

Entwicklungen im Medizinrecht – Vom klassischen Arztrecht zu One Health

Festschrift für Brigitte Tag

Herausgebende

Isabel Baur

Thomas Gächter

Gunhild Godenzi

Julian Mausbach

Margot Michel

Sina Staudinger-Fürer

The logo consists of a stylized, bold letter 'S' with a white outline, set against a dark background.

Stämpfli
Verlag

Die Festschrift konnte mit verdankenswerter finanzieller Unterstützung der folgenden Personen und Institutionen realisiert werden:



Prof. Dr. Felix Althaus

Prof. Dr. med. Matthias Baumgartner, Direktor Forschung & Lehre, Ordinarius für Stoffwechselkrankheiten, Leiter Abteilung für Stoffwechselkrankheiten, Universitäts-Kinderspital Zürich – Eleonorenstiftung

Prof. Dr. med. Walter Bär

Prof. Dr. iur. Stéphanie Dagron, Universität Genf

Prof. Dr. med. Valentin Djonov, PD Dr. med. Elisabeth Eppler, Institut für Anatomie, Universität Bern
Gleichstellungskommission der Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Christoph Beat Graber, Ordinarius an der Universität Zürich und Inhaber des Lehrstuhls für Rechtssoziologie und Medienrecht

Prof. em. Klaus W. Grätz, Universität Zürich

lic. iur. Beat Gut, Oberrichter

Dr. iur. Dr. h. c. Max Hauri

Dr. iur. Thomas Heiniger

Prof. Dr. iur. Daniel Jositsch, Universität Zürich

Prof. Dr. iur. Regina Kiener

Prof. Dr. med. Michael Krauthammer

PD Dr. iur. Julian Mausbach

Prof. Dr. Michael Schaepman, Universität Zürich

Dr. iur. Michaela Tschuor

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 vorbehalten, insbesondere das Recht der Vervielfältigung, der Verbreitung und der Übersetzung. Das Werk oder Teile davon dürfen ausser in den gesetzlich vorgesehenen Fällen ohne schriftliche Genehmigung des Verlags weder in irgendeiner Form reproduziert (z. B. fotokopiert) noch elektronisch gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© Stämpfli Verlag AG Bern · 2024

ISBN 978-3-7272-4767-5

Über unseren Online-Shop www.staempflirecht.ch
ist zudem folgende Ausgabe erhältlich:

E-Book ISBN 978-3-7272-7843-3



Der Schreiber steht für unseren Anspruch, gemeinsam mit unseren Autorinnen und Autoren relevante und herausragende Inhalte zu produzieren.



Inhaltsverzeichnis

Straf-, Medizin- und Gesundheitsrecht

REGINA E. AEBI-MÜLLER

Frontotemporale Demenz als (medizin)rechtliche Herausforderung	1
---	----------

IVANA BABIC

Samenspende für alleinstehende Frauen – eine kurze Betrachtung der aktuellen Rechtslage in der Schweiz und in ausgewählten europäischen Ländern	15
--	-----------

ULRIKE BABUSIAUX / ESTELLE FRAGU / NANCY RUDOLPH

Zur Ersatzfähigkeit einer entgangenen Chance (<i>perte de chance</i>) im Recht der Reproduktionsmedizin	25
--	-----------

BRUNO BAERISWYL

Die Krux mit der Einwilligung	41
--	-----------

ISABEL BAUR / SINA STAUDINGER-FÜRER / ARIANA AEBI

Auf den Hund gekommen	47
------------------------------------	-----------

FELIX BOMMER

Suizidhilfe für Unfreie	59
--------------------------------------	-----------

PETER BREITSCHMID

«Kindeswohl», «Elternwohl», «Alterswohl», «Tierwohl» ... Menschenwohl!	79
---	-----------

THOMAS W. BUEHRER / PETE A. HIRSCH

Gesundheitsrecht in der Schweizer Armee	93
--	-----------

KAI CORNELIUS

**Rückmeldung von Befunden genetischer Untersuchungen
Verstorbener an Angehörige 107**

ALEX DE CAPITANI

Über die Strafverteidigung von Ärztinnen und Ärzten..... 121

DIETER DÖLLING

**Zur Abgrenzung von Tötung auf Verlangen und Beihilfe
zur Selbsttötung 133**

ANDREAS DONATSCH / ROLF HUBER

**Strafprozessuale Durchsuchung und vorläufige
Sicherstellung von Aufzeichnungen in Arztpraxen 145**

GUNNAR DUTTGE

**«Daten helfen heilen» – auch durch Missachtung
des «informed consent»? 155**

BIJAN FATEH-MOGHADAM

Kontingenz und Unverfügbarkeit 171

WALTER FELLMANN

Standardisierung von Pflichten und ihre Bedeutung 185

SABINE GLESS

KI-Systeme im Medizinbereich 193

ALAIN GRIFFEL

Das Umweltschutzgesetz als Gesundheitsgesetz..... 213

THOMAS HILLENKAMP

**Suizid, Suizidhilfe und Suizidverhinderung im deutschen
Strafvollzug im Licht neuerer Rechtsprechung..... 221**

VALÉRIE JUNOD / STÉPHANIE BEURIOT / CAROLE-ANNE BAUD / CAROLINE SCHMITT-KOOPMANN / SARA ANDRADE / OLIVIER SIMON	
Contrats thérapeutiques, une pratique problématique	243
ADRIAN KAEGI	
Herausforderung Strafuntersuchung in Ärztefällen/ Beschleunigungsgebot	267
GOTTLIEB A. KELLER	
Moralische und rechtliche Fragen im Alltag der innovativen Pharmaindustrie	279
UELI KIESER	
Einsatz von Forensic Nurses für ärztliche und medizinische Aufgaben	287
HANSPETER KUHN	
Spitalaustrittsberichte an die kantonale Gesundheitsdirektion?	301
VIKTOR LAUBE / PETER GRUBMILLER	
Streiflichter auf aktuelle Themen des Strafrechts und deren Spannungsfelder	311
JULIAN MAUSBACH / MICHAEL THALI	
Forensisch medizinische Untersuchungen und die Rolle des Forensic Nursings	331
TOMAS POLEDNA	
One Health: Gesundheitsrecht vor einer Strukturreform?	343
HENNING ROSENAU / FELIX FLAIG	
Recht auf assistierten Suizid für Strafgefangene	351
BERNHARD RÜTSCHKE	
Schwarze Listen im Krankenversicherungsrecht	367

PETER SCHABER	
Das Recht über den toten Körper	379
FRANZISKA SPRECHER	
Vom Umgang mit personenbezogenen Gesundheitsdaten	389
PETER STRAUB	
Psychisch schwer gestört oder doch «bloss» kriminell?	399
MAKOTO TADAKI	
Behandlungsabbruch und Selbstbestimmungsrecht des Patienten	411
JOCHEN TAUPITZ	
Verwendung «übrigbleibender» Transplantationsorgane zu Forschungszwecken	425
MARC THOMMEN / ANDRÉS PAYER	
Pränatale Einwirkung – postnatale Körperverletzung?	447
YENER ÜNVER	
Amtliche und private Sachverständigengutachten im türkischen Medizinrecht	473
JUANA VASELLA	
«Wer etwas von anderen kriegt, der es dann auch weitergibt!»	481
KERSTIN NOËLLE VOKINGER / NOAH ROHNER	
Die Anwendung des «Integritätsverfahrens» der Universität Zürich in der Medizin.....	495
WOLFGANG WOHLERS	
Lost in the Cloud.....	507
MARKUS ZIMMERMANN	
Suizidhilfe im Strafvollzug.....	527

Multidisziplinäre Perspektiven auf Gesundheit und One Health

RUTH BAUMANN-HÖLZLE / PATRIZIA KALBERMATTEN-CASAROTTI / ANDREAS FISCHER / ESTHER HILBRANDS / FLORIAN MENZINGER / PIA PFENNIGER / DANIEL GREGOROWIUS	
Inklusiver One-Health-Ansatz als Chance für eine Medizin für Menschen mit Beeinträchtigungen.....	535
ULRIKE BAUMÖL	
Die drei M in der digitalen Transformation des Gesundheitswesens.....	549
BEATRICE BECK SCHIMMER	
Enormes Engagement, weit über das Recht hinaus.....	561
JÉRÔME ENDRASS / JULIANE GERTH / THOMAS NOLL / ASTRID ROSSEGGER	
Evidenzbasierung im Justizvollzug.....	565
ELISABETH EPPLER / VALENTIN DJONOV / LUIS FILGUEIRA	
Körperspende im historischen und modernen Kontext.....	575
STEFAN FELDER	
Was sind (uns) das Leben und die Gesundheit wert?.....	593
MICHAEL L. GEIGES	
Auf den Spuren historischer Patientenversuche im Moulagenmuseum Zürich.....	601
ANTOINE F. GOETSCHEL	
Tierwohl als Grundlage von One Health und rechtspolitische Aussichten.....	619
DOMINIK GROSS	
Der Diskurs über den «Ärztlich assistierten Suizid» in Deutschland.....	631

JÜRIG HODLER

Wie weit soll und darf die Direktion eines öffentlichen Spitals auf die Politik Einfluss nehmen? 643

PAUL HOFF

Medizinische Zwangsmassnahmen: Stolpersteine für das Selbstverständnis der Psychiatrie..... 649

RENÉ JACCARD / JEAN MARTIN / JULIAN MAUSBACH / DAVID NADAL

Was geht Klimaschutz eine Ethikkommission für klinische Forschung an?..... 661

ROBERT JÜTTE

Beschneidung: Eine jüdische Tradition im Spannungsfeld von Selbstbehauptung und Fremdbestimmung 679

TANJA KRONES

Von der bioethischen Individualethik zu Planetary Health und Klimagerechtigkeit 689

URS MARTIN LÜTOLF

Medizinrecht aus der Sicht eines Klinikers: Vom Damoklesschwert zum Sparring Partner 699

THOMAS LUTZ / LAURA TÜSHAUS-RUDIN / LINDA ADAMÍKOVÁ

Das neue One Health Institute an der UZH 709

MATTHIAS MAHLMANN

Antigone – oder das Recht mutiger junger Frauen 717

JULIAN W. MÄRZ / NIKOLA BILLER-ANDORNO

Verhältnismässigkeit – ein Leitprinzip für Public-Health-Ethik und Gesundheitsrecht in Krisenzeiten?..... 727

GERHARD ROGLER

**Wie biomedizinische Forschungstechniken das
wissenschaftliche Denken prägen** 737

DORIS SLONGO / DAVID NADAL / KARL FREI

**Causa Cena – Die Ernährung steuert unser
Leben und unsere Gesellschaft** 753

DANIEL VONDER MÜHLL

Interdisziplinarität: alles was Recht ist 759

BRIGITTE VON RECHENBERG / HEIDRUN WEISS / SABINE KOCH /
MARTIN JANY / MAX SCHLÄFLI BIERY

**One Health – Interaktion zwischen Pferden und
Jugendlichen mit Verhaltensproblemen** 767

Pränatale Einwirkung – postnatale Körperverletzung?

MARC THOMMEN / ANDRÉS PAYER¹

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung.....	447
II.	Genfer Urteil.....	448
III.	Taugliches Tatobjekt?.....	450
	A. Handlungszeitpunkt.....	455
	B. Einwirkungszeitpunkt.....	457
	C. Erfolgszeitpunkt.....	459
IV.	Taugliche Lösung?.....	461
	A. Sperrwirkung.....	462
	B. Alptraum Liberaler.....	464
	C. Perverser Anreiz.....	470
V.	Fazit.....	471

I. Einleitung

Brigitte Tag hat einen grossen Teil ihres akademischen Lebens dem Medizinrecht gewidmet. Nicht nur ihre Publikationsliste² legt davon ein eindrückliches Zeugnis ab, auch in der universitären Lehre,³ der «extramuralen» Weiterbildung⁴ und der Doktoratsausbildung⁵ hat sie auf diesem Gebiet bleibende Spuren hinterlassen. Dies gilt nicht zuletzt auch für das Kompetenzzentrum Medizin – Ethik – Recht Helvetiae (MERH), das sie mitgegründet hat und dessen Leitungsausschuss sie bis heute präsidiert. Wie nur wenige ihres Fachs lebt Brigitte Tag dabei die Interdisziplinarität vor, die die Universität Zürich von

¹ Die Autoren danken Prof. Dr. iur. Felix Bommer, Prof. Dr. iur. Gian Ege, Prof. Dr. iur. Gunhild Godenzi, Dr. iur. Benjamin Meier, RA Luca Ranzoni MLaw, Prof. Dr. iur. Thierry Urwyler, RA Christian Wolff MLaw und Prof. Dr. iur. Nadine Zurkinden für ihre wertvollen Anmerkungen und weiterführenden Hinweise.

² In ihrer über 200 Positionen umfassenden Publikationsliste (perma.cc/VL64-SUHR) betreffen weit über die Hälfte der Beiträge das Medizin(-straf-)recht.

³ Vgl. etwa ihre Seminare «Blockchain in der Medizin», «Seltene Krankheiten» oder «Herausforderungen der digitalisierten Medizin» an der Universität Zürich.

⁴ Sie ist Vorsitzende der Direktion des Weiterbildungsstudienganges CAS MedLaw UZH.

⁵ Sie ist Programmdirektorin des PhD Biomedical Ethics and Law/Law Track an der Universität Zürich.

allen Forschenden erwartet.⁶ Es lag deshalb auf der Hand, dass die Herausgeberinnen und Herausgeber «Entwicklungen im Medizinrecht» zum Thema der Festschrift gemacht und damit dieses spezifische Wirken der Jubilarin ins Zentrum gestellt haben.⁷ Wenn im Folgenden die strafrechtliche Erfassung pränataler Einwirkungen⁸ thematisiert wird, so geht es – mit Blick auf den Untertitel der Festschrift – nicht um «One Health», sondern um eine klassische Frage des Medizinstrafrechts,⁹ die durch ein kürzlich ergangenes Urteil aus der Romanie wieder aktuell geworden ist: Wer kann bestraft werden, wenn die Einnahme von Medikamenten während der Schwangerschaft zu bleibenden Schäden des Kindes führt?

II. Genfer Urteil

Der Sachverhalt ist schnell erzählt: Im Sommer 2001 wurde S.A. im Lausanner Universitätsspital geboren. Seine Mutter, N.A., hatte während der Schwangerschaft das ihr ärztlich verschriebene Anti-Epileptikum Depakine (Wirkstoff: Valproat) des Arzneimittelherstellers Sanofi eingenommen. Bereits bei seiner Geburt hatte S.A. gesundheitliche Probleme (Lungenödem, Reflux, Hyperbilirubinämie). In den ersten Lebensjahren folgten mehrere Spitalaufenthalte wegen spastischer Bronchitis, Bronchiolitis und verschiedener HNO-Erkrankungen. Im

⁶ Gemäss ihrem Leitbild (perma.cc/4X8K-TZ87) vom 23. Januar 2012 fördert die Universität Zürich «die interdisziplinäre Zusammenarbeit». Bei den Grundsätzen wird festgehalten, dass verantwortliche Schwerpunktbildung «breite Grundlagenforschung und Interdisziplinarität» voraussetze.

⁷ Auch auf anderen Gebieten hat sich Brigitte Tag stark engagiert, z.B. in der Prävention von sexueller Belästigung an der Universität: vgl. etwa BRIGITTE TAG/PETE HIRSCH, Protection against Sexual Harassment at the University of Zurich: A Glance at the Swiss Legal Framework and the University's Provisions, in: Michele A. Paludi (Hrsg.), Campus Action against Sexual Assault, Chapter 8, Santa Barbara 2016, S. 108 ff.

⁸ Gelegentlich wird auch von «pränatalen Schädigungen» gesprochen (z.B. BERNHARD HARDTUNG, in: Volker Erb/Jürgen Schäfer [Hrsg.], Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl., München 2021, § 218 N 9), was jedoch missverständlich ist. Erstens ist dieser Begriff mehrdeutig, weil unter «Schädigung» sowohl der zum Schaden führende Vorgang (aus Sicht des «Täters»: das Schädigen; aus Sicht des «Opfers»: das Geschädigt-Werden) als auch der Schaden (Taterfolg) selbst verstanden werden kann. Zweitens steht nicht nur die Fallkonstellation zur Diskussion, für die der Begriff passt, nämlich die, in der der Schaden (als solcher oder als Abschluss des Vorgangs) im pränatalen Stadium eintritt (und dann dem lebenden Menschen anhaftet, s. dazu Fn. 44), sondern auch und gerade die Konstellation, in der er *nach* dem strafrechtlichen Lebensbeginn (s. Fn. 19) eintritt. Allen strittigen Fällen ist hingegen gemeinsam, dass die *Einwirkung* auf den Nasciturus und damit pränatal erfolgt.

⁹ Vgl. z.B. schon HERMANN BLEI, Körperverletzung durch Schädigung der Leibesfrucht? MMW 1970, S. 741 ff.; HANS LÜTTGER, Der Beginn der Geburt und das Strafrecht, JR 1971, S. 133 ff., 136 ff.; INGEBORG TEPPERWIEN, Praenatale Einwirkungen als Tötung oder Körperverletzung? Diss. Tübingen 1973.

weiteren Verlauf seiner Kindheit und Jugend traten orthopädische Probleme (Knochen- und Skelettfehlbildungen) sowie erhebliche Entwicklungsverzögerungen (Sprachverzögerungen, psychomotorische Retardierung und Schulschwierigkeiten) auf.¹⁰ Für diese Schäden verlangte S.A. von der Sanofi-Aventis (Suisse) SA Schadenersatz und Genugtuung.¹¹

Am 25. November 2022 fällte das Zivilgericht des Kantons Genf sein Urteil. Es beschränkte den Haftpflichtprozess auf die Vorfrage der Verjährung.¹² Im Wesentlichen ging es um die Frage, ob sich der Kläger nach Art. 60 Abs. 2 OR auf die längeren strafrechtlichen Verjährungsfristen berufen kann.¹³ Dazu müsste feststehen, dass er Opfer einer Straftat geworden ist, die längere Verjährungsfristen kennt.¹⁴ In Betracht käme insoweit die schwere Körperverletzung (Art. 122 StGB). Das Genfer Zivilgericht stellte jedoch fest, dass der Embryo¹⁵ kein taugliches Tatobjekt eines Körperverletzungs- oder Tötungsdelikts sein könne.¹⁶ Und weiter: *«Cette conception peut sembler discutable, notamment dans le cas où c'est l'embryon qui est victime du comportement de l'auteur, soit de l'atteinte, et que le décès ou les conséquences des lésions corporelles interviennent après la naissance en raison dudit comportement. Pour la doctrine dominante toutefois, il s'agit de déterminer si, au moment où l'auteur agit, l'objet de l'infraction est déjà une personne à part entière ou encore un embryon. Dans cette dernière hypothèse, seul l'article 118 CP (interruption de grossesse punissable) pourrait entrer en ligne de compte... L'intégrité corporelle de l'embryon n'est ainsi pas protégée par le droit pénal que l'atteinte ait été causée intentionnellement ou par négligence, faisant que les lésions prénatales ne peuvent être sanctionnées pénalement...»*¹⁷ Somit kam das Zivilgericht zum Schluss, dass mangels tauglichen Tatobjekts keine schwere Körper-

¹⁰ Zum Sachverhalt s. Urteil des Zivilgerichts des Kantons Genf (Tribunal de première instance, 18. Kammer) JTPI/13426/2022 vom 25. November 2022 (perma.cc/XVN2-MPAR; nachfolgend: Urteil TPI), S. 2 ff.

¹¹ Urteil TPI, S. 10 Ziff. 65. Vgl. auch GILLES CLÉMENÇON/CÉLINE FONTANNAZ, Un premier procès public autour de la Dépakine en Suisse, RTS Info vom 12. November 2020 (perma.cc/SY2V-5V5Z). – In der Schweiz hiess das Unternehmen von 1999 bis April 2006 «Sanofi-Synthélabo». Die Fusion mit Aventis führte zum neuen Namen «Sanofi-Aventis».

¹² Urteil TPI, S. 23 lit. C.

¹³ Urteil TPI, S. 27.

¹⁴ Urteil TPI, S. 28.

¹⁵ Im Urteil TPI wird nicht zwischen Embryonen und Föten unterschieden. Als Embryo bezeichnet man das werdende Kind von der Kernverschmelzung bis zum Abschluss der Organentwicklung. Mit dem Abschluss der Organentwicklung (9. Woche seit Befruchtung) beginnt die Fetalzeit, die bis zur Geburt andauert. Vgl. Nationale Ethikkommission, Forschung an menschlichen Embryonen und Föten, Stellungnahme Nr. 11/2006, S. 17, 31 f. (perma.cc/YPQ8-UM7U); vgl. auch Art. 2 lit. i und j FMedG.

¹⁶ Urteil TPI, S. 28.

¹⁷ Urteil TPI, S. 28 f.

verletzung vorliege und die für dieses Delikt geltende längere Verjährungsfrist nicht anwendbar sei. Folglich seien die Schadenersatzforderungen des Klägers verjährt.¹⁸

III. Taugliches Tatobjekt?

Im Genfer Fall war also fraglich, ob das (medikamentöse) Einwirken auf einen Nasciturus, das diesen schädigt und auch zu (post-)natalen¹⁹ Schadensfolgen führt, eine schwere Körperverletzung darstellen kann oder ob es an einem tauglichen Tatobjekt fehlt. Bejaht man das Vorliegen eines tauglichen Tatobjekts und den Kausalzusammenhang zwischen Depakine-Einnahme und Schaden,²⁰ stellt sich die Frage, wer überhaupt als Täter in Frage kommt. Im Genfer Fall haben die Eltern geltend gemacht, sie hätten die schädliche Wirkung von Depakine nicht gekannt,²¹ sodass Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit ausscheiden. Da das Medikament der Mutter ärztlich verschrieben worden und die Arzneimittelinformation damals mangelhaft war,²² kommt auch eine unbewusste Fahrlässigkeit nicht in Betracht. Schon deshalb fallen die Eltern aus der strafrechtlichen Haftung heraus.²³ Bleiben noch der verschreibende Arzt sowie die

¹⁸ Urteil TPI, S. 29 und 36 Ziff. 2. Gegen dieses Urteil ist ein Berufungsverfahren vor dem Genfer Justizhof anhängig (Stand 19. Juni 2024). Dass solche innerstaatlichen Verjährungsfristen nicht in Stein gemeisselt sind, hat sich etwa gezeigt in Urteil des EGMR i.S. Howald Moor et al. gegen die Schweiz vom 11. März 2014 (Beschwerde Nr. 52067/10, 41072/11) §§ 74–80.

¹⁹ Das Leben fängt strafrechtlich mit dem *Geburtsbeginn* an (vgl. Art. 116 StGB; BGE 119 IV 207 E. 2b), der zumeist mit dem *Einsetzen der Eröffnungswehen* definiert wird (vgl., je m.w.H., BRIGITTE TAG, *Strafrecht im Arztalltag*, in: Moritz W. Kuhn/Tomas Poledna [Hrsg.], *Arztrecht in der Praxis*, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2007, S. 669 ff., 728; REGINA E. AEBI-MÜLLER/WALTER FELLMANN/THOMAS GÄCHTER/BERNHARD RÜTSCHER/BRIGITTE TAG, *Arztrecht*, Bern 2016, N 178). Somit geht es genau genommen um Schadensfolgen ab diesem Zeitpunkt (dies ist auch AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG [diese Fn.], nicht entgangen, vgl. dort Überschrift § 8.IV.1.b) über N 180: «Pränatale Einwirkungen mit (post-)natalen Folgen»). Diese Präzisierung wird im Folgenden nicht wiederholt.

²⁰ Hier wird davon ausgegangen, dass die Beschwerden von S.A. (zumindest auch) auf Depakine zurückzuführen sind. Vgl. auch Depakine-Skandal, Untersuchung der Situation in der Schweiz, Bericht des Bundesrates vom 6. Dezember 2019 in Erfüllung des Postulates 18.3092, Ständerätin Maury Pasquier Liliane, 7. März 2018, S. 11: «Das Risiko von Fehlbildungen durch Valproat ist seit Ende der 1970er Jahre bekannt. Länger nicht erkannt wurde, dass Valproat auch zu Entwicklungsstörungen führen kann. Erst ab dem Jahre 2000 verdichtete sich dieser Verdacht, und erst im Jahre 2012 wurde durch grössere Studien die Häufigkeit dieser UAW [unerwünschten Arzneimittelwirkung; Verf.] ersichtlich.»

²¹ Urteil TPI, S. 9 Ziff. 60.

²² Vgl. Bericht Depakine-Skandal (Fn. 20), S. 6 ff.

²³ Zu möglichen anderen Gründen für ihre Straflosigkeit s.u. IV.B.

Herstellerin und Vertreiberin des Medikaments, die sich als *mittelbare Täter* strafbar gemacht haben könnten.²⁴ Auch hier wären Fragen des Vorsatzes zu klären. Da weder beim Arzt noch beim Pharmaunternehmen davon auszugehen ist, dass sie die Schädigung des Kindes beabsichtigt oder für sicher gehalten haben, müsste Eventualvorsatz nachgewiesen werden.²⁵ Die Täter müssten es auf der Wissensseite zumindest für möglich gehalten haben, dass die Einnahme von Depakine zu bleibenden Schäden führt, und diese Folgen auf der Willensseite in Kauf genommen haben.²⁶ Ist eine solche Inkaufnahme nicht eingestanden, kann sie dem Täter gemäss Bundesgericht unterstellt werden, wenn sich ihm die *«Verwirklichung der Gefahr als so wahrscheinlich aufrängte, dass die Bereitschaft, sie als Folge hinzunehmen, vernünftigerweise nur als Inkaufnahme des Erfolges ausgelegt werden kann»*.²⁷ Sonst kommt nur (aber immerhin) eine Strafbarkeit wegen Fahrlässigkeit in Betracht. In jedem Fall sind auch noch die Verjährungsfristen²⁸ zu berücksichtigen.

Um diese weiteren (Zurechnungs-)Fragen soll es im Folgenden nicht gehen, sondern allein um die Frage, ob im Genfer Fall und in ähnlich gelagerten Fällen ein taugliches Tatobjekt für ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt vorliegt. Sie stellt sich deshalb, weil es um ein Erfolgsdelikt (*«délit matériel»*) geht. Dieses unterscheidet sich vom reinen Tätigkeitsdelikt (*«délit formel»*) dadurch, dass zur Tatvollendung nicht die blossе Vornahme einer bestimmten Handlung genügt, sondern diese zusätzlich eine örtlich und zeitlich abgrenzbare Aussenwirkung verursachen muss (die mit dem unglücklichen Terminus *technicus* «Erfolg» bezeichnet wird).²⁹ Wie weit die Tathandlung und der Erfolg zeitlich auseinanderliegen, ist dabei unerheblich. Es kann sein, dass eine

²⁴ Hinsichtlich der Herstellerin könnte Art. 102 Abs. 1 StGB einschlägig sein. Zu klären wäre jedoch, ob ein Unternehmen auch als mittelbarer Täter nach dieser Bestimmung strafbar sein kann.

²⁵ Zur Möglichkeit der eventualvorsätzlich begangenen mittelbaren Täterschaft s. z.B. Urteile des Bundesgerichts 6B_14/2009 vom 11. Juni 2009, E. 2.5; 6B_48/2009 vom 11. Juni 2009, E. 5; s.a. 6B_785/2009 vom 23. Februar 2010, E. 3.3 und 3.4.

²⁶ Vgl. Art. 12 Abs. 2 Satz 2 StGB.

²⁷ BGE 130 IV 58 E. 8.4.

²⁸ Vgl. Art. 97 Abs. 1 lit. b i.V.m. Art. 122 (15 Jahre), Art. 97 Abs. 1 lit. c i.V.m. Art. 125 StGB (10 Jahre).

²⁹ ANDREAS DONATSCH/GUNHILD GODENZI/BRIGITTE TAG, Strafrecht I, Verbrechenslehre, 10. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2022, S. 104; MICHEL DUPUIS et al., Petit Commentaire, Code Pénal, 2. Aufl., Basel 2017, Art. 10 N 11 f.; GÜNTER STRATENWERTH, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 4. Aufl., Bern 2011, § 9 N 9 ff. Im französischsprachigen Schrifttum wird manchmal von *«infraction matérielle»* bzw. *«infraction formelle»* gesprochen, wohl um klarzustellen, dass es nicht nur um ein *«délit»* (Vergehen) i.S.v. Art. 10 Abs. 3 StGB geht. Krit. zur Unterscheidung von Tätigkeits- und Erfolgsdelikten z.B. CHRISTOF RIEDO, Erfolgs- und Tätigkeitsdelikte, Yvan Jeanneret/Bernhard Sträuli (Hrsg.), *Empreinte d'une pionnière sur le droit pénal, Mélanges en l'honneur d'Ursula Cassani*, Genf/Zürich/Basel 2021, S. 351 ff.; TONIO WALTER, Das Märchen von den Tätigkeitsdelikten, in: Christian Fahl et al. (Hrsg.),

Tathandlung (Schussabgabe) Sekundenbruchteile später in einen Tötungserfolg umschlägt.³⁰ Zwischen der Tathandlung (Erstellung einer Baute) und einer Todesfolge können aber auch Jahre liegen,³¹ was sich in der schweizerischen Gerichtspraxis etwa beim Einsturz des Hallenbads in Uster³² oder auch bei der sog. toxischen Kausalität³³ in Asbest-Fällen³⁴ gezeigt hat.

Die entscheidende, höchstrichterlich noch nicht geklärte Frage lautet, zu welchem Zeitpunkt ein taugliches Tatobjekt vorliegen muss, damit ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt gegeben sein kann.³⁵ A priori kommen drei Antworten in Betracht:³⁶

Festschrift für Werner Beulke zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2015, S. 327 ff. (perma.cc/6T7G-HVTE). Ein passenderer Begriff könnte, in Anlehnung an die Bezeichnung des «Erfolgs» in den lateinischen Sprachen, «Resultat» oder «Ergebnis» sein. – Zudem muss der adäquate Kausalzusammenhang bzw. die objektive Zurechenbarkeit gegeben sein.

³⁰ Vgl. dazu etwa den legendären Mord von alt Kantonsrat Dr. h.c. Isaak Kohler an Professor Winter in FRIEDRICH DÜRRENMATTS Justiz, Zürich 1998, S. 21.

³¹ So bereits TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 22, m.H. auf SCHWEIZER, Exceptio plurium und replica doli, JW 1912, S. 555, der das zeitliche Auseinanderfallen von (pränataler) Handlung und (postnataler) Erfolg mit dem Begriff des «zeitlichen Distanzdelikts» umschrieben hat. Dieser Begriff findet sich auch in der Literatur zum sog. intertemporalen Strafrecht (z.B. ALFRED VON OVERBECK, Der zeitliche Geltungsbereich des Schweizerischen Strafgesetzbuches und die Behandlung der Übergangsfälle, ZStrR 56 [1942] S. 353 ff., 355), wobei es dort v.a. um die Konstellation geht, dass Handlung und Erfolg in die Inkraftszeit unterschiedlicher Rechte (vor bzw. nach einer Revision) fallen (vgl. VON OVERBECK [diese Fn.], S. 356).

³² BGE 115 IV 199.

³³ Vgl. FLAVIO ROMERIO, Toxische Kausalität, Diss. Basel, Basel/Frankfurt a.M. 1996, der zur Körperverletzung auf S. 16 Folgendes festhält: «Toxische Schädigungen lassen sich so einfach nicht feststellen. Sie können Arzt und Richter vor erhebliche Probleme stellen, den einen bei ihrer Diagnose, den anderen beim Entscheid, was eine Körperverletzung ist».

³⁴ BGE 134 IV 297 [Eternit] sowie ausführlicher Urteil des Bundesgerichts 6B_627/2007, 6B_629/2007 vom 11. August 2008.

³⁵ Für ein vollendetes Delikt muss immer zum Erfolgszeitpunkt ein taugliches Tatobjekt vorliegen. (Beispiel: A. injiziert B. ein tödliches Gift, das auf B. einwirkt. Bevor es den Tod des B. herbeiführen kann, wird B. von C. erschossen. Es dürfte Einigkeit darüber bestehen, dass A. hier nur wegen Versuchs zu bestrafen ist.) Fraglich ist aber, ob das auch genügt (Erfolgstheorie) oder ob schon vorher (zum Handlungs- und/oder Einwirkungszeitpunkt) ein taugliches Tatobjekt vorliegen muss (Handlungs- und Einwirkungstheorie). Die Erfolgstheorie (und nur sie) ermöglicht es auch, die Fälle pränataler Einwirkungen, in denen der Erfolg beim Menschen hätte eintreten sollen (aber realiter ausbleibt), als versuchte Körperverletzung/Tötung zu bestrafen.

³⁶ Zu dieser Trias bereits TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 22 und 46 ff.; vgl. auch zuvor bereits ARMIN KAUFMANN, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, JZ 1971, S. 569 ff., 569. Zu einer vierten Lösungsmöglichkeit, die aber schon mit Blick auf den Gesetzeswortlaut undurchführbar ist, s.u. Fn. 44.

- 1) Ein taugliches Tatobjekt muss schon zum Zeitpunkt der Ausführung der *Tathandlung* vorliegen (nachfolgend: «Handlungstheorie»). Im Genfer Fall wäre somit zu fragen, ob S.A. schon bei der schadenskausalen Einnahme des Depakine durch die Mutter ein Mensch im strafrechtlichen Sinne war – was zu verneinen ist (folglich: keine Körperverletzung).³⁷
- 2) Ein taugliches Tatobjekt muss zwar nicht bereits zum Zeitpunkt der Handlung, aber doch schon zum Zeitpunkt der *Einwirkung* auf das Objekt existieren (nachfolgend: «Einwirkungstheorie»). Auf den Genfer Fall übertragen würde die Frage mithin lauten, ob S.A. zum Zeitpunkt, als das schadenskausale Depakine auf ihn traf, schon ein Mensch im strafrechtlichen Sinne war. Sie ist ebenfalls zu verneinen (folglich: keine Körperverletzung).³⁸
- 3) Ein taugliches Tatobjekt braucht erst zum Zeitpunkt des *Erfolgseintritts* vorzuliegen (nachfolgend: «Erfolgstheorie»). Im Genfer Fall wäre also massgeblich, ob er schon ein Mensch im strafrechtlichen Sinne war, als der Verletzungserfolg eintrat. Dies kann bejaht werden, da einige Störungen, die eigene Verletzungsqualität besitzen, erst nach seiner Geburt auftraten (folglich: Körperverletzung).³⁹

Welche der genannten Theorien de lege lata den Vorzug verdient bzw. den objektiven Sinn des Gesetzes am ehesten wiedergibt, ist durch *Auslegung* zu bestimmen.⁴⁰ Dabei erscheint klar, dass die Lösung für alle Körperverletzungs- und

³⁷ Allenfalls könnte man, falls die Mutter den S.A. nach der Geburt unter Depakine-Einfluss *stille* (worüber das Urteil schweigt), an diese postnatalen Handlungen anknüpfen. Dazu müssten diese Handlungen aber kausal für Schäden sein, die den Grad einer Körperverletzung erreichen. Die heutige Patienteninformation zu Depakine besagt, dass dieses Medikament in die Muttermilch übergeht (perma.cc/44BD-DFWJ).

³⁸ Man kann sich höchstens fragen, ob die medikamentöse Einwirkung nicht auch dann erfolgte, als bereits ein taugliches Tatobjekt vorlag: Strafrechtlich beginnt das menschliche Leben mit den Eröffnungswehen (Fn. 19). Zu diesem Zeitpunkt war das Kind aber noch über die Plazenta und Nabelschnur mit der Mutter verbunden und damit medikamentösen Einwirkungen der Mutter ausgesetzt. (Diese Überlegung verdanken wir dem ehemaligen wissenschaftlichen Mitarbeiter des Erstauteurs und heutigen Jungendanwalt des Kantons Aargau Dr. iur. Benjamin Meier.) Aus dem Urteilssachverhalt geht allerdings nicht hervor, ob die Mutter auch in dieser kurzen Zeit unter Depakine-Einfluss stand oder das Medikament früh genug abgesetzt hatte, so dass es nicht mehr auf das Kind einwirken konnte. Sollte ersteres der Fall gewesen sein, wäre fraglich, ob diese kurze Einwirkung auf das Kind für sich allein genommen den Verletzungserfolg bewirkt hat. Denn vorliegend hatte die Mutter das Depakine während der ganzen Schwangerschaft zu sich genommen (Urteil TPI, S. 3 Ziff. 20). Zudem war ihr zwei Tage vor der Geburt ihres ersten Kindes (einer Tochter) auch schon Depakine verabreicht worden (Urteil TPI, S. 3 Ziff. 16 f.), doch ist von Schäden bei der Tochter nichts zu lesen.

³⁹ Zu Störungen, die schon im pränatalen Stadium eintraten, s. Fn. 44.

⁴⁰ Zur Auslegung von Strafrechtsnormen statt vieler EMANUEL COHEN, Im Zweifel für die Strafe? Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2015, S. 145 ff. Zur Unterscheidung von Auslegungsgesichtspunkten (topoi) und hierzu angeführten Argumenten vgl. TONIO WALTER, Das Koordinatensystem der Methodik, sui-generis 2019, S. 138 ff., 145 f. (perma.cc/9G7Z-NTVR).

Tötungstatbestände einheitlich ausfallen muss, wenn man sich nicht in Wertungswidersprüche verstricken will. Diese Tatbestände müssen somit *gemeinsam* ausgelegt werden.

Im Folgenden werden die unterschiedlichen Auslegungselemente jeweils bei derjenigen Theorie behandelt, für die sie relevant sind. Vorwegzunehmen ist dasjenige Element, das alle drei Theorien gleichermaßen betrifft: die grammatische Auslegung.⁴¹ Nach Art. 111 StGB wird bestraft, wer «*vorsätzlich einen Menschen tötet...*», nach Art. 122 Abs. 1 StGB z.B., wer «*vorsätzlich einen Menschen lebensgefährlich verletzt*». Auf den ersten Blick scheint der Wortlaut zu indizieren, dass im Moment der Tötungs- bzw. Verletzungshandlung ein taugliches Tatobjekt vorliegen muss. Denn töten oder lebensgefährlich verletzen kann man nur einen lebenden Menschen. Genaueres Hinsehen zeigt indes, dass die Tathandlungen im Gesetz weder selbständig noch über Zwischenwirkungen, sondern nur über den *Taterfolg* definiert sind (Verursachungsverbot).⁴² Das zeigt sich deutlich am Wortlaut anderer Varianten des Art. 122 StGB, z.B. der Variante: wer «*einen Menschen bleibend arbeitsunfähig... macht*». Nur der Erfolg setzt logisch ein taugliches Tatobjekt voraus; auf die Zeitpunkte der Handlung und der Zwischenwirkungen kommt es dagegen nicht an.⁴³ Somit schliesst der Gesetzeswortlaut keine der drei Theorien aus.⁴⁴ Allenfalls könnte in der Bestimmung des tatbestandlichen Unrechts anhand des Erfolges ein Indiz für die Erfolgstheorie erblickt werden.

⁴¹ Vgl. dazu nur BGE 139 IV 282 E. 2.4.1.

⁴² Nach FELIX BOMMER, Pflicht zur Abtreibung als Pflicht zur Schadenminderung? Anmerkung zum Urteil des Baselstädtischen Appellationsgerichts vom 23.10.1998 betreffend Schadenersatz wegen misslungener Abtreibung, ZBJV 137 (2001) S. 664 ff., 669, verbietet es sich, auf den Zeitpunkt des Erfolgsintritts abzustellen, «*weil der Erfolg nicht notwendig einzutreten braucht und sich die Tatbestandsmässigkeit der entsprechenden Handlung deshalb nicht daran orientieren kann*». Wie er aber selbst erkennt (a.a.O. und dort Fn. 24), orientiert sich die Tatbestandsmässigkeit der Handlung bei den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten bereits am Erfolg. Und soweit dieser nicht objektiv eintritt, wird auf den subjektiv gewollten Erfolg abgestellt; danach bestimmt sich schliesslich auch, welche Versuchstat dem Täter angelastet wird. Übrigens braucht auch die Einwirkung nicht notwendig einzutreten.

⁴³ I.d.S. auch Beschluss des Landgerichts Aachen vom 18. Dezember 1970, JZ 1971, S. 510 m.H. auf ein Gutachten von MAURACH; JAVIER CONTESSÉ SINGH, Der Einwirkungszeitpunkt als Abgrenzungskriterium zwischen Abtreibung und Tötung?, ZfL 2023, S. 427 ff., 445.

⁴⁴ Der Wortlaut der Körperverletzungsdelikte (bei den Tötungsdelikten stellt sich die Frage gar nicht) schliesst es hingegen aus, neben dem Zeitpunkt des Erfolgsintritts auch den Zeitpunkt der *Erfolgsnachwirkung* gelten zu lassen. Gemäss dieser «erweiterten Erfolgstheorie» würde es genügen, wenn zwar auch der Schadenserfolg schon beim Nasciturus eingetreten ist, der Schaden aber postnatal fortwirkt. *Beispiel*: Das Medikament X wirkt auf den im Embryonalstadium befindlichen O. ein und bewirkt, dass sich eine seiner Nieren nicht ausbildet. Dies ist die einzige Nebenwirkung des Medikaments und O. kommt bis auf die fehlende Niere kerngesund zur Welt. Auch im weiteren Leben

A. Handlungszeitpunkt

Der Petit Commentaire zum Strafgesetzbuch enthält folgende Passage, die vom Genfer Zivilgericht wörtlich wiedergegeben wird:⁴⁵ «*Pour la doctrine dominante, la problématique se résume à déterminer si, au moment où l'auteur agit, l'objet de l'infraction est déjà une personne ou, au contraire, encore un embryon, auquel cas seul l'article 118 CP pourrait entrer en ligne de compte*». Es wird also der Handlungsmoment als entscheidend angesehen. In der zitierten Passage beziehen sich die Kommentatoren einzig auf Christian Schwarzenegger⁴⁶ und übersehen dabei, dass dieser nicht auf den Handlungszeitpunkt, sondern auf den *Einwirkungszeitpunkt* abstellt.⁴⁷ Ungeachtet dessen erscheint es prima vista nicht völlig abwegig, auf den Handlungszeitpunkt abzustellen.⁴⁸ So stellt die herr-

von O. treten keine neuen Schäden auf, die auf das Medikament X zurückzuführen wären. Gemäss der Handlungs-, der Einwirkungs- und der Erfolgstheorie liegt hier keine Körperverletzung vor, da Handlung, Einwirkung und Erfolg alle im pränatalen Stadium stattgefunden haben. Die *erweiterte Erfolgstheorie* würde dagegen eine Körperverletzung bejahen, nämlich ab dem Moment, als O. zum tauglichen Tatobjekt mutiert ist (Geburtsbeginn). Doch ist diese Theorie mit dem Gesetzeswortlaut und damit auch mit Art. 1 StGB nicht zu vereinbaren. Denn es wird hier der *Nasciturus* verletzt und nicht der «*Mensch*»; letzterer trägt die Verletzung bloss weiter. Als O. durch die Geburtswehen strafrechtlich zum Menschen wird, ist er bereits verletzt/geschädigt; der Verletzungs-/Schädigungsvorgang ist schon vorher abgeschlossen (vgl. i.d.S. auch, für das deutsche Recht, ANETTE GRÜNEWALD, in: Gabriele Circener et al. [Hrsg.], Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 11, 13. Aufl., Berlin/Boston 2023, § 223 N 18). Der Mensch O. ist also nicht verletzt worden, und Art. 1 StGB verbietet es, den Urheber des pränatalen Schadens nach Art. 122 ff. StGB zu bestrafen. Nur dann, wenn der Verletzungserfolg beim Menschen O. eintritt – z.B. bei einer Erweiterung und Vertiefung des pränatalen Schadens –, lässt sich sagen, der Täter habe den Menschen O. verletzt. Anders als etwa im Zivilrecht (Art. 31 Abs. 2 ZGB; bezüglich Erbfähigkeit: Art. 544 Abs. 1 ZGB) wird man im Strafrecht (d.h. im Kontext der Art. 111 ff., 122 ff. StGB) mit dem Geburtsbeginn Mensch *ex nunc* und nicht auch rückwirkend für die Zeit ab der Zeugung (sonst wäre etwa der misslungene Abtreibungsversuch postnatal als versuchte Tötung zu ahnden). Das Gesagte gilt mutatis mutandis auch für andere Delikte/Tatobjekte. *Beispiel*: A. zerstört Pilze im Wald (d.h. herrenlose Sachen). Später pflückt und sammelt die B. die Reste, wodurch die kaputten Pilze ihr Eigentum werden. A. hat ihr Eigentum nicht verletzt; Art. 144 StGB ist nicht anwendbar. *Beispiel 2*: L. trägt in einem Spesenabrechnungsf formular ohne erkennbaren Aussteller falsche Zahlen ein. Dann unterschreibt M. das Formular, wodurch es Urkundenqualität erlangt. L. hat keine Urkunde verfälscht und ist nicht der Urkundenfälschung schuldig.

⁴⁵ DUPUIS et al. (Fn. 29), Vor Art. 111 N 13; Urteil TPI, S. 28 f.

⁴⁶ Als «BSK Strafrecht II-SCHWARZENEGGER, N 30 ss ad rem, préL. art. 111 CP)»

(DUPUIS et al. [Fn. 29], Vor Art. 111 N 13).

⁴⁷ Und zwar dies schon in der vom Petit Commentaire zitierten 3. Auflage des BSK von 2013.

⁴⁸ Auf den Handlungszeitpunkt abstellend auch PK StGB⁴-TRECHSEL/GETH, Vor Art. 118 N 5.

schende Lehre auch auf diesen Zeitpunkt ab, wenn mit Blick auf das Rückwirkungsverbot zu bestimmen ist, wann eine Straftat begangen wurde.⁴⁹

Im konkreten Fall übrigens subsumierte das Gericht zweiteilig: *«En l'espèce, le comportement reproché à SANOFI a nécessairement eu lieu avant le déclenchement de l'accouchement ayant conduit à la naissance du demandeur. Il en est de même de la lésion laquelle est potentiellement survenue au moment où le médicament commercialisé par SANOFI a effectivement compromis ou entravé le bon développement de l'embryon.»*⁵⁰ Sowohl die Handlung als auch der Erfolg seien im pränatalen Stadium erfolgt. Das verkennt jedoch, dass sich auch nach der Geburt neue Störungen herausbildeten bzw. Folgeschäden produzierten,⁵¹ die als eigenständige Verletzungserfolge taxiert werden können.

Das Abstellen auf den Handlungsmoment führt freilich zu erheblichen Strafbarkeitslücken:⁵² Eine strafrechtliche Haftung wäre nicht nur in den hier diskutierten Fällen pränataler Einwirkungen, die ja immer die Folge von vorgeburtlichen Handlungen sind, ausgeschlossen, sondern auch z.B. im Fall Uster bezüglich Opfer, die im Moment der Handlung (Bau korrosionsgefährdeter Hallenbaddecke) noch nicht geboren waren. Das Gleiche gälte für die Asbestfälle. Auch in dem im Kontext der pränatalen Einwirkungen oft diskutierten Fall, in dem jemand eine Zeitbombe legt (Handlungsmoment), die einen erst nach diesem Zeitpunkt geborenen Menschen in den Tod reisst,⁵³ ginge der Täter straflos aus.⁵⁴

⁴⁹ Vgl. ANDRÉS PAYER, Betrachtungen zum strafrechtlichen Rückwirkungsverbot, *ex/ante* 1/2022, S. 51 ff., 60 m.H.

⁵⁰ Urteil TPI, S. 28 f.

⁵¹ Vgl. Urteil TPI, S. 5 ff. Ziff. 34 ff.

⁵² Diese sind nicht erst auf der rechtspolitischen Ebene von Bedeutung, sondern schon für die Gesetzesauslegung relevant. Denn sie bilden im Lichte der teleologischen (s.u. III.C.) und systematisch-verfassungskonformen (s.u. IV.B.) Auslegung ein Argument gegen die Handlungstheorie. Für diese Präzisierung danken wir unserem Kollegen Prof. Dr. iur. Thierry Urwyler herzlich.

⁵³ Vgl. nur BOMMER (Fn. 42), S. 669 Fn. 23; vgl. auch das Giftflaschen-Beispiel bei KAUFMANN (Fn. 36), S. 570.

⁵⁴ Man könnte analog zur überwiegenden Lehre bei der Einwirkungstheorie (s.u. III.B.) meinen, der Täter könne in einem solchen Fall vorsätzlichen pränatalen Handelns mit postnataler Todesfolge immerhin nach Art. 118 StGB bestraft werden (dann führte die Handlungstheorie in dieser Konstellation bloss zu einer Täterprivilegierung statt zu einer Strafbarkeitslücke). Doch ist die überwiegende Lehre (auch) in diesem Punkt kritikanfällig (s. dazu III.B. in fine). Zudem kann die Handlung schon *vor* dem pränatalen Stadium erfolgen; dann wäre sie ohnehin straflos (Lücke).

B. Einwirkungszeitpunkt

Um die erwähnten Strafbarkeitslücken zu vermeiden, stellt die herrschende Lehre auf den Moment der *Einwirkung* auf das Tatobjekt ab. Entscheidend ist demnach, ob «*das Angriffsobjekt im Zeitpunkt der verletzenden Einwirkung schon ein Mensch i. S. v. Art. 111 ff. oder noch eine Frucht i. S. v. Art. 118 ff. war*». ⁵⁵ Ein Blick in die Nachbarländer zeigt, dass die Einwirkungstheorie im deutschsprachigen Raum überhaupt dominiert. In Deutschland haben sich Rechtsprechung und Lehre im Zusammenhang mit der *Contergan-Katastrophe* intensiv mit dem Problem der pränatalen Einwirkungen befasst. ⁵⁶ Das Landgericht Aachen stellte sich in seinem prozessualen Vergleich ⁵⁷ noch auf den Standpunkt, dass die Missbildungen auch als Gesundheitsbeschädigung eines Menschen anzusehen seien: «*Sie sind bei der Leibesfrucht allenfalls angelegt, aber nicht abschliessend verursacht und treffen endgültig erst das... Handlungsobjekt (Mensch).*» ⁵⁸ Im deutschen Schrifttum wird unterdessen aber überwiegend die Auffassung vertreten, dass pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen nicht über die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte zu erfassen seien. ⁵⁹ Wie die überwiegende Lehre ist auch der Bundesgerichtshof der Auffassung, dass entscheidend sei, «*ob das Kind in dem Zeitpunkt der Wirkung des*

⁵⁵ BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 31 m.w.H.; TAG (Fn. 19), S. 728; AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHÉ/TAG (Fn. 19), N 180 ¶.; MARTIN SCHUBARTH, Kommentar zum schweizerischen Strafrecht, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Besonderer Teil, 1. Band: Delikte gegen Leib und Leben, Art. 111–136 StGB, Bern 1982, Systematische Einleitung N 13 ff.; GÜNTHER STRATENWERTH/FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen, 8. Aufl., Bern 2022, § 2 N 8.

⁵⁶ Zusammenfassung: Beschluss des Landgerichts Aachen vom 18. Dezember 1970, JZ 1971, S. 507 ff.; Original: Beschluss 4KMs 1/68, 15-115/67 (perma.cc/LT7Y-EN2U); zur Debatte: TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 30 ff.

⁵⁷ Das Verfahren wurde nach § 153 Abs. 3 der damaligen deutschen Strafprozessordnung ohne Schuldnachweis eingestellt (JZ 1971, S. 507 Ziff. 6: «*Die Einstellung nach § 153 Abs. 3 StPO setzt nicht voraus, dass das Verschulden des Angeklagten im Sinne eines Nachweises feststeht. Es muss vielmehr genügen, dass das Verschulden wahrscheinlich und ein Freispruch dementsprechend unwahrscheinlich ist.*»). Im Gegenzug verpflichtete sich die Firma Chemie-Grüntenthal zur Zahlung «*von einschliesslich Zinsen 110 Millionen Deutsche Mark*» (JZ 1971, S. 521).

⁵⁸ Beschluss des Landgerichts Aachen vom 18. Dezember 1970, JZ 1971, S. 507 ff., 509.

⁵⁹ Vgl., je m.w.H., WILFRIED KÜPER, Mensch oder Embryo? Der Anfang des «Menschseins» nach neuem Strafrecht, GA 2001, S. 515 ff., 518 f.; HANS LÜTTGER, Geburtsbeginn und pränatale Einwirkungen mit postnatalen Folgen: Bemerkungen zu BGH – 3 StR 25/83 vom 22. 4. 1983, NSiZ 1983, S. 481 ff., 483 f.; DENS., JR 1971 (Fn. 9), S. 138 ff.; ULFRID NEUMANN, in: Urs Kindhäuser et al. (Hrsg.), Nomos Kommentar Strafgesetzbuch, 6. Aufl., Baden-Baden 2023, Vor § 211 N 14 ff.; MüKo dStGB (Fn. 8)-SCHNEIDER, Vor § 211 N 13; DIRK SEILER, Die *Sperrwirkung* im Strafrecht, Diss. Regensburg, Frankfurt a.M. 2002, S. 186 ff., 193 ff.; i.E. auch, nach eingehender kritischer Relexion, NK dStGB (diese Fn.)-MERKEL, § 218 N 69; s.a. die Anmerkung von HANS-JOACHIM HIRSCH zum

dem Täter vorwerfbar... Verhaltens Mensch im Sinne der Tötungsdelikte war». ⁶⁰ Auch in Österreich ist man der Meinung, dass «für die rechtliche Qualifikation des Tatobjekts die Zeit des Wirkungsbeginns der Tathandlung auf das Tatobjekt und nicht des Erfolgintritts maßgeblich» sei. ⁶¹

In der Tat führt die Einwirkungstheorie dazu, dass z.B. im Fall Uster, den Asbest-Fällen und dem Zeitbomben-Fall eine Tötung oder Körperverletzung auch derer anzunehmen ist, die zum Handlungszeitpunkt noch nicht geboren waren; denn zum Einwirkungszeitpunkt waren sie es schon. Die Einwirkungstheorie ist deshalb der Handlungstheorie vorzuziehen; sie verwirklicht das Telos der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte besser. ⁶²

Hinsichtlich der *pränatalen Einwirkungen* bringt die Einwirkungstheorie jedoch keine Verbesserung, da diese Einwirkungen in einem Stadium erfolgen, in dem es noch kein taugliches Tatobjekt für ein Körperverletzungs- oder Tötungsdelikt gibt. Die herrschende Lehre ist sich dessen durchaus bewusst: Pränatale Einwirkungen seien auch dann nicht als Körperverletzungen oder Tötungen zu ahnden, wenn «das Kind z.B. verstümmelt zur Welt kommt» ⁶³ oder in der Folge sterbe. In letzterem Fall bestimme sich Strafbarkeit nach den Abtreibungsdelikten. ⁶⁴

Damit fallen viele strafwürdige Fälle durch die Maschen des Strafrechts. ⁶⁵ Das zeigt schon der Genfer Fall; man kann aber z.B. auch an die Fälle denken, in

Urteil des BGH 3 StR 25/83 vom 22. April 1983, JR 1985, S. 336 ff., 337; vgl. auch ARMIN ENGLÄNDER, in: Holger Matt/Joachim Renzikowski (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl., München 2020, § 223 N 4; a.A. etwa CONTESSA SINGH (Fn. 43), S. 427 ff.; ROLF HERZBERG/ANNIKA I. HERZBERG, Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt, JZ 2001, S. 1106 ff., 1109; TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 139 f.; vgl. auch LK dStGB (Fn. 44)-GRÜNEWALD, § 223 N 18; NK dStGB (diese Fn.)-PAEFFGEN/BÖSE/EIDAM, § 223 N 5 f.

⁶⁰ Urteil des BGH 3 StR 25/83 vom 22. April 1983 (BGHSt 31, 348), NJW 1983, S. 2097 ff., 2097 f.; Beschluss des BGH 2 StR 336/07 vom 2. November 2007, NStZ 2008, S. 393 ff., 394 (N 12); i.d.S. auch Beschluss des Oberlandesgerichts Karlsruhe vom 25. April 1984, NStZ 1985, S. 314 ff., 315.

⁶¹ ALOIS BIRKLBAUER, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz (Hrsg.), StGB, Wiener Kommentar, 2. Aufl., Wien 2017, Vor § 75 N 18 m.H., der dies als «hM» charakterisiert. Dies gilt vermutlich auch für Liechtenstein, dessen StGB dem öStGB nachgebildet ist.

⁶² Vgl. zum Telos unten III.C.

⁶³ SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 13 und 15; BSK StGB⁴-ROTH/BERKEMEIER, Vor Art. 122 N 7.

⁶⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHKE/TAG (Fn. 19), N 181; SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 15.

⁶⁵ Was im Lichte der teleologischen und systematisch-verfassungskonformen Auslegung gegen die Einwirkungstheorie spricht (s.u. III.C. und IV.B.). Würde sich ein Fall wie der Genfer Fall heute ereignen, könnte sich zwar eine Strafbarkeit nach Nebenstrafrecht ergeben (vgl. etwa Art. 86 Abs. 1 lit. a HMG); diese käme aber nur in bestimmten Konstellationen (z.B. pränatale Einwirkungen durch Medikamente) zum Tragen und würde daher das Problem nur teilweise lösen. Eine Bestrafung aus der erwähnten Bestimmung würde zudem das Erfolgsunrecht nicht abgelten.

denen der schwangeren Frau ein Gift verabreicht oder sie mit einem Virus infiziert wird, das noch in utero auf den Nasciturus übertragen wird, und dieses Gift oder Virus dem Geborenen für die Dauer seines Lebens schwere Behinderungen zufügt. Derartige Taten können auch vorsätzlich begangen werden; die Einwirkungstheorie führt aber ebenso wie die Handlungstheorie zu ihrer Straflosigkeit hinsichtlich des Kindes sowohl unter dem Gesichtspunkt der Art. 122 ff. als auch von Art. 118 StGB.⁶⁶

Die Annahme der überwiegenden Lehre, dass die pränatale Einwirkung mit postnataler Todesfolge nach Art. 118 StGB strafbar sein könne, hält einer kritischen Prüfung nicht stand, weil hier im Moment des Erfolgseintritts ein Mensch und somit kein taugliches Tatobjekt des Schwangerschaftsabbruchs mehr vorliegt.⁶⁷ Es könnte nur u.U. wegen versuchten Schwangerschaftsabbruchs bestraft werden,⁶⁸ was aber den Unrechtsgehalt der Tat nur unvollständig erfasst. Zudem versagt auch diese Lösung, wenn der Täter wollte, dass der Schaden erst beim Menschen eintritt, und die Zerstörung des Nasciturus nicht in Kauf nahm.⁶⁹ In dieser Fallkonstellation führt die Einwirkungstheorie somit zu einer Strafbarkeitslücke bzw. Möglichkeit, Art. 118 StGB zu umgehen.

C. Erfolgszeitpunkt

Stellt man demgegenüber auf den Moment des *Erfolgseintritts* ab, können auch vorgeburtliche Einwirkungen als Körperverletzung oder Tötung strafbar sein, wenn sie zu postnatalen Schäden führen. Dies veranschaulicht die französische

⁶⁶ Vgl. auch das Beispiel bei NK dStGB (Fn. 59)-MERKEL, § 218 N 57. Zur Straflosigkeit gelangte auch das (vom Genfer Zivilgericht zitierte) KGer FR in seinem Entscheid vom 23. September 1997, RFJ 1997, 298 ff.; vgl. auch, betreffend ein mit dem HI-Virus geborenes Kind, Entscheid des OGer TG vom 12. Dezember 1996, RStrS 2000, N° 794. Diesen Urteilen ist jedoch keinerlei Diskussion über den massgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung der Tauglichkeit des Tatobjekts zu entnehmen; es könnte sich somit ebenso um die Handlungstheorie wie die Einwirkungstheorie handeln.

⁶⁷ Vgl. i.d.S. auch HK StGB⁴-GODENZI, Art. 118 N 4 und bereits die Voraufgabe (STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 118 N 4). Eine Vollendungstrafbarkeit setzt stets voraus, dass im Moment des Erfolgseintritts ein taugliches Tatobjekt vorliegt, s. Fn. 35. Vgl. auch zum Erfolg des Art. 118 StGB z.B. AK StGB-EGE, Art. 118 N 9; MARCEL ALEXANDER NIGGLI/CHRISTOF RIEDO/GERHARD FOLKA/LOUIS MUSKENS, Strafrecht BT, Basel 2023, N 182, 188, 194; BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, Art. 118 N 10. Dass der strafrechtliche Mensch verglichen mit dem Embryo/Fötus substanziell ein «Mehr» ist, ändert daran nichts; man ist entweder das eine oder das andere. Sonst würde jedes Tötungsdelikt zugleich den Erfolg des Art. 118 StGB verwirklichen.

⁶⁸ So auch HK StGB⁴-GODENZI, Art. 118 N 4 und bereits die Voraufgabe (STRATENWERTH/WOHLERS, Art. 118 N 4).

⁶⁹ Z.B. bei Infektion des Nasciturus kurz vor der Geburt mit einem Virus mit langer Inkubationszeit. I.d.S. auch, für das deutsche Recht, NK dStGB (Fn. 59)-MERKEL, § 218 N 57.

Rechtspraxis: Dort werden pränatale Einwirkungen auf Embryonen und Föten, die postnatale Schadensfolgen nach sich ziehen, als Körperverletzungen bzw. Tötungen eingestuft. *«La jurisprudence est constante sur ce point : à partir du moment où l'enfant est né vivant, les atteintes qu'il a reçues in utero constituent des atteintes à la vie ou à l'intégrité de la personne.»*⁷⁰ Es wird somit als entscheidend angesehen, ob das Kind nach der Einwirkung lebend geboren wird. Ein Entscheid aus dem Jahr 1959 betraf beispielsweise eine Schwangere, die Opfer eines Autounfalls wurde. Das Kind starb nach der Geburt an den Folgen des Unfalls. Das Appellationsgericht hielt fest, ein Tötungsdelikt sei nicht deshalb ausgeschlossen, weil das Kind *«ne possédait pas, au moment de l'accident, une vie indépendante de celle de la mère»*. Die für eine Straftat vorausgesetzten Elemente *«faute, lien de causalité, mort»* lägen vor. Nach der Geburt zugefügte Verletzungen brauche es nicht.⁷¹ Der Cour de Cassation hatte 2003 (d.h. schon unter der Herrschaft des neuen Code pénal) einen sehr ähnlichen Fall zu beurteilen, wobei hier die Mutter selbst den Verkehrsunfall verursacht hatte, der zum Tod des später geborenen Kindes führte. Der Cour bestätigte ihre Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung.⁷²

Diese Rechtsprechung offenbart eine im Vergleich zum deutschsprachigen Raum komplett andere Sichtweise auf pränatale Einwirkungen. Im Mittelpunkt steht – wie die zuletzt zitierte Passage zeigt – die dogmatische Struktur der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte in ihrer Gestalt als Erfolgsdelikte.⁷³ Strafrechtliche Verantwortlichkeit setzt sich nach dem genannten Pariser Präjudiz aus drei Komponenten zusammen, dem schuldhaften Handeln (*«faute»*), einem Vermittlungszusammenhang (*«lien de causalité»*) und dem so bewirkten Erfolg (*«mort»*). Logisch setzt nur der Erfolg ein taugliches Tatobjekt voraus; und dieses ist in den hier diskutierten Fällen zu diesem Zeitpunkt gegeben. Auch im Contergan-Beschluss wird für relevant erklärt, ob der Erfolg bei einem Men-

⁷⁰ AUDE BERTRAND-MIRKOVIC, La notion de personne, Diss. Paris, Aix-en-Provence 2003, N 213 (perma.cc/V8R5-RUVH). – Für den Schwangerschaftsabbruch kennt Frankreich eigenständige Straftatbestände, vgl. Art. L2222-1 ff. Code de la santé publique.

⁷¹ BERTRAND-MIRKOVIC (Fn. 70), N 221 (perma.cc/V8R5-RUVH) m.H. auf Entscheid des Cour d'appel de Paris vom 10. Januar 1959, Gaz. Pal., 1959.1.223; s. zu diesem Urteil auch J.-P. CHAUDFT, Responsabilité sans faute en cas d'épidémie de rubéole, La Revue administrative 22 (1969) S. 174 ff., 175.

⁷² Entscheid der Cour de Cassation (Chambre criminelle) vom 2. Dezember 2003, Bulletin criminel 2003 N° 230, S. 931, in Bestätigung des Entscheids der Cour d'appel de Versailles RG N° 2002-00704 vom 30. Januar 2003. S. zum höchstrichterlichen Urteil auch VALÉRIE MALABAT, Droit pénal spécial, 9. Aufl., Paris 2020, N 170. Das Urteil erscheint ausserordentlich hart. Hierzulande hätte man Art. 54 StGB anwenden können oder, in Anwendung der hier postulierten Einschränkung (s.u. IV.B.), zur Tatbestandslosigkeit gelangen können.

⁷³ S.o. III. und Fn. 29 ff.

schen eintritt.⁷⁴ Dass die Störungen bereits im Mutterleib vorlagen, hindere übrigens nicht, «*in der Störung der später beim Kind auftretenden Funktionen (wie Gehen, Sprechen und Hören) zumindest eine Erweiterung und Vertiefung der in der Anlagestörung bereits gesetzten Verletzung*» zu erblicken.⁷⁵

Für die Erfolgstheorie streitet eine teleologische Auslegung der Körperverletzungs- und Tötungsdelikte.⁷⁶ Gemäss Bundesgericht ist das Gesetz – ausgehend vom Wortlaut – nach seinem *Sinn und Zweck* auszulegen.⁷⁷ Die «*véritable portée de la norme*»⁷⁸ ergibt sich nicht nur aus dem Sinn, den der historische Gesetzgeber der Norm subjektiv beigemessen hat, sondern auch daraus, in welchem Sinne sie heute objektiv «*vernünftigerweise*»⁷⁹ verstanden werden soll. Innerhalb der strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben besteht der Sinn der Körperverletzungsdelikte darin, die körperliche Integrität des Menschen vor ungewollten⁸⁰ Beeinträchtigungen und Schädigungen zu schützen. Wie bereits erwähnt, sind die Tötungs- und Körperverletzungsdelikte dogmatisch als Erfolgsdelikte strukturiert. Verpönt ist somit die Herbeiführung eines unerwünschten Resultats, eierlei mit welchen Mitteln oder in welcher Form das geschieht (Verursachungsverbot). Dauerhafte körperliche und geistige Beeinträchtigungen bei einem Kind, erst recht sein Tod, stellen solche unerwünschten Wirkungen dar, die zu verhindern objektiv als Sinn und Zweck der Körperverletzungs- bzw. Tötungsdelikte angesehen werden kann.

Kurzum: Die Erfolgstheorie entspricht dem Telos der Tötungs- und Körperverletzungsdelikte und erfasst strafwürdige Fälle, die bei der Handlungs- und Einwirkungstheorie straflos bleiben. Demgemäss stellen (medikamenten-induzierte) pränatale Einwirkungen auf Embryonen und Föten, die postnatale Schäden bewirken, Körperverletzungen bzw. Tötungen dar.

IV. Taugliche Lösung?

Vorstehend wurden die Vorzüge der Erfolgstheorie aufgezeigt. Warum aber und mit welchen Argumenten sträubt sich die Schweizer Lehre gegen diese

⁷⁴ Beschluss des Landgerichts Aachen vom 18. Dezember 1970, JZ 1971, S. 507 ff., 509; Beschluss 4KMs 1/68, 15-115/67, S. 9 (perma.cc/LT7Y-EN2U).

⁷⁵ Beschluss, a.a.O.

⁷⁶ Ausserdem eine verfassungskonforme-systematische Auslegung, s.u. IV.B.

⁷⁷ BGE 137 IV 290 E. 3.3; 124 IV 106 E. 3a.

⁷⁸ BGE 133 IV 228 E. 2.2.

⁷⁹ INGBORG PUPPE, *Kleine Schule des juristischen Denkens*, 3. Aufl., Göttingen 2014, S. 143.

⁸⁰ Zur Einwilligung zsf. MARC THOMMEN, Consent, in: Pedro Caero/Valsamis Mitsilegas/Sabine Gless (Hrsg.), *Elgar Encyclopedia of Crime and Criminal Justice*, Edward Elgar Publishing 2023 (perma.cc/456J-K3XL).

Theorie und will stattdessen auf den Einwirkungszeitpunkt abstellen? Und welche weiteren Argumente könnten gegen die Erfolgstheorie sprechen?

A. Sperrwirkung

Die Lehre argumentiert mit der «*Sperrwirkung der Abtreibungstatbestände*»:⁸¹ Einwirkungen auf den Nasciturus können nach Art. 118 StGB nur dann strafbar sein, wenn sie (vorsätzlich) zum *Abbruch* der Schwangerschaft bzw. der Zerstörung des Nasciturus führen. Die «blosse» (vorsätzliche oder fahrlässige) *Schädigung* des Embryos oder Fötus falle nicht unter den Schutz des Strafrechts.⁸² Ein strafrechtlicher Schutz dürfe nicht durch die Hintertüre eingeführt werden, indem pränatale Einwirkungen, die zu postnatalen Schäden führen, nach der Geburt über die Tötungs- oder Körperverletzungsdelikte geahndet werden. Dies würde den Willen des Gesetzes unterlaufen bzw. die gesetzliche Regelung widersprüchlich machen.⁸³ Zudem hänge es vom Zufall ab, ob der Erfolg vor oder nach Beginn der Geburt eintrete.⁸⁴ In Deutschland wird ebenfalls mit der Sperrwirkung der Schwangerschaftsabbruchsdelikte, dem Willen des Gesetzes und der Zufälligkeit des Erfolgintritts argumentiert.⁸⁵

⁸¹ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 19), N 175; BOMMER (Fn. 42), S. 670; SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 15; BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 30 f.

⁸² AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 19), N 176; TAG (Fn. 19), S. 729; DUPUIS et al. (Fn. 29), Vor Art. 111 N 10; CR CP II-QUELOZ/MUNYANKINDI, Art. 118 N 3; ANNE-LISE SAILLEN, *Le droit pénal considéré comme ultima ratio de notre ordre juridique*, ZStrR 113 (1995) S. 197 ff., 203; STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 55), § 2 N 1; PK StGB⁴-TRECHSEL/GETH, Vor Art. 122 N 1; MICHAELA TSCHUOR-NAYDOWSKI, *Der Spätabbruch in der Schweiz*, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, S. 243. Vgl. auch zum ausländischen Recht Urteil des EGMR i.S. VO c. France vom 8. Juli 2004 (Beschwerde Nr. 53924/00), § 41.

⁸³ Vgl. AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 19), N 175; SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 15; BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 31.

⁸⁴ AEBI-MÜLLER/FELLMANN/GÄCHTER/RÜTSCHER/TAG (Fn. 19), N 181; vgl. auch BOMMER (Fn. 42), 669.

⁸⁵ Urteil des BGH 3 StR 25/83 vom 22. April 1983 (BGHSt 31, 348), NJW 1983, S. 2097 ff., 2097 f.; Beschluss des BGH 2 StR 336/07 vom 2. November 2007, NSTZ 2008, S. 393 ff., 394 (N 14). BLEI (Fn. 9), S. 741 ff.; KAUFMANN (Fn. 36), S. 570 f.; LÜTTGER, NSTZ 1983 (Fn. 59), S. 483 f.; DERS., JR 1971 (Fn. 9), S. 139 f.; MüKo dStGB (Fn. 8)-SCHNEIDER, Vor § 211 N 13; SEILER (Fn. 59), S. 186 ff., 196 ff. Differenzierend TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 127 ff., 140 ff., die eine Sperrwirkung nur für die *fahrlässige* Einwirkung annimmt. Gänzlich krit. zum Sperrwirkungsargument CONTESSA SINGH (Fn. 43), 432 («hoffnungslos zirkulär»). Gegen das Zufallsargument NK dStGB (Fn. 59)-MERKEL, § 218 N 54. – Darüber hinaus wird etwa mit der Natur der Körperverletzung als Zustandsdelikt argumentiert, vgl. z.B. LÜTTGER, JR 1971 (Fn. 9), S. 140; krit. TEPPERWIEN (Fn. 9), S. 60 f.

Was ist von diesen Einwänden gegen die Erfolgstheorie zu halten? Das Argument der *Sperrwirkung* zielt auf den Gesichtspunkt der Gesetzessystematik.⁸⁶ Bei der systematischen Auslegung ist gemäss Bundesgericht auf «*die Bedeutung, die der Norm im Kontext mit anderen Bestimmungen zukommt*», abzustellen.⁸⁷ Im ersten Titel des Besonderen Teils sind die strafbaren Handlungen gegen Leib und Leben in vier Kapitel unterteilt: 1. Tötung (Art. 111–117 StGB), 2. Schwangerschaftsabbruch (Art. 118–120 StGB), 3. Körperverletzung (Art. 122–126 StGB) und 4. Gefährdung des Lebens und der Gesundheit (Art. 127–136 StGB). Die Körperverletzungs- und Tötungstatbestände schützen den Menschen (im strafrechtlichen Sinne), die Abtreibungstatbestände den Nasciturus.⁸⁸ Das Schutzniveau ist unterschiedlich: Während Föten und Embryonen im Mutterleib⁸⁹ nur gegen die vorsätzliche Zerstörung geschützt sind, ist der Mensch gegen die vorsätzliche *und fahrlässige Tötung und Verletzung* geschützt. Das hier behandelte Problem liegt aber darin, dass gerade der *Mensch* von der zu beurteilenden Handlung getroffen wird. Die Idee, dass in solchen Fällen die Anwendung der Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte die gesetzgeberische Entscheidung über das unterschiedliche Schutzniveau *unterlaufen* oder einen *Widerspruch* schaffen würde,⁹⁰ vermag nicht zu überzeugen, weil man in dieser Anwendung genauso gut die konsequente Umsetzung der vom Gesetzgeber angeordneten Zäsur (Geburtsbeginn) erblicken kann. Auch greift die Ratio des geringeren Schutzes vor der Geburt (minderes Rechtsgut) nicht, wenn der geborene Mensch die Verletzung erleidet. Ausserdem wird das

⁸⁶ Vgl. allgemein zum dogmatischen Charakter der «Sperrwirkung», aus deutscher Sicht, GEORG KÜPPER, Die «Sperrwirkung» strafrechtlicher Tatbestände, in: Eva Graul/Gerhard Wolf (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin 2002, S. 123 ff., 135; SEILER (Fn. 59), S. 281 ff., 293 ff.; JAN-CHRISTIAN SCHRÖDER, Die Sperrwirkung im Strafrecht, ZStW 136 (2024) S. 298 ff.

⁸⁷ BGE 139 IV 282 E. 2.4.1.

⁸⁸ BGE 119 IV 207 E. 2.

⁸⁹ Zum Schutz des Embryos ausserhalb des Mutterleibs vgl. insbesondere Art. 29 ff. Bundesgesetz über die medizinisch unterstützte Fortpflanzung (Fortpflanzungsmedizinengesetz, FMedG) vom 18. Dezember 1998 (Stand 1. Juli 2023).

⁹⁰ Vgl. oben Fn. 83. In einer Diskussionsrunde über den Entwurf dieses Beitrags sah RA Christian Wolff MLaw einen Wertungswiderspruch darin, dass nach der Erfolgstheorie die fahrlässige Zerstörung des Nasciturus straflos bleibe, während die – weniger schlimme – fahrlässige *Verletzung* des Neugeborenen durch pränatale Einwirkung strafbar sei. Doch hat der Gesetzgeber entschieden, den Schutz ab Geburtsbeginn markant zu erhöhen; das Gesetz erachtet es mithin als «schlimmer», ein Neugeborenes fahrlässig zu verletzen, als einen Nasciturus kurz vor der Geburt fahrlässig zu zerstören. Ob dies moralphilosophisch überzeugt, steht auf einem anderen Blatt. Solche Diskrepanzen kommen übrigens immer wieder vor, wenn das Gesetz aus kontinuierlichen Vorgängen einen bestimmten Zeitpunkt herausgreift und diesem grosse rechtliche Bedeutung beimisst. So ist der Bub, der einen Tag vor seinem zehnten Geburtstag einen anderen Menschen tötet, straflos, weil nicht strafmündig (Art. 3 Abs. 1 JStG), wohingegen sich derjenige, der an seinem zehnten Geburtstag einen anderen Menschen bloss verletzt, strafbar macht. Diskrepanzen ergeben sich z.B. auch im Kontext des Art. 187 StGB.

unterschiedliche Schutzniveau bereits dadurch relativiert, dass pränatale Einwirkungen als versuchte Abtreibungen oder Körperverletzungen der Mutter strafbar sein können.⁹¹ Im Übrigen mag es tatsächlich nicht selten vom Zufall abhängen, ob der Schaden schon beim Nasciturus oder erst nach dem Geburtsbeginn eintritt.⁹² Daher kann es willkürlich und im Einzelfall hart erscheinen, wenn davon die Anwendbarkeit des viel strengeren Regime der Art. 111 ff. und 122 ff. StGB abhängt. Doch spiegelt diese Willkür nur die der gesetzlich vorgesehenen Zäsur wider, und die Strafzumessung kann viele Härten abmildern.

B. Albtraum Liberaler

Martin Schubarth, ein Anhänger der Einwirkungstheorie, hat eingeräumt, dass sie zu Ergebnissen führe, die auf den ersten Blick unbefriedigend und gekünstelt erscheinen mögen, z.B. dass im «*Verkauf von Schlafmitteln an Schwangere, die Missbildungen des nasciturus verursachen*» keine Körperverletzung liege.⁹³ Diese Ergebnisse seien aber zwingend hinzunehmen. Wer nämlich selbst die fahrlässige Verletzung eines Embryos für strafbar erkläre, würde die Schwangere einem «*eines liberalen Staates unwürdigen Zwang unterwerfen. So müsste sie etwa... jede Schwangerschaft vermeiden, wenn sie nicht gegen Röteln geimpft ist*».⁹⁴

Mit diesem Hinweis auf die Grenzen zulässiger Intervention im liberalen Staat hat Schubarth die Befürchtung eines *Dammbruchs* (slippery slope) treffend auf

⁹¹ Im Urteil des Bundesgerichts 6P.2/2004, 6S.6/2004 vom 27. April 2004 ging es um einen (vom Kindsvater angestifteten) Täter, der versucht hatte, dadurch eine Abtreibung herbeizuführen, dass er der Frau mit der Faust in den Unterleib schlug. Das Bundesgericht stützte die Verurteilung des Täters wegen versuchter Abtreibung des Kindes im Mutterleib (E. 4.6) und versuchter schwerer Verletzung der Mutter (E. 5.2). In Fällen hingegen, in denen die schwangere Frau selbst keine Verletzung erleidet und allein der Nasciturus geschädigt wird, erscheint es nicht zulässig, dies in eine Verletzung der Schwangeren umzudeuten, indem er als Teil ihres Organismus' angesehen wird (so ein Gedanke von Prof. Dr. Gian Ege in der erwähnten Diskussionsrunde). Denn das Gesetz betrachtet den Nasciturus als separate Entität, wie sich implizit aus Art. 118 f. StGB ergibt. Art. 118 Abs. 2 StGB z.B. ist nach einhelliger Meinung kein blosser Qualifikationstatbestand der Körperverletzung gegenüber der Mutter, sondern dient (zumindest primär) dem Schutz des Nasciturus. Vgl. nur BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, Vor Art. 118 N 1 und Art. 118 N 13; s.a. NIGGLI/RIEDO/FIOLKA/MUSKENS (Fn. 67), Strafrecht BT, Basel 2023, N 159 f.

⁹² S. dazu bereits oben Fn. 42.

⁹³ Vgl. SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 16 f.

⁹⁴ SCHUBARTH (Fn. 55), Systematische Einleitung N 17. Vgl. auch, mit Blick auf den Schwangerschaftsabbruch, STRATENWERTH/BOMMER (Fn. 55), § 2 N 8. Für das deutsche Recht vgl. z.B. KAUFMANN (Fn. 36), S. 570 f.

den Punkt gebracht: Rauchen⁹⁵, Trinken⁹⁶, der Verzehr roher Meeresfrüchte⁹⁷ oder vegane Ernährung⁹⁸ während der Schwangerschaft kämen auf den Radar der Strafverfolgung. Die Kindsmutter darf daher selbst dann nicht wegen Körperverletzung oder Tötung zur Verantwortung gezogen werden, wenn sie in voller Kenntnis der Risiken exzessiv Alkohol konsumiert und ihr Kind in der Folge mit schweren Schäden bzw. Störungen zur Welt kommt oder gar stirbt. Je nach Stadium und Indikationslage könnte höchstens ein versuchter Schwangerschaftsabbruch vorliegen. Hinzu kommt, dass es in Fällen, in denen ein Schwangerschaftsabbruch zulässig ist (Art. 119 StGB), für die Mutter schonender sein kann, eine Frühgeburt einzuleiten, bei der der Fötus tot zur Welt kommt oder nicht (über-)lebensfähig, kurz nach der Geburt stirbt, als eine intrauterine Zerstörung des Nasciturus vorzunehmen. Dies sollte keine strafbare Tötung sein.⁹⁹

Während es heikel erscheint und vom Gesetzgeber auch nicht gewollt sein dürfte, das bis zum Geburtsbeginn zulässige Verhalten der Mutter¹⁰⁰ nach der Geburt strafrechtlich zu erfassen, darf bezweifelt werden, dass das Gesetz auch denjenigen straflos halten wollte, der gegen oder ohne den Willen der Frau pränatale Einwirkungen, die zu postnatalen Schäden führen, vornimmt oder diese von ihr selbst vorsatz- oder schuldlos vornehmen lässt. Diese Differenzierung wird durch eine historische und systematische Auslegung gestützt:

Historisch finden sich deutliche Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber eine Unterscheidung zwischen Abtreibungshandlungen der Schwangeren und solchen von Dritten machen wollte.¹⁰¹ Dies spiegelt sich *systematisch* in den

⁹⁵ SVEN CNATTINGIUS, The epidemiology of smoking during pregnancy: Smoking prevalence, maternal characteristics, and pregnancy outcomes, *Nicotine & Tobacco Research* 6 (2004) Suppl. 2, S. S125 ff. (doi: 10.1080/14622200410001669187).

⁹⁶ KATHERINE DEJONG/AMY OLYAEI/JAMIE O. LO, Alcohol Use in Pregnancy, *Clinical Obstetrics and Gynecology* 62 (2019) S. 142 ff. (doi: 10.1097/GRF.0000000000000414); w.N. bei GUNNAR DUTTGE, Der Alkoholkonsum während der Schwangerschaft: Die Faktenlage, *MedR* 41 (2023) S. 431 ff. (doi: 10.1007/s00350-023-6477-x).

⁹⁷ Aus der Ratgeberliteratur: ANJA KNELLER, Fisch & Meeresfrüchte in der Schwangerschaft, *windeln.ch*, 2021 (perma.cc/3T4L-CM6S); zum wissenschaftlichen Hintergrund JOSEPH R. HIBBELN et al., Maternal seafood consumption in pregnancy and neurodevelopmental outcomes in childhood (ALSPAC study), *Lancet* 369 (2007) S. 578 ff. (doi: 10.1016/S0140-6736(07)60277-3) sowie DERS. et al., Relationships between seafood consumption during pregnancy and childhood and neurocognitive development, Prostaglandins, Leukotrienes and Essential Fatty Acids 151 (2019) S. 14 ff. (doi: 10.1016/j.plefa.2019.10.002).

⁹⁸ TOMER AVNON et al., The impact of a vegan diet on pregnancy outcomes, *Journal of Perinatology* 41 (2021) S. 1129 ff. (doi: 10.1038/s41372-020-00804-x).

⁹⁹ Vgl. BOMMER (Fn. 42), S. 668 ff.

¹⁰⁰ Die pränatalen Einwirkungen wären suspensiv bedingt strafbar bzw. resolutiv bedingt straflos.

¹⁰¹ Vgl. z.B. Votum GAUTIER, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September–Oktober 1912, Luzern 1913, S. 185 f. (perma.cc/2ZDT-URMY); Votum NR SEILER, Sitzung vom 5. März 1929, *Sten.Bull.* 1929 N S. 23

(perma.cc/GM6K-LN2P). Die Konsultation der Materialien zeigt freilich, dass dem Gesetzgeber des späten 19. und beginnenden 20. Jahrhunderts das Phänomen einer medikamentenbedingten Beeinträchtigung von Embryonen und Föten nicht vor Augen stand, vgl. etwa Schweizerisches Strafgesetzbuch, Motive im Auftrage des schweizerischen Bundesrates ausgearbeitet von Carl Stooss, 1894, S. 149 (perma.cc/ZJ4L-K4WP); Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch (Vom 23. Juli 1918), BBl 1918 IV S. 1 ff., 32 (perma.cc/87LJ-VU93). Die Ratsdebatte offenbarte Positionen radikalsten Lebensschutzes (vgl. etwa Votum NR GRÜNENFELDER in der Sitzung vom 5. März 1929, Sten.Bull. 1929 N S. 31 [perma.cc/GM6K-LN2P] [*«Stellen wir uns auf den Standpunkt des Naturrechtes, und gehen wir davon aus, daß der Embryo, der ins Leben gesetzte Mensch im Mutterleib ein Individuum für sich ist... Wenn es ein Unrecht ist, den Ungeborenen das Leben zu nehmen, dann wird die Anwendung dieses unerlaubten Mittels nicht geheiligt, auch wenn der Zweck auf der ändern Seite: Rettung des Lebens der Mutter, gut sein mag»*]) und andere fragwürdige Vorstellungen, wie dass die Abtreibung *«eine Versündigung an der Volkskraft»* sei (so der Berichterstatter der Mehrheit, NR SEILER, in der Sitzung vom 5. März 1929, Sten.Bull. 1929 N S. 23 [perma.cc/GM6K-LN2P]) oder leichtfertig vorgenommen werde, weil es *«der Mutter nicht passt, ein Kind zu haben»* (Votum BR BAUMANN, Sitzung vom 16. März 1932, Sten.Bull. 1932 S. 126 f. [perma.cc/A8LD-BLCR]); den Paternalismus in den Ratsdebatten monierend bereits NR FARBSTEIN, Sitzung vom 6. März 1929, Sten.Bull. 1929 N S. 36 ff. [perma.cc/GM6K-LN2P]: *«Wir Männer sind es, die die Gesetze für die Frauen machen, und wie wir uns einbilden: zugunsten der Frauen, in Wirklichkeit aber gegen die Frauen... Es wäre vielleicht höchste Zeit, die Bundesverfassung für eine Reihe von Jahren in dem Sinne abzuändern, daß man den Männern das Stimm- und Wahlrecht entziehen und es den Frauen übertragen würde»*). Dieses Argument wurde noch um die Jahrtausendwende, als es um die Fristenlösung ging, vorgebracht, vgl. etwa Votum NR SCHMIED, Sitzung vom 5. Oktober 1998, AB 1998 N S. 1990 (perma.cc/X4XW-Q6NN) (*«...durant les quatorze premières semaines d'existence, la vie de l'enfant à naître serait sujette à l'arbitraire le plus absolu»*); dagegen krit. bereits NRin GRENDELMEIER, Sitzung vom 5. Oktober 1998, AB 1998 N 1995 (perma.cc/X4XW-Q6NN) (*«Lassen Sie mich deshalb zu Beginn ganz klar festhalten: Es gibt vermutlich keine Frau, die je abgetrieben hat, die das leichtfertig, sozusagen nebenbei – wie man zum Friseur oder ins Kino geht – auf sich nehmen würde. Es ist eine absolut unhaltbare Behauptung der Gegner»*). Im Übrigen brachte auch diese Debatte keine Neuerungen. Schädigende Einflüsse vor der Geburt, die mit hoher Wahrscheinlichkeit zu geistigen oder körperlichen Beeinträchtigungen führen, wurden nur im Kontext einer *«erweiterte[n] Indikationenlösung»* diskutiert (BR KOLLER in der Sitzung des Nationalrats vom 5. Oktober 1998, AB 1998 N 2004 [perma.cc/X4XW-Q6NN] [*«Einen noch umfassenderen gesetzlichen Schutz des werdenden Lebens brächte eine erweiterte Indikationenlösung... Liegt eine solche vor, wenn voraussichtlich ist, dass das Kind infolge von Erbanlagen oder schädlicher Einflüsse vor der Geburt mit hoher Wahrscheinlichkeit geistig oder körperlich dauernd schwer geschädigt sein wird?»*]), nicht aber mit Blick auf die hier interessierende Frage, ob pränatale Einwirkungen mit postnatalen Schadensfolgen strafbar sind. Auch in der Debatte um die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte wurde dieses Problem nicht thematisiert (Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zu einem Gesetzesentwurf enthaltend das schweizerische Strafgesetzbuch (Vom 23. Juli 1918), BBl 1918 IV S. 1 ff., 32 [perma.cc/87LJ-VU93]; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band II, September–Oktober 1912, Luzern 1913, S. 225 ff. [perma.cc/ZZDT-URMY]; Schweizerisches Strafgesetzbuch, Protokoll der zweiten Expertenkommission, Band III, April 1913, S. 46 ff. [perma.cc/W8VB-ESU2]).

unterschiedlichen Strafdrohungen in Art. 118 Abs. 1 und 3 StGB wider. Noch krasser ist die Unterscheidung, die der Gesetzgeber danach getroffen hat, ob der Dritte die Schwangerschaft mit oder ohne die Einwilligung der schwangeren Frau abbricht. Im zweiten Fall ist die Strafdrohung deutlich schärfer (vgl. Art. 118 Abs. 2 mit Abs. 1 StGB). Damit sieht das Gesetz im Kontext der Schwangerschaftsabbruchsdelikte eine Trias der Strafwürdigkeit vor.

Sind mehrere Auslegungen möglich, so ist nach Bundesgericht jene zu wählen, die den *verfassungsrechtlichen Vorgaben* am besten entspricht.¹⁰² Vorliegend ist auch unter dem Aspekt der (systematisch-)verfassungskonformen Auslegung zwischen dem Kind, der Mutter und Dritten zu differenzieren. In der Lehre wird ein pränataler Grundrechtsschutz des Nasciturus aus Art. 10 BV postuliert, der sich bis zur Geburt hin stetig intensiviert.¹⁰³ Für geborene¹⁰⁴ Kinder statuiert Art. 11 Abs. 1 BV einen Anspruch *«auf besonderen Schutz ihrer Unversehrtheit»*. Beide Gebote zielen auf einen bestmöglichen Schutz werdenden und jungen Lebens und sprechen deshalb dafür, die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte so zu interpretieren, dass auch pränatale Einwirkungen mit postnatalen Schadensfolgen erfasst sind. Einem Kind den strafrechtlichen Schutz seines Lebens und seiner körperlichen Integrität vor toxischen Einflüssen nur deshalb zu versagen, weil die Einwirkung zu einem Zeitpunkt erfolgte, als es noch kein Mensch im strafrechtlichen Sinne war, stünde mit diesen Vorgaben in einem Spannungsverhältnis.

Für die *Mutter* gebietet die Verfassung eine diametral entgegengesetzte Interpretation. Hier ist Art. 10 Abs. 2 BV einschlägig, der das Recht auf persönliche Freiheit garantiert. Zwar gewährt die Bundesverfassung im Gegensatz zum deutschen Grundgesetz¹⁰⁵ keine allgemeine Handlungsfreiheit,¹⁰⁶ doch schützt die

¹⁰² BGE 143 III 385 E. 4.1.

¹⁰³ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 11; ferner SGK BV⁴-SCHWEIZER/BONGIOVANNI, Art. 10 N 14, 22 ff.; eingehend BERNHARD RÜTSCHKE, Rechte von Ungeborenen auf Leben und Integrität, Habil. Zürich, Zürich/St. Gallen 2009, S. 230 ff. Das Bundesgericht hat festgehalten, dass auch dem Embryo in vitro *Menschenwürde* zukommt (BGE 119 Ia 460 E. 12e). In Deutschland hat das Bundesverfassungsgericht ein eigenständiges Lebensrecht des ungeborenen Kindes anerkannt (BVerfGE 39, 1; 88, 203); vgl. dazu ausführlich Bericht der Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin, 2024, S. 178 ff., 186 ff.; ferner LIANE WÖRNER, Der Schwangerschaftsabbruch im Recht der alten Bundesrepublik (1949–1990) in zeitgeschichtlicher Perspektive unter Berücksichtigung der Umbruchphase (1990–1995), in: Andreas Popp/Arnd Koch/Georg Steinberg (Hrsg.), Strafrecht in der alten Bundesrepublik 1949–1990: Besonderer Teil, S. 271 ff., 283 ff. Der EGMR hat die Frage, ob Art. 2 EMRK das ungeborene Leben schützt, der Beurteilung der Vertragsstaaten überlassen (Urteil i.S. VO c. France vom 8. Juli 2004 [Beschwerde Nr. 53924/00], § 82).

¹⁰⁴ Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 11 N 8.

¹⁰⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949; dazu BVerfGE 6, 32 – Elfes (16. Januar 1957 – I BvR 253/56).

¹⁰⁶ BGE 101 Ia 336 E. 7a; BGE 118 Ia 427 E. 4 b; BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 4.

persönliche Freiheit unbestrittenermassen das Recht, über seinen Körper zu bestimmen: «*La liberté personnelle garantit le droit de disposer librement de son corps*»¹⁰⁷. Grundlegende Lebensentscheidungen wie ein Schwangerschaftsabbruch¹⁰⁸ sind deshalb ebenso vom Schutzbereich der persönlichen Freiheit erfasst wie Entscheidungen zum Lebenswandel (Rauchen¹⁰⁹, Alkoholkonsum¹¹⁰ oder vegetarische Ernährung¹¹¹). Das Recht der Mutter, ihren Lebenswandel während der Schwangerschaft nicht von staatlichen Strafandrohungen flankiert zu sehen, dürfte auch durch den Schutz der Privatsphäre (Art. 13 Abs. 1 BV) gedeckt sein, der sie in ihrem Status als Schwangere schützt.¹¹² Schliesslich wird der Anspruch, nicht im Dienste der «*Volkskraft*»¹¹³ gesunde Kinder gebären zu müssen, wohl auch von der Menschenwürde nach Art. 7 BV geschützt. Mit Blick auf die Mutter spricht die verfassungskonforme Norminterpretation deshalb dafür, ihre Schädigungshandlungen nur im Umfang von Art. 118 Abs. 3 StGB¹¹⁴ strafrechtlich zu ahnden, d.h. die nicht indizierte,¹¹⁵ vorsätzliche Zerstörung des Fötus' nach der zwölften Schwangerschaftswoche. Für alle übrigen, fahrlässigen und nicht tödlichen Schädigungshandlungen und Einwirkungen vor der Geburt gebietet das verfassungsrechtlich verbürgte Selbstbestimmungsrecht der Frau grösste Zurückhaltung bei der Bestrafung wegen Körperverletzungs- oder Tötungsdelikten.¹¹⁶ Das gilt sowohl bezüglich ihrer selbst als auch bezüglich Dritter, die mit ihrem Willen handeln. Die schwangere Frau hat auch ein von den Persönlichkeitsrechten umfasstes Interesse daran, mit Dritten (z.B. Freunden) riskante Aktivitäten unternehmen zu können (z.B. Skateboarden, Tandemfliegen, Boxen usw.); dies würde aber erschwert, wenn diese damit rechnen müss-

¹⁰⁷ Grundlegend: BGE 101 Ia 575 E. 3a.

¹⁰⁸ BGE 101 Ia 575 E. 3a.

¹⁰⁹ Z.R. den Schutzbereich behandelnd BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 36: offengelassen in BGE 133 I 110 E. 5.2.4.

¹¹⁰ BGE 132 I 49 E. 5.2.

¹¹¹ BGE 118 Ia 64 E. 3h.

¹¹² Vgl. BSK BV-TSCHENTSCHER, Art. 10 N 5.

¹¹³ NR SEILER, in der Sitzung vom 5. März 1929, Sten.Bull. 1929 N S. 23 (perma.cc/GM6K-LN2P).

¹¹⁴ Art. 118 Abs. 3 StGB e contrario und Art. 119 Abs. 2 StGB, sog. Fristenregelung, PK StGB⁴-TRECHSEL/GETH, Art. 119 N 5. Eine solche wurde bereits 1927 erwogen, vgl. Votum NR SEILER, Sitzung vom 5. März 1929, Sten.Bull. 1929 N S. 24 (perma.cc/GM6K-LN2P).

¹¹⁵ Art. 119 Abs. 1 StGB, sog. Indikationenregelung. Vgl. MARK PIETH, Strafrecht, Besonderer Teil, 2. Aufl., Basel 2018, S. 32.

¹¹⁶ Um die private Lebensgestaltung der Mutter derart mit strafrechtlichen Mitteln zu tangieren, bedürfte es insbesondere einer klaren gesetzlichen Grundlage; hier aber geht nicht einmal aus den Materialien zu den Körperverletzungs- und Tötungsdelikten hervor, dass man dies wollte. Und selbst wenn eine solche gesetzliche Grundlage geschaffen würde, würde eine Bestrafung der Mutter wohl in den allermeisten Fällen an der Verhältnismässigkeit im engeren Sinne scheitern.

ten, sich bei einem Unfall wegen Körperverletzung oder Tötung des später geborenen Kindes strafbar zu machen.¹¹⁷ Somit muss auch die Einwilligung der Mutter ins Risiko genügen.

Damit ist im Umkehrschluss aber auch gesagt, dass diese verfassungsrechtlich bedingte Einschränkung der Strafbarkeit für *Dritte*, die gegen oder ohne den Willen der Mutter handeln, grundsätzlich nicht gilt. Aktive Einwirkungen Dritter auf den Nasciturus, die dazu führen, dass der geborene Mensch geschädigt wird, könnten somit über die Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte geahndet werden, wenn man den erwähnten verfassungsrechtlichen Schutz des Kindes (Art. 10 und 11 BV) in den Vordergrund rückt. Bedeutet dies, um einen naheliegenden Einwand zu antizipieren, dass nahestehende Dritte, wie die *Partnerin* der Schwangeren oder der *Kindsvater*, bei Strafan drohung verpflichtet sind, sie von schädigenden Einwirkungen abzuhalten? Dies würde eine Garantenstellung für das werdende Kind voraussetzen. Selbst wenn man eine solche bejahen wollte,¹¹⁸ ginge diese jedenfalls nicht weiter als das Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren: Soweit es ihr z.B. nicht verboten ist, während der Schwangerschaft Alkohol zu konsumieren, kann ihre Partnerin oder den Kindsvater keine strafbewehrte Pflicht treffen, sie vom Trinken abzuhalten.

Zusammenfassend sprechen somit die historische und systematische (inklusive verfassungskonforme) Auslegung ebenfalls für die Erfolgstheorie, jedoch mit der Einschränkung, dass bezüglich der Mutter eine Strafe nur im Umfang von Art. 118 StGB (mutatis mutandis) erfolgen darf.¹¹⁹ Dritte können normal

¹¹⁷ Diese Erwägung verdanken wir unserer Kollegin Prof. Dr. Gunhild Godenzi.

¹¹⁸ Str.; ablehnend BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/HEIMGARTNER, Art. 118 N 9; für das deutsche Recht bejahend: MüKo dStGB (Fn. 8)-GROPP/WÖRNER, § 218 N 51.

¹¹⁹ Es gibt zwei Möglichkeiten, diese Einschränkung zu erzielen: Entweder (1) man stellt insofern, als Einwirkung und Schaden von der Mutter verursacht werden oder vom Willen der Mutter gedeckt sind, auf den Einwirkungszeitpunkt ab, was zu einer dualen Lösung führt, oder (2) man bleibt konsequent bei der Erfolgstheorie, verhindert aber eine Bestrafung wegen Körperverletzung oder Tötung mittels Tatbestandsausschlusses (z.B. qua Sozialadäquanz), Rechtfertigung oder Entschuldigung. Die erste Möglichkeit hat den Nachteil, dass eine Bestrafung nach Art. 118 StGB dann, wenn der Tod nach der Menschwerdung eintritt, nur i.V.m. Art. 22 StGB und auch das nur in gewissen Fällen möglich wäre, wodurch die Gefahr der absichtlichen Umgehung der Art. 118 f. StGB bestünde (s.o. III.B. in fine). Die zweite Lösung ermöglicht in dieser Konstellation (absichtliche Umgehung) zwar auch keine Bestrafung nach Art. 118 StGB, aber doch nach Art. 111 ff. StGB (hier würde man den Tatbestandsausschluss, die Rechtfertigung oder Entschuldigung versagen). Begrenzt man den Strafumfang auf die Höhe von Art. 118 StGB, ist diesbezüglich ein angemessenes Ergebnis erreicht. Freilich ist bei einer Verurteilung wegen Tötungsdelikts die Stigmatisierung eine andere als beim strafbaren Schwangerschaftsabbruch; eine bessere Lösung ist aber de lege lata nicht in Sicht. Wenn man konsequent die Erfolgstheorie anwendet, stellt sich noch die Frage, ob dann jeweils ein Mord (Art. 112 StGB) vor-

wegen Körperverletzung oder Tötung bestraft werden (s. aber die Einschränkung sogleich).¹²⁰

C. Perverser Anreiz

Auf den ersten Blick hat allerdings die Erfolgstheorie zwei Nachteile, die im Schrifttum soweit ersichtlich noch nicht geltend gemacht worden sind. Der erste ist die Gefahr einer (weiteren) Überkriminalisierung, die sich daraus ergibt, dass vorgeburtliche Einwirkungen mit postnatalen Schäden vermutlich häufig auch Lebensverkürzungen beinhalten, und dass diese nach herrschender Ansicht tatbestandsmässige Tötungen darstellen.¹²¹ Dieser Gefahr begegnet aber mindestens zum Teil die strafrechtliche Zurechnungslehre.¹²² Zweitens kann die Erfolgstheorie für den Dritten, der ohne oder gegen den Willen der Mutter auf den Nasciturus eingewirkt hat oder einwirken will, den kriminalpolitisch perversen Anreiz schaffen, diesen gleich zu zerstören, weil dann «nur» die Strafdrohung des Art. 118 Abs. 2 StGB greift und nicht die nach dem Geburtsbeginn zum Zug kommenden möglicherweise schärferen Strafdrohungen. Um diesen Anreiz zu verhindern, müsste man in Fällen pränataler Einwirkungen mit postnatalen Schadensfolgen stets die mögliche Strafe auf den in Art. 118 Abs. 2 StGB vorgesehenen Umfang begrenzen (höchstens einjährige Mindeststrafe, maximal zehnjährige Freiheitsstrafe).¹²³ Damit wäre das Anreizsystem wieder im Lot: Wenn der Dritte den Nasciturus tötet, ist er gewiss nach Art. 118 Abs. 2 StGB strafbar; lässt er ihn nach der Einwirkung in Ruhe, ist er *möglicherweise* (je nachdem, welche Schäden resultieren bzw. wie sich

liegt, weil die Handlung an einem schutzlosen Tatobjekt erfolgte (Heimtücke). Doch resultiert aus Heimtücke nicht zwingend eine Mordqualifikation; das Merkmal der besonderen Skrupellosigkeit bedarf stets einer Gesamtwürdigung aller Umstände.

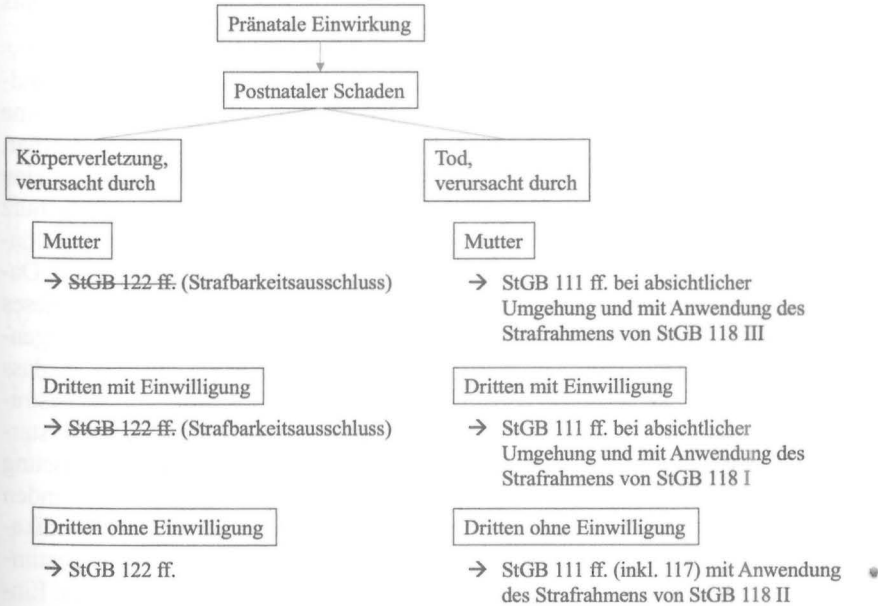
¹²⁰ Ausgenommen sind hier einzig die Fälle der Einwilligung der Mutter in das durch den Dritten geschaffene Risiko (z.B. Tandemfliegen), vgl. oben Haupttext bei Fn. 117.

¹²¹ Vgl. z.B. ALINE LÜTHI, Lebensverkürzung im medizinischen Kontext, Diss. Zürich, Zürich/Basel/Genf 2014, N 159, 164 und 179; BSK StGB⁴-SCHWARZENEGGER/STÖSSEL, Vor Art. 111 N 62.

¹²² Vgl. die Kriterien der objektiven Zurechnung und das Vorsatz- bzw. Voraussehbarkeits-erfordernis.

¹²³ Das hiesse allerdings, sich ohne gesetzliche Grundlage über die (Mindest-)Strafdrohungen der Art. 111 ff. und 122 ff. hinwegzusetzen, was auch nicht ganz ohne ist. (Für die hier skizzierte mutter- bzw. muttereinwilligungsbezogene Strafbarkeitseinschränkung erscheint dies aufgrund der direkten verfassungsrechtlichen Dimension leichter vertretbar.) – Möglicherweise würde dies auch nicht ausreichen, weil dann immer noch der Anreiz bestünde, den Nasciturus zu zerstören, um nicht später wegen «Tötung»/«Körperverletzung» verurteilt zu werden, was ein schwereres Stigma mit sich brächte.

das Kind entwickelt) eines Delikts schuldig, für das die Strafe den Rahmen von Art. 118 Abs. 2 StGB nicht übersteigen wird. Folgende Grafik illustriert die hier skizzierte Lösung:



V. Fazit

Brigitte Tag ist die renommierteste Medizinstrafrechtlerin der Schweiz (I.). Wir gehen deshalb davon aus, dass sie das kürzlich in Genf ergangene Urteil interessiert. Es hat die klassische *medizinstrafrechtliche* Frage aufleben lassen, wer bestraft werden kann, wenn die Einnahme von Medikamenten während der Schwangerschaft zu bleibenden Schäden beim Kind führt (II.). Für das Genfer Gericht und die herrschende Lehre ist die Antwort eindeutig: niemand. Es fehle an einem tauglichen Tatobjekt.

Die entscheidende Frage lautet, zu welchem Zeitpunkt ein *taugliches Tatobjekt* (III.) für eine Körperverletzung (oder Tötung) vorliegen muss: zum Zeitpunkt der *Handlung* (A.) – wie dies das Genfer Zivilgericht festgehalten hat –, zum Zeitpunkt der *Einwirkung* (B.) – wie dies die herrschende Lehre postuliert – oder zum Zeitpunkt des *Erfolgs* (C.). Die überzeugenderen Argumente sprechen dafür, dass erst zum Zeitpunkt des Erfolgseintritts ein Mensch als Tatobjekt vorliegen muss («Erfolgstheorie»). Die Körperverletzungs- und Tötungsdelikte werden über den Erfolg definiert; ob die Handlung dem Erfolgseintritt unmittelbar vorangeht oder die Saat für einen Verletzungserfolg darstellt,

der – wie in den Fällen toxischer Kausalität – unter Umständen Jahrzehnte später eintritt, ist irrelevant. Überdies sprechen der Sinn und Zweck dieser Straftatbestände für einen umfassenden Strafschutz. Die Einnahme eines auf den Nasciturus einwirkenden und das geborene Kind schädigenden Medikaments kann somit eine Körperverletzung oder Tötung darstellen.

Tauglich ist die Erfolgstheorie allerdings nur, wenn sie Gegenargumenten standhält (IV.). Nach einem ersten Argument üben die Abtreibungstatbestände eine *Sperrwirkung* (A.) aus. Einwirkungen auf einen Nasciturus seien nur strafbar, wenn sie (vorsätzlich) zu seiner Zerstörung führten (Art. 118 StGB). Seine «blosse» Schädigung falle nicht unter den Strafrechtsschutz. Ein solcher Schutz dürfe nicht durch die Hintertüre eingeführt werden, indem dann, wenn der Schaden postnatal eintrete, Körperverletzungen oder Tötungen geahndet würden. Damit sei eine Bestrafung über die Körperverletzungstatbestände versperrt. Dieses systematische Argument versagt jedoch, wenn der Schaden – wie im vorliegenden Fall – bei einem Menschen eintritt. Das zweite Gegenargument war, dass die Erfolgstheorie dazu führen würde, z.B. auch rauchende Schwangere bestrafen zu müssen – der *Albtraum eines jeden Liberalen* (B.). Diesem a priori starken Gegenargument kann mit einer an der Gesetzessystematik und Verfassung orientierten Differenzierung begegnet werden, gemäss welcher der werdenden Mutter schädigendes Verhalten während der Schwangerschaft, wie Medikamenten- oder Alkoholeinnahme, aufgrund ihres körperlichen Selbstbestimmungsrechts erlaubt bleibt. Bei Schädigungshandlungen Dritter, die ohne Einwilligung der Mutter handeln, treten hingegen die Schutzinteressen des werdenden Kindes in den Vordergrund. Gegen die Erfolgstheorie spricht schliesslich, dass sie den *perversen Anreiz* (C.) schafft, den geschädigten Nasciturus lieber gleich in utero zu töten, um zu verhindern, später unter massiv erhöhter Strafandrohung für die Tötung des geborenen Menschen zur Verantwortung gezogen zu werden. Dieser Anreiz kann dadurch vermieden werden, dass die Strafe für Körperverletzung und Tötung auf das gemäss den Abtreibungstatbeständen zulässige Mass begrenzt wird.

Wer sich mit Brigitte Tags akademischem Lebenswerk befasst, stellt fest, dass sie eine feine Klinge führt und ihre Urteile sehr differenziert ausfallen. Unser Lösungsvorschlag balanciert auf einem schmalen Grat zwischen unzureichender und überbordender Repression. Es ist gut möglich, dass wir einzelne Konstellationen übersehen haben und unser Vorschlag weiterer Verfeinerung bedarf. Er versteht sich daher als Diskussionsbeitrag. Natürlich würde uns besonders freuen, wenn sich Brigitte Tag weiter an dieser Diskussion beteiligt.