der Konzeption an“ zu erfassen. Dabei spielte eine Rolle, dass es schon in der (unverbindlichen) *Erklärung der Rechte des Kindes* von 1959 geheißen hatte, dass Kindern „angemessener rechtlicher Schutz vor und nach der Geburt“ zukommen soll. Dahinter dürfe man, so wurde argumentiert, nicht zurückstehen. Deshalb wurde die Einschränkung fallen gelassen und der Satz, dass die Konvention „angemessenen rechtlichen Schutz vor und nach der Geburt“ bieten solle, in die Präambel der Kinderrechtskonvention aufgenommen.

Trotzdem wollten viele Delegationen – auch die Bundesregierung –, dass dieser Satz der Präambel bloßes Programm blieb, weil die Vertragsstaaten völkerrechtlich nicht verpflichtet werden sollten, den Schwangerschaftsabbruch im Interesse des Lebensschutzes unter Strafe zu stellen. Deutschland schlug deshalb in einer eigens berufenen Arbeitsgruppe vor, protokollarisch festzuhalten, die Annahme dieses Satzes verfolge nicht die Absicht, selbständigen, also auch abweichenden, Regelungen der Vertragsstaaten vorzugreifen. Es hieß: „Mit der Annahme dieses Präambelabsatzes verfolgt die Arbeitsgruppe nicht die Absicht, der Auslegung des Artikels 1 oder einer anderen Übereinkommensbestimmung durch die Vertragsstaaten vorzugreifen.“¹³ Das sicherte die Zustimmung auch der Staaten, die sich gegen den Satz in der Präambel ausgesprochen hatten. Ein diplomatischer Erfolg war dies ohne Zweifel; aber endgültige Klarheit entstand dadurch nicht. Denn bei näherer Untersuchung zeigt sich, dass die rechtliche Tragweite derart einschränkender Protokollnotizen nicht ausreicht, um die beabsichtigte Klarstellung zu erreichen.

¹² Böckenförde, JZ 2003, 809, 812; Hoerster, JuS 2003, 529; Dreier, Grundgesetz, Art. 1 I, Rn. 71ff.

¹³ <http://www.kinderrechtskonvention.info/schutz-des-ungeborenen-lebens-3450/>

Dafür bedarf es einer gründlichen Auseinandersetzung mit Ziel und Zweck des Übereinkommens. Dem ist vorauszuschicken, dass die Ablehnung der vorgeburtlichen Geltung der Kinderrechtskonvention, weil die Menschenrechte „angeboren“ seien, eine ehemals große menschheitliche Errungenschaft in ihr Gegenteil verkehrt. Die Gewährleistung „angeborener Menschenrechte“ war in der Zeit der Aufklärung – begonnen 1776 mit der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung –, ein bedeutender menschenrechtlicher Fortschritt. Überwunden wurde die überkommene Vorstellung einer Verleihung der Grundrechte durch die Obrigkeit. Zum Grundbestand aller Menschenrechtskodifikationen wurde danach die Überzeugung, dass die Menschenrechte jedem Menschen „kraft seiner Menschheit“ (Immanuel Kant) zustehen. In Frankreich hieß es 1789 in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte: "Der Mensch wird frei und gleich an Rechten geboren und bleibt es." Dies wurde Teil der allgemeinen Menschenrechtsentwicklung, sodass 1948 in der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte die „Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen“ allen weiteren Rechtsgarantien als Grundwert vorangestellt werden konnte.

Der Kontext dieser Gewährleistung macht deutlich, dass es bei den ‚angeborenen Rechten‘ nicht um die Abgrenzung ging, ob die Menschenrechte *vor* oder erst *nach* der Geburt gelten, sondern um den Wesensgehalt der Menschenrechte überhaupt. Dementsprechend hieß es im Allgemeinen Preußischen Landrecht von 1794: „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch nicht geborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.“¹⁴ Deshalb kann der Hinweis auf ‚angeborene Rechte‘ eine Absage an vorgeburtliche Rechte des Kindes nicht begründen.

Auch die von der Bundesregierung eingebrachte Protokollnotiz steht der Geltung der Kinderrechtskonvention vor der Geburt nicht im Wege. Wenn man die Geltung einzelner Bestimmungen der Kinderrechtskonvention in einer völkerrechtlich verbindlichen Weise hätte einschränken wollen, hätte man nach Art. 51 KRK einen (zulässigen) Vorbehalt erklären und beim Generalsekretär der Vereinten Nationen hinterlegen müssen. Das ist aber nicht geschehen. Die Notiz hat daher nur die Bedeutung einer Interpretationserklärung, mit der der Vertragsstaat sein Konventionsverständnis darlegt. Völkerrechtlich ist dies jedoch unverbindlich, es handelt sich um eine bloße Rechtsmeinung, die den Geltungsumfang der Konvention nicht einschränken kann.¹⁵

Um den verbindlichen Gehalt einer Völkerrechtsvereinbarung zu ermitteln, bedarf es einer Auslegung nach Maßgabe des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969.¹⁶ Nach Art. 31 und 32 dieses Übereinkommens sind völkerrechtliche Verträge nach dem *Wortlaut*, der *Systematik* und vor allem dem *Regelungsziel* der Vereinbarung auszulegen; dem Entstehungszusammenhang kommt dabei nur ergänzende Bedeutung zu, soweit die übrigen Auslegungsmittel den Normgehalt nicht hinreichend aufklären können.

An dieser Stelle ist auf die bedeutsame Arbeit des amerikanischen Juristen Bruce Abramson zu verweisen.¹⁷ Der erwähnte, 2004 auf dem *Day of General Discussion* in Genf gehaltene Vortrag unter dem Titel „The CRC Rights of Babies and young Children“ liefert zu diesen Auslegungsfragen wichtige Erkenntnisse. Mit Hinweis auf die Vorverhandlungen zur Kinderrechtskonvention zeigt Abramson, dass mit der in die Präambel eingefügten Formel eine klare politische Entscheidung vorlag, dass der Rechtsschutz „die vollständige Periode vom Moment der Konzeption an“ erfassen sollte, und nicht erst „vom

¹⁴ Zitiert nach Reis, Hans, Die Rechtsprechung des US-Supreme Court zum Schwangerschaftsabbruch und die deutsche Rechtstradition, in: Menschenwürde und freiheitliche Rechtsordnung, Festschrift für Willi Geiger, S. 126, Tübingen 1974; im Internet: <http://www.koeblergerhard.de/Fontes/ALR1fuerdiepreussischenStaaten1794teil1.htm>

¹⁵ vgl. Lorz, Ralph Alexander, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Ein Rechtsgutachten, Bd. 7 der Reihe „Die UN-Konvention umsetzen...“, hrsg. von der National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland, Berlin 2003, S. 28

¹⁶ BGBl. 1985 II, S. 926

¹⁷ Herausgegeben von GreenBirth e.V. <http://www.greenbirth.de/html/veroeffentlichungen.html>.

Moment der Geburt an“. Das Ziel der Konvention hat daher unmittelbaren Niederschlag im Wortlaut der Konvention gefunden. Dies entspricht dem Regelungsziel der Kinderrechtskonvention insgesamt, das Kind mit umfassenden Rechten auszustatten, und dadurch seine Rechtsstellung grundlegend zu verbessern.

Besonders aussagekräftig wird dies im Zusammenhang mit den Rechten auf Gesundheitsversorgung während der Schwangerschaft. In Art. 24 KRK erkennen die Vertragsstaaten „das Recht des Kindes auf das erreichbare Höchstmaß an Gesundheit an sowie auf Inanspruchnahme zur Behandlung von Krankheiten und zur Wiederherstellung der Gesundheit. Die Vertragsstaaten bemühen sich sicherzustellen, dass keinem Kind das Recht auf Zugang zu derartigen Gesundheitsdiensten vorenthalten wird“. Zur „vollen Verwirklichung dieses Rechts“ zählt „eine angemessene Gesundheitsfürsorge für Mütter vor und nach der Entbindung“, und zwar als *Recht des Kindes*. Die pränatale Vorsorge als Bestandteil der Rechte des Kindes auf Gesundheit setzt damit das Kind bereits vor der Geburt als Inhaber dieser Konventionsrechte voraus. Treffend fügt Abramson an: „Falls die Verfasser gewollt hätten, für alle Staaten verbindlich einzuführen, dass Mütter pränatale Vorsorge für ihre Kinder erhalten, *jedoch ohne* dies zu einem Kindesrecht zu machen, dann wäre es sehr leicht gewesen, das im Entwurf eines Abkommens zu bewerkstelligen. Z.B. hätte man Art. 24 so formulieren können, dass alle Gesundheitsrechte des Kindes in Absatz 1 verankert werden und dann die Verpflichtung, pränatale Vorsorge vorzuhalten, in Absatz 2 definiert wird mit einer Formulierung, die das Kind als Rechtsinhaber ausschließt.“ Es hätte beispielsweise heißen können: „In Ergänzung zu den Verpflichtungen in Absatz 1, die Rechte von Kindern zu sichern, erkennen die Vertragsstaaten an, dass (auch) die Kindesmutter das Recht hat, pränatale Vorsorge zu erhalten.“ Dies ist aber nicht geschehen. Vielmehr definiert die Konvention die Verpflichtung des Staates zur Sicherstellung pränataler Vorsorge ausdrücklich in Begriffen der Menschenrechte des Kindes. Bereits vor der Geburt wird das Kind als *Subjekt* vorausgesetzt.

Die Probleme bei der Anerkennung von Kinderrechten vor der Geburt beruhen nicht zuletzt darauf, dass im Recht auf Leben ein absolutes Recht gesehen wurde. Abramson weist jedoch mit Recht auf das Notwehrrecht hin, dass bei einem Angriff auf Leib und Leben als *ultima ratio* die Tötung eines anderen zulässt, das Recht des Angreifers auf Leben also geringer gewertet wird als das des Angegriffenen.¹⁸ Das Recht auf Leben erweist sich als *relatives* Recht. So ist auch die Kinderrechtskonvention zu verstehen. Bei dieser Abwägung erhält Art. 3 der Kinderrechtskonvention wesentliche Bedeutung. Die Bestimmung besagt, dass bei allen Angelegenheiten, die Kinder betreffen, deren Wohl „ein Gesichtspunkt ist, der vorrangig zu berücksichtigen ist“. Hervorgehoben wird die Bedeutung dieses Artikels durch die Tatsache, dass es in sämtlichen Menschenrechtsverträgen außer den Kindern keine Zielgruppe gibt, für deren Belange eine vorrangige Berücksichtigung statuiert wird.¹⁹ Der Vorrang des Kindeswohls gewinnt dadurch einen beispiellosen Schutzgehalt, der nach seiner Wertigkeit derjenigen der im Grundgesetz enthaltenen Grundrechte entspricht.²⁰ Doch selbst wo Art. 3 KRK vom *Vorrang* der Kinderrechte spricht, handelt es sich um keinen *absoluten* Vorrang, der gebieten würde, die Belange von Kindern im Ergebnis „generell und unter allen Umständen“ höher zu bewerten als andere.²¹ Vielmehr können sich im Einzelfall andere Interessen einzeln oder in ihrer Bündelung als so gewichtig erweisen, dass das Kindeswohl zurückstehen muss, *obwohl* es mit Vorrang in die Wertung einbezogen wurde.²² Das zeigt, dass auch die Rechte des Kindes einer Abwägung mit den Rechten anderer zugänglich sind. Das gilt auch für die Abwägung des Rechts auf Leben des Kindes als Subjekt und dem Recht auf Leben

¹⁸ a.a.O., S. 10

¹⁹ Vgl. nur UN-Frauenrechtskonvention (BGBl. 1985 II, S. 647), sowie UN-Behindertenrechtskonvention (BGBl. 2008 II, S. 1419)

²⁰ Benassi, Günter, Deutsche Rechtsprechung vs. UN-Kinderrechtskonvention? Zur Bedeutung des Art. 3 Abs. 1 KRK für die Verwirklichung der Kinderrechte, DVBl 8/2016

²¹ BVerwG, 10.02.2011 - 1 B 22.10, <http://www.bverwg.de/entscheidungen/pdf/071211B1B6.11.0.pdf>; BGH, Beschluss v. 29.05.2013 – XII ZB 530/11 -, NJW 2013, 3095

²² Lorz, Ralph Alexander, Der Vorrang des Kindeswohls nach Art. 3 der UN-Kinderrechtskonvention in der deutschen Rechtsordnung. Ein Rechtsgutachten, Bd. 7 der Reihe „Die UN-Konvention umsetzen...“, hrsg. von der National Coalition für die Umsetzung der UN-Kinderrechtskonvention in Deutschland, Berlin 2003, S. 14 ff.

und Selbstbestimmtheit der Frau. Diese Abwägung hat der Gesetzgeber bei der Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ausdrücklich vorgenommen mit der Feststellung, dass das Recht des Kindes auf Leben in der Abwägung mit den Interessen der Frau im eng umrissenen Einzelfall zurückstehen muss.²³ Dem liegt also die Anerkennung der Rechte des Kindes zugrunde; andernfalls hätte es der Abwägung nicht bedurft.

Die Zuerkennung dieser Rechtsstellung für das Kind bereits vor der Geburt hat erhebliche praktische Auswirkungen. Die Kinderrechtskonvention macht deutlich, dass es bei den Rechten des Kindes nicht nur um einzelne Rechte etwa aus unerlaubter Handlung oder als Erbe geht, sondern um das Rechtsverständnis gegenüber Kindern überhaupt. Die menschenrechtlichen Gewährleistungen – Würde, Leben, Unversehrtheit, Schutz, Fürsorge, Förderung – sind Ausdruck der der Person zukommenden Rechte. Das „Recht, Rechte zu haben“ (Hannah Arendt) verweist zurück auf den *Träger* dieser Rechte, und zwar auch schon vor der Geburt: Das Kind ist von Anfang an Subjekt.

Allem voran muss dies zu einer Diskussion über das Recht des Ungeborenen auf eigenständige Bestimmung des Geburtstermins führen. Das setzt voraus, den natürlichen Geburtsverlauf als Ausdruck der Subjekthaftigkeit des Kindes zu achten. Es gilt, Sensibilität dafür zu entwickeln, den natürlichen Geburtsverlauf – wie bei den späteren ‚nonverbalen Äußerungen‘ des kleinen Kindes unstrittig²⁴ – als Bekundungen der Autonomie der Persönlichkeit zu verstehen, ohne sich von der Tatsache irritieren zu lassen, dass dies wie bei Hunger und Durst selbstverständlich keine bewusst reflektierten Äußerungen sind. Man muss entdecken, dass die heutzutage allgemeine Ablehnung übergriffiger Fremdbestimmung auch hier betroffen ist.

Vor diesem Hintergrund werden *medizinisch indizierte* Eingriffe selbstverständlich nicht in Frage gestellt. Jede andere, *nicht medizinisch indizierte* Einflussnahme auf den Geburtsverlauf, sei es durch die Verabreichung von Wehen fördernden Medikamenten oder erst recht durch einen medizinisch nicht indizierten Kaiserschnitt, wird jedoch zum Verstoß gegen die Rechte des Kindes.

Die Bedeutung der Subjektstellung des Kindes wirkt sich im Übrigen besonders im Zusammenhang mit ärztlichen Eingriffen während der Schwangerschaft und den entsprechenden ärztlichen Aufklärungspflichten aus. Bei medizinisch indizierten Eingriffen ist es üblich, die Frau mit den bestehenden Risiken vertraut zu machen, dabei natürlich auch zu bedenken, was ein Eingriff für das Kind bedeutet. Bisher völlig unbeachtet ist aber, dass bei einem Mutter und Kind betreffenden Eingriff eine Einwilligung nicht nur seitens der Mutter vorliegen muss; mit Blick auf die Rechtsstellung des Kindes als Subjekt ist zusätzlich eine Einwilligung *für das Kind* notwendig. Wenn § 6 des Transfusionsgesetzes klarstellt, dass eine Blutentnahme nur nach entsprechender Aufklärung und bei Einwilligung des Betroffenen zulässig ist, dann bedeutet dies, dass beides auch mit Blick auf das Kind gegeben sein muss. Da es die Zustimmung nicht selbst erklären kann, gilt das verfassungsrechtlich geschützte Interpretationsprimat der Eltern, nach dem es in erster Linie ihnen obliegt, zu entscheiden, was dem Wohl des Kindes dient. Denn die Verfassung geht davon aus, dass niemand dem Kind so nahe steht wie die eigenen Eltern, ihm dort in der Regel alles zuteilwird, was es für sein Wohl benötigt und deshalb das Kindeswohl in aller Regel bei ihnen auch am besten aufgehoben ist.²⁵ Sie – nicht etwa staatliche Behörden als Rechtsanwender der Kinderrechtskonvention – haben die Aufgabe, sich in die Situation des Ungeborenen zu versetzen und aus dieser Perspektive verantwortlich für das Kind zu handeln. Die Einwilligung ist daher aus eigenem Recht der Frau, *zusätzlich* aber auch von den Eltern bzw. der Mutter als Treuhänderin der Rechte ihres Kindes in dessen Namen zu erteilen. Weil nach § 6 des Transfusionsgesetzes bei einer Entnahme von Nabelschnurblut „Aufklärung und Einwilligung ... von der spendenden Person

²³ BVerfGE 39,1

²⁴ Maywald, Jörg, Kinder haben Rechte!, Weinheim und Basel 2012, S. 105

²⁵ BVerfGE 52, 214 [217]

schriftlich zu bestätigen“ sind, bedarf es demnach einer ausdrücklichen Unterschrift auch im Namen des Kindes.

Nicht zuletzt bei der Gestaltung der Formblätter für die Aufklärung muss dies berücksichtigt werden. Ausdrücklich müsste vorgesehen werden, dass die Aufklärung und die Einwilligung auch unter Berücksichtigung der Rechte des Kindes erforderlich sind. Wenn es auf den Formularen an einer Ergänzung fehlt, die dieses Erfordernis erkennen lässt, und demzufolge nur die bisher vorgesehenen Fragen beantwortet werden, sind körperliche Eingriffe, die das Kind betreffen, mangels hinreichender Aufklärung rechtswidrig.

Diese ‚zweite‘ Einwilligung für das Kind mag wie eine bloße Formalität erscheinen; sie kann jedoch äußerst praktisch werden. Denn es kann durchaus zu Konflikten zwischen den Rechten der Mutter und denen des Kindes kommen. Man muss nur an die Verabreichung schmerzstillender Medikamente denken, die der Mutter sehr willkommen sein mögen, die jedoch für den kindlichen Organismus eine unverträgliche Belastung darstellen können. Dabei bedarf es einer Bewertung der Folgen für das Kind, die ausdrücklich gegen die Interessen der Mutter abgewogen werden müssen.

Fehlt die mit Blick auf die Rechtsstellung des Kindes erforderliche Einwilligung, kommen im Fall von Schädigungen durch ärztliche Eingriffe wie bisher schon Ansprüche des Kindes aus Unerlaubter Handlung (§ 823 BGB) in Betracht, die indessen kaum Ausnahmefälle bleiben dürften, wenn zur Kenntnis genommen wird, dass erst die volle Berücksichtigung der Subjektstellung des Kindes die Rechtswidrigkeit von Eingriffen ausschließt und dabei Mängel bei der Aufklärung relevant werden. Die Kaiserschnittpraxis wird sich, sofern keine klare medizinische Indikation vorliegt, auch haftungsrechtlich äußerst problematisch darstellen. Wenn sich bestätigt, dass mit einem Kaiserschnitt weitreichende negative Folgen für das Kind verbunden sein können, müsste sich der derzeitige Trend der Zunahme von Kaiserschnitten radikal umkehren, sobald nur bewusst wird, dass die übliche Praxis angesichts der Rechte des Kindes strafrechtlich entscheidend werden kann.

Konsequenzen ergeben sich auch für die Kinder- und Jugendhilfe. Zwar bezieht das SGB VIII die Rechte des Kindes vor der Geburt nicht ausdrücklich ein; der Schutzauftrag des Staates für Kinder verlangt aber auch von der Kinder- und Jugendhilfe, die Rechte des Kindes vor der Geburt aktiv aufzugreifen und Vorsorge zu treffen, wenn Kindeswohlgefährdungen drohen. Die Zusammenarbeit mit den Hebammen kann hier ausschlaggebend sein. Bei der Frage, was dem Kindeswohl während der Schwangerschaft entspricht, ist das verfassungsrechtlich vorgegebene Interpretationsprimat der Eltern, insbesondere der Mutter, zu achten. Sie sind „zuvörderst“ (Art. 6 GG) berufen, die schwierige Abwägung aller in Betracht kommenden Gesichtspunkte vorzunehmen. Das vom Jugendamt wahrgenommene Wächteramt kann aber bedeuten, im Interesse des Kindes auf die Einhaltung der dabei erforderlichen Sorgfalt zu achten, also einzugreifen, wenn deutlich wird, dass die Perspektive des Kindes bei der Bewertung von Eingriffen ausgeblendet wird. Unterstützende Maßnahmen können insoweit auch auf die Einhaltung dieser Verpflichtung zielen.

Auch die Familiengerichte können bei Gefährdungen entsprechend § 1666 bis hin zur Sorgerechtsentziehung gefordert sein. Wenn Gefährdungen durch die Schwangere selbst drohen, sind die Eingriffs- und Anordnungsmöglichkeiten zwar begrenzt, doch sind Interventionen nicht ausgeschlossen. Sinnvoll sein kann die Durchführung einer - mit den werdenden Eltern und dem Jugendamt gemeinsam stattfindenden – gerichtlichen Erörterung (§ 157 FamFG), die die Ernsthaftigkeit der Situation unterstreicht – auch im Hinblick auf eine mögliche Entziehung des Sorgerechts nach der Geburt, wenn bereits in der Schwangerschaft eklatante Sorgspflichtverletzungen vorliegen.

So kann deutlich werden, dass die Zuerkennung der Subjektstellung für das Ungeborene erhebliche rechtspraktische Auswirkungen hat. Es gibt jedoch subtilere Zusammenhänge, die erst bei einer sensibleren Betrachtung des Geschehens bewusst werden. Die aus der Kinderrechtskonvention folgenden Menschenrechte weisen in diese Richtung. Um dies zu erkennen, muss man einbeziehen, dass die *Konvention über die Rechte der Menschen mit Behinderungen* aus dem Jahr 2006 zu einer wesentlichen Vertiefung des Menschenrechtsverständnisses beigetragen hat, das auch für die Rechte aus der Kinderrechtskonvention Bedeutung hat. Die Vereinten Nationen haben hier zum Ausdruck gebracht, dass es nicht genügt, die Menschenrechte als hohe Gewährleistungen zu proklamieren, sondern, dass sie in ihrem Kerngehalt unmittelbar erlebbar, *fühlbar* sein müssen. So darf es nicht bei der abstrakten Zuerkennung von Menschenwürde bleiben, sondern das Gefühl der eigenen Würde – *sense of dignity* – muss für den Menschen spürbar sein. Dasselbe wird vom *sense of selfworth* und vom *sense of belonging*, dem Gefühl des Selbstwerts und dem Gefühl der Zugehörigkeit zur menschlichen Familie gesagt.²⁶ Immer geht es um die Frage: erlebe ich, was mir als Menschenrecht zuerkannt ist?

Das mag beim noch nicht geborenen Kind allzu theoretisch klingen. Darüber lässt sich aber auch anders denken. Martin Seel beschreibt die Situation vor der Geburt so:

„Wer das Ungeborene – das Menschenwesen, das noch nicht unter den Menschen lebt – schon als ein Gegenüber des eigenen Lebens versteht, es spürt, auf es aufmerksam ist, hat es angenommen und damit aufgenommen in den Kreis derer, die zu uns gehören: zu denen, die für ihr Gedeihen darauf angewiesen sind, von anderen Menschen wahrgenommen zu werden.“²⁷

Er verweist damit auf einen stillen Dialog mit dem Ungeborenen, den jede Mutter, jedes Elternpaar kennen wird. Für Eltern ist das Kind von Anfang an kein „Was“, sondern ein „Wer“. Nur falsch eingeordnetes und unverarbeitetes naturwissenschaftliches Kopfwissen verunsichert diese Überzeugung. Selbst wo die Naturwissenschaft (richtigerweise) von Zellgewebe spricht, ist beim ersten Bewusstwerden der Schwangerschaft klar, dass es nicht nur um den naturwissenschaftlichen Befund geht, vielmehr ein „Wer“ hier seine Ankunft ankündigt. Es geht um eine Beziehung, ein Gespräch, für das Martin Buber eine grundlegende Voraussetzung beschreibt – der Andere muss sich von uns „gemeint“ fühlen: „Die Hauptvoraussetzung für die Entstehung eines echten Gesprächs ist, dass jeder seinen Partner als diesen, als eben diesen Menschen meint. Ich werde seiner inne, werde dessen inne, dass er anders, wesenhaft anders ist als ich, in dieser bestimmten ihm eigentümlichen Weise wesenhaft anders ist als ich, und ich nehme den Menschen an, den ich wahrgenommen habe, sodass ich mein Wort in allem Ernst an ihn, eben als ihn, richten kann.“²⁸

Das muss kein Gespräch mit Worten, sondern kann auch ein innerer Dialog sein und gilt auch für das Gespräch während der Schwangerschaft. Wer das verinnerlicht, weiß, was Subjektsein essenziell bedeutet, und was es heißt, wenn im Recht von dem Kind als Subjekt die Rede ist, und zwar von Anfang an.

In der Praxis wird sich mit dieser Einstellung das Gespräch rund um die Geburt grundlegend verändern. Es ist ein Unterschied, ob Eltern, Hebammen oder Ärzte in großer Verantwortung *über* das Kind reden, oder ob das Kind dabei im Bewusstsein der Beteiligten zugleich als ein „Wer“, als Wesen mit eigener Würde, gegenwärtig ist. Dafür zu sensibilisieren, ist mit ihrem je berufsspezifischen Zugang eine wichtige Aufgabe der Hebammen, der pränatalen Psychologie und der Medizin – eine Aufgabe, bei der sie sich in vielfältiger Weise auf die Gestaltung des Zwischenmenschlichen im Recht stützen können.

Autorenhinweis: Dr. Reinald Eichholz ist Jurist und ehem. Kinderbeauftragter der Landesregierung Nordrhein-Westfalen

²⁶ Präambel und Art. 24 BRK

²⁷ Martin Seel, *Theorien*, Nr. 104, Frankfurt 2009

²⁸ Martin Buber, *Elemente des Zwischenmenschlichen*, in: *Das dialogische Prinzip*, Heidelberg 1984, S. 283