

# Kommentare

Sibylle Raasch

## Der Bayrische Sonderweg zum § 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht

Das Bundesverfassungsgericht hat am 24. Juni 1997 erneut zur Frage eines legalen Schwangerschaftsabbruchs entschieden.<sup>1</sup> Zwei bayrische Ärzte<sup>2</sup>, die in ihren Praxen nahezu ausschließlich Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, haben vor dem Ersten Senat eine einstweilige Anordnung gegen die Kernbestimmungen des Bayrischen Schwangerenhilfeergänzungsgesetzes (BaySchwHEG)<sup>3</sup> erstritten, welches die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen in Bayern erneut erschweren soll. Ärzte, die vor dem 9. August 1996 in Bayern zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen in eigener Praxis oder als Belegarzt befugt waren, unterliegen vorerst für die Dauer von sechs Monaten nicht den neuen bayrischen Zulassungsvoraussetzungen. Ihre Anträge auf Zulassung zum Schwangerschaftsabbruch sind zu genehmigen, auch wenn sie keine Fachärzte für Frauenheilkunde sind und/oder ihre Einnahmen aus der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen 25 Prozent ihrer gesamten Einnahmen überschreiten. Für alle neu hinzutretenden Ärzte allerdings tritt das BaySchwHEG wie vorgesehen zum 1. Juli 1997 in Kraft. Der Freistaat Bayern trägt drei Viertel der Verfahrenskosten.

Das mag überraschen, denn bereits zweimal hatte das Bundesverfassungsgericht zuvor Gesetze zur Entkriminalisierung von Schwangerschaftsabbrüchen zu Fall gebracht.<sup>4</sup> Insofern bedarf die jüngste Entscheidung einiges Hintergrundwissens, um diesen neuen Zwischenschritt in der bereits fast ein Vierteljahrhundert andauernden verfassungsrechtlichen und verfassungsgerichtlichen Auseinandersetzung um die Abtreibungsfrage in der Bundesrepublik Deutschland richtig einschätzen zu können.

### *1. Rückblick auf die bisherige Gesetzgebung und Rechtsprechung*

Schon im vergangenen Jahrhundert heftig umstritten, stellt das Strafgesetzbuch aus dem Jahr 1871 über § 218 StGB den Schwangerschaftsabbruch auch in der Bundesrepublik Deutschland gegenwärtig noch unter Strafe. Mit dem Fünften Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 18. Juni 1974<sup>5</sup> versuchte die damalige sozialliberale Koalition eine erste Entkriminalisierung, nachdem in der DDR bereits 1972 eine

<sup>1</sup> BVerfG, Erster Senat, Urteil vom 24. Juni 1997, Az. I BvR 2306 und 2314/96, EuGRZ 1997, 264.

<sup>2</sup> Prozeßvertretung Christine Roth/Nürnberg bzw. Monika Frommel/Kiel und die Autorin.

<sup>3</sup> Gesetz über ergänzende Regelungen zum Schwangerschaftskonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen vom 9. August 1996, BayGVBl S. 328.

<sup>4</sup> Vgl. hierzu den sehr informativen Rückblick von K. Freudiger, Selbstbestimmung der Frau und Verfassung, Hannover 1995.

<sup>5</sup> BGBl. I S. 1297.

Fristenregelung<sup>6</sup> eingeführt worden war. Der Schwangerschaftsabbruch durch einen Arzt sollte nun auch im Westen gemäß § 218 a StGB in den ersten drei Monaten der Schwangerschaft straffrei bleiben. Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts stoppte 1975 diese Fristenregelung mit der Begründung, der Lebensschutz zugunsten der Leibesfrucht genieße verfassungsrechtlich Vorrang vor dem Selbstbestimmungsrecht der Schwangeren und dürfe auch nicht für eine bestimmte Frist in Frage gestellt werden. Gegebenenfalls sei der Gesetzgeber zum Schutz des ungeborenen Lebens auch verpflichtet, das Strafrecht einzusetzen.<sup>7</sup>

Allerdings wies das Gericht damals gleichzeitig den Weg zu einer gesetzlichen Festschreibung von Ausnahmetatbeständen zu Gunsten Schwangerer in besonderen Problemlagen. Es folgte die sog. Indikationslösung durch das Fünfzehnte Strafrechtsänderungsgesetz vom 18. Mai 1976.<sup>8</sup> Nach dem umgestalteten § 218 a Abs. 1 StGB sollte der Schwangerschaftsabbruch nunmehr straffrei bleiben, wenn eine medizinische Indikation ärztlich festgestellt worden war, wobei als Unterfälle der medizinischen Indikation nach Abs. 2 auch die eugenische (Kind geschädigt), die kriminologische (Schwangerschaft Ergebnis einer Straftat) und die soziale (Notlage der Schwangeren) Indikation zugelassen wurden. Zusätzlich mußte gemäß § 218 b StGB vor dem Abbruch eine Beratung der Schwangeren durch eine Beratungsstelle oder einen weiteren Arzt erfolgt sein.

In den Folgejahren entwickelte sich die soziale Indikation zum zentralen Rechtferdigungsgrund für Schwangerschaftsabbrüche. Zwischen sozialdemokratisch und christdemokratisch bzw. christlichsozial regierten Bundesländern driftete die Entwicklung der Abbruchzahlen stark auseinander, weil letztere die ihnen nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG verbliebenen Kompetenzen zur Regelung der ärztlichen Berufsausübung gezielt dazu einsetzten, zumindest keine Einrichtungen zum ambulant vorgenommenen Schwangerschaftsabbruch innerhalb ihrer Grenzen zuzulassen. Während die übrigen Bundesländer, bedingt durch eine Änderung der parlamentarischen Mehrheiten, später nach und nach davon abrückten, hielt Bayern diese Linie bis zur nächsten Änderung der bundesgesetzlichen Rahmenvorgaben 1992 strikt durch. Außerdem wurde in Bayern seit den 80er Jahren auch gegen einzelne Ärzte rigoros strafrechtlich vorgegangen unter dem Vorwurf, sie hätten die soziale Indikation nicht korrekt gehandhabt.<sup>9</sup>

Es entstand statistisch deutlich nachweisbar ein sog. Abtreibungstourismus aus den restriktiveren Bundesländern in liberalere, insbesondere Hessen, und ins Ausland. So reisten 1988 nach Schätzungen von pro familia<sup>10</sup> aus Bayern etwa 4400 Frauen in andere Bundesländer und weitere 2800 ins Ausland, um ihre Schwangerschaft abbrechen zu lassen, während in Bayern selbst noch 1990 nur 5053 Schwangerschaftsabbrüche gemeldet wurden. In Hessen hingegen wurden 1988 etwa 15 300 Schwangerschaften bei Frauen aus anderen Bundesländern, insbesondere Rheinland-Pfalz, Baden-Württemberg und Bayern, abgebrochen. Klagen einzelner Ärzte auf Zulassung zum ambulanten Schwangerschaftsabbruch scheiterten in den restriktiven Bundesländern wiederholt mit der Begründung, nach derzeitigem Bundesrecht sei eine besondere, landesrechtlich zu regelnde Zulassung der Ärzte erforderlich. Fehle für diese Zulassung wie in Bayern und Baden-Württemberg ein entsprechendes Landesgesetz, habe kein Arzt einen einklagbaren Anspruch auf eine Zulassung.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> BGBI. DDR I S. 89 und II S. 149.

<sup>7</sup> BVerfG, Erster Senat, Urteil vom 25. Februar 1975, E 39, 1 ff.

<sup>8</sup> BGBl. I S. 1213.

<sup>9</sup> Einzelheiten vgl. Freudiger (Fn. 4) S. 78 ff.

<sup>10</sup> Vgl. J. v. Baross, Abbruchwanderung Ende der achtziger Jahre, pro familia magazin 6/1996 S. 23 ff.

<sup>11</sup> BVerwG 75, 330 ff.; VGH München, NJW 1987, S. 727 ff.

1990 erhab die Bayrische Landesregierung schließlich auch noch Normenkontrollklage vor dem Bundesverfassungsgericht gegen das Beratungsmodell der Indikationslösung. Diese wurde allerdings nie entschieden, sondern für erledigt erklärt, als das Bundesverfassungsgericht 1993 über die nächste Reform der §§ 218 ff. StGB entschied.<sup>12</sup>

Nach der Wiedervereinigung 1990 blieb es vorerst bei den unterschiedlichen Regelungen über die Strafbarkeit des Schwangerschaftsabbruchs in den alten bzw. neuen Bundesländern. Erst zwei Jahre später gelang es, für das Schwangeren- und Familienhilfegesetz (SFHG) vom 27. Juli 1992<sup>13</sup> die notwendigen Mehrheiten zu bekommen. Nach dem erneut veränderten § 218 a StGB sollten Schwangerschaftsabbrüche weiterhin nicht rechtswidrig bleiben, wenn sie nach Stellung einer medizinischen (Abs. 2) oder eugenischen (Abs. 3) Indikation erfolgt sind. Die soziale Indikation entfiel. Neuer verfassungsrechtlicher Streitpunkt wurde die statt dessen eröffnete Möglichkeit, gemäß § 218 a Abs. 1 StGB auch dann einen nicht rechtswidrigen Schwangerschaftsabbruch vornehmen zu können, wenn seit der Empfängnis nicht mehr als zwölf Wochen vergangen sind und die Frau sich mindestens drei Tage vorher in einer Beratungsstelle hat beraten lassen. Eine Zulassungskompetenz der Länder entfiel im Hinblick auf die bisherigen Widerstände in Bayern, Einrichtungen zur Vornahme ambulanter Schwangerschaftsabbrüche zuzulassen.<sup>14</sup>

Bayern stimmte im Bundesrat gegen das Gesetz. Die Bayrische Staatsregierung sowie auch 249 Abgeordnete des Deutschen Bundestags erhoben Normenkontrollklagen vor dem Bundesverfassungsgericht gegen die sog. Beratungslösung des SFHG und die Möglichkeit, derartige nicht indizierte Abbrüche durch die gesetzlichen Krankenkassen finanzieren zu lassen. Aufgrund inzwischen geänderter Geschäftsverteilung war dieses Mal der Zweite Senat mit der Abtreibungsfrage befaßt. Das SFHG konnte per einstweiliger Anordnung des Gerichts gar nicht erst in Kraft treten<sup>15</sup> und wurde 1993<sup>16</sup> in Teilen für verfassungswidrig befunden.

Der Zweite Senat argumentierte: Schwangerschaftsabbrüche müßten für die ganze Dauer der Schwangerschaft grundsätzlich rechtlich verboten sein. Ausnahmetbestände, bei denen eine Fortsetzung der Schwangerschaft einer Frau nicht zugemutet werden könnte, seien jedoch weiterhin zulässig. Wegen des grundgesetzlichen Untermaßverbots zum Schutz des werdenden Lebens könne der Staat nicht frei auf den Einsatz des Strafrechts gegen Schwangerschaftsabbrüche verzichten. In der Frühphase der Schwangerschaft sei es allerdings zulässig, auf die Feststellung von Indikationsbeständen bzw. Strafe zu verzichten, um statt dessen zu versuchen, die Frau durch eine Schwangerschaftskonfliktberatung für ein Austragen des Kindes zu gewinnen (sog. Schutzkonzept). Dafür müßten jedoch die Beratungsvorgaben entsprechend streng gefaßt sein. Ein Schwangerschaftsabbruch nur nach Beratung dürfe nicht für gesetzlich gerechtfertigt erklärt und durch die gesetzliche Krankenkasse erstattet werden. Bei wirtschaftlicher Bedürftigkeit der Frau komme höchstens Sozialhilfe in Betracht. Die Lohnfortzahlung hingegen könne nach einem nur beratenen Schwangerschaftsabbruch beibehalten werden.

Damit war das neue Gesetz zwar gescheitert, der sog. beratene Schwangerschaftsabbruch jedoch prinzipiell für verfassungsrechtlich zulässig befunden worden. Um dem Abtreibungstourismus Einhalt zu gebieten und das neue Schutzkonzept effektiver umsetzen zu können, hielt es der Zweite Senat auch mit der Verteilung der

<sup>12</sup> BVerfGE 88, 203, 209.

<sup>13</sup> BGBl. I S. 1398.

<sup>14</sup> Vgl. BT-Drucks 12/2605 (neu), S. 23.

<sup>15</sup> BVerfGE 86, 390ff.

<sup>16</sup> BVerfG, Zweiter Senat, Urteil vom 28. Mai 1993, E 88, 203 ff.

Bund-Länder-Kompetenzen des Grundgesetzes für vereinbar, wenn der Bund die Länder im Rahmen eines Sicherstellungsauftrags gesetzlich verpflichte, dafür Sorge zu tragen, daß ärztliche Hilfe zum Abbruch der Schwangerschaft in einer Entfernung bereit stehe, die von der Frau nicht die Abwesenheit über einen Tag hinaus verlange. Es diene dem Lebensschutz, wenn sich der Arzt nicht wegen einer weiten Anreise der schwangeren Frau gedrängt sehe, den Schwangerschaftsabbruch an dem Tage, an dem sie sich bei ihm zum ersten Mal einfinde, vorzunehmen.<sup>17</sup>

Da das Urteil Ergebnis eines mühsam und langwierig ausgehandelten Kompromisses zwischen den sieben Verfassungsrichtern und der einen Verfassungsrichterin war, enthält es über diese Grundaussagen hinaus zahlreiche konzeptionelle Brüche und Inkonsistenzen, die schon in der vom Senat selbst getroffenen Übergangsregelung voll sichtbar wurden.<sup>18</sup> Außerdem unterließ es der Senat nicht, durch obiter dicta, also formal nicht von der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG erfaßt, quasi bei Gelegenheit, kurz noch ein paar ihm gar nicht vorgelegte schwelende Streitfragen zu kommentieren. Die Spannbreite reichte dabei von einer wünschenswerten kinderfreundlichen Gesellschaftsneuordnung<sup>19</sup> über eine Kritik an der bisherigen BGH-Rechtsprechung zur Geburt eines Kindes als Schaden<sup>20</sup> bis zu Vorbehalten gegenüber Einrichtungen, die sich auf die Durchführung von Schwangerschaftsabbrüchen spezialisieren. »Die hieraus entstehenden Gefahren für die Erfüllung der dem Arzt, zumal im Rahmen einer Beratungsregelung, zufallenden Aufgabe beim Schutz des ungeborenen menschlichen Lebens« lägen »auf der Hand«.<sup>21</sup> Deshalb gab der Zweite Senat dem Gesetzgeber auf »zu prüfen, in welcher Weise solchen Gefahren wirksam entgegengetreten werden« könne, »und geeignete Regelungen zu treffen. Für diese Prüfung könnten Erfahrungen in Betracht kommen, die in Frankreich mit der Begrenzung der Zahl der Abbrüche auf einen bestimmten Anteil der insgesamt vorgenommenen ärztlichen Verrichtungen ... gemacht worden sind«.<sup>22</sup>

## *2. Der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung ab 1995*

Es dauerte zwei weitere Jahre, bis der Bundesgesetzgeber mit dem Schwangeren- und Familienhilfeänderungsgesetz (SFHÄndG) vom 21. August 1995<sup>23</sup> die vom Zweiten Senat vorgegebenen Änderungen vorgenommen hatte. Der Schwangerschaftsabbruch nach Beratung wurde jetzt durch § 218 a Abs. 1 StGB gänzlich aus dem Tatbestand eines nach § 218 StGB strafbaren Schwangerschaftsabbruchs herausgenommen, die Vorgaben und Überprüfungsmodalitäten für die Schwangerschaftskonfliktberatung wurden verschärft. Allerdings soll auch eine Schwangere, die in der Beratung ihre Gründe für den Wunsch nach Abbruch ihrer Schwangerschaft nicht offenbart, letztendlich eine Beratungsbescheinigung erhalten und den Abbruch vornehmen lassen können. Eine Kostenertattung bekommen nur noch bedürftige Frauen von den Sozialämtern, die Auszahlung kann auf Antrag jedoch über eine gesetzliche Krankenkasse erfolgen. Die Anregung des Zweiten Senats, gegen spezialisierte Einrichtungen ähnlich wie in Frankreich vorzugehen, verfolgte der Gesetz-

<sup>17</sup> Vgl. BVerfGE 88, 203, 330f.

<sup>18</sup> Vgl. im einzelnen M. Frommel, § 218: Strafflos, aber rechtswidrig; zielorientiert, aber ergebnisoffen – Paradoxien der Übergangsregelung des Bundesverfassungsgerichts, KJ 1993 S. 325 ff.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfGE 88, S. 259ff.; dazu S. Raasch, Frauenträume nach dem zweiten Urteil des Bundesverfassungsgerichts zu § 218 StGB, in: H. Daubler-Gmelin u. a. (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung – Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, Baden-Baden 1994, S. 607 ff., S. 611 ff.

<sup>20</sup> Vgl. BVerfGE 88, S. 296.

<sup>21</sup> Ebd., S. 294.

<sup>22</sup> Ebd., S. 295.

<sup>23</sup> BGBl. I S. 1050.

geber über den Besuch einer Delegation in Paris<sup>24</sup> weiter, ohne dieses Modell am Ende zu übernehmen.

Besonders im Hinblick auf Bayerns bisherige Weigerung, ambulante Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch zuzulassen<sup>25</sup>, wurde, wie schon zuvor im gescheiterten Schwangeren- und Familienhilfegesetz und der Übergangsregelung des Zweiten Senats<sup>26</sup>, wieder jeder Hinweis auf eine besondere Zulassung nach Landesgesetz vermieden. Nach § 13 Abs. 1 Schwangerschaftskonfliktgesetz (SchKG)<sup>27</sup> werden lediglich Qualitätsstandards formuliert, die Einrichtungen erfüllen müssen, um zum Abbruch berechtigt zu sein. Diese Regelung sollte nach dem Willen des Gesetzgebers klarstellen, daß die Zulassung ambulanter Einrichtungen zum Schwangerschaftsabbruch nicht generell verweigert werden kann.<sup>28</sup> Dem Landesgesetzgeber sollte also allein die förmliche Zulassung überlassen bleiben, wenn alle Qualitätsstandards in der Einrichtung erfüllt sind. Der Sicherstellungsauftrag aus § 13 Abs. 2 SchKG verpflichtet alle Bundesländer, für ein ausreichendes Angebot ambulanter und stationärer Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen in Wohnnähe Sorge zu tragen.

### *3. Der Bayrische Sonderweg zu § 218 StGB*

Mit dem Wegfall des bundesgesetzlichen Zulassungsvorbehalts 1992 entstanden auch in Bayern Einrichtungen, die ambulant Schwangerschaftsabbrüche durchführen. Drei Tendenzen sind seither erkennbar. Es kam erstens zu einem deutlichen Rückgang der »Abbruch-Wanderung« in andere Bundesländer. Während in Bayern die Zahl der gemeldeten Schwangerschaftsabbrüche von 5234/1992 auf 9643/1995 anstieg, sanken die Abbruchzahlen in Hessen im selben Zeitraum von 16 108 auf sogar nur 9638, weil auch die Frauen aus Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz vermehrt zu Hause blieben und die Gesamtzahl aller in Deutschland durchgeföhrten Abbrüche kaum anstieg.<sup>29</sup>

Zweitens wurden bis 1992 in Bayern nahezu 100 Prozent aller Schwangerschaftsabbrüche in Krankenhäusern und hier zu 80 Prozent von Belegärzten durchgeführt. 1996 erreichten Krankenhäuser jedoch nur noch einen Anteil von etwa 20 Prozent.<sup>30</sup> Die große Mehrheit der bayrischen Frauen zieht es offensichtlich vor, eine Schwangerschaft ambulant in einer Praxis abbrechen zu lassen, vermutlich, weil die Frauen nicht über Nacht von zu Hause wegbleiben wollen. Denn die meisten Krankenhäuser führen einen Abbruch gar nicht ambulant durch oder verlangen auch für den ambulanten Abbruch, daß sich die Frauen schon am Vorabend des Eingriffs einfinden.

Drittens ist die Verteilung in Bayern selbst weiterhin regional sehr ungleich. Wurden die Abbrüche in den 80er Jahren in erster Linie in München und in zweiter Linie noch in Fürth durchgeführt<sup>31</sup>, konzentrieren sich die Abbrüche heute auf München und Nürnberg zu etwa gleichen Anteilen. Dahinter verbergen sich die zwei Groß-

<sup>24</sup> Vgl. BT, Sonderausschuß Schutz des ungeborenen Lebens: Bericht über die Reise einer Delegation des Sonderausschusses »Schutz des ungeborenen Lebens« nach Paris vom 24.–25. April 1994, Ausschuß Drs. 145.

<sup>25</sup> Vgl. BT-Prot 13. Wahlperiode, 47. Sitzung vom 29. Juni 1995, S. 3784.

<sup>26</sup> Deshalb mußten Ärzte und Einrichtungen, die ambulante Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, in Bayern bereits seit 1992 zugelassen werden.

<sup>27</sup> Gesetze zur Vermeidung und Bewältigung von Schwangerschaftskonflikten, BGBl. 1995 I S. 1050.

<sup>28</sup> BT-Drucks 13/1850, S. 22.

<sup>29</sup> Statistisches Bundesamt, VII D-M, Abstimmtabellen, zitiert nach Baross (Fn. 10) Tab. 4.

<sup>30</sup> Pro familia, Stellungnahme vom 20. März 1997 in den Verfahren 1 BvR 2306 und 2314/96, S. 4.

<sup>31</sup> Vgl. pro familia (Fn. 30), Anlage 1.

praxen der derzeitigen Beschwerdeführer, die sich auf excellentem technischen und fachlichen Niveau seit 1993 bzw. 1994 nahezu ausschließlich mit der Vornahme ambulanter Schwangerschaftsabbrüche befassen und derzeit weit mehr als die Hälfte aller Schwangerschaftsabbrüche in Bayern vornehmen. Im ländlichen Raum hingegen gibt es wenig Angebote, wobei die Frauen vermutlich in dieser moralisch-gesellschaftlich heiklen Situation auch ihrerseits gern den Schutz einer Anonymität suchen, wie ihn nur die Großstädte zu bieten haben.

Mitte 1996 präsentierte Bayern dann seine landesrechtliche Umsetzung der Bundesvorgaben zum Schwangerschaftsabbruch. Kernpunkt ist eine doppelte Verschärfung des Bundesrechts, die unter Berufung auf die Entscheidung des Zweiten Senats 1993 als notwendige Nachbesserung deklariert wird.

Das Bayrische Schwangerenberatungsgesetz (BaySchwBerG) vom 9. August 1996<sup>32</sup> regelt den Beratungsbereich. Es schreibt in Art. 10 Abs. 1 Satz 1 bindend vor, daß eine Beratungsbescheinigung im Gegensatz zum Bundesrecht nur dann ausgehändigt werden darf, wenn die Schwangere zuvor ihre Gründe für das Begehr nach einem Schwangerschaftsabbruch mitgeteilt hat.

Das Bayrische Schwangerenhilfeergänzungsgesetz (BaySchwHEG) vom 9. August 1996<sup>33</sup> zielt berufsrechtlich und strafrechtlich auf die Ärzte. Sie werden erneut einer generellen Erlaubnispflicht bei der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen unterworfen.

- In Bayern sollen nur noch Gynäkologen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen dürfen. Nach Bundesrecht sind auch andere Ärzte nach entsprechendem Qualifikationsnachweis zugelassen.
- Kein Arzt und keine Einrichtung darf mehr als 25 Prozent der jährlichen Einnahmen aus Schwangerschaftsabbrüchen erzielen. Derartige Vorgaben des Einnahmespektrums sind dem ärztlichen Berufsrecht bisher unbekannt.
- Zur Kontrolle müssen die zugelassenen Ärzte der Bayrischen Staatsregierung Zahl und Art der von ihnen durchgeführten Schwangerschaftsabbrüche sowie Höhe und Art ihrer Einnahmen melden. Die Meldung kann durch die Vorlage der Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers u. ä. ersetzt werden, aus der sich ergibt, daß die 25-Prozent-Grenze eingehalten wurde. Auf Verlangen sind der Regierung jedoch auch eine Abschrift der steuerlichen Gewinnermittlung sowie Honorar- und Abrechnungsbelege vorzulegen. Zur Überwachung darf die Bayrische Staatsregierung außerdem von den Ärzten Auskünfte nicht patientenbezogener Art verlangen, Praxisräume betreten, dort Unterlagen einsehen und bei Bedarf kopieren.
- Wer ohne entsprechende Genehmigung Schwangerschaftsabbrüche vornimmt, riskiert ein Jahr Freiheitsstrafe oder Geldstrafe. Bei Verletzung der Melde- und Aufbewahrungspflichten droht eine Geldbuße bis zu zwanzigtausend DM, bei fehlender Mitwirkung an der Überwachung immerhin noch bis zu zehntausend DM. Bundesrechtlich ist nach § 218 c StGB jedoch allein die ärztliche Pflichtverletzung bei einem Schwangerschaftsabbruch mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bedroht. Ein Verstoß gegen die Meldepflichten ist nicht sanktionsiert.
- Schließlich dürfen in Bayern Ärzte nicht an einem Schwangerschaftsabbruch mitwirken, wenn die Frau die Gründe für den Abbruch ihnen zuvor nicht dargelegt hat.

Damit wäre der Münchner Arzt und Beschwerdeführer, der als ambulanter Opera-

<sup>32</sup> Gesetz über die Schwangerschaftsberatung, BayGVBl. S. 320.

<sup>33</sup> Gesetz über ergänzende Regelungen zum Schwangerenkonfliktgesetz und zur Ausführung des Gesetzes zur Hilfe für Frauen bei Schwangerschaftsabbrüchen in besonderen Fällen, BayGVBl. S. 328.

teur zugelassen ist, zwar nach Bundesrecht, aber nicht mehr nach bayrischem Recht zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen berechtigt. Beide Ärzte haben außerdem auf Grund ihrer Spezialisierung auf Schwangerschaftsabbrüche keinerlei Aussicht, künftig in Bayern eine Zulassung zur Vornahme auch nur eines einzigen Schwangerschaftsabbruchs zu bekommen. Eine Umstellung ihres Leistungsangebotes wäre bei den derzeitigen Marktgegebenheiten nicht möglich und würde zudem einen völligen Neuanfang bedeuten. Auch rein praktisch können die Praxen ihrer Ausstattung nach nur für Schwangerschaftsabbrüche wirtschaftlich sinnvoll betrieben werden. Das heißt, beide Großpraxen hätten zum 1. Juli 1997 mangels Erlaubnis geschlossen werden müssen.

Betroffen sind jedoch auch andere Ärzte. Belegärzte, die vor 1992 in Bayern unreglementiert 80 Prozent der Abbrüche vornahmen, fallen jetzt ebenfalls unter die 25-Prozent-Quote. Neu niedergelassene Ärzte, die bisher zwar absolut gesehen nur vergleichsweise wenige Abbrüche vornehmen, aber in ihrer Region daneben nur noch geringe andere Einnahmen erzielen können, sind ebenfalls durch die Quote bedroht. Alle Ärzte dürften die neuen Kontrollinstrumente als massive Bedrohung ihres Steuergeheimnisses und ihrer Patientinnenkartei durch den Bayrischen Staat empfinden. Deshalb haben nach der mündlichen Verhandlung über den Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem Bundesverfassungsgericht neben den beiden Großpraxen noch vier weitere Ärzte mit deutlich niedrigeren Abbruchzahlen Verfassungsbeschwerde erhoben.<sup>34</sup>

#### *4. Die Verfassungsbeschwerde*

Verfassungsrechtlich geht es um die Frage, ob und inwieweit der bayrische Gesetzgeber zur Nachbesserung einer von ihm für unzulänglich befundenen bundesrechtlichen Regelung in die Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) von Ärzten eingreifen darf. Die Rechte schwangerer Frauen stehen in diesem Verfahren nicht zur Diskussion. In Deutschland und den meisten europäischen Nachbarländern durften bisher auch fachlich versierte Nichtgynäkologen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen. Die Vorgabe einer konkreten Einnahmestruktur ist im Berufsrecht der Bundesrepublik, auch außerhalb des ärztlichen Bereichs, ohne Beispiel. Die Überwachung der ärztlichen Berufsausübung lag bisher vorrangig bei den ärztlichen Selbstverwaltungskörperschaften und nicht beim Staat. Die Wahrung des Steuergeheimnisses war bisher ein besonders hochgehaltenes Gut, auch und gerade gegenüber anderweitigen staatlichen Stellen.

Zuständig für Fragen der Berufsfreiheit ist im Wege der Verfassungsbeschwerde der Erste Senat, dem darüber nun auch die erneute Beurteilung der gesetzgeberischen Vorgaben für Schwangerschaftsabbrüche zugewachsen ist. Hätten die dazu gemäß § 76 BVerfGG berechtigten politischen Organe statt dessen eine abstrakte Normenkontrolle gegen beide bayrischen Gesetze angestrengt, wäre wieder der Zweite Senat mit seiner vermutlich konservativeren Grundprägung befaßt worden. Da eine abstrakte Normenkontrolle keinen Fristen unterliegt, kann dieser Fall immer noch eintreten. Bei einem Zusammentreffen von abstrakter Normenkontrolle und Verfassungsbeschwerde wäre die Normenkontrollklage »dominant«, weil hier die Norm umfassender überprüft werden müßte. Es käme eine Verfahrensverbindung auch über beide Senate hinweg, vielleicht aber auch nur eine Verfahrensbeteiligung der

<sup>34</sup> Az. I BvR 962, 1108, 1109 und 1110/97, Prozeßvertretung M. Frommel und die Autorin.

Verfassungsbeschwerdeführer an der Normenkontrollklage in Betracht.<sup>35</sup> Da im vorliegenden Fall der Bundesverfassungsrichter Steiner aus dem Ersten Senat wegen Besorgnis der Befangenheit im Wege der Selbstablehnung ausscheiden mußte<sup>36</sup>, weil er im vorausgegangenen Verfahren 1990 bis 1993 Prozeßbevollmächtigter der Bayrischen Staatsregierung gewesen war, rückte mit der Bundesverfassungsrichterin Graßhof jedoch zumindest ein Mitglied des Zweiten Senats über Losentscheid in den Ersten Senat nach, das auch an der Entscheidung aus 1993 beteiligt war.<sup>37</sup>

### *5. Die einstweilige Anordnung vom 24. Juni 1997*

Die endgültige Beurteilung der mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen verfassungsrechtlichen Fragen bleibt der Hauptsache vorbehalten. Immerhin darf der Vortrag der Beschwerdeführer jedoch auch zum Erlaß einer einstweiligen Anordnung nicht offensichtlich unzulässig oder unbegründet sein.<sup>38</sup> Schon insofern hat der Erlaß einer einstweiligen Anordnung auch für die späteren Erfolgsaussichten Bedeutung.

Im weiteren kommt es für den Erlaß einstweiliger Anordnungen allerdings nicht auf Rechtsfragen, sondern das Ergebnis einer konkreten Folgenabwägung an. Abzuwegen waren die Folgen von Erlaß oder Nichterlaß der einstweiligen Anordnung gegen das BaySchwHEG für den Schutz des werdenden Lebens<sup>39</sup>, für die Gesundheit der Frauen sowie für die beruflichen und wirtschaftlichen Belange der Beschwerdeführer und der Ärzte in ähnlicher Lage in Bayern. Eine Folgenabwägung kann wegen ihrer Orientierung am rein Tatsächlichen nur dort Anhaltspunkte für den Ausgang des späteren Hauptverfahrens liefern, wo dieselben Tatsachen später auch noch eine Rolle spielen werden. Ergeht die einstweilige Anordnung ohne mündliche Verhandlung, wie im Regelfall, werden auch strittige Tatsachen nicht erhoben, sondern eher Prognosen über Entwicklungen getroffen.

Auch im vorliegenden Verfahren hätte die Chance bestanden, eine kurze, eher oberflächliche Tatsachenwürdigung ohne mündliche Verhandlung zu treffen. Vorbild wäre der Erlaß einer einstweiligen Anordnung wenige Monate zuvor gewesen. Dort hatten sich Ärzte, die Sanatorien zur Frischzellentherapie betreiben, gegen ein Verbot ihrer Tätigkeit über die Frischzellenverordnung vom 4. März 1997 gewandt und vorerst eine Übergangsregelung erhalten.<sup>40</sup> Auf Anregung der Bayrischen Staatsregierung, die dem Verfahren beigetreten war, entschloß sich der Erste Senat jedoch zur Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die dann nach Intensität und Schärfe der Nachforschungen<sup>41</sup> im Vergleich zu einer Hauptverhandlung nichts zu wünschen übrig ließ.

Wenn danach der Tatsachenvortrag der Beschwerdeführer in wesentlichen Punkten in den Erlaß der einstweiligen Anordnung Eingang fand, ist das für den Ausgang der Hauptsache nicht unbedeutend, soweit diese Tatsachen auch dort eine Rolle spielen.

<sup>35</sup> Vgl. S. Stuth, in: D. C. Umbach/Th. Clemens, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Heidelberg 1992, § 76 Rn. 36.

<sup>36</sup> BVerfG, Beschuß vom 5. Februar 1997, EuGRZ 1997, 262.

<sup>37</sup> Damit bestand bei dieser einstweiligen Anordnung zum ersten Mal die historische Chance, daß über die Frage des Schwangerschaftsabbruchs eine Besetzung von vier Männern und vier Frauen zu entscheiden gehabt hatte. Tatsächlich war Frau Bundesverfassungsrichterin Seibert jedoch aus gesundheitlichen Gründen für die einstweilige Anordnung an der Teilnahme verhindert.

<sup>38</sup> Vgl. Berkemann, in: Umbach/Clemens (Fn. 35), § 32 Rn. 150ff., 156 ff.

<sup>39</sup> Das BVerfG spricht hier etwas irreführend vom »Schutz ungeborener Kinder«.

<sup>40</sup> Vgl. Beschuß der 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG vom 18. März 1997, Az. I BvR 420/97.

<sup>41</sup> Vgl. auch U. Knapp, Feindseliger Fragestil im hohen Haus, FR 28/29. 5. 1997, S. 3, wobei allerdings nur der erste Teil der Verhandlung kommentiert wurde. Im zweiten Teil am Nachmittag mußte sich auch die Bayrische Staatsregierung strenge Nachfragen des Gerichts gefallen lassen.

Insofern haben die Beschwerdeführer der bayrischen Anregung im Ergebnis nun durchaus eine Stärkung ihrer Position für das Hauptverfahren zu verdanken.

### *5.1 Grundrechtsschutz auch für Ärzte, die Schwangerschaften abbrechen*

Die Bayrische Staatsregierung vertritt die Ansicht, Ärzte, die Schwangerschaftsabbrüche vornehmen, sich gar darauf spezialisieren, könnten sich grundsätzlich für dieses Tun nicht auf den Schutz des Grundgesetzes berufen. Denn sie täten Unrecht. Dieses Argument dürfte mit dem Erlass der einstweiligen Anordnung hinfällig geworden sein. Zwar hat sich der Senat insoweit nicht konkret geäußert. Wäre er Bayern gefolgt, hätte die Verfassungsbeschwerde jedoch schon in diesem Stadium wegen offensichtlicher Unbegründetheit scheitern müssen. Indem die einstweilige Anordnung erlassen wurde, steht fest, daß Ärzte, die sich am verfassungsrechtlich zulässigen Beratungskonzept beteiligen, dabei grundsätzlich auch grundgesetzlichen Schutz für ihre Berufsausübung genießen.

### *5.2 Spezialisierte Einrichtungen zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen: eine Bedrohung des werdenden Lebens?*

In der Hauptsache könnte es für die Verfassungsmäßigkeit des bayrischen Eingriffs in die Freiheit der ärztlichen Berufsausübung u. a. darauf ankommen, ob Gemeinwohlbelange geschützt werden, wenn der Staat verhindert, daß auch Nicht-Gynäkologen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen können und vor allem, daß kein Arzt sich auf die Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen spezialisieren kann.<sup>42</sup> Die Tatsachenfrage, ob spezialisierte Einrichtungen im Hinblick auf den Lebensschutz eine schlechtere Beratungsarbeit machen als andere, ist zentraler tatsächlicher Streitpunkt des Verfahrens.

Die Bayrische Staatsregierung hält spezialisierte Einrichtungen für »unqualifiziert«. Sie könnten deshalb »von vornherein zur Erfüllung des Sicherstellungsauftrags (§ 13 Abs. 2 SchKG) nichts beitragen«. Wer in wirtschaftlicher Abhängigkeit von der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen stehe, gefährde das werdende Leben und versorge die Frauen bestenfalls technisch gut, verursache aber – offenbar durch schlechte Beratung – auch bei den Frauen psychische Spätschäden. Die Beschwerdeführer haben dem gegenüber vorgetragen, daß ihre Einrichtungen und ihr persönliches fachliches Können höchsten Anforderungen in medizinisch-technischer, aber auch psychologischer Hinsicht gerecht wird. Sie können auf ihre große Erfahrung im Umgang mit gerade dieser Frauengruppe verweisen und nehmen sich auch die nötige Zeit, weil der eigentliche Eingriff entgegen landläufiger Annahme in einer spezialisierten Praxis nur zwischen 10 und 15 Minuten erfordert.

Das Bundesverfassungsgericht ist den Beschwerdeführern gefolgt, indem es in der einstweiligen Anordnung zur Tätigkeit der Ärzte feststellt: »Der Gesundheitsschutz abbruchwilliger Frauen wird ... nicht beeinträchtigt, weil davon ausgegangen werden kann, daß er bei Ärzten, die sich auf Schwangerschaftsabbrüche spezialisiert haben, in vollem Umfang gewährleistet ist. Das gilt auch, soweit vorübergehend in Altfällen auf die Facharztqualifikation ... verzichtet wird, weil nur solche Nicht-Gynäkologen Schwangerschaftsabbrüche vornehmen dürfen, die ... den professio-

<sup>42</sup> Nur die in einem größeren Krankenhaus beschäftigten Ärzte konnten sich noch spezialisieren, weil für ihre Quote die Einnahmen des Krankenhauses insgesamt entscheidend sind, die Einnahmen aus der Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen also in der Regel weniger stark ins Gewicht fallen.

nellen Anforderungen bereits in der Vergangenheit genügten.<sup>43</sup> Damit müßte eigentlich auch für die Entscheidung der Hauptsache feststehen, daß der Bayrische Gesetzgeber – zumindest gegenüber bereits zugelassenen, erfahrenen Ärzten – kein Gynäkologenprivileg einführen durfte, da es insofern an einem schützenswerten Gemeinwohlbelang fehlt.

Zum Lebensschutz äußert sich der Senat weniger deutlich. Aus dem weiteren Entscheidungsgang ergibt sich jedoch, daß auch spezialisierte Einrichtungen prinzipiell geeignet sind, am Sicherstellungsauftrag des § 13 Abs. 2 SchKG mitwirken und insofern auch dem Lebensschutz dienen können. Denn verbietet der bayrische Gesetzgeber sie, ohne daß andere Ärzte zugleich die entstehende Angebotslücke füllen, wird nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts sehr wohl »das mit der bundesrechtlichen Regelung verfolgte Lebensschutzkonzept durch eine ortsnahen Beratung und Versorgung beeinträchtigt. Überdies werden die gesundheitlichen Risiken für die Frauen durch die längeren Reisen erhöht.«<sup>44</sup> Es gibt also keine gravierenden grundsätzlichen Vorbehalte des Ersten Senats gegenüber spezialisierten Einrichtungen und ihrer Beratungsarbeit.

Das Gefahrenpotential, das der Zweite Senat hinter spezialisierten Einrichtungen zu erkennen glaubte, wird vom Ersten Senat allerdings in der einstweiligen Anordnung noch nicht abschließend beurteilt. Schutz davor wird in der Entscheidung jedoch als »zusätzlicher Schutz« eingeordnet, der seine Wirkung nur entfalte, »wenn sich genügend Ärzte in Bayern zur Abtreibung und der ihr vorangehenden Beratung bereit« erklären.<sup>45</sup> Zumindest ohne ein flächendeckendes Angebot an unspezialisierten Einrichtungen darf es also ein Spezialisierungsverbot gegenüber schon vorhandenen Einrichtungen nicht geben.

### *5.3 Erfüllung des Sicherstellungsauftrags (§ 13 Abs. 2 SchKG) in Bayern*

Bundesrecht bricht Landesrecht (Art. 31 GG). Demnach muß auch Bayern dem Sicherstellungsauftrag aus § 13 Abs. 2 SchKG nachkommen und eine wohnortsnahe, flächendeckende Versorgung mit Möglichkeiten zum Schwangerschaftsabbruch schaffen. Ein bayrischer Sonderweg, der das Angebot sogar noch verschlechtert, ist damit nicht vereinbar.

In der mündlichen Verhandlung zeigte sich überdeutlich, daß Bayern bisher keinerlei Anstrengung unternommen hat, den bundesgesetzlichen Sicherstellungsauftrag zu erfüllen. Das Verfassungsgericht konstatiert in der einstweiligen Anordnung, »daß die Voraussetzungen für die Verwirklichung der dargestellten Gesetzesziele in Bayern derzeit nicht vorliegen. Es haben erst sechs Krankenhäuser ihre Bereitschaft zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen auch nach § 218 a Abs. 1 StGB angekündigt und nur 14 von rund 1000 Gynäkologen mit der Befugnis zum ambulanten Operieren den Antrag auf Erlaubnis zum Schwangerschaftsabbruch gestellt. Selbst wenn diesen die Erlaubnis rechtzeitig erteilt würde, könnten sie den Auffall der Beschwerdeführer, die bisher weit mehr als die Hälfte aller Schwangerschaftsabbrüche in Bayern durchgeführt haben, und derjenigen Ärzte, die vor dem Erlass des Gesetzes zu Schwangerschaftsabbrüchen bereit waren, nicht ausgleichen.«<sup>46</sup>

Offen bleibt allerdings, ob Bayern spezialisierte Einrichtungen dann wird verbieten dürfen, wenn es genügend andere Angebote gibt. In anderen Bundesländern, bei-

43 EuGRZ 1997, 264, 267.

44 EuGRZ 1997, 264, 268.

45 EuGRZ 1997, 264, 267.

46 Ebd.

spielweise Hamburg, ist diese Steuerung dem Markt überlassen worden. Spezialisierte Einrichtungen und andere existieren inzwischen nebeneinander, nachdem anfänglich auch hier die Spezialisten gefragter waren.

### *6. Ausblick*

Die einstweilige Anordnung hat die Anwendung des BaySchwHEG nur für Altfälle gestoppt. Damit wird in Bayern für vorerst sechs Monate eine Doppelstruktur möglich, die Bemühungen für den Ausbau der neuen bzw. den Erhalt der alten Struktur treten geradezu in Konkurrenz. Der bayrische Staat muß kräftig Werbung in der Frauenärzteschaft betreiben, sich zur Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen auch nach § 218 a Abs. 1 StGB (beratene Schwangerschaftsabbrüche) unter dem neuen Gesetz bereit zu erklären. Das hat bereits dazu geführt, daß gleich nach der mündlichen Verhandlung, aber noch vor der Urteilsverkündung, das Bayrische Sozialministerium per Fax-Fragebogen unter den 133 Ärzten, die bisher in Bayern Schwangerschaftsabbrüche vorgenommen haben, erfragen wollte, ob und wieviele Schwangerschaftsabbrüche diese künftig durchführen könnten.<sup>47</sup> Staatliche Bemühungen um potentielle Neueinsteiger bleiben abzuwarten. Es ist derzeit jedoch eine offene Frage, ob Ärzte für die Aussicht auf relativ wenig zusätzliche Einnahmen bereit sein werden, sich den exzessiven staatlichen Überwachungsmöglichkeiten in Bayern auszusetzen, insbesondere ihre Einnahmen und Gewinne gegenüber staatlichen Kontrolleuren der Bayrischen Staatsregierung offen zu legen und Praxisdurchsuchungen mit Einsichtnahme in ihre Patientinnenkartei zu risikieren.

Selbst wenn das in größerer Zahl der Fall sein sollte, ist weiterhin offen, ob die Frauen das neue Angebot auch akzeptieren oder statt dessen lieber weiterhin den Abbruch an einem Tag ambulant vornehmen, in die Anonymität von Großstädten gehen sowie Rat und Hilfe eines erfahrenen Spezialisten einholen möchten. Denn Dauer des Abbruchs und medizinisches Risiko liegen natürlich höher, wenn ein Arzt nur hin und wieder Schwangerschaftsabbrüche durchführt. Das wirft die neue, auch verfassungsrechtlich bedeutsame Frage auf, ob der Gesetzgeber unter Verweis auf einen zusätzlichen Schutz des werdenden Lebens Frauen in eine, medizinisch betrachtet, schlechtere ärztliche Versorgungslage zwingen darf.

Die klagenden Ärzte wiederum müssen alle Sorgfalt in die Beratung zugunsten des werdenden Lebens setzen. Schon bisher zeigte eine Auswertung der Münchner Patientinnenkartei der Münchner Großpraxis allerdings, daß von den Frauen, die bereits eine anderweitig bescheinigte Beratung erhalten hatten, nach Beratung in der Praxis nochmals 10 Prozent von einem Schwangerschaftsabbruch Abstand nahmen und erklärten, sie wollten das Kind nun doch austragen. Die Beratung erfolgt also zumindest in den hier in Frage stehenden spezialisierten Einrichtungen ohnehin schon im Sinne des Lebensschutzes.

Auch nach Erlaß der einstweiligen Anordnung völlig offen ist, ob die bundesrechtliche Regelung des beratenen Schwangerschaftsabbruchs nachbesserungsbedürftig ist und ob der bayrische Gesetzgeber nach dem grundgesetzlichen Kompetenzgefüge dazu berechtigt war, ein von ihm als unzulänglich eingeschätztes Bundesgesetz nachzubessern. Da der Bund hier im Rahmen seiner konkurrierenden Zuständigkeiten zu Fragen der ärztlichen Zulassung und Strafbarkeit eine abschließende Regelung treffen wollte und durfte<sup>48</sup>, müßte die Antwort in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eigentlich lauten: Die Länder

<sup>47</sup> Vgl. SZ 12. 6. 1997; FR 13. 6. 1997.

<sup>48</sup> Vgl. D. Oberlies, Die Bayerischen Abtreibungsgesetze, ZRP 1997, S. 149 ff.

sind nicht berechtigt, Gesetzgebungsbefugnisse dort in Anspruch zu nehmen, wo sie im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung eine abschließende Regelung für unzulänglich und darum reformbedürftig erachten. Das Grundgesetz weist ihnen nicht die Aufgabe zu, kompetenzmäßig getroffene Entscheidungen des Bundes »nachzubessern«.<sup>49</sup>

Selbst wenn Bayern jedoch hätte nachbessern dürfen, wäre immer noch zu klären, ob der damit verbundene massive Eingriff in die Berufsfreiheit der Ärzte (und die Freiheit der Arztwahl bei den Frauen) zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels erforderlich, geeignet und verhältnismäßig ist. Statt eines Verbots spezieller Einrichtungen und einer strafrechtlich flankierten staatlichen Überwachung aller Ärzte, die Schwangerschaften abbrechen, wäre hier vorrangig daran zu denken gewesen, die Beratungstätigkeit im Rahmen der ärztlichen Selbstverwaltung überwachen zu lassen. Das BaySchHEG nimmt nicht nur auf Bundesebene, sondern auch gegenüber der ärztlichen Selbstverwaltung im Freistaat Bayern eine massive Kompetenzumschichtung vor und ist eine deutliche gesetzliche Mißtrauenserklärung gegenüber beiden Ebenen.

Das an die Ärzte gerichtete Verbot, einen Abbruch vorzunehmen, wenn die Frau ihnen nicht zuvor ihre Gründe dargelegt hat (sog. Inquisitionspflicht), hat in der mündlichen Verhandlung keine Rolle gespielt. Denn sie belastet im Faktischen weniger die Ärzte als die betroffenen Frauen. Einstweilen ausgesetzt wurde die Inquisitionspflicht ohne nähere Begründung nicht.

Auch die neuen Kontrollbefugnisse der Bayrischen Staatsregierung samt Sanktionen blieben in der mündlichen Verhandlung unerörtert. Die einstweilige Anordnung äußert sich hierzu ebenfalls nicht, sondern bezieht sie schlicht nicht mit ein in die Aussetzung. Das paßt zu dem Konzept der Erprobung paralleler Wege, den Sicherstellungsauftrag zu erfüllen. Denn diese Regelungen hätten nur mit Wirkung für alle bayrischen Ärzte ausgesetzt werden können, da es insofern keine Differenzierungsgründe gibt. Da vermutlich gerade die Kontrollbefugnisse und Sanktionen, neben den Anfeindungen von bayrischer Staatsgewalt und Kirche, zur Zurückhaltung neuer Ärzte führen, beratene Schwangerschaftsabbrüche in Bayern anzubieten, durfte das Gericht sie nicht generell aussetzen, wenn es einen realistischen Eindruck von der Leistungsfähigkeit des bayrischen Sonderweges erhalten will. Die Beschwerdeführer werden das vorerst durchstehen, mußten ihr Scheitern in diesen letzten Punkten allerdings damit bezahlen, daß ihnen ein Viertel ihrer Auslagen für die einstweilige Anordnung nicht von Bayern erstattet werden muß.

<sup>49</sup> BVerfGE 36, 193, 211; 36, 314, 320; 85, 134, 147.