

3. die Schwangere sich mindestens drei Tage vor dem Abbruch nach § 219 hat beraten lassen«.

Die Berufung auf die Notlagenindikation des geltenden Rechts kompensiert in den Memminger Verfahren die fehlende Beratung. Die Strafverfahren sind also nur deshalb in Gang gekommen, weil die vorgeschriebene Beratung nicht stattgefunden hatte. Zieht man – wie die FDP-Juristen und der Gruppenantrag – aus den peinlichen Befragungen vor dem Landgericht Memmingen den zu kurzen rechtspolitischen Schluß, nur die Indikationenlösung zu reformieren, dann ändert man wenig an der mißlichen Lage, daß es Gegenden in Deutschland gibt, in denen es die Landesgesetzgebung und Landespolitik Frauen und Ärzten schwer machen wird, das feinmaschige Regelsystem mit Würde einzuhalten.

Die Schwäche der gegenwärtigen Reformpolitik beruht nicht auf der Stärke der Reformgegner. Vielmehr erweist sich bei genauem Hinschauen, daß alle großen Parteien mehr oder weniger strategisch und damit zirkulär argumentieren. Weder der FDP-Entwurf noch der der SPD (BT-Dr. 12/1179) als *Pro-Choice*-Regelung durchbrechen dieses Schema.* Beide beanspruchen – und sei es nur taktisch – die jeweils effektivere Norm zum Schutze des werdenden Lebens. Der Sonderausschuß des Bundestages trägt also nicht nur den Namen »Schutz des werdenden Lebens«, sondern er verhandelt auch im wesentlichen über Varianten einer *Pro-Life*-Gesetzgebung. Weder die FDP noch die SPD argumentieren an zentraler Stelle mit dem Entscheidungsrecht der Schwangeren. So gesehen verstärken auch sie den moralischen Verschleiß des Themas. Im folgenden drucken wir zwei für Ost und West gegensätzliche Reaktionen ab, eine sarkastische aus Deutschland-West (Helga Wullweber) und eine geduldige aus Deutschland-Ost (Anita Grandke/Ilona Stolpe). Dagmar Oberlies plädiert für eine neue verfassungsrechtliche Diskussion.

Dagmar Oberlies

§ 218 – Ein Grenzfall des Rechts?

Es ist beliebt geworden, die Abtreibungsgesetzgebung als einen *Grenzfall* des Rechts zu beschreiben. An – oder sogar jenseits – der Grenze sozialpolitischer, fürsorgereicher, sozialarbeiterischer, psychosozialer oder psychotherapeutischer Bemühungen; als Eingriff in (höchst-) persönliche Lebensgestaltungen oder neuerdings als unanfechtbare Gewissensentscheidung; jedenfalls dem staatlichen, vor allem dem strafenden Zugriff entzogen. Gemeint ist, das Recht sei nicht geeignet (oder nicht berechtigt) den – oft zu Unrecht – sogenannten Schwangerschaftskonflikt zu lösen.

Denkwürdig ist dabei nur, wie überhaupt der Eindruck entstanden ist und entstehen konnte, es sei die Aufgabe oder sogar das Ziel einer rechtlichen Regelung des § 218, zur Lösung eines Schwangerschaftskonfliktes beizutragen.¹ Solcher Euphemismen hat

* Klaus Gunther, *Transit* 3/1991; Monika Frommel, in: *Die Zeit* vom 16.8.1991; erweiterte Fassung in: *Demokratie und Recht* 4/1991, S. 367 ff.

¹ So nimmt Eser z. B. in Anspruch, »die rechtlich erheblichen Faktoren seien so zu ermitteln, daß sich die Schwangere in ihren Konfliktsituationen wirklich zutreffend erfaßt und richtig verstanden fühlen kann« (ZRP 1991, 291, 296). Kritisch hierzu Frommel, § 218 – Ein Grenzfall des Rechts, in: *Tutzingers Materialien* (Hg. von Susanne Heil), Nr. 68, 1991, S. 54 ff.

sich das BVerfG in seiner Entscheidung zur Verfassungswidrigkeit der Fristenlösung aus dem Jahr 1975² nicht bedient, denn dort wird – mit Blick auf die Schwangere – lediglich die Frage aufgeworfen, »ob der Staat (. . .) mit den Mitteln des Strafrechtes die Austragung der Schwangerschaft erzwingen darf«³, um dann die Frage der Unzumutbarkeit im Einzelfall zu stellen. Eher scheinen solche Zielbestimmungen die Folge des Bemühens, den Eindruck zu erwecken, die Beteiligten handelten zum Besten und im wohlverstandenen Interesse der Schwangeren selbst – ein Versuch, der sich augenfällig in den Namen widerspiegelt, den die Parteien ihren Reformentwürfen gegeben haben: »Schwangeren- und Familienhilfegesetz« (F.D.P.) und umgekehrt (SPD).

Dem, meine ich, sollte wieder entgegengehalten werden, daß es sich bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs eben doch um einen Fall staatlichen Zwangs handelt, also um einen Fall des Rechts, und zwar einen Fall des *Strafrechts*, bei dem es nicht zuletzt entscheidend um die Frage geht, ob der Schwangeren – mit den Mitteln des Strafrechts – Hilfe und moralische Werte aufgezwungen werden sollen.

Ist demnach der § 218 StGB ein Fall des Rechts, nicht selten ein Fall für die Justiz und – nicht zum ersten Mal – ein Fall für den Gesetzgeber, dann sollte die Einordnung der Regelungen auch mit den Mitteln des Rechts versucht werden, statt voreilig auf die psychosozialen Rechtfertigungen und Erklärungen auszuweichen. Solange die Abtreibungsentscheidung mit den Mitteln des Rechts geregelt wird, ist die Abtreibungsfrage eine Rechtsfrage, die weitere für unser gesamtes Rechtsverständnis zentrale Fragen aufwirft: Fragen an unser aller Verständnis von einem demokratischen, gewaltenteiligen Rechtsstaat (dazu I.), Fragen zur rechtstatsächlichen Legitimation und Legitimität des Strafrechtes im Bereich der Abtreibung (dazu II.), die Frage nach den Menschen-, meint Frauenbild der Verfassung und dessen realem Gehalt (dazu III.) und – sehr aktuell – die Frage der verfassungsrechtlichen Bewertung der DDR – Fristenregelung (dazu IV.)

I. Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Gesetzgeber in der Diskussion um die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs

Es spricht vieles für die Vermutung, daß das BVerfG durch seine Entscheidung aus dem Jahr 1975, mit der es zwar die Fristenregelung für verfassungswidrig erklärte, gleichzeitig aber eine Liberalisierung gegenüber dem damals geltenden Recht ermöglicht und vorgegeben hat, zur gesellschaftlichen Befriedung beitragen wollte⁴. Es spricht vieles dafür, daß eine solche Absicht, wenn es sie denn gegeben haben sollte, mißglückt ist; daß im Gegenteil das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem § 218 selbst zum Synonym gesellschaftlicher Gegensätze geworden ist und dadurch eine wichtige Grundlage für die Akzeptanz des Gerichtes als »Hüter der Verfassung« und seiner Entscheidungen als nicht interessengeleitete, verfassungsrechtlich motivierte Urteile öffentlich in Zweifel gezogen wurde. Obwohl es zu Zeiten der sozialliberalen Koalition noch andere Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes gegeben hat, in denen ihre politische Motiviertheit erkennbar wird, war es vor allem die Entscheidung zu § 218, die Recht gesetzt hat und selbst Gesetz

² Hier und im folgenden zitiert nach Arndt/Erhard/Funcke (Hrsg.), Der § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht. Heidelberg, Karlsruhe: C. F. Müller Verlag 1979, Seite 388–446.

³ BVerfG (Fn. 2), Seite 419.

⁴ Vgl. zur Rolle des Bundesverfassungsgerichtes, insbesondere zu Zeiten der sozial-liberalen Koalition zwischen 1973 und 1978: Rolf Lamprecht, Wolfgang Malanowski, Richter machen Politik. Frankfurt/Main: Fischer Taschenbuch Verlag 1979.

geworden ist: die Indikationen z. B. sind fast wörtlich dem Urteil entnommen worden. Nicht ganz zu Unrecht ist das BVerfG deshalb als »Obergesetzgeber«⁵ bezeichnet worden.

Die Geister, die das Verfassungsgericht damals rief, spuken heute durch die Diskussion um die Neuregelung des § 218. Einige Gesetzentwürfe melden in ihren Begründungen – ob zu Recht oder zu Unrecht – vor allem Vollzug des Urteils des Bundesverfassungsgerichtes, obwohl seit der letzten Reform 16 Jahre vergangen sind und der Gesetzgeber Zeit gehabt hätte, sein Handeln auf empirische Grundlagen zu stellen. In einem Interview des Saarländischen Rundfunks drang Graf Lambsdorff auf eine schnelle Entscheidung des BVerfG zur Bayerischen Normenkontrollklage (betreffend die Handhabung der sozialen Indikation) – von diesem Urteil sei Klarheit über den verfassungsrechtlichen Spielraum in der Abtreibungsfrage zu erwarten⁶. Der Fraktionsvorsitzende der F.D.P., Solms, und der F.D.P.-Abgeordnete Baum vertraten die Auffassung, daß bei einer Fristenlösung ohne Zwangsberatung, wie sie die SPD in ihrem Hauptantrag fordere, die Verfassungsmäßigkeit nicht gesichert sei⁷. Baum äußerte außerdem verfassungsrechtliche Bedenken gegen die von der SPD geforderte Straffreiheit für die Schwangere selbst⁸. Sowohl F.D.P. als auch SPD verweisen (oder sollten wir sagen: drohen) in der Diskussion um die in ihren Entwürfen vorgesehenen sozialen Flankierungen darauf, daß nur ein umfangreiches Paket sozialer Hilfen das Verdikt der Verfassungsmäßigkeit gewährleiste. Natürlich agiert auch die CDU/CSU im Bunde mit vergangenem und im Vorgriff auf zukünftige Festlegungen des Verfassungsgerichtes in Sachen Abtreibungsgesetzgebung: Sollte, so lauten die im SPIEGEL⁹ wiedergegebenen Überlegungen des CSU-Vorsitzenden Waigel, die im Einigungsvertrag geforderte gesamtdeutsche Regelung bis zum Jahr 1992 nicht zustande kommen, so werde das BVerfG auf eine Klage hin die DDR-Fristenregelung für verfassungswidrig erklären. Diesem Ziel könnte auch dienen, daß der Finanzminister Waigel in die mittelfristige Finanzplanung des Bundes keine Mittel für soziale Hilfen aufgenommen hat: ohne soziale Hilfen, so das mögliche Kalkül, keine Fristenregelung – und auch dafür dient die Entscheidung des BVerfG als Grundlage.

Der § 218 könnte so zu einer bislang unbekanntenen Form des zustimmungsbedürftigen Gesetzes werden: Ein Gesetz, das scheinbar zu seiner Geltung der Zustimmung des BVerfG bedarf. Auch im übrigen ist es ein befremdliches Gesetzgebungsverfahren, denn der Gesetzgeber scheint bereits im Vorfeld seinen latenten Verstoß gegen die Verfassung zu unterstellen.

Verfassungsrechtlich ist dadurch eine einzigartige, aber auch bedenkliche Konstellation entstanden: Das »besondere Organ der Gesetzgebung« (Art. 20 Abs. 2 GG), das Parlament, scheint bei der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs im Begriff, seine originäre Regelungskompetenz an das Bundesverfassungsgericht zu delegieren. Damit wird in einem gesellschaftlich brisanten Konflikt Verantwortung verschoben und aus dem Bereich kreativer, politischer Gestaltungsmöglichkeiten, zu denen ja gerade ein demokratischer Auftrag besteht, in den Bereich einer scheinbar objektiven, rechtlichen (Werte-)Ordnung überantwortet, wie sie das BVerfG in seiner Entscheidung aus dem Jahr 1975 reklamiert – und, so scheint es im nachhinein, als Entlastung angeboten – hat. Die Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs erhält

⁵ Dazu Lamprecht, Malanowski (Fn. 4), Seite 9 ff.

⁶ Siehe auch Frankfurter Rundschau vom 23. 7. 1991.

⁷ Süddeutsche Zeitung vom 24. 7. 1991 und Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. 7. 1991.

⁸ Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29. 7. 1991.

⁹ SPIEGEL Heft 38/1991, Seite 24.

so den Charakter des (verfassungsmäßig) Unausweichlichen; sie verliert mehr und mehr den Charakter einer politisch-regelnden Entscheidung.

Damit aber steht bei der Neuregelung des § 218 gleichzeitig die Verfaßtheit dieses Staates auf dem Plan. Zumindest zwischen Parlament und Verfassungsgerichtsbarkeit sieht das Grundgesetz eine vergleichsweise klare Arbeitsteilung vor: Das Verfassungsgericht entscheidet über *Meinungsverschiedenheiten oder Zweifel* hinsichtlich der Vereinbarkeit von Gesetzen mit dem Grundgesetz (Art. 93 GG). Eine solche Vereinbarkeitsprüfung setzt in dem hier zur Diskussion stehenden Bereich ein formell erlassenes Gesetz voraus. Eine präventive Vereinbarkeitsprüfung ist nicht vorgesehen, weil unsere Verfassung – bis zum Beweis des Gegenteils – davon ausgeht, daß die Gesetzgebung die verfassungsmäßige Ordnung respektiert (Art. 20 Abs. 3 GG). Das Entscheidungsprärogativ des Parlamentes ist deshalb nicht nur Recht, sondern Pflicht. Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, einen rechtlichen Regelungsbedarf zu ermitteln, das Ziel der Regelung zu formulieren und eine sachgerechte Lösung zu finden. Es ist Aufgabe des Verfassungsgerichtes bei Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der gefundenen Lösung – unter Wahrung der Gestaltungsräume des Gesetzgebers –, ein Gesetz auf seine Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz zu überprüfen.

Daß es Aufgabe und »besondere Verantwortung des demokratischen legitimierten Gesetzgebers« ist, für die »Anpassung der Rechtsordnung an wechselnde soziale Anforderungen und veränderte Ordnungsvorstellungen« Sorge zu tragen, hat das BVerfG in seiner Entscheidung zum Verbot der Arbeitnehmerüberlassung¹⁰ ausdrücklich hervorgehoben. In dieser, im Zusammenhang mit der Neuregelung des § 218 vielzitierten Entscheidung¹¹ hat das BVerfG auch klargestellt, daß es »Aufgabe des Bundesverfassungsgerichtes (sei), Akte der gesetzgebenden Gewalt an der Verfassung selbst und nicht an verfassungsgerichtlichen Präjudizien zu messen«, daß mithin auch die Reichweite seiner normverwerfenden Entscheidungen nicht weiter reichen kann als die Bindung an frühere normsetzende Entscheidungen des Gesetzgebers. Deshalb könne es dem Gesetzgeber nicht verwehrt sein, seiner Gestaltungsfreiheit und Gestaltungsverantwortung durch Verabschiedung einer inhaltsgleichen Neuregelung nachzukommen, wenn er sie für erforderlich hält. Nur so könne einer »Erstarrung der Rechtsordnung« vorgebeugt werden, die mit einer rechts- und sozialstaatlichen Demokratie unvereinbar sei¹². Mit anderen Worten, nichts und niemand nimmt dem Gesetzgeber die Verantwortung, schöpferisch und eigenverantwortlich tätig zu sein¹³.

¹⁰ BVerfGE 77, Seite 84 ff., 103 f.

¹¹ Siehe z. B. (differenzierend) Sachs, Der Fortbestand der Fristenlösung für die DDR und das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, *Deutsch-deutsche Rechts-Zeitschrift* 6/1990, Seite 193 ff.; vgl. auch Begründung zum Entwurf eines Gesetzes über das Recht auf selbstbestimmte Schwangerschaft (Abgeordnetenhaushaus Berlin Drs. 11/850); zuletzt Monika Frommel, *ZEIT*, Nr. 34 vom 16. August 1991, Seite 55; dies., *Demokratie und Recht* 4/91, S. 367 ff.

¹² BVerfGE 77, Seite 84 ff.

¹³ Daß in der Tat über lange Jahre hinweg die Auffassung vertreten wurde, eine Entscheidung von acht Richtern könne den durch Wahlen beauftragten Gesetzgeber hindern, in eine erneute Sachprüfung einzutreten, wenn dabei die Gefahr bestand, daß sie zu gleichen Ergebnissen führte, scheint mir zu den Spezifika der deutschen Nachkriegsgeschichte zu gehören, die dem Parlament nur noch wenig, den Gerichten – aus der Geschichte heraus nicht ganz nachvollziehbar – fast alles zutraute. Die Folgen im Bereich der Reform der Abtreibungsgesetzgebung sind unübersehbar: Das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1975, einschließlich seiner Begründung, war und ist Gesetz. Außeres Zeichen ist, daß die Entscheidung in der Vergangenheit politisch immer wieder als (unerschütterliches) Verbot der Fristenregelung behandelt wurde. Eser, *GA* 91, 241, 262 spricht davon, daß viele sich »– bequem positivistisch – hinter diesem Gerichtsurteil verschanzt hatten«. Selbst in der gegenwertigen Diskussion nimmt der Nachweis, ein Vorschlag entspreche den Vorgaben des BVerfG, mehr Raum ein als die empirische und politische Begründung, eine vorgeschlagene Lösung sei sachgerecht und angemessen.

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung des Schwangerschaftsabbruchs ist besonders bedauerlich, was Werner Maihofer schon 1981 beklagt hat, daß weder vor noch nach einem Gesetzgebungsakt eine ernsthafte Notwendigkeitskontrolle noch eine planmäßige Erfolgskontrolle stattfindet¹⁴. Der Strafgesetzgeber, so wurde gefordert, habe seine Entscheidung durch drei Elemente zu begründen: Behauptung über die jetzige Wirklichkeit, Prognose der zukünftigen Wirklichkeit, Bewertung der jetzigen und zukünftigen Wirklichkeit – verbunden mit der Beantwortung der zentralen Fragestellungen: »Ist die Kriminalpolitik das einzige oder auch nur das am besten geeignete Mittel? Kann man den Schutz der Rechtsgüter nicht auch anders erreichen?«¹⁵ ¹⁶ Im Bereich des § 218 bestünde, dank der Arbeit des Max-Planck-Institutes in Freiburg¹⁷, die Chance einer empirischen Grundlegung der parlamentarischen Entscheidung, die in den bislang vorliegenden Gesetzesbegründungen nicht genutzt wird.

Im Hinblick auf die gesetzliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs scheint mir zunächst eine konkrete Zielbestimmung erforderlich, was durch eine strafrechtliche Regelung wirklich erreicht werden soll (und erreicht werden kann).

Es hat sich eingebürgert, formelhaft auf den »Schutz des ungeborenen Lebens« zu verweisen. Daran müßte sich allerdings die Frage anschließen, wovor das Ungeborene geschützt werden soll, denn nicht nur der »Schutz« vor »Tötung«, sondern auch der »Schutz« vor einem Leben als unerwünschtes Kind¹⁸ sind mögliche Schutzziele, die einhergehen können mit der »Brechung eines entgegenstehenden Willens« der Schwangeren (v. Renesse) einerseits und der Achtung ihres Willens als verantwortlicher Entscheidung andererseits.

Auch die Reduzierung der Zahl von Abbrüchen wird als gewünschtes Ziel formuliert. Dazu ist aber vor allem zu sagen, daß die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche vergleichsweise unabhängig ist von der (straf-)gesetzlichen Regelung¹⁹: So ist die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche in der ehemaligen Bundesrepublik nach 1975 trotz einer Liberalisierung des Abtreibungsstrafrechtes zurückgegangen, während die Zahl in Spanien – trotz einer sehr strengen Indikationenregelung – eher hoch ist,

¹⁴ Werner Maihofer, Gesetzgebungswissenschaft, in: Gunther Winkler, Bernd Schilcher, Gesetzgebung. Wien, New York: Springer Verlag 1981, Seite 3; ebenso Heinz Müller-Dietz, Zur Problematik verfassungsrechtlicher Ponalisierungsgebote, in: Festschrift für Eduard Dreher. Berlin, New York: Walter de Gruyter Verlag 1977, Seite 97, 110 ff.

¹⁵ Peter Schick, Kritische Überlegungen zur Genese des Straftatbestandes, in: Winkler/Schilcher, a. a. O. Fn. 14, Seite 95; ebenso Heinz Müller-Dietz, Dreher-Festschrift, a. a. O., Fn. 14; siehe zu dieser Fragestellung auch grundlegend Claus Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme. Berlin, New York: Walter de Gruyter 1973, insbesondere Seite 12 ff.; Heinz Müller-Dietz, Grundfragen des strafrechtlichen Sanktionensystems. Heidelberg, Hamburg: R. v. Decker's Verlag 1979; Klaus Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs. Neuwied, Frankfurt: Metzner Verlag 1989.

¹⁶ Zu Recht weist Maihofer darauf hin, daß unter allen Gesetzentwürfen (und so auch unter den Entwürfen zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs) formelarmäßig »Alternativen: Keine« zu lesen sei, ohne daß eine Erörterung der Alternativen im Hinblick auf die Konzeption oder die Formulierungen auf irgendeiner Ebene des Gesetzesverfahrens stattfindet; und ebenso zu Recht beklagt er die »mangelhafte rechtstatsächliche Vorbereitung der meisten Gesetze«, Maihofer, Fn. 14, Seite 4.

¹⁷ Albin Eser, Hans-Georg Koch (Hrsg.), Schwangerschaftsabbruch im internationalen Vergleich. Teil 1: Europa. Baden-Baden: Nomos Verlag 1988; Brigitte Holzauer, Schwangerschaft und Schwangerschaftsabbruch. Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 38, 1989; Monika Haußler-Sczepan, Arzt und Schwangerschaftsabbruch. Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 39, 1989; Karlhans Liebl, Ermittlungsverfahren, Strafverfolgungs- und Sanktionspraxis beim Schwangerschaftsabbruch. Freiburg: Kriminologische Forschungsberichte aus dem Max-Planck-Institut, Band 40, 1990; Monika Haußler, Brigitte Holzauer, ZStW 1988, Seite 817–854 und Tagungsbericht, Seite 855–870.

¹⁸ Siehe dazu Gerhard Amendt, Michael Schwarz, Das Leben unerwünschter Kinder. Universität Bremen 1990.

¹⁹ Dazu ausführlich Eser/Koch a. a. O., Fn. 17.

wie auch die Zahlen in Italien oder Griechenland, wo (modifizierte) Fristenregelungen gelten. In den Niederlanden ist die Zahl der Abbrüche gering, obwohl (faktisch) keine Strafe droht, während die vergleichsweise hohe Strafdrohung der §§ 218 ff. diesen Erfolg nicht sichert.²⁰ Eher muß man sagen, daß die Sexualfeindlichkeit einer Gesellschaft, zu der auch restriktive Abtreibungsregelungen und der nicht öffentliche Diskurs über die Abtreibung gehören, Einfluß auf die Zahl der nicht verhüteten Schwangerschaften und die Zahl der Abtreibungen hat. Damit geht in der Öffentlichkeit eine »double-bind«-Haltung einher: Einerseits wird nicht akzeptiert, daß es Schwangerschaftsabbrüche gibt; die Reduzierung der Zahl der Schwangerschaftsabbrüche (auf Null) wird als Ziel rechtlicher und moralisch-ethischer Bestrebungen benannt, die generelle »Verbotswürdigkeit«²¹ des Schwangerschaftsabbruchs wird vorausgesetzt, eine »grundgesetzlich gebotene rechtliche Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs«²² behauptet²³, verknüpft mit einer hohen Strafdrohung – einer der höchsten in Europa. Andererseits findet gesellschaftlich und strafverfolgungstechnisch eindeutig ein Normgeltungs- und Sanktionsverzicht statt²⁴. Unverschämte Sanktionsdrohung einhergehend mit verschämtem Sanktionsverzicht, so könnte die Praxis des § 218 umschrieben werden. Wie ernst soll die Strafbarkeit der Abtreibung noch genommen werden, wenn die zuständigen Strafverfolgungsbehörden den Auftrag des Staates nicht mehr ernst nehmen, hat Walter Wallmann jüngst im SPIEGEL gefragt²⁵. Der Zusammenhang scheint mir allerdings ein umgekehrter zu sein. Daß die Strafverfolgungsbehörden faktisch auf die Durchsetzung der Normgeltung verzichten, ist m. E. die zwingende Folge aus der Erkenntnis, daß der § 218 in der Bevölkerung mehrheitlich keine uneingeschränkte Verbotsgeltung mehr beanspruchen kann²⁶. In einer Umfrage des SPIEGEL haben sich 56% der Westdeutschen und 78% der Ostdeutschen für eine Fristenlösung oder die völlige Straffreiheit der Abtreibung ausgesprochen; andere Untersuchungen der letzten Zeit kommen zu ähnlichen Ergebnissen²⁷. Wie auch immer der Zusammenhang sein mag, geht man davon aus, daß es vor allem die *Gewißheit der Bestrafung*²⁸ ist, die normgemäßes Verhalten erzwingen könnte, dann ist das Strafgesetzbuch in der Bundesrepublik längst außer Kraft gesetzt und die Strafdrohung obsolet geworden (so Walter Wallmann im SPIEGEL).

20 Nur am Rande sei darauf hingewiesen, daß mit liberaleren Abtreibungsgesetzen auch einherzugehen scheint, daß die Schwangerschaftsabbrüche zu einem früheren Zeitpunkt durchgeführt werden: So werden in den Niederlanden und in Schweden 95% der Schwangerschaftsabbrüche vor der 12. Woche durchgeführt (vgl. Eser/Koch (Fn. 17), Seite 1053 und 1452).

21 Eser, ZRP 1991, 292.

22 So BVerfG (Fn. 2), Seite 418; entsprechend erklärt § 218 Abs. 1 StGB jeden Schwangerschaftsabbruch für strafbar (ebenso die Reformvorschläge von F.D.P. und CDU/CSU), während die Indikationen Ausnahmecharakter haben (so in der Konstruktion auch die »Fristenregelung« der F.D.P., die als »Nicht-Anwendbarkeitsregel« ausgestaltet ist, § 218 Abs. 5).

23 Dem entspricht, daß die geltenden § 218 ff. StGB den Schwangerschaftsabbruch grundsätzlich unter Strafe stellen und hiervon eng begrenzte Ausnahmen vorsehen. Dieser Konzeption folgt auch die CDU/CSU in ihrem Mehrheitsantrag (BT-Drs. 12/1178); ebenso die F.D.P., die ihre »Fristenregelung« als »Nichtanwendbarkeitsregelung« gegenüber einer generellen Strafdrohung konzipiert hat (BT-Drs. 12/551).

24 Vgl. ausführlich Liebl, a. a. O., Fn. 17, insbesondere Seite 110 ff. Liebl weist auch auf den interessanten Umstand hin, daß 2/3 aller Verurteilungen auf den Freistaat Bayern und ein weiteres Drittel auf das Land Baden-Württemberg entfallen (Seite 48), was die allgemeine Sanktionsgeltung noch weiter einschränkt.

25 Heft 38/1991, Seite 28.

26 SPIEGEL, Heft 38/1991, Seite 24; vgl. in diesem Zusammenhang auch Eser, ZRP 1991, Seite 292, der die Frage der Verbotswürdigkeit von der Strafwürdigkeit trennt.

27 Interessanterweise ergibt sich aus den Untersuchungen des Max-Planck-Institutes zur Implementation des § 218, daß die Zahl der Frauen, die – zumindest – eine Fristenregelung wünschen, dort bei etwa 2/3 der Befragten lag, wobei die Zahl der Fristenbefürworterinnen um so mehr zunahm, je stärker die Frauen vom Problem des Schwangerschaftsabbruchs selbst betroffen waren (siehe ZStW 1988, Seite 845).

28 Dazu Müller-Dietz in: Jescheck/Triffterer (Hrsg.), Ist die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungswidrig? Baden-Baden: Nomos-Verlag 1978, Seite 101.

Man wird nun fragen müssen, ob eine Regelung – im Sinne eines verhältnismäßigen und damit verfassungsgemäßen Eingriffs – überhaupt als »geeignet«²⁹ angesehen werden kann, wenn auf die Herstellung einer Relation zwischen Ziel und Mittel von vornherein verzichtet wird, indem von der Regelung faktisch kein Gebrauch gemacht wird³⁰.

Schließlich käme als Ziel einer (straf)rechtlichen Regelung nur noch die vom BVerfG geforderte »grundgesetzlich gebotene rechtliche Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs« in Betracht³¹. Dient das Verbot aber nur noch der (verbalen) Mißbilligung, dann wird es zum Selbstzweck³². Wäre dies alleiniges Ziel strafrechtlicher Regelungen, dann wäre das Strafrecht nicht mehr »ultima ratio«, sondern schlicht ohne ratio, nicht mehr rechtliches, sondern nur noch moralisches Gebot.

In der Tat bewegt sich die strafbewehrte Regelung des Schwangerschaftsabbruchs, insbesondere für die betroffene Frau, auf eben diesem Wege: Nicht die Abtreibung steht unter Strafe, sondern der Verstoß gegen Vorschriften, die den (legalen) Zugang zu Abtreibungen regeln³³. Man wird sogar noch weiter gehen müssen und aus Sicht der betroffenen Frauen sagen, daß die Bestrafung nicht durch Strafverfolgung, sondern durch das Verfahren beim Zugang zu (legalen) Schwangerschaftsabbrüchen droht³⁴. Bereits heute dienen die strafrechtlichen Regelungen der §§ 218 ff. (für alle sichtbar) nicht mehr dazu, das Verbot von Abtreibungen sicherzustellen, sondern die Einhaltung eines bestimmten, vorgegebenen Verfahrens (zur Erlangung eines legalen Schwangerschaftsabbruchs) zu gewährleisten: Indikationfeststellung durch einen Arzt, Sozialberatung, Bedenkzeit, medizinische Beratung, Schwangerschaftsabbruch. Damit sind zwei weitere für die Sachentscheidung, aber auch für die rechtliche Bewertung wichtige Fragen angesprochen: Darf das Strafrecht zur bloßen Verfahrenssicherung (und eben nicht zur Verbotsdurchsetzung) eingesetzt werden, wie es beim § 218 in bezug auf die schwangere Frau faktisch und rechtlich³⁵ der Fall ist, oder gilt hier, was Roxin als »subsidiäre Natur« des Strafrechts beschreibt: »Wo durch die Mittel des bürgerlichen oder des öffentlichen Rechts geholfen werden kann, hat das Strafrecht sich zurückzuziehen«³⁶. Typischerweise könnte die Verfahrenssicherung mit den Mitteln regelnder Verwaltungsvorschriften erreicht werden. Dies zeigt auch das Beispiel Schwedens. Verwaltungs- oder zivilrechtliche Regelungen sind jedenfalls gegenüber strafrechtlichen Regelungen schonendere Mittel, die – bei gleicher Wirksamkeit – vorrangig eingesetzt werden müssen. Würde man die Subsidiarität des Strafrechts, wie sie von Roxin vorgezeichnet wurde, ernst nehmen, hätte sich das Strafrecht – zumindest – aus der bloßen Verfahrenssicherung zurückzuziehen.

29 Dazu Heinz Müller-Dietz, Dreher-Festschrift, a. a. O., Fn. 14, Seite 108.

30 Im Strafrechtslehrbuch von Feuerbach heißt es dazu: »Der Zweck der Zufügung derselben ist die Begründung der Wirksamkeit der gesetzlichen Drohung, inwiefern ohne sie diese Drohung leer sein würde« (Seite 39).

31 So letztlich Eser, ZRP 1991, Seite 291 ff., Seite 295.

32 Davor warnt das BVerfG in seiner Entscheidung: »Indes kann Strafe niemals Selbstzweck sein«, a. a. O., Fn. 2, Seite 418.

33 Siehe zu den Ursachen potentiell strafbarer Schwangerschaftsabbrüche Liebl, a. a. O., Fn. 17, Seite 78 f.

34 In diesem Sinne interpretiere ich auch ein Ergebnis in der Untersuchung von Brigitte Holzhauer, a. a. O., Fn. 17, wonach nur die Hälfte der dort befragten Frauen bereits beim 1. Arzt eine Indikationfeststellung erhalten haben, während 38% der befragten Frauen einen deutlich längeren Verfahrensweg zu durchlaufen hatten. Mit Hinweis darauf weist die Autorin auch die Unterstellung einer »verkappeten Fristenlösung« zurück (ZStW 1988, Seite 817, 837). Siehe dazu Dagmar Oberlies, Die Selbstbestimmung der Frau kann nicht so weit gehen, daß sie allein entscheidet, in: STREIT 1987, Heft 4, Seite 125–138.

35 Siehe z. B. die Vorschrift des § 218 Abs. 3 StGB.

36 Roxin, Grundlagensprobleme, Fn. 15, Seite 13; ebenso Müller-Dietz, Grundfragen, a. a. O., Fn. 15.

Diese Rechtsfrage erlangt Gewicht, wenn es um die Beantwortung der Frage geht, ob es rechtlich zulässig, weil verhältnismäßig ist, die Pflicht einer Schwangeren, sich vor einem (legalen) Schwangerschaftsabbruch beraten zu lassen, bei Strafe durchzusetzen. Ganz abgesehen von der Sinnhaftigkeit einer solchen verordneten Hilfe³⁷, bleibt die Frage nach ihrer Rechtmäßigkeit im Hinblick auf die Verpflichtung des Gesetzgebers, »unter mehreren gleich geeigneten Mitteln dasjenige zu wählen, das die Betroffene am wenigsten belastet (Grundsatz des Mindesteingriffs)«³⁸.

Daß insbesondere im Hinblick auf die schwangere Frau zunehmend das Verfahren selbst strafenden Charakter erhält, zeigt sich m. E. auch daran, daß die Notlagenindikation in einem offenkundig ungeeigneten Verfahren auf eine – darauf deuten die Untersuchungen des Max-Planck-Institutes hin – willkürliche Art ermittelt werden³⁹. Ärzte sind objektiv – und fühlen sich subjektiv⁴⁰ – nicht zuständig und in der Lage, eine soziale Notlage zu ermitteln. Hinzu kommt, daß sich Ärzte bei der Notlagenstellung, die ja offenkundig nur dem Ziel der Durchführung einer Abtreibung dienen kann, in Widerspruch zu ihrem Berufsethos begeben und begeben müssen⁴¹. Die betroffenen Frauen haben deshalb nach der gesetzlichen Konstruktion nicht nur ihren Konflikt auszutragen, sondern werden auch noch in einen Konflikt einbezogen, der dem Arzt durch die Ausgestaltung der gesetzlichen Vorschriften erst aufgebürdet wird – verbunden mit der (realen) Befürchtung der Ärzte, sich bei der Feststellung der Notlage strafbar zu machen⁴².

Diese Befürchtung ist der gesetzlichen Ausgestaltung der Notlagenindikation – und nicht nur ihr – immanent: In der Untersuchung des Max-Planck-Instituts haben die mit dem Thema vertrauten juristischen Experten ein Drittel der ihnen zur Notlagenindikation vorgelegten Fallbeispiele stark divergierend eingestuft⁴³. Da selbst eine gleichförmige Beurteilung innerhalb einzelner Professionen nicht sicherzustellen ist, würden sie zwangsläufig aus Sicht der strafbedrohten Personen gegen den Bestimmtheitsgrundsatz des Art. 103 Abs. 2 GG verstoßen: Ein normgemäßes Verhalten ist nicht zu gewährleisten, weil der Norminhalt nicht vorausschauend zu ermitteln ist. Mit anderen Worten: Indikationsmodelle auf Drittbeurteilungsbasis sind nicht praktikabel und – mangels hinreichender Tatbestandsbestimmtheit – wohl auch nicht rechtmäßig. Eser zieht aus dieser Erkenntnis die Schlußfolgerung, letztlich auf die Drittbeurteilung im Sinne eines »über den Zulassungsantrag der Schwangeren zu Gericht Sitzens«⁴⁴ zu verzichten und die Letztverantwortung der Gewissensentscheidung der Schwangeren zu überlassen. Diese Lösung läßt sich gegenüber einer Fristenregelung aber nur noch damit begründen, daß in einem symbolischen Akt der Ausnahmecharakter des Abbruchs deutlich werden soll. Dies führt zu der von Walter Wallmann im SPIEGEL aufgeworfenen Fragestellung: Kann und darf der moderne Staat durch seine Strafgesetze Moralvorstellungen stiften?⁴⁵ Denn nichts an-

37 Siehe dazu Gerhardt Amendt, in: Neue Kriminalpolitik, Heft 3, 1991, Seite 34 f. und gutachterliche Äußerung bei der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit des Bundesrates am 17. April 1991 in Berlin. Hrsg. Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit, Seite 25–37.

38 Dazu Müller-Dietz, Dreher-Festschrift, Fn. 14, Seite 108 ff.; ausführlich Schnapp, JuS 1983, Seite 850–855.

39 So auch Eser, ZRP 1991, Seite 291, 296; Liebl, a. a. O., Fn. 17, spricht in diesem Zusammenhang von »Zufallsstrafrecht«.

40 Vgl. Monika Hausler-Sczegan, a. a. O., Fn. 17; Hausler/Holzhauser, ZStW 1988, 817, 850; dem korrespondiert, daß die von Brigitte Holzhauser befragten Frauen sich von der Beurteilung und dem Ermessen anderer abhängig und bevormundet fühlten (a. a. O., Seite 846).

41 Siehe Hausler/Holzhauser, a. a. O., Fn. 17, Seite 834.

42 Hausler/Holzhauser, a. a. O., Fn. 17, Seite 853.

43 Hausler/Holzhauser, a. a. O., Fn. 17, Seite 833, siehe auch Eser, ZRP, Seite 296; vgl. ferner Renate Sadrozinski, Die ungleiche Praxis des § 218, Schriftenreihe der Heinrich-Boll-Stiftung e. V., 1990.

44 Eser, ZRP 1991, 298.

45 SPIEGEL, Heft 38/1991, Seite 30.

deres als Moralvorstellungen werden in einem Strafgesetz transportiert, das Indikationen vorschreibt, ohne sie zur Grundlage (straf-)rechtlicher Entscheidungen zu machen. Die Formulierung von Indikationen und der Appell an das Gewissen der Frau haben in dem von Eser vorgeschlagenen und von Rita Süßmuth aufgegriffenen »Diskursmodell«⁴⁶ nur noch ermahnenen, nicht mehr strafbegründenden oder strafausschließenden Charakter. »Der Staat hat die äußere Ordnung zu bewahren, den einzelnen moralisch zu bevormunden, hat er keinerlei Legitimation«, schreibt Roxin⁴⁷. Moral ist kein Rechtsgut (Roxin).

Daß das Strafrecht gerade in der Diskussion um die Neuregelung des § 218 als Instrument zur Durchsetzung eines (vermeintlichen) ethischen Minimums betrachtet wird, machen die vorliegenden Gesetzesentwürfe von CDU/CSU und F.D.P. insofern deutlich, als sie ein Beratungsziel und damit die moralischen Eckpunkte der Entscheidungsfindung im Beratungsgespräch nicht nur (sanktionslos) vorschreiben, sondern strafrechtlich absichern⁴⁸. Auch insoweit bleiben Zweifel, ob dies mit dem Mittel des Strafrechtes durchgesetzt werden kann und darf.

III. Das Frauenbild in der Abtreibungsdebatte

Die Formulierung der Beratungsziele, soweit sie die Pflichtberatungen im Vorfeld eines nicht-straftbaren Zugangs zu Schwangerschaftsabbrüchen regeln, wirft ein Licht auf eine weitere (Rechts-)Frage im Zusammenhang mit der Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchrechtes: Von welchem Menschenbild (meint: Frauenbild) gehen die Regelungen aus? Und entspricht dieses Menschenbild dem grundgesetzlichen Menschenbild?

In dem Vorschlag von Rita Süßmuth zu einem Dritten Weg hieß es, »durch die Beratung (solle) die Frau befähigt werden, eine eigenverantwortliche Entscheidung zu treffen«, und auch die F.D.P. möchte die Frau durch die Beratung erst »in die Lage versetzen, eine verantwortungsbewußte eigene Gewissensentscheidung zu treffen« (§ 219 des Entwurfes). Gewissensentscheidung ist aber gleichbedeutend mit der Eigenverantwortlichkeit der Entscheidung, denn Gewissen ist nach Wahrig gerade »das Vermögen, sich moralisch selbst zu beurteilen«. Ähnlich das BVerwG, das das Gewissen beschreibt als »die eigene Erkenntnis des Erlaubten und des Verbotenen und die Ansicht, verpflichtet zu sein, dieser Erkenntnis gemäß zu handeln«⁴⁹.

Nun ist es gerade das, was Frauen, die vor der Entscheidung stehen, eine Schwangerschaft auszutragen oder sie abzubrechen, für sich in Anspruch nehmen. In der Untersuchung von Holzauer wird deutlich, daß Frauen, die eine Schwangerschaft abbrechen, in fast allen Lebensbereichen deutliche Verschlechterungen erwarten, wenn sie das Kind zur Welt bringen würden⁵⁰. Es ist bereits vielfach darauf hingewiesen worden, daß die verantwortliche Entscheidung von Frauen gerade darin liegt, dem Kind ein Leben als erwünschtes Kind zu ermöglichen, unter bestmöglichen Lebensbedingungen⁵¹. Angst vor Überforderung und vor der Zukunft mit Kind –

⁴⁶ Eser ZRP 1991, Seite 297 f.; Rita Süßmuth, Der dritte Weg, unveröffentlichte Manuskripte.

⁴⁷ Roxin, Grundlagenprobleme, a. a. O., Fn. 17, Seite 15.

⁴⁸ Vgl. § 218b des Mehrheitsentwurfs der CDU/CSU und § 219 i. V. m. § 218 Abs. 5 des F.D.P.-Entwurfs.

⁴⁹ BVerwGE 7, 242, 246. Vgl. hierzu Frommel, in: Feministische Studien, extra 1991, S. 64; dies., Demokratie und Recht 4/91, S. 372 f.

⁵⁰ Holzauer, a. a. O., Fn. 17, Seite 229–259.

⁵¹ Vgl. z. B. die Erwägungen abtreibender Frauen, die von Brigitte Holzauer, a. a. O. Fn. 17, Seite 360 mitgeteilt werden. Als wichtigster Faktor bei der Abbruchentscheidung kann danach das familiäre Umfeld gewertet werden, das Frauen glauben, ihrem Kind (nicht) bieten zu können; ebenso Susanne von Paczensky, Gemischte Gefühle. Verlag Ch. Beck: München 1978, Seite 25 ff.

vielleicht allein – sind ebenso Erwägungen, die in diese Entscheidungsfindung einfließen wie finanzielle Probleme, Probleme im Bereich des Erwerbslebens sowie Schwierigkeiten in der Partnerschaft. Man wird Nauck darin zustimmen müssen, daß Schwangerschaftsabbrüche oft »kein Ausdruck der Ablehnung von Kindern, sondern der Ablehnung des Geburtszeitpunktes in der Lebensplanung oder bereits realisierter Kinderwünsche« sind⁵². Nach den bisherigen Ergebnissen der Life-Event-Forschung scheint die Entscheidung über die Austragung oder den Abbruch einer ungewollten Schwangerschaft zu den belastensten Lebensereignissen zu gehören⁵³, und zwar gerade deshalb, weil die Frau gegenüber ihrem Kind (und der Gesellschaft) in der Pflicht steht, eine verantwortliche Entscheidung zu treffen, die über den Tag hinaus Bestand haben muß.

Das Grundgesetz geht prima facie davon aus, daß der Mensch ein Gewissen, eine Ethik, eine Moral hat. Diese Vorstellung ist elementar für unser Menschenbild. Ein solches Menschenbild erlaubt keine generalisierende Unterstellung der Gewissenlosigkeit oder auch nur einer Gewissenhaftigkeit, die der Anleitung bedarf, um wirksam zu werden. Das Grundgesetz meint ganz offenkundig – bis zum Beweis des Gegenteils – den gewissenhaften Menschen, die eigenverantwortliche Persönlichkeit⁵⁴, der – eben deshalb – ein Schutz vor staatlicher Bevormundung garantiert ist. Dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis ist aber im Bereich der Abtreibungsregelung verkehrt worden: Die schwangere Frau trifft eine Beweislast für die Gewissenhaftigkeit ihrer Entscheidung und damit ihrer selbst als eigenverantwortlichem Menschen. Diese Umkehr setzt voraus, daß jede Abtreibungsentscheidung einer Frau, egal aus welchem (subjektiven) Grund sie erfolgt, per se als verantwortungs- und gewissenlos eingestuft wird.

Daß das Frauenbild, das sich in der Frage der Verantwortlichkeit der Abtreibungsentscheidung fokussiert, so wenig in den rechtlichen Blick gekommen ist, hängt m. E. wesentlich mit der vom Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung von 1975 gewählten Entscheidungstechnik zusammen: Indem der Schutz des sich im Mutterleib entwickelnden menschlichen Lebens als Teil einer objektiven verfassungsrechtlichen Werteordnung erörtert und verankert wird, deren Folge eine »(grundsätzliche) Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft« sein soll, werden die Bestandteile dieser Ordnung zur immanenten Beschränkung der Persönlichkeitsrechte schwangerer Frauen, die von vornherein nur in den Grenzen dieser Ordnung wirksam werden. Wäre der Embryo demgegenüber als mit eigenen Rechten ausgestatteter »Anderer« gewürdigt worden, dann hätte sich seine Rechtsstellung u. E. nicht so leicht zu dem vom BVerfG behaupteten »Vorrang des ungeborenen Lebens vor dem Selbstbestimmungsrecht der Frau« kristallisieren können.

In Fällen von sog. Grundrechtskollisionen, nach Bethge: »die Inanspruchnahme gleicher oder verschiedener Grundrechte durch verschiedene Grundrechtsträger mit der Folge gegenseitiger Freiheitsbeeinträchtigungen«⁵⁵, ist in der Regel zunächst zu ermitteln, auf welche Grundrechte sich die einzelnen Grundrechtsträger berufen können und welchen Schutzbereich die einschlägigen Grundrechtsnormen haben. Erst wenn so der Umfang der Grundrechtspositionen der einzelnen Beteiligten ermittelt ist, wird nach dem »Prinzip des schonendsten Ausgleichs« (auch »Prinzip der

52 Nauck, Neuregelung des Schwangerschaftsrechts, öffentliche Anhorung des Ausschusses für Jugend, Familie, Frauen und Gesundheit des Bundesrates am 17. April 1991 in Berlin. Hrsg. Bundesrat, Öffentlichkeitsarbeit, Seite 77–88, Seite 80.

53 M. w. N. Häußler/Holzhauser, ZStW 1988, Seite 818.

54 BVerfGE 32, 98, 107.

55 Bethge, Zur Problematik von Grundrechtskollisionen, 1977, Seite 1 ff.; zitiert nach v. Münch, Grundgesetzkommentar. München: Beck Verlag 1985, Vorbem. Art. 1–19, Rdn. 44.

praktischen Konkordanz«) der Ausgleich zwischen den sich widerstreitenden Interessen gesucht.

In der Entscheidung des BVerfG wird zwar auch in Anspruch genommen, beide Verfassungswerte – nach dem Prinzip des schonendsten Ausgleichs konkurrierender grundgesetzlich geschützter Positionen – abzuwägen⁵⁶, die interessierte Leserin sucht jedoch vergeblich nach einer Bestimmung und Auslegung des Schutzbereichs der Grundrechte, auf die sich die Schwangere berufen kann. Vielmehr begründet das BVerfG nur, daß der nasciturus als selbständiges Rechtsgut unter dem Schutz des Art. 2 i. V. m. Art. 1 GG stehe⁵⁷ und die Schutzpflicht des Staates es deshalb gebiete, sich schützend vor dieses Leben zu stellen⁵⁸. Demgegenüber sei das Grundrecht, auf das sich die Frau allenfalls berufen könne, nämlich Art. 2 GG, von vornherein nicht uneingeschränkt gewährt, sondern werde von den Rechten anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung und dem Sittengesetz begrenzt (in Sonderheit dann, »wenn nach der Natur eine besondere Verantwortung gerade für dieses Leben bestehe«). Deshalb müsse bei einer Abwägung zwischen »Lebensschutz des nasciturus« und »Freiheit des Schwangerschaftsabbruchs« die »Entscheidung zugunsten des Vorrangs des Lebensschutzes für die Leibesfrucht fallen«. Und daraus wiederum folgert das BVerfG, daß »der Staat grundsätzlich von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft aus(zu)gehen« habe⁵⁹. Die Natur der Frau als immanente Grundrechtsschranke ihrer Persönlichkeitsrechte.

Das BVerfG hat durch seine Entscheidung eine Dichotomie in einem Körper geschaffen⁶⁰, und zwar in einer biologischen Verkehrung, die rechtlich die Schwangere im Embryo und nicht den Embryo in der Schwangeren ansiedelt. Statt die Menschenwürde, die Persönlichkeitsrechte (nicht nur Selbstbestimmungs- oder Freiheitsrechte), die Gleichheitsrechte von Frauen (mit der aktuellen oder potentiellen Fähigkeit zu gebären, die sie von anderen Menschen unterscheidet und gerade deshalb Teil ihrer – weiblichen – Persönlichkeit ist), zu umschreiben oder dies wenigstens zu versuchen, hat das BVerfG solche Rechte nur in Abgrenzung zum – vorab als vorrangig definierten – Lebensrecht des nasciturus erörtert.

Eine Konzeption aber, die »das Werden« von menschlichem Leben nicht untrennbar mit der – physischen und psychischen – Schwangerschaftsleistung der Frau verbindet, verletzt ihre spezifische Würde (als Frau). »Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten Fähigkeiten« mögen genügen, »um die Menschenwürde zu begründen«⁶¹; sie genügen nicht, daß menschliches Leben existiert, dazu bedarf es nicht nur des Körpers, sondern der Bereitschaft, der Hingabe der Frau.

Die Herstellung praktischer Konkordanz fand nicht statt, weil das BVerfG den Kernbereich der Menschenwürde, des Persönlichkeits- und Gleichheitsrechtes einer schwangeren Frau gar nicht ermittelt hat. Anderenfalls hätte das Gericht eine Pflicht zur Austragung, eine Gebärpflicht⁶², als Folge des Vorrangs werdenden Lebens nicht

⁵⁶ BVerfG, Fn. 2, Seite 416.

⁵⁷ Ebd., Seite 412 ff.

⁵⁸ Ebd., Seite 415.

⁵⁹ Ebd., Seite 416.

⁶⁰ Grundlegend zur Entstehung des »öffentlichen Fetus« Barbara Duden in: Paczensky/Sadrozinski (Hg.). § 218: Zu Lasten der Frauen, Rowohlt Taschenbuch Verlag: Hamburg 1988, Seite 41–54 und Barbara Duden, Der Frauenleib als öffentlicher Ort, Luchterhand Literaturvertrieb: Hamburg, Zürich 1991.

Die rechtshistorische Dimension beschreibt Jerouschek, GA 1988, Seite 483–492. Vgl. im Zusammenhang mit medizinisch-technischen Optionen und der sozialen Kontrolle in der Schwangerschaft auch van den Daele, Kritische Justiz 1988, Seite 16–31.

Der Höhepunkt der »Verselbständigung« des Fetus durfte durch eine Entscheidung des BerufungsgERICHTES in Santa Ana erreicht sein, das einer Leihmutter das Sorgerecht allein mit der Begründung verweigert hat, sie habe keine genetische Verbindung zu dem Baby (TAZ vom 11. 10. 1991).

⁶¹ BVerfG a. a. O., Fn. 2, Seite 415.

⁶² So Monika Frommel, ZRP 1990, 351; dies. in: DIE ZEIT vom 16. 8. 1991.

statuieren können⁶³ 64. Die Statuierung einer solchen Pflicht steht augenscheinlich nicht im Einklang mit Grundaussagen des BVerfG zum Menschenbild des GG, als einer eigenverantwortlichen Persönlichkeit⁶⁵, und zum Kernbereich der Persönlichkeit, dem es »widerspricht, den Menschen zum bloßen Objekt im Staate zu machen«⁶⁶. Das läßt m. E. nur den Schluß zu, daß das BVerfG die Frau, »das andere Geschlecht«, nicht als ganzheitliches Wesen gesehen haben kann⁶⁷. Zu Recht hat v. Renesse darauf hingewiesen, daß »die Vorstellung von der Schwangeren als bloßer Nährboden der Schwangerschaft... der Menschenwürde widersprechen« und die Frau »zum bloßen Objekt degradieren« (würde)⁶⁸.

Zu diesem Urteil trägt auch bei, daß das BVerfG in seiner Entscheidung auf Seiten der Schwangeren nur »das Recht der Frau auf freie Entfaltung ihrer Persönlichkeit, welches die Handlungsfreiheit im umfassenden Sinn zum Inhalt hat und damit auch die Selbstverantwortung der Frau umfaßt, sich gegen eine Elternschaft und die daraus folgenden Pflichten zu entscheiden«⁶⁹, tangiert sieht. Zu Recht weist Köhler darauf hin, daß Konflikte zwischen ungeborenem Leben und einem konkret entwickelten (grundrechtlichen) Berechtigungsstatus der Frau, nicht aber eingebildete Kollisionen mit abstrakt-willkürlichem Selbstbestimmungsstreben, das wirkliche, rechtsnormative Problem seien⁷⁰. Ein Sonderrechts/pflichtverhältnis, das eine erzwingbare Rechtspflicht zur Austragung des Kindes (oder wie v. Renesse schreibt: die erzwungene Hingabe⁷¹) begründen würde, tangiert, wie Köhler überzeugend dargelegt hat, in mehrfacher Weise den Rechtskreis der schwangeren Frau: ihre Körperintegrität durch Inanspruchnahme der Schwangeren – bei ungewollten Schwangerschaften gegen ihren Willen –, verbunden mit einer Inanspruchnahme ihrer (Arbeits-)Kraft, die andere Tätigkeiten in gewissem Umfang ausschließt, ihren Anteil an den materiellen (Eigentums) Berechtigungen und ihre Handlungsfreiheit⁷². Dazu, so meine ich, das Gleichberechtigungsstatut und ihr Elternrecht. Die Abtreibungsentcheidung kann auch als *Wahrnehmung* der Elternverantwortung begriffen werden – nicht nur als deren Verneinung. Diese Sicht der Dinge verweist auch darauf, daß die Elternschaft – im Sinne einer vorgegebenen Rechtspflicht, nicht eines einforderbaren *Rechtes* – nicht einmal, bei den Frauen nämlich, als biologische Zwangsläufigkeit, mithin Pflicht zur Austragung infolge Empfängnis, rechtlich fixiert werden kann, während sie andererseits, beim Mann nämlich, ein Willensakt ist, sei es, daß er durch Heirat zur gemeinsamen elterlichen Sorge sich verpflichtet, sei es, daß er sich im übrigen zur Übernahme von Vaterpflichten entscheidet, abgesehen von seinen Zahlungsverpflichtungen, *ohne Rechtspflicht*. Besonders deutlich wird dies in einer Entscheidung des OLG Celle (Az.: 15 U 7/91). Sie betraf einen Fall, bei dem sich eine

63 So Monika Frommel, in: DIE ZEIT vom 16. 8. 1991; Margot v. Renesse, ZRP 1991, Seite 321–325; grundlegend für die Frage, worauf sich eine solche (Sonder-)Verpflichtung zur Austragung der Schwangerschaft gründen könnte: Köhler, GA 1988, Seite 435–470, der anmerkt, daß »Subjekt und Person der Frau nicht wirklich ernst genommen (werden)«.

64 In diesem Zusammenhang erscheint mir auch wichtig, daß das BVerfG seine Auffassung, Art. 1 und Art. 2 GG schützten auch den nasciturus, mit dem »betonten Gegensatz zu den Anschauungen eines politischen Regimes begründet, dem das einzelne Leben wenig bedeutete...«. Nicht gesehen wird, daß eben dieses Regime eine Pflicht zur Austragung von Schwangerschaften statuierte, die durch eine restriktive Strafregelung durchgesetzt werden sollte. Auf diesen Teil der besonderen deutschen Geschichte wird an keiner Stelle des Urteils hingewiesen.

65 BVerfGE 32, 98, 107.

66 BVerfGE 27, 1, 6.

67 Ebenso grundlegend Köhler a. a. O., Fn. 63; v. Renesse, a. a. O., Fn. 63.

68 V. Renesse, a. a. O., Fn. 63, Seite 322 und 324.

69 BVerfG, a. a. O., Fn. 2, Seite 416.

70 Köhler, a. a. O., Fn. 63, Seite 441.

71 V. Renesse, a. a. O., Fn. 63, Seite 324.

72 Dazu Köhler, a. a. O., Fn. 63, Seite 452.

Frau mit ausdrücklicher Zustimmung ihres Ehemannes einer heterologen Insemination unterzogen hatte. Nach der Scheidung focht der Ehemann – erfolgreich – seine Vaterschaft an. Laut Presseberichten hieß es in der Urteilsbegründung: »Auch ein Ehemann, der einer heterologen Insemination zugestimmt hat, darf nicht in eine Vaterrolle gezwungen werden, die er innerlich nicht mehr zu übernehmen bereit oder in der Lage ist.«⁷³

Gleichberechtigung muß aber auch Kongruenz der Lebenschancen bedeuten und kann schon deshalb nicht die Folgen einer – von beiden Partnern zu verantwortenden – fehlgeschlagenen Verhütung rechtlich allein der Frau überbürden. Deshalb bedarf die Fixierung (rechtlicher) Sonderpflichten, wozu auch eine Pflicht zur Austragung einer Schwangerschaft gehört, nicht nur eines Rechtsgrundes⁷⁴, sondern auch einer Erörterung, worauf sich die Statuierung geschlechtsspezifischer »besonderer Gewaltverhältnisse« gründet. Und weiter muß die Frage beantwortet werden, ob sie im Einklang ist mit einer Vorstellung von Frauenwürde, die Frauen – *prima facie* – zugesteht, daß sie im Hinblick auf ihre (geborenen und ungeborenen) Kinder zu verantwortungsvollen Entscheidungen nicht nur in der Lage, sondern geeigneter sind als andere⁷⁵, und die Frauen wirkliche Chancengleichheit im Sinne von äquivalenten Teilhabemöglichkeiten eröffnet.

Es wird die Aufgabe der Zukunft sein, endlich ganzheitliche Würde-, Persönlichkeits- und Gleichheitsvorstellungen zu formulieren, die die Schwangerschaft einer Frau nicht länger als Persönlichkeitsspaltung interpretieren, in denen nicht allen Ernstes die (auch ungewollte) Schwangerschaft als etwas von der Frau Verschiedenes betrachtet wird, so daß sich in der Gebärmutter des »anderen Geschlechts« plötzlich »ein Anderer« i. S. d. Gesetzes wiederfindet. Von der Beschreibung der Frau als ganzheitlichem Wesen (auch im Sinne des Grundgesetzes) ist abhängig, welche staatlichen Regelungs- und Eingriffsbefugnisse im Bereich des Schwangerschaftsabbruchs legitimiert werden können⁷⁶.

IV. Die DDR-Fristenregelung

Hier spannt sich der Bogen zu einer weiteren Fragestellung: der Frage der Verfassungsmäßig- oder Verfassungswidrigkeit der derzeit (noch) in der ehemaligen DDR geltenden Fristenregelung. In der gegenwärtigen Diskussion wird überwiegend davon ausgegangen, die dort geltende Regelung sei mit dem Grundgesetz nicht vereinbar und deshalb verfassungswidrig⁷⁷. Diese Einschätzung erfolgt unter Hinweis auf die »Fixierung auf das Selbstbestimmungsrecht« (Eser) bzw. den »(wenn auch nur zeitlich begrenzten) Vorrang der Entscheidungsfreiheit der Frau« (Classen). Soweit ersichtlich beruht diese Feststellung auf einer isolierten verfassungsrechtlichen Prü-

73 Saarbrucker Zeitung vom 17. 12. 1991.

74 So auch Kohler, a. a. O., Fn. 63.

75 So wirft auch Walter Wallmann in seinem Beitrag für den SPIEGEL die Frage auf, warum (Indikations-) Entscheidungen Dritter moralischer und begründeter sein sollen als die der Mutter.

76 Sehr interessant in diesem Zusammenhang Kohler, a. a. O., Fn. 63, der die einzelnen Indikationen »als Mangel oder Grenze autonomer (nicht: willkürlicher) Übernahme des Familienverhältnisses zum Ungeborenen« beschreibt (Seite 466); ähnlich auch v. Renesse, a. a. O., Fn. 63, die den Selbstabbruch als Unterlassung der von der Schwangeren geschuldeten Hingabe an das sich entwickelnde Menschenleben definiert. Da aber etwas, wozu die Frau sich nicht einmal freiwillig verpflichten könne (Austragung einer Schwangerschaft im Fall einer Leihmutterchaft), nicht durch das Strafrecht erzwungen werden könne, sei insoweit die Personenwürde der Frau eine unübersteigbare Grenze, die gleichzeitig die Opfergrenze bilde, bis zu der man der Frau gegen ihren Willen mit den Mitteln des Strafrechts die Austragung einer Schwangerschaft auferlegen könne. Die Folge sei, daß das Strafrecht gegen sie nicht angewandt werden könne (Seite 323 f.); dazu auch Classen, GA 1991, Seite 209, 213 ff.

77 Vgl. z. B. Classen in: GA 1991, Seite 209, 217 und 222; Eser in: GA 1991, Seite 242, 253, insbesondere 262; ebenso Schunemann in: ZRP 1991, 379, 383 ff.

fung der Fristenregelung im Gesetz über die Unterbrechung der Schwangerschaft⁷⁸.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, daß § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Unterbrechung der Schwangerschaft, in dem der Frau »zusätzlich zu den bestehenden Möglichkeiten der Empfängnisverhütung das Recht übertragen (wird), über die Unterbrechung einer Schwangerschaft in eigener Verantwortung zu entscheiden«, nicht fortgilt. Bleibt die gleichwohl wichtige Frage, welche Erheblichkeit die verbale Einbindung für die verfassungsrechtliche Prüfung hat. Aus der Entscheidung des BVerfG könnte man in der Tat den Hinweis entnehmen, daß es auch auf die »Mißbilligung des Schwangerschaftsabbruchs« ankommt, die durch das Strafrecht zum Ausdruck gebracht werden soll (und muß)⁷⁹. Andererseits hat das BVerfG aber auch deutlich gemacht, daß Strafe – und ich ergänze: das Strafrecht – niemals Selbstzweck sein kann. Dies muß auch für die Regelung der ehemaligen DDR gelten, die in ihrem realen Gehalt Grundlage einer verfassungsrechtlichen Prüfung zu sein hat.

Zwei Fragen scheinen insoweit entscheidend, die hier nur angedeutet werden können:

- Trifft den Gesetzgeber bei der Einführung weitergehender Strafvorschriften (z. B. Strafbarkeit der Schwangeren, strafbewehrte Beratungspflicht) eine Begründungspflicht im Sinne der von Maihofer geforderten »ernsthaften Notwendigkeitskontrolle«?
- Inwiefern müssen bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit frühere sozialpolitische Flankierungen einbezogen werden?

Da ich mich mit der ersten Frage implizit schon in den vorausgegangenen Erörterungen befaßt habe, möchte ich hier nur noch auf die zweite Frage eingehen.

In der Diskussion um die Verfassungswidrigkeit der DDR-Fristenregelung bleibt in der Regel außer Betracht, daß in der DDR bis zum Einigungsvertrag, und auch noch darüber hinaus, eine ganze Reihe von sozial flankierenden Hilfen angeboten worden waren, die in eine verfassungsrechtliche Beurteilung Eingang finden müßten – wären sie nicht durch den Einigungsvertrag und durch Folgeentscheidungen »zurückgefahren« und schließlich ganz beseitigt worden. Eine Aufzählung der in der ehemaligen DDR gewährten Hilfen erinnert eklatant an die unterschiedlichen Vorschläge der drei Bundestagsparteien zur sozialen Flankierung ihrer Gesetzentwürfe zur Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, durch die die Verfassungsmäßigkeit der (Fristen-)Regelungen im Sinne der Vorgaben des BVerfG sichergestellt werden sollen: Geburtshilfen von 1000 DM, Schwangerschaftsurlaub bei Fortzahlung von 90% des Nettolohnes, bezahlte Freistellung bei teilweiser Lohnfortzahlung, Berücksichtigung eines Babyjahres in der Rentenversicherung, Kindergeld, Tilgungsnachlaß beim Ehestandsdarlehen, verlängerter Erholungsurlaub und verkürzte Arbeitszeit, Freistellung bei Erkrankung von Kindern⁸⁰ und, nicht zu vergessen, ein real existierender Anspruch auf Kinderbetreuung sowie die unentgeltliche Abgabe von Verhütungsmitteln, verbunden mit der Möglichkeit von Beratungen und Hilfen zu Fragen der Schwangerschaftsverhütung wie zu Fragen des Schwangerschaftsabbruchs⁸¹.

Damit muß sich die Frage in bezug auf die Verfassungsmäßigkeit der DDR-Fristenregelung ganz anders stellen, nämlich dahingehend:

- Wäre die DDR-Fristenregelung bei Fortgeltung der flankierenden Hilfen mit dem Grundgesetz vereinbar, insbesondere mit Blick darauf, daß das BVerfG es als

78 GBl. der DDR 1968, Seite 1; einschließlich Durchführungsbestimmungen vom 9. 3. 1972 und Auszügen aus der Instruktion vom 9. 3. 1972 abgedruckt in STREIT 1990, Seite 72–74.

79 BVerfG a. a. O., Fn. 2, Seite 418.

80 Siehe Siegfried Lammich, Landesbericht DDR, in: Eser/Koch, a. a. O., Fn. 17, Seite 327, 366.

81 So Ziffer 9 der Instruktionen der Durchführungsverordnung.

- vorrangige Aufgabe des Staates angesehen hat, sozialpolitische und fürsorgliche Mittel zur Sicherung des werdenden Lebens einzusetzen⁸²?
- Steht es dem Gesetzgeber frei, durch das Auslaufenlassen von familienunterstützenden Leistungen, den vom BVerfG selbst sogenannten »äußersten Fall« des Pönalisierungserfordernisses herbeizuführen, weil – mangels anderer Hilfestellungen – effektiver Schutz nur noch vom Strafrecht erwartet wird (oder werden kann)? Ist nicht zumindest zu fordern, die Wirkung der Sozialleistungen empirisch zu überprüfen und – mit Blick auf die ehemalige DDR – unter anderen gesellschaftlichen Bedingungen abzuwarten?
- Hier, so meine ich, sind wir gefordert, auch im Hinblick auf rechtliche Grenzziehungen.

Anita Grandke/Ilona Stolpe

Überlegungen zur Fristenlösung in der DDR

1. Das Problem

Die menschliche Natur fordert zwingend Methoden der Geburtenregulierung. Sie sind für die Daseinsbedingungen der Menschheit insgesamt wie für die individuelle Lebensgestaltung unverzichtbar. Es handelt sich um ein Grundproblem der Menschen von alters her, das unter den heute sich durchsetzenden Auffassungen von Menschenrecht und Menschenwürde, der Stellung der Frau in Gesellschaft und Familie, der Entwicklung der medizinischen Erkenntnisse und Mittel sowie vieler weiterer Faktoren lösbar geworden ist. Der Rang des Problems wie auch die Aufgabenstellung, die es in sich trägt, werden in der UN-Konvention über die Beseitigung aller Formen der Diskriminierung der Frau deutlich gemacht. Sie fordert für Mann und Frau das Recht, »frei und verantwortungsbewußt über die Zahl und den zeitlichen Abstand ihrer Kinder zu entscheiden und Zugang zu der Information, der Bildung und den Mitteln zu haben, die ihnen die Wahrnehmung dieser Rechte ermöglichen.« Von allen möglichen Methoden hebt sich der Abbruch der Schwangerschaft als besonderes Problem heraus, geht es doch nicht darum, die Zeugung zu verhindern, sondern die erfolgte Zeugung ungeschehen zu machen.

Aus dieser Tatsache ergibt sich zwingend die Mehrdimensionalität des Problems. Es geht um den Schutz des werdenden Lebens, darum, daß es Lebensperspektiven vorfindet, insbesondere elterliche Wärme und Zuwendung. Es geht zugleich um die physische und psychische Gesundheit der Frau, die Achtung ihrer Persönlichkeit und Würde, um den Schutz ihrer Ehe und Familie, ihrer Partnerschaft und der schon vorhandenen Kinder. Ein Schutz des werdenden Lebens ist nur dann real möglich, wenn man diese objektiv gegebene Komplexität der Probleme, Bedingungen und Beziehungen ebenso akzeptiert wie die Komplexität der grundrechtlich geschützten Güter.

Aus dieser Sicht ergibt sich zwangsläufig, daß der Schwangerschaftsabbruch als Mittel der Familienplanung ausscheidet. Familienplanung zielt auf bewußte Lebensgestaltung, während der Abbruch gerade dann erwogen wird, wenn diese nicht erfolgte oder erfolglos war. Beachtet man alle Schutzgüter, so führt das zwingend zur For-

⁸² BVerfG a. a. O., Fn. 2, Seite 417.