

# Anna Hochreuter

## Gebärzwang und tote Frau als Brütererin – patriarchale Ethik?

*Staatsrechtliche Überlegungen zum § 218 StGB und zum Fall der  
hirntoten Marion P. in Erlangen*

### *I. Einleitung*

Die Diskussion um den Fall der hirntoten schwangeren Frau Marion P. und die Diskussion um den § 218 StGB haben schon auf den ersten Blick eine überraschende Gemeinsamkeit: Sie scheinen eine Spaltung der Gesellschaft zu bewirken, quer zu politischen Parteien und sozialen Schichten, entlang der Geschlechtergrenzen<sup>1</sup>. Erheblich mehr Frauen als Männer sind empört über die Vorgänge in Erlangen, erheblich mehr Frauen als Männer wünschen die Streichung des § 218 StGB bzw. endlich eine klare Fristenlösung und sind empört über die abermalige verfassungsgerichtliche Einmischung in politische Entscheidungs- und gesellschaftliche Entwicklungsprozesse. Warum?

Die Tatsache, daß das »Experiment« wegen Spontanaborts beendet ist, bedeutet nicht, daß die durch die Erlanger Situation hervorgerufenen Fragen nicht mehr aktuell sind. Es gibt nur etwas mehr Zeit zu ihrer Beantwortung – bis zum nächsten vergleichbaren »Experiment« bzw. »Fall«.

Von der Ausgangssituation her unterscheidet sich der sog. »Stuttgarter Fall«, über den Ende 1992 erstmalig in den Medien berichtet wurde<sup>2</sup>, nicht von dem hier in erster Linie betrachteten »Erlanger Fall«. Dabei wurde ein Kind, dessen Mutter in der 16. Schwangerschaftswoche den Hirntod erlitten hatte, nach 13 Wochen, in denen die Schwangere künstlich beatmet worden war, durch Kaiserschnitt entbunden. Das Kind, das von seinem Vater versorgt wird, ist inzwischen zwei Jahre alt. Der wesentliche Unterschied zwischen diesen beiden Fällen besteht in der Art, wie mit der Situation »Hirntod und Schwangerschaft« umgegangen wurde: Die Entscheidung über die Fortsetzung der Beatmung lag beim Ehemann/Vater, die Öffentlichkeit wurde nicht auf die Geschehnisse aufmerksam gemacht<sup>3</sup>.

Betrachtet man die Diskussionen im Zusammenhang mit Erlangen und zu § 218 StGB aus staatsrechtlicher Sicht, so ähneln sich nicht nur die Beteiligten – schwangere Frau, Ärzte, Embryo, Richter –, sondern auch die in erster Linie betroffenen Schutzgüter bzw. Grundrechte: Art. 1 und 2 GG.

### *II. Staatsrechtliche Ausgangslage nach Rechtsprechung und Literatur*

Gehen wir zunächst von der § 218 StGB-Diskussion und dabei besonders von den beiden Urteilen des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit verschiedener Gesetzeskonzepte zum Schwangerschaftsabbruch aus (BVerfGE 39, 1 ff.;

<sup>1</sup> Vgl. TAZ vom 11., 17., 19., 20. 11. 1992: Stellungnahmen des Feministischen Gesundheitszentrums Berlin, des Gen-Archivs Essen, von Frauen aus verschiedenen Fraktionen des Bundestages, von Alice Schwarzer; außerdem wurden am 10. 11. der Bundesfrauenministerien und der Justizministerin Aufforderungen zur Beendigung des Experiments ausgehändigt, die mit 7000 vor allem von und in Frauenprojekten gesammelten Unterschriften versehen waren.

<sup>2</sup> Presseinformation des SDR vom 1. 12. 1992: »Hirntote« Mutter wurde 1991 von gesundem Kind entbunden«.

<sup>3</sup> Zum »Stuttgarter« Fall erscheint demnächst ein Sammelband, Siegel (Hrsg.), Hirntod und Schwangerschaft, noch nicht erschienen.

2 BvF 2/90, 4/92 und 5/92). Ohne die Urteile in ihrer ganzen Bedeutung vorzustellen und ohne die Kritik an diesen Entscheidungen erschöpfend zu behandeln, möchte ich zwei Aspekte herausgreifen: Die möglicherweise betroffenen Grundrechte des Embryos und die der schwangeren Frau. Neben der Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts sollen auch mögliche andere Sichtweisen geprüft werden.

### 1. Die Rechte des Embryos in den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts

Das Bundesverfassungsgericht sah in seiner ersten Entscheidung den Embryo vorrangig als Schutzgut des Rechts auf Leben aus Art. 2 II Satz 1 GG und begründete dies mit Wortlaut- und historischer Auslegung des Art. 2 II Satz 1 GG. Leben sah es als nach gesicherter biologisch-physiologischer Erkenntnis jedenfalls 14 Tage nach der Nidation existierend an, wobei es diese Auslegungsweise mit der Grundregel stützte, daß in Zweifelsfällen diejenige Auslegung zu wählen sei, die die Wirkungskraft des Grundrechts am stärksten entfalte<sup>4</sup>. Die Entstehungsgeschichte des Art. 2 II Satz 1 GG, d. h. die Diskussion im Parlamentarischen Rat, legt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts nahe, daß die Formulierung »Jeder hat ein Recht auf Leben« auch das »keimende« Leben einschließen sollte, jedenfalls ergebe sich aus ihr noch weniger Grundlage für die gegenteilige Ansicht<sup>5</sup>. Daneben zogen die Richter Art. 1 I GG heran und erklärten, daß auch das werdende Leben an dem Schutz teilnehme, den die Menschenwürde gewährt<sup>6</sup>.

Im zweiten Abtreibungsurteil legt das Gericht den Schwerpunkt stärker auf die Menschenwürde<sup>7</sup>, aus der dem Staat eine Schutzpflicht erwachse, deren Maß sich durch Art. 2 II GG näher bestimme. Die Ausführungen zum Beginn des Schutzes entsprechen sich fast wörtlich<sup>8</sup>. Inhaltliche Unterschiede ergeben sich aus der unterschiedlichen Schwerpunktsetzung nicht.

Zwar ließ das Bundesverfassungsgericht in der älteren genannten Entscheidung die Frage, ob der nasciturus selbst Grundrechtsträger ist, ausdrücklich offen, folgte aber in einer umstrittenen dogmatischen Konstruktion aus der Schutzpflicht des Staates für den nasciturus eine Pflicht des Staates zur Strafbewehrung des Abtreibungsverbots<sup>9</sup>. In dieser Hinsicht weicht das zweite Urteil ab: Zwar fordert das Gericht weiterhin, daß der Schwangerschaftsabbruch für die gesamte Dauer der Schwangerschaft als Unrecht angesehen werden muß, es ermöglicht aber ein Schutzkonzept, das nicht nur repressive, sondern auch präventive Elemente enthält und »in der Frühphase der Schwangerschaft... den Schwerpunkt auf eine Beratung der schwangeren Frau legt, um sie für das Austragen des Kindes zu gewinnen, und dabei auf eine indikationsbestimmte Strafdrohung und die Feststellung von Indikationsbeständen durch einen Dritten verzichtet«<sup>10</sup>.

Aus beiden Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts folgt demnach nur, daß der Embryo Schutzgut ist, und nicht, daß er Grundrechtsträger ist.

4 BVerfGE 39, 1 ff., 36 f.

5 BVerfGE 39, 1 ff., 36 f.

6 BVerfGE 39, 1 ff., 41; BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsatz 1).

7 BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsatz 1), 1753 ff.

8 BVerfG NJW 1993, 1753

9 BVerfGE 39, 1 ff., 45–47; kritisch Monika Frommel, Frauen müssen nicht gebären, Demokratie und Recht 4/1991, S. 367 ff. (371/372).

10 BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsätze 6 und 11), 1753 ff.

Das Bundesverfassungsgericht sah in seinem ersten Urteil zur Fristenlösung durch das Verbot der Abtreibung nur die allgemeine Handlungsfreiheit der Frau, Art. 2 I GG, allerdings i. V. m. Art. 1 I GG wegen des Schutzes der Intimsphäre, betroffen<sup>11</sup>.

Dies ist aber keineswegs zwingend: Das Verbot einer Abtreibung kommt einer Gebärpflicht gleich, und diese könnte in mehrere Grundrechte der Frau eingreifen.

Die §§ 218 ff. StGB normieren eine strafbewehrte Sonderpflicht, die nur Frauen treffen kann und damit gegen Art. 3 II, III GG verstößt<sup>12</sup>. Das Bundesverfassungsgericht formuliert dazu 1993 noch eindeutig als im ersten Urteil<sup>13</sup>: »Das grundsätzliche Verbot des Schwangerschaftsabbruchs und die grundsätzliche Pflicht zum Austragen des Kindes sind zwei untrennbar verbundene Elemente des verfassungsrechtlich gebotenen Schutzes«<sup>14</sup>, geht aber auf den dadurch betroffenen Art. 3 II, III GG nicht ein. Da bleibt nur der zynische Satz von Dagmar Oberlies: »Die Natur der Frau als immanente Grundrechtsschranke ihrer Persönlichkeitsrechte«<sup>15</sup>, besonders da das OVG Celle 1991 feststellen konnte, daß »auch ein Ehemann, der einer heterologen Insemination zugestimmt hat, (...) nicht in eine Vaterrolle gezwungen werden (darf), die er innerlich nicht mehr zu übernehmen bereit oder in der Lage ist«<sup>16</sup>.

Diese Gebärpflicht könnte außerdem dem Menschenbild des Grundgesetzes, zu dessen Kernbereich es gehört, daß der Mensch nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden darf, widersprechen. Eine Vorstellung von der Schwangeren als bloßem »Nährboden« des Fötus macht diese zum fötalen Umfeld, zum Gefäß und damit zum Objekt, stellt also einen Eingriff in die Menschenwürde dar<sup>17</sup>.

Gleichzeitig bedeutet die durch § 218 StGB normierte Gebärpflicht, von der nur unter bestimmten Voraussetzungen Ausnahmen gemacht werden, einen erheblichen Eingriff in die Gewissensfreiheit der Frau gem. Art. 4 I GG. Als Gewissensentscheidung ist »jede ernstliche sittliche, d. h. an den Kategorien »Gut« und »Böse« orientierte Entscheidung anzusehen, die der einzelne in einer bestimmten Lage als für sich bindend und unbedingt verpflichtend erfährt, so daß er gegen sie nicht ohne ernste Gewissensnot handeln könnte«<sup>18</sup>. Um eine solche Entscheidung handelt es sich zweifellos bei der Entscheidung einer Frau für oder gegen eine Abtreibung, auch wenn die Diskussionen um § 218 StGB und besonders die Verlautbarungen der Lebensschützer vermuten lassen, daß Frauen keine Gewissensentscheidungen treffen. Das Bundesverfassungsgericht hätte also die Kollision zwischen Gewissensfreiheit der Frau und Schutzgut »Leben« berücksichtigen müssen<sup>19</sup>. Statt dessen lehnt es in der zweiten Entscheidung die Heranziehung des Art. 4 I GG ausdrücklich ab<sup>20</sup>, ohne jedoch eine Begründung für die Ablehnung zu liefern.

11 BVerfGE 39, 1 ff., 42.

12 Monika Frommel, Schwangerschaftsabbruch ist eine Gewissensfrage, in: Feministische Studien extra, Frauen für eine neue Verfassung, 1991, S. 59 ff., 63; ebenso Dagmar Oberlies, § 218 – Ein Grenzfall des Rechts?, KJ 2/1992, S. 199 ff. (210).

13 Dort hieß es: »Der Staat muß grundsätzlich von einer Pflicht zur Austragung der Schwangerschaft ausgehen, ...«; BVerfGE 39, 1 ff. (44).

14 BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsatz 3), 1754 ff.

15 Dagmar Oberlies, KJ 2/1992, S. 199 ff. (209).

16 OLG Celle, Az. 15 U 7/91; zitiert nach Dagmar Oberlies, KJ 1992, S. 199 ff. (211 und Fn. 73).

17 Dagmar Oberlies, KJ 2/1992, S. 199 ff. (210) mit weiteren Nachweisen.

18 Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1992, Art. 4 Rdnr. 41 m.w.N.

19 So zum alten Recht Monika Frommel, Demokratie und Recht 4/1991, S. 376 ff. (372).

20 BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsatz 5) a.E.; auf S. 1766 findet sich lediglich ein restatement, keine Begründung.

Außerdem könnte die körperliche Integrität, die in Art. 2 II Satz 1 GG geschützt wird, betroffen sein. Selbst die enge Auslegung des Begriffs »körperliche Unversehrtheit« in Art. 2 II GG setzt die körperliche Unversehrtheit zwar zunächst mit Gesundheit im biologisch-physiologischen Sinne gleich, umfaßt darüber hinaus aber sogar nichtkörperliche Einwirkungen, die in ihrer Wirkung der Zufügung von Schmerzen entsprechen<sup>21</sup>.

Eine Schwangerschaft ist zwar keine »Krankheit« im eigentlichen Sinne, hat aber mit Krankheiten viele Symptome gemeinsam und ist in jedem Falle eine Einwirkung, die der Zufügung von Schmerzen entspricht, zumal sie regelmäßig auch mit Schmerzen verbunden ist. Eine Pflicht zur Schwangerschaft stellt also einen erheblichen Eingriff in die körperliche Integrität der Frau dar.

Dieser Ansicht hat sich nun auch das Bundesverfassungsgericht angeschlossen, das jetzt neben dem Persönlichkeitsrecht der Frau auch die Menschenwürde und das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit betroffen sieht<sup>22</sup>.

### 3. Die Rechte des Embryos in Erlangen

Zum Zeitpunkt des Todes der Mutter stand der Embryo in Erlangen im vierten Monat seiner Entwicklung, war also – nach dem derzeitigen Stand der Technik – nicht außerhalb des Uterus lebensfähig. Nach der eben aus den Abtreibungsurteilen entwickelten Sichtweise des Bundesverfassungsgerichts stand ihm trotzdem staatlicher Schutz aus Art. 1 I GG und Art. 2 II Satz 1 zu. Aufgrund der völlig anderen Ausgangssituation – hier erforderte die Entwicklung des Fötus ein medizinisches bzw. technisches Eingreifen, bei einer Abtreibung wird seine Entwicklung durch die Abtreibung beendet – stellt sich hier die Frage, wie weit dieser Schutz geht, in einer neuen Ausprägung. Der Erlanger Klinikdirektor Professor Franz Gall hatte behauptet, daß das Lebensrecht des Kindes auch den Einsatz moderner und technischer Hilfen umfasse. Dabei handelt es sich aber um einen Anspruch, der in dieser Abso- luteheit ohnehin nicht zu erfüllen ist: Jeden Tag erhalten zahlreiche Unfallopfer und wohl auch Föten mangels ausreichender Zahl von Apparaten oder auch mangels Kostenträger nicht die optimale Versorgung durch neueste technische Möglichkeiten. Aus dem Recht auf Leben läßt sich nach einhelliger Meinung in Rechtsprechung und Literatur allenfalls ein Recht auf Teilnahme an der verfügbaren medizinischen Versorgung und den entsprechenden Einsatz technischer Mittel ableiten<sup>23</sup>, aber kein Anspruch auf eine bestimmte medizinische Versorgung. Professor Gall befand sich mit seiner Aussage daher rechtlich auf einem Holzweg.

Eine weitere in diesem Zusammenhang aufgeworfene Frage war die nach dem Recht des Fötus auf eine bestimmte Form der Entwicklung, nämlich die in einer lebendigen Mutter<sup>24</sup>. Angesichts der Erkenntnisse der Perinatalmedizin und angesichts des vom Klinikpersonal betriebenen Aufwands zur Simulation einer »natürlichen Umge- bung« ist diese Forderung durchaus nachvollziehbar. Rechtlich führt die Annahme solcher Ansprüche wegen der herrschenden trennenden juristischen Sichtweise je- doch leicht dazu, daß von selbsternannten Fürsprechern des Embryos Rechte gegenüber der Schwangeren postuliert werden. Die Entwicklung in den USA<sup>25</sup> und

21 Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1992, Art. 2 Rdnr. 45.

22 BVerfG NJW 1993, 1751 (Leitsatz 5).

23 Zum Anspruch auf medizinische Mindestversorgung: Jarass in: Jarass/Pieroth, GG-Kommentar, 2. Aufl. 1992, Art. 2 Rdnr. 49a m.w.Nw.

24 Vgl. statt aller Johannes Grundel in: DIE ZEIT vom 30. 10. 1992, S. 21.

25 Vgl. unten in und bei Fn. 47.

Stellungnahmen zu Leihmutterchaft und IVF<sup>26</sup> in der Bundesrepublik<sup>27</sup> zeigen, daß daraus sehr schnell sogar einklagbare Pflichten des Fötus gegenüber der Mutter abgeleitet werden könnten.

Angesichts der schnell wachsenden technischen Möglichkeiten drängt sich auch die Frage auf, ob nicht eine Kollision des Lebensrechts des Fötus mit der Menschenwürde des Fötus anzunehmen ist, wobei das aus der Menschenwürde abzuleitende Recht, nicht in einem toten Körper aufzuwachsen, überwiegen könnte<sup>28</sup>.

Es bleibt also bei einem aus Art. 1 I GG i. V. m. Art. 2 II GG abgeleiteten Schutzgut »Recht auf Leben«, dessen Reichweite noch zu klären sein wird.

#### 4. Die Rechte der hirntoten schwangeren Frau in Erlangen

Aufgrund der trotz der Praxis der Organtransplantationen immer noch ungewöhnlichen Situation eines hirntoten Menschen, dessen Körper durch technische Geräte funktionsfähig erhalten wird, ist die Frage nach den postmortalen Rechten der hirntoten Frau schwerer zu beantworten.

In erster Linie kommt die Menschenwürde in Betracht, u. U. aber auch wiederum das Recht auf körperliche Unversehrtheit. Zunächst muß aber geklärt werden, ob diese Frau juristisch wirklich als Tote anzusehen ist, um dann zu erörtern, ob bzw. in welcher Weise Toten das Recht auf Menschenwürde und körperliche Unversehrtheit zusteht.

##### a) Todesfeststellung

Der Hirntod wird unterschiedlich definiert<sup>29</sup>. Für die Bundesrepublik gelten die Richtlinien der Bundesärztekammer, die zuerst 1982 festgelegt wurden<sup>30</sup> und 1986<sup>31</sup> und 1991<sup>32</sup> fortgeschrieben wurden. Sie sind im Ärzteblatt nachzulesen und befassen sich mit Kriterien für die Feststellung des Hirntodes. Damit sind wesentliche Änderungen gegenüber der traditionellen Feststellung des Todeseintritts erfolgt. Nach der älteren medizinischen Todesdefinition<sup>33</sup> ist der Tod ein »irreversibler Stillstand von Kreislauf und Atmung verbunden mit dem Aufhören der Tätigkeit des Zentralnervensystems und gefolgt vom Absterben aller Zellen und Gewebe des gesamten Organismus«<sup>34</sup>. Die neue Definition ist nicht unumstritten, weil sie den Tod nicht mehr als fortschreitenden und irreversiblen Prozeß versteht, sondern nur noch auf die Irreversibilität abstellt, die aber diagnostisch nicht zweifelsfrei feststellbar ist<sup>35</sup>.

Außerdem stehen sich seit den 60er Jahren die Interessen der Ärzte und Organspen-

<sup>26</sup> In-Vitro-Fertilisation: künstliche Befruchtung im Reagenzglas bzw. in der Petrischale.

<sup>27</sup> Z. B. Monika Lanz-Zumstein zu therapeutischen Maßnahmen an Embryonen, die es erforderlich machen könnten, intrakorporal befruchtete Embryonen extrakorporal zu behandeln und dann wieder einzupflanzen, in »Die Rechtsstellung des unbefruchteten und befruchteten menschlichen Keimguts«, Diss. 1989, S. 345/346.

Mit Bezug zum US-amerikanischen Recht Wolfgang van den Daele, Der Fötus als Subjekt und die Autonomie der Frau, KJ 1/1988, S. 16–31.

<sup>28</sup> Giesen/Poll, JR 1993, S. 177 ff. (180).

<sup>29</sup> Darstellung bei Bettina König, »Todesbegriff, Todesdiagnostik und Strafrecht«, Diss. 1987, S. 10–19.

<sup>30</sup> Abgedruckt in: JZ 1983, S. 594 f.

<sup>31</sup> Abgedruckt in: Dt. Ärzteblatt 1986, S. 2940 ff.

<sup>32</sup> Dt. Ärzteblatt 88, Heft 49, 5. Dezember 1991, S. 75 ff.

<sup>33</sup> Wiederum anders nach der jüdischen Tradition, wo der Todeszeitpunkt mit dem letzten Atemzug des Sterbenden gleichgesetzt wurde: Kurt Bayertz/Kurt Schmidt, Die hirntote Schwangere und ihr lebender Fötus, Blätter für deutsche und internationale Politik 12/1992, S. 1495–1502 (1497).

<sup>34</sup> König (Fn. 29), S. 6.

<sup>35</sup> König (Fn. 29), S. 29–76, zur Zuverlässigkeit der klinischen Todeszeichen, des EEG und der zerebralen Angiographie.

deempfänger an möglichst intakten, »frischen« Organen einerseits und die Interessen der potentiellen Organspender an einer sicheren Todesfeststellung andererseits gegenüber.

Problematisch erscheint vor allem, daß bei Interesse der behandelnden Ärzte (die Befunde müssen übereinstimmend von zwei Untersuchern festgestellt werden) an einer Organtransplantation wegen der möglichen Auswirkungen auf die Qualität der Organe z. B. die Prüfung des Atemstillstandes durch Hyperventilation und anschließende Diskonnektion unterbleiben könnte, obwohl es nicht ausgeschlossen ist, daß dabei eine Spontanatmung eintritt, also der Tod noch nicht festgestellt werden dürfte. Überprüfungsmöglichkeiten gibt es praktisch nicht. Da ein Embryo ungleich empfindlicher auf eine Unterbrechung der Sauerstoffzufuhr reagiert als z. B. eine Niere oder ein Herz, erhöht sich diese Gefahr der verfrühten Todesfeststellung in Fällen wie in Erlangen.

#### b) Grundrechtsberechtigung über den Tod hinaus?

Nach der Rechtsprechung entfaltet die Menschenwürde auch nach dem Tod gewisse Wirkungen<sup>36</sup>. Unabhängig davon, ob man dabei mit einer Ausstrahlungswirkung argumentiert oder zwischen Grundrechtsfähigkeit und bürgerlich-rechtlicher Rechtsfähigkeit differenziert<sup>37</sup>, herrscht im Ergebnis Einigkeit darüber, daß alle Gesellschaften ihren Toten zumindest soviel Respekt zubilligen, daß sie ein würdiges Begräbnis und die Totenruhe garantieren. Diese Grundsätze schlagen sich zum Beispiel in §§ 167a und 168 StGB nieder, aber auch in der Begrenzung der Obduktion auf Fälle der Verbrechensaufklärung und in der – allerdings nicht unbedingt erforderlichen – Einwilligung in Organentnahmen<sup>38</sup>. Es gibt also zum einen Schutz des Leichnams und zum anderen einen Ehrschutz für Verstorbene aus Art. 1 I GG<sup>39</sup>. Aus der Menschenwürde wird stellenweise auch ein Recht auf einen würdigen Tod abgeleitet<sup>40</sup>. Der toten Frau in Erlangen stand also noch der Schutz ihrer Menschenwürde im Sinne eines postmortalen Persönlichkeitsschutzes und/oder eines Rechts auf Sterben zu.

Das Recht auf körperliche Unversehrtheit erlischt dagegen mit dem Hirntod<sup>41</sup>, kommt also hier nicht in Betracht, wenn man die Hirntod-Definition akzeptiert. Weil diese Todesfeststellung in der Praxis üblich ist, soll hier auf die Folgen der älteren Definition für den Fall der Marion P. nicht eingegangen werden, zumal die sich daraus ergebenden Fragen nicht einfacher zu beantworten wären<sup>42</sup>.

In Erlangen könnte die Menschenwürde schon wegen des Schutzes des Leichnams verletzt sein. Allerdings wurde dieser Schutz schon im Bereich der Organspende erheblich relativiert, so daß z. T. eine Entnahme ohne vorherige Einwilligung des Verstorbenen als Mittel zum Erhalt eines anderen Lebens bei hinreichender Aussicht auf Erfolg als möglich angesehen wird<sup>43</sup>.

Die Menschenwürde der Frau könnte aber wegen einer Ausstrahlungswirkung oder Fortwirkung des Schutzes der Menschenwürde dahingehend, daß der Mensch auch

36 Mephisto: BVerfGE 30, 173 ff., 194: Postmortaler Persönlichkeitsschutz.

37 Vgl. von Münch in: von Münch, Grundgesetzkommentar, Band 1, 3. Aufl. 1985, Art. 20 Rdnr. 7.

38 Podlech, AK-GG, Band 1, 2. Aufl. 1989, Art. 1 Rdnr. 49.

39 Podlech, AK-GG, Art. 1 Rdnr. 59; Giesen/Poll, JR 1993, S. 177 ff. (180).

40 Podlech, AK-GG, Art. 1 Rdnr. 54; ähnlich Giesen/Poll, JR 1993 S. 177 ff. (180), die von einer Pflicht zum Abstellen der Apparate sprechen, da sonst der Mutter das Recht auf Sterben verwehrt werde.

41 Jarass in: Jarass/Pieroth (Fn. 18), Art. 2 Rdnr. 46.

42 Es mußte dann um die Zulässigkeit der Verlängerung des Sterbeprozesses im Interesse des Fetus bzw. die Frage, ob ein Abschalten der Geräte einer Totung gleichkame, gehen. Bayertz/Schmidt, Blätter für deutsche und internationale Politik 12/1992, S. 1495 ff. (1497).

43 Podlech, AK-GG, Band 1, Art. 1 Rdnr. 49.

nach seinem Tode nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns herabgewürdigt werden darf, verletzt sein. Hier handeln zwar Ärzte, aber mit Billigung des Gesetzgebers, der diese medizinischen Vorgehensweisen in keiner Weise beschränkt<sup>44</sup>, so daß eine Schutzpflichtverletzung des Staates vorliegen könnte.

Das wiederholt vorgebrachte Argument, Marion P. habe das Kind *gewollt*, ist in diesem Zusammenhang völlig irrelevant, denn durch den Hirntod hatte sich die Situation grundsätzlich verändert. Sie konnte nach ihrem Tod nichts mehr wollen, und die Spekulationen darüber, was sie in dieser Situation gewollt hätte, sind beliebig einsetzbar.

Außerdem wäre selbst bei einer Verfügung für den Todesfall zu beachten, daß der tatsächliche Wille Lebender nicht unbegrenzt ist und die Menschenwürde ein unverzichtbares Recht ist, so daß selbst bei ausdrücklichem Wunsch der Frau eine Verletzung der Menschenwürde vorliegen kann<sup>45</sup>.

### III. Kritik an der derzeitigen juristischen Betrachtung

Die Beurteilung des Erlanger Falles aus juristischer Sicht leidet, wie auch die Abtreibungsurteile, an der von der Mehrheit der Juristen vorgenommenen Trennung zwischen Frau und Embryo<sup>46</sup>. Durch diese Trennung wird die Frau zum bloßen »fötalen Umfeld«, wird das Geltendmachen von Rechten des Embryos z. B. auf ein bestimmtes Verhalten der Frau während der Schwangerschaft erst denkbar – in den USA gibt es inzwischen sogar schon Schadensersatzprozesse gegen Mütter<sup>47</sup> – und entstehen neue Probleme wie z. B. die Frage nach Pflichten der austragenden Frau bei Leihmutterschaft und Grenzen der Zulässigkeit der durch In-Vitro-Fertilisation in Verbindung mit »Brüterinnen« – tot oder lebendig – möglichen biologischen Konstellationen.

1. Es erscheint daher notwendig, einen Vorschlag, der schon in bezug auf das Abtreibungsrecht gemacht wurde, aufzugreifen und zu entwickeln: »Die spezifische Beziehung der Schwangeren zu dem in ihrem Körper wachsenden Leben ist eine auch für das Recht singuläre Situation. Alle rechtlichen Regelungen müssen differenzieren zwischen dem Schutz des ungeborenen Lebens vor Schädigungen durch Dritte und der Kontrolle der Schwangeren selbst«<sup>48</sup>. Diese einheitliche Betrachtung der Schwangeren an Stelle der vom Bundesverfassungsgericht geschaffenen Dichotomie in einem Körper ermöglicht sowohl bezogen auf § 218 StGB als auch bezüglich der Reproduktionstechnologien sachgerechte Lösungen.

Für die Abtreibungsdiskussion bedeutet diese Forderung, daß es keine symmetrische Gegenüberstellung der Rechte der Frau und des Embryos geben kann, also auch keine Abwägung zweier Grundrechte, die auf gleicher Ebene stehen. Nur eine asymmetrische Abwägung zwischen den Grundrechten der Frau und dem betroffenen Schutzgut ist möglich. Damit würde ein Abtreibungsverbot für die Frau, d. h.

44 Sollte sich das Urteil des Vormundschaftsgerichts Hersbruck (AG Hersbruck, Beschluß vom 16. 10. 1992 – XVII 1556/92, MDR 12/1992 S. 1154) als Präjudiz für ähnlich gelagerte Fälle durchsetzen, wurde in solchen Fällen eine »Pflegerin für die Leibesfrucht« bestellt, so daß die Entscheidung über das Abstellen der Apparate bei einem Gericht läge.

45 Giesen/Poll, JR 1993, S. 177 ff. (180).

46 Statt einer Argumentation wiederum beharrend auch das neue Abtreibungsurteil, in dessen drittem Leitsatz das BVerfG ausdrücklich erklärt, daß dem Ungeborenen rechtlicher Schutz auch gegenüber seiner Mutter gebühre.

47 Anne Hellum, Law and modern technology, in: »High-Technology and Law: A Critical Approach«, Institute of Political and Legal Sciences, Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1989, S. 32/33; van den Daele, KJ 1/88 S. 16 ff. (26).

48 Monika Frommel, Schwangerschaftsabbruch ist eine Gewissensfrage, in: Feministische Studien extra, Frauen für eine neue Verfassung, 1991, S. 59 ff., 63; dies. Demokratie und Recht 4/91, S. 376 ff. (374).

eine Gebärpflicht, verfassungsrechtlich unbegründbar, möglich blieben aber Strafen für die Einwirkung Dritter auf den Embryo.

Interessant ist in diesem Zusammenhang das Sondervotum der Richter Mahrenholz und Sommer zum zweiten Abtreibungsurteil, in dem sie auf den von der Senatsmehrheit benutzten Begriff »Zweiheit in Einheit«<sup>49</sup> Bezug nehmen<sup>50</sup>. Sie folgern aus dieser spezifischen tatsächlichen Situation, daß sich Frau und nasciturus nicht als mögliche »Täterin« und mögliches »Opfer« gegenüberstehen und diese Situation deshalb grundrechtlich auch nicht annähernd in einer bloßen Gegenüberstellung von Embryo und Frau eingefangen werden könne<sup>51</sup>. Diese Aussage erinnert an die hier geforderte einheitliche Betrachtung, auch wenn die Richter Mahrenholz und Sommer etwas anders, nämlich unter Betonung der Zusammenschau/Gleichzeitigkeit der Schutzpflicht für den Embryo und der Grundrechte der Frau formulieren. Ebenfalls interessant ist, daß in diesem Sondervotum dem prozeßhaften Charakter der Schwangerschaft rechtliche Bedeutung beigemessen wird<sup>52</sup>, indem postuliert wird, daß die Grundrechtsposition der Frau und die Schutzpflicht des Staates zu Beginn der Schwangerschaft anders zu beurteilen seien als im fortgesetzten Stadium<sup>53</sup>. Hier scheinen Sichtweisen aus der feministischen Rechtstheorie<sup>54</sup> Eingang in die Argumentation einzelner Bundesverfassungsrichter gefunden zu haben – leider noch nicht in die der Mehrheit.

Festzuhalten ist also, daß es bei der gebotenen einheitlichen Betrachtungsweise keine symmetrische Abwägung zwischen den Rechten des Embryos und den Rechten der Frau geben kann.

2. Für die Situation in Erlangen läßt sich bei einheitlicher Betrachtungsweise zunächst feststellen, daß auch hier eine symmetrische Gegenüberstellung der Rechte der Schwangeren aus Art. 1 I GG und der Rechte des Fötus aus Art. 1 I und 2 II Satz 1 GG nicht möglich ist. Bei Tod der Schwangeren besteht zwar der Schutz des Fötus aus Art. 1 I und 2 II GG gegenüber Eingriffen Dritter, nicht aber ein als Grundrecht gegenüber der Toten durchsetzbares Lebensrecht. Der Fötus teilt, solange er Teil ihres Körpers ist, das Schicksal der Schwangeren.

Da das Lebensrecht des Fötus nicht auf gleicher Ebene den Rechten der Toten gegenübergestellt werden kann, ist die Frage des Schutzes des ungeborenen Lebens erst auf der Ebene der Rechtfertigung des Eingriffs durch kollidierendes Verfassungsrecht zu berücksichtigen. Es könnte eine Verletzung der Menschenwürde der Toten/Sterbenden/Schwangeren vorliegen. Dabei kann man sich fragen, ob nicht schon die Tatsache, daß bei einer hirntoten Frau die Körperfunktionen u. U. über Monate aufrechterhalten werden, eine Verletzung der Menschenwürde darstellt. Nicht nur die absurde Situation, daß für Marion P. sowohl ein Totenschein ausgestellt als auch ein Betreuer bestellt wurde<sup>55</sup>, legt dies nahe, sondern auch die Überlegung, daß es sich um eine technisch erzeugte Unterbrechung des ursprünglich einheitlichen Vorgangs des Sterbens handelt.

Jedenfalls stellt die Benutzung des Körpers als Brutkasten eine schwere Verletzung der über den Tod hinaus wirkenden Menschenwürde der Frau dar. Angesichts der höchst zweifelhaften Erfolgsaussichten bezüglich des Lebens des Fötus besonders

49 BVerfG NJW 1993, 1753.

50 BVerfG NJW 1993, 1774 (Sondervotum Mahrenholz/Sommer).

51 BVerfG NJW 1993, 1774 (Sondervotum Mahrenholz/Sommer).

52 BVerfG NJW 1993, 1774 (Sondervotum Mahrenholz/Sommer).

53 BVerfG NJW 1993, 1774 (Sondervotum Mahrenholz/Sommer).

54 Vgl. z. B. Barbara Degen, Streit 1-2/93, S. 43 ff. (48/50) m.w.Nw.

55 Der Vormundschaftsrichter bestellte für Marion P., der am 8. 10. 1992 ein Totenschein ausgestellt worden war, gem. § 1896 BGB analog eine Betreuerin; vgl. Hans Harald Bräutigam/Kuno Kruse/Sabine Ruckert in: DIE ZEIT vom 30. 10. 1992, S. 19.

bei Tod der Frau im früheren Schwangerschaftsstadium ist auch eine Rechtfertigung aufgrund des kollidierenden Verfassungsgutes »Recht auf Leben« nicht möglich.

3. Zusätzlich stellt sich aber in Erlangen das Problem der technischen Machbarkeit und ihrer Folgen, z. B. bzgl. des Todeszeitpunktes und des Zeitpunktes, in dem ein vom Körper der Mutter unabhängiges Leben des Fötus möglich ist. Durch die Verhinderung des Atemstillstandes und des Herztodes entsteht ein nur definitorisch, aber nicht faktisch eindeutiger Zustand: Soll der Fötus das Schicksal der Organe der Hirntoten teilen, u. U. in den Uterus einer anderen Frau eingepflanzt werden oder in einer technisch erzeugten Umgebung weitergezüchtet werden? Wäre dies nach dem geltenden Embryonenschutz möglich – und wäre es verfassungsrechtlich zulässig? Hier stellen sich die vielen umstrittenen Fragen des Embryonenschutzes, auf die ich an dieser Stelle nur soweit eingehen möchte, als sich aus der hier vorgeschlagenen Sichtweise besondere Konsequenzen ergeben.

Die Überlegungen zum Schutz der Menschenwürde der Schwangeren könnten die Schlußfolgerung nahelegen, daß die Medizin nur dann ohne Verletzung der Rechte der Schwangeren den Fötus retten kann, wenn sie seine Weiterentwicklung ohne Benutzung des Körpers der Frau erreichen kann. Dadurch könnte sich das aus dem Bereich der In-Vitro-Fertilisation und der künstlichen Befruchtung bereits bekannte Problem der »gestohlenen Eier«<sup>56</sup> bzw. »überzähligen Embryonen«<sup>57</sup> und damit die Gefahr der Manipulationen an menschlichen Embryonen wiederholen bzw. ausweiten. Nach der hier vorgeschlagenen Lösung handelt es sich aber bei der Züchtung bzw. Entwicklung von Embryonen außerhalb des Körpers der Schwangeren um Eingriffe Dritter, denen gegenüber die Grundrechte des Embryos aus Art. 1 I und 2 II GG wirksam sind. Außerdem wäre dieses Vorgehen derzeit auch nach dem Embryonenschutzgesetz verboten<sup>58</sup>. Die Aufzucht ihres Embryos außerhalb des Körpers einer toten Frau ist also rechtlich nicht zulässig, selbst wenn sie medizinisch möglich werden sollte.

#### IV. Rechtliche Konstruktion

Diese rechtliche Berücksichtigung der speziellen Verbindung zwischen der Frau und dem in ihr heranwachsenden Leben ist keineswegs eine neue oder systemfremde rechtliche Figur.

Die dafür erforderliche juristische Konstruktion ist eine Ausprägung des in verschiedenen rechtlichen Verhältnissen vorkommenden Prinzips der relativen Wirkung absoluter Rechte. Bekannt sind solche relativen Wirkungen vor allem aus dem Zivilrecht als relative Veräußerungsverbote und relative Verfügungsbeschränkungen, z. B. §§ 7 I, 15 KO, §§ 135, 136, 504, 514, 883 II, 1094, 1098 BGB und § 23 I 1 ZVG. Sie bewirken, daß die aus absoluten Rechtsgütern wie Eigentum fließenden Befugnisse gegenüber bestimmten Personen nicht wirksam sind<sup>59</sup>. Übertragen auf das Recht auf

<sup>56</sup> Anlässlich von gynakologischen Untersuchungen oder Operationen werden ohne Einwilligung der Frau und ohne medizinische Indikation die Eierstöcke entfernt, vgl. Gena Corea, Muttermaschine, deutsche Ausgabe 1986, S. 102.

<sup>57</sup> Bei der IVF fallen immer befruchtete Embryonen an, die nicht für die Reimplantation geeignet oder bestimmt sind und die zur Forschung benutzt werden konnten, vgl. Gena Corea (Fn. 56), S. 123 und Anmerkung 10; dieses Vorgehen wäre in der BRD gem. § 2 II Embryonenschutzgesetz strafbar.

<sup>58</sup> Die extrakorporale Herbeiführung der Weiterentwicklung eines menschlichen Embryos wird in § 2 II Embryonenschutzgesetz untersagt, der »Eierklau« in § 4 I und die Forschung an sog. »überzähligen Embryonen« in § 2 I bzw. § 1 Embryonenschutzgesetz.

<sup>59</sup> Im Strafrecht drückt sich die Relativität absolut geschützter Rechtsgüter z. B. in § 217 StGB aus, der das nichteheliche Kind seiner Mutter gegenüber weniger umfassend schützt als gegenüber anderen Personen. Die Nichtstrafbarkeit von Vergewaltigungen in der Ehe beruht auf demselben Prinzip und zeigt damit zugleich die mit ihm verbundenen Wertungsprobleme.

Leben des Fötus heißt dies, daß dieses Recht gegenüber der Schwangeren nicht durchsetzbar ist. Da es bei der Zulässigkeit von ärztlichen Eingriffen ausschließlich um die Schutzpflicht des Staates gegenüber dem Fötus und gegenüber der Frau geht, ergibt sich aus der einheitlichen Betrachtungsweise von Frau und Embryo, daß eine Schutzpflicht nur gegenüber Eingriffen Dritter, aber nicht im Verhältnis Schwangere ↔ Fötus existiert.

Da diese Rechtsfigur dem deutschen Recht nicht fremd ist, könnte man sich die Frage stellen, warum die juristische Betrachtungsweise bisher nur von der Trennung zwischen Frau und Embryo ausgegangen ist bzw. diese immer weiter entwickelt hat. Dies ist keinesfalls selbstverständlich, denn die traditionelle Betrachtungsweise ist eher eine einheitliche. Weder konnte Mutterschaft bisher – im Gegensatz zur Vaterschaft – angefochten werden, noch mußte sie rechtlich hergestellt werden<sup>60</sup>. Die Betonung der Trennung ist daher im Zusammenhang mit neuen technischen Entwicklungen und der Ideologie der Beherrschung natürlicher Vorgänge zu sehen. Durch die Gen- und Reproduktionstechnologien werden Eingriffe möglich, die schon von nationalsozialistischen Medizinerinnen angestrebt wurden, z. B. die Abtreibung nicht normal entwickelter Föten<sup>61</sup> (ganz legal, auch nach heute geltendem Recht, aufgrund der eugenischen Indikation), aber auch die weitgehende Beherrschung des Reproduktionsvorganges durch Mediziner und Juristen. Neuere Beispiele sind die Einführung des Mutterpasses, die zu Standardmaßnahmen gewordenen Ultraschalluntersuchungen und natürlich die extrakorporale Befruchtung und die Technik des Embryotransfers. Durch die weitgehende Trennung des Fötus von der schwangeren Frau – man hat ein »Foto« in der Hand, es gibt schon Untersuchungsbefunde über den Fötus, die genetische Mutter muß nicht zwangsläufig die gebärende Mutter sein –, durch diese Trennungen wird der Vorgang »Geburt« ebenso aufgespalten wie der Vorgang »Sterben« durch technische Eingriffe nach dem Hirntod. Diese Aufspaltung hat gleichzeitig eine Abnahme der Selbstbestimmung der Frau/der Sterbenden zur Folge und einen Machtzuwachs der Mediziner<sup>62</sup>. Gerade diese Macht hat sich in Erlangen gezeigt: Der »Test« diente der Karriere des behandelnden Arztes, genauso wie die Geburt der ersten Retortenbabys dem Ruhm ihrer »Retortenväter« diente<sup>63</sup>. Der Gesetzgeber und die Rechtsprechung sollten diese Entwicklung nicht unterstützen, auch wenn sie durch selbsternannte »Ethikkommissionen« scheinbar kontrolliert und geadelt wird.

60 Vgl. Anne Hellum, *Law and modern technology*, in: »High-Technology and Law: A Critical Approach«, Institute of Political and Legal Sciences, Hungarian Academy of Sciences, Budapest 1989, S. 23.

61 Wichtiges bevölkerungspolitisches Instrument der Nationalsozialisten war z. B. das »Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses«, vgl. auch Gisela Bock, *Zwangssterilisation im Nationalsozialismus*, Studien zur Rassenpolitik und Frauenpolitik, Opladen 1986, und Gabriele Czarnowski, *Frauen – Staat – Medizin. Aspekte der Körperpolitik im Nationalsozialismus*, in: *Frauen zwischen Auslese und Ausmerze*, Beiträge zur feministischen Theorie und Praxis 14, 1985.

62 Bezeichnend ist in diesem Zusammenhang ein obiter dictum des BVerfG im zweiten Abtreibungsurteil: Ganz nebenbei wird dem Gesetzgeber aufgetragen, dem Arzt (das Urteil spricht zwar immer von Beraterinnen und Beratern, aber nur von Ärzten) eine strafbewehrte Pflicht aufzuerlegen, in den ersten zwölf Wochen keine Mitteilungen über das Geschlecht des zu erwartenden Kindes zu machen (S. 124/125). Eingeschränkt werden nicht etwa die zulässigen Untersuchungen, z. B. um der Gefahr einer Unterscheidung von lebenswertem und lebensunwertem Leben vorzubeugen, sondern nur das Wissen der Frau/der zukünftigen Eltern wird beschränkt, der Wissensvorsprung der Ärzte wird erweitert.

63 Kritisch hierzu Heuermann, *JZ* 1994, 133 (139).