

Pläoyer für eine Legalisierung des selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruchs

ifw-Stellungnahme für die Kommission zur reproduktiven Selbstbestimmung und Fortpflanzungsmedizin

Jessica Hamed / Jörg Scheinfeld / Michael Schmidt-Salomon

ABSTRACT

In einer offenen Gesellschaft ist nicht die Freiheit begründungsbedürftig, sondern jegliche Einschränkung der Freiheit. Dieser Grundsatz konstituiert den freiheitlichen Rechtsstaat und gilt auch für die Entscheidung einer Frau, ihre Schwangerschaft abzubrechen. Jedoch haben weder der Gesetzgeber noch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) juristisch haltbare Gründe für die Begrenzung dieses individuellen Selbstbestimmungsrechts vorgelegt. Tatsächlich weist die vom BVerfG in zwei Entscheidungen¹ dem Gesetzgeber aufgenötigte Lösung „fundamentale Inkonsistenzen im geltenden Recht“ auf.² Dabei leiden beide höchstrichterlichen Entscheidungen unter der Fehlannahme eines angeblichen Grundrechtsschutzes des Embryos oder Fötus, der sich exegetisch weder aus dem Grundgesetz noch aus den Gesetzesmaterialien ableiten lässt.

Das *Institut für Weltanschauungsrecht (ifw)* spricht sich dafür aus, den selbstbestimmten Schwangerschaftsabbruch vollständig, d.h. ohne jegliche Fristen, zu legalisieren und die §§ 218 ff. StGB zu streichen. Der gegen oder ohne den Willen der Schwangeren durchgeführte Abbruch sollte in einem neuen § 226b StGB unter Strafe gestellt werden.³ Berufsrechtlich ist Ärztinnen und Ärzten aufzugeben, der Schmerzempfindlichkeit des entwickelten Fötus im seltenen Falle eines nach dem ersten Trimester stattfindenden Schwangerschaftsabbruchs durch geeignete Methoden Rechnung zu tragen. Ferner ist ein niedrigschwelliges Beratungsangebot für Schwangere im Falle eines Konflikts vorzuhalten.

1 BVerfGE 39, 1; BVerfGE 88, 203.

2 Vgl. zu allem NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 13.

3 Vgl. Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb): Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, 08.12.2022, S. 5.

BEGRÜNDUNG

Kein Grundrechtsschutz des Embryos oder Fötus

Weder die Blastozyste noch der Embryo noch der Fötus sind Grundrechtsträger. Wie u. a. ifw-Beirat Reinhard Merkel dargelegt hat, lässt sich der angebliche Grundrechtsschutz von Föten, Embryonen oder Blastozysten rechtlich nicht begründen.⁴ Ohne dieses Fundament stehen sich jedoch gerade nicht zwei Grundrechtsträger gegenüber, weshalb die Notwendigkeit einer juristischen Güterabwägung entfällt. Es bleibt für den Staat somit die Pflicht, das Selbstbestimmungsrecht der ungewollt Schwangeren (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG) und ihr Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 Satz 1 Var. 1 und 2 GG) zu schützen.⁵ Eine andere Rechtsauffassung vertrat das BVerfG in seinen diesbezüglichen Entscheidungen (Schwangerschaftsabbruch I und II) und postulierte eine Schutzpflicht für das „ungeborene Leben“ aus Art. 2 Abs. 2 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG. Die hierfür vorgebrachten Argumente halten jedoch keiner kritischen Prüfung stand.

Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes

Das BVerfG setzte die angebliche Schutzpflicht gegenüber dem sich im Mutterleib entwickelnden Embryo/Fötus apodiktisch voraus und versuchte diese in seiner ersten Entscheidung unter anderem mit der Entstehungsgeschichte des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu untermauern. Der Senat behauptete – entgegen den Gesetzesmaterialien –⁶ aus der Norm ergäbe sich, dass „jedes menschliche Leben zu schützen“⁷ sei. Die Vorfestlegung des Senats fernab juristisch valider Argumente wird bereits im ersten Satz der Begründung deutlich: „Die ausdrückliche Aufnahme des an sich *selbstverständlichen Rechts auf Leben in das Grundgesetz* – anders als etwa in der Weimarer Verfassung – erklärt sich hauptsächlich als Reaktion auf die ‚Vernichtung lebensunwerten Lebens‘, auf ‚Endlösung‘ und ‚Liquidierung‘, die vom nationalsozialistischen Regime als staatliche Maßnahmen durchge-

4 Vgl. ausführlich NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14-16 und 22.

5 Deutscher Juristinnenbund e. V. (djb), Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, S. 2.

6 NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB vor § 218 Rn. 14.

7 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151.

führt wurden.⁸ Dass das BVerfG in derselben Entscheidung ausgerechnet in der „eugenischen“ Indikation einen berechtigten Grund erblickte, die Austragung der Schwangerschaft als „unzumutbar“ anzusehen,⁹ wirkt vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Verbrechen an Menschen mit Behinderungen zynisch.

Allgemeines Preußisches Landrecht

Auch die Herleitungsversuche, die das BVerfG in seiner zweiten Entscheidung anstelle, können bei genauerer Betrachtung nicht überzeugen. So führte der Senat die unterstellte „Menschenwürde“ des „ungeborenen Lebens“ auf das Allgemeine Preußische Landrecht zurück. Zur Bestätigung der eigenen Rechtsauffassung wurde diese nicht unproblematische Rechtsquelle ohne weitere Einordnung *en passant* in einem Klammerzusatz hinzugefügt: „(vgl. bereits § 10 I 1 ALR: „Die allgemeinen Rechte der Menschheit gebühren auch den noch ungeborenen Kindern, schon von der Zeit ihrer Empfängnis.“)¹⁰ Die Rechtsquelle eignet sich schon deshalb nicht, weil sich das dortige Verbot des Schwangerschaftsabbruchs durch bevölkerungspolitische Ziele erklärt und nicht auf der Idee von Menschenrechten fußt.¹¹ Zudem trägt der Verweis auf das ALR nicht zur Klärung der Auslegungsfrage bei, ob der Verfassungsgesetzgeber die Erstreckung der Grundrechte auf Ungeborene wollte.

Potenzialität

Schon das bloße „Potenzial“, zu einem vollwertigen Menschen heranzureifen, genügte dem BVerfG, um bereits den ersten eingenisteten Zellformationen „Menschenwürde“ zuzusprechen.¹² Aus bloßen Potenzialitäten lassen sich jedoch keine Rechtsfolgen ableiten: „So ist jeder Mensch, der einen

8 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 135 eigene Hervorhebung.

9 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 166.

10 BVerfG, Urteil vom 28. Mai 1993 – 2 BvF 2/90 –, juris Rn. 158.

11 Vgl. Michael Schmidt-Salomon: Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat. Stellungnahme zur Verfassungsbeschwerde gegen § 219a StGB (2 BvR 390/21). Oberwesel, März 2022, S. 7 f.

12 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 151: „Wo menschliches Leben existiert, kommt ihm Menschenwürde zu; es ist nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewußt ist und sie selbst zu wahren weiß. Die von Anfang

Lottoschein ausfüllt, ein ‚potenzieller Millionär‘ und jeder, der eine Waffe trägt, ein ‚potenzieller Mörder‘. Dennoch würde sicherlich niemand der Behauptung zustimmen, dass solche ‚Potenzialitäten‘ bereits ausreichten, um dem einen den Lotto-Jackpot auszuzahlen und den anderen lebenslang hinter Gitter zu bringen. Zwar liegen in diesen Fällen die Bedingungen der Verwirklichung des Potenzials in Umständen außerhalb des jeweiligen Besitzers des Potenzials. Aber das ist beim Embryo nicht anders. Auch dessen Potenzial verwirklicht sich erst durch das erfolgreiche Austragen der Schwangerschaft durch die Mutter.¹³ Das „Potenzialitäts-Argument“ ist wohl mitursächlich für das „ungute Gefühl“, das einige Bürgerinnen und Bürger – möglicherweise auch Verfassungsrichter*innen – beim Gedanken an den Schwangerschaftsabbruch beschleicht. Denn viele Menschen schließen aus der Perspektive ihres erwachsenen Ichs darauf, dass sie als Embryo ein potenzielles Interesse am eigenen Überleben gehabt hätten. Doch dieser Schluss beruht auf einem Denkfehler, den man sich leicht verdeutlichen kann: Hätte meine Mutter „mich“ als Embryo abgetrieben, wäre dies für „mich“ kein Problem gewesen, da ein „Ich“, das Probleme hätte haben können, gar nicht erst entstanden wäre.¹⁴

Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit

Auch die angebliche genetische „Einmaligkeit und Unverwechselbarkeit“ des „ungeborenen Lebens“ war für den Senat ein Grund für das Zuschreiben von Menschenwürde. Damit überging er zum einen, dass eineiige Zwillinge genetisch nicht „einmalig“ sind, jedoch mit ihrer Geburt den gleichen Anspruch auf Menschenwürde wie jede andere Person haben, und zum anderen, dass alle nichtmenschlichen Tiere (sofern sie keine eineiigen Zwillinge, Drillinge etc. sind) ebenfalls genetisch einmalig sind, ohne dass ihnen deshalb „Menschenwürde“ zugeschrieben wird. – Ein einsichtiger Anknüpfungspunkt für die Begründung der Menschenwürde ist hingegen die „Allgemeine Erklärung der Menschenrechte“ (AEMR), die indes der Entscheidung des BVerfG widerstreitet. In der AEMR wird dem Menschen nämlich eine besondere „Würde“ zugewiesen, weil er „mit Vernunft und

an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügen, um die Menschenwürde zu begründen.“

13 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 14 f.

14 Vgl. hierzu Dieter Birnbacher: Gibt es rationale Argumente für ein Abtreibungsverbot? In: Revue Internationale de Philosophie, Vol. 49, No. 193/3/1995.

Gewissen begabt“ ist, woraus sich spezifische „Interessen“ ergeben, welche nicht-personale Lebewesen ohne Ich-Bewusstsein – wie etwa Embryos und Fötten – gar nicht ausbilden können.

Rechtsperson ab der Geburt

Die vorgenannte Definition erfüllt zwar auch kein neugeborener Säugling. Die Schlussfolgerung des Bundesverfassungsgerichts¹⁵ in seiner ersten Entscheidung zum Schwangerschaftsabbruch geht jedoch aufgrund eines Kategorienfehlers fehl: „Tatsächlich kann der Säugling sehr wohl eine *Rechtsperson* sein, ohne dabei notwendigerweise auch die Bedingungen einer *empirischen Person* erfüllen zu müssen. Zwar unterscheidet sich ein neugeborener Säugling im Hinblick auf das personale Bewusstsein nicht fundamental von dem Fötus, der er kurz zuvor noch war, jedoch bildet die Geburt eine *anthropologisch sinnvolle, „natürliche“ Grenze*, um ihm Personenrechte einzuräumen, die er pränatal noch nicht besaß.“¹⁶ Diese *Grenzziehung* entspricht auch Artikel 1 der UN-Menschenrechtserklärung, der die Grundlage für Artikel 1 des deutschen Grundgesetzes bildet. Schließlich heißt es in Art. 1 AEMR explizit, dass alle Menschen „frei und gleich an Würde und Rechten geboren“ sind – und eben nicht *gezeugt* oder *empfangen*. Dies ist wohl ein Grund dafür, weshalb sich das BVerfG auf das antiquierte Allgemeine Preußische Landrecht statt auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte bezog. In dieselbe Richtung weist auch § 1 BGB, der die Rechtsfähigkeit des Kindes mit der Vollendung der Geburt beginnen lässt. Es würde zu dem rechtslogisch inkonsistenten Konstrukt eines „*nicht rechtsfähigen Grundrechtsträgers*“¹⁷ führen, wenn das Grundgesetz eine andere Grenzziehung vornähme als das Bürgerliche Gesetzbuch.

15 BVerfG, Urteil vom 25. Februar 1975 – 1 BvF 1/74 –, juris, Rn. 136: „Der (mit der Nidation] begonnene Entwicklungsprozess ist [...] nicht mit der Geburt beendet; die für die menschliche Persönlichkeit spezifischen Bewusstseinsphänomene z. B. treten erst längere Zeit nach der Geburt auf. Deshalb kann der Schutz des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG weder auf den ‚fertigen‘ Menschen nach der Geburt noch auf den selbständig lebensfähigen *nasciturus* beschränkt werden. Das Recht auf Leben wird jedem gewährleistet, der ‚lebt‘; zwischen einzelnen Abschnitten des sich entwickelnden Lebens vor der Geburt oder zwischen ungeborenem und geborenem Leben kann hier kein Unterschied gemacht werden.“

16 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat, S. 16.

17 Vgl. hierzu Rolf D. Herzberg / Annika I. Herzberg: Der Beginn des Menschseins im Strafrecht: Die Vollendung der Geburt. In: JZ 22/2001, S. 1106 ff.

Pläoyer für eine verfassungskonforme, rechtslogische Regelung zum Schwangerschaftsabbruch

Die bisherigen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch führen zu schwerwiegenden rechtslogischen Inkonsistenzen. Nur ein Beispiel unter vielen: Zwar soll der beratene Schwangerschaftsabbruch nach § 218a Abs. 1 StGB in jedem Fall *rechtswidrig* sein, da er angeblich mit der absichtlichen Tötung eines Grundrechtsträgers einhergeht, gleichzeitig jedoch gilt es laut BVerfG als verfassungsgemäße „*Staatsaufgabe*“, geeignete Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass Frauen solche „*rechtswidrigen Handlungen*“ gefahrlos begehen können – was nichts anderes bedeutet, als dass der Staat „*von Rechts wegen zum Unrecht verpflichtet ist*“.¹⁸

Nicht zu übersehen ist auch der eklatante Verstoß gegen das Verfassungsgebot der „weltanschaulichen Neutralität“: So sind die aktuellen Regelungen zum Schwangerschaftsabbruch erkennbar aus dem Dogma der „Simultanbeseelung“ abgeleitet, das 1869 von dem – selbst in katholischen Kreisen – umstrittenen Papst Pius IX. verkündet wurde. Zuvor galt der Schwangerschaftsabbruch auf der Basis der „*Sukzessivbeseelung*“ in den ersten 80 Tagen als erlaubt. Indem der deutsche Gesetzgeber – nach den Urteilssprüchen aus Karlsruhe – das Glaubensdogma der „Simultanbeseelung“ (wenn auch in leicht abgeschwächter Form)¹⁹ zur allgemein gültigen Norm erhob (nämlich in den §§ 218 ff. StGB), verstieß er gegen das Diskriminierungsverbot des Grundgesetzes (Art. 3 Abs. 3 GG): Der Staat *privilegierte* Menschen, die mit den Vorgaben der Amtskirche übereinstimmen, und *diskriminierte* all jene, die diese Überzeugungen nicht teilen. Dies betrifft nicht nur die vielen Bürgerinnen und Bürger, die religiöse Besetzungskonzepte *per se* ablehnen (inzwischen die Mehrheit in Deutschland)²⁰, sondern beispielsweise auch gläubige Juden, für die das menschliche Leben

18 NK-StGB/Merkel, 6. Aufl. 2023, StGB § 218a Rn. 59.

19 Bei Pius IX. galt schon die befruchtete Eizelle als „*beseelter*“ und damit „*vollständiger Mensch*“, das BVerfG wies erst der eingenisteten Blastozyste „*Menschenwürde*“ zu.

20 Vgl. die Daten der *Forschungsgruppe Weltanschauungen in Deutschland* (fowid): www.fowid.de.

erst mit der Geburt beginnt,²¹ oder Muslime, für die der Fötus erst ab dem 120. Tag der Schwangerschaft „beseelt“ ist.²²

Wie an anderer Stelle ausführlicher dargestellt wurde,²³ ist die mit der rechtlichen *Aufwertung* von Blastozysten, Embryonen und Föten einhergehende *Abwertung* der Grundrechte der Frau als verfassungswidrig einzustufen. Konkret handelt es sich dabei um Verstöße gegen Art. 1 Abs. 1 GG (Menschenwürde) in Verbindung mit Art. 2 Abs 1 und 2 GG (freie Entfaltung der Persönlichkeit und Verbot der Körperverletzung²⁴) sowie mit Art. 3 Abs. 1-3 GG (Gleichheit vor dem Gesetz, Gleichheit von Mann und Frau, Verbot von Diskriminierungen aufgrund von religiösen/weltanschaulichen und politischen Anschauungen).

Diese Verfassungsverstöße und die mit ihnen zusammenhängenden rechtslogischen Inkonsistenzen könnten überwunden werden, indem anerkannt würde, dass Blastozysten, Embryonen und Föten auf Basis der geltenden Rechtsordnung (namentlich der AEMR, des Grundgesetzes und selbst des BGB) keine Grundrechtsträger sein können. Das heißt nicht, dass entwickelten Föten keinerlei Schutz zukommen sollte. Zwar haben sie kein „Überlebensinteresse“ (da sie noch nicht über ein Ich-Bewusstsein verfügen und die Zukunft nicht antizipieren können), doch im Unterschied zu Blastozysten und Embryonen sind sie spätestens ab der 28. Schwangerschaftswoche in der Lage, Schmerzen zu empfinden. Entwickelte Föten haben zwar kein Interesse am Überleben, wohl aber das Interesse, keine Schmerzen zu erleiden. Berufsrechtlich ist Ärztinnen und Ärzten daher aufzugeben, der Schmerzempfindlichkeit²⁵ des entwickelten Fötus im seltenen

21 Vgl. Sarah Werren: Bioethik und Judentum. Bundeszentrale für Politische Bildung (2014), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/197720/bioethik-und-judentum/>.

22 Vgl. Thomas Eich: Bioethik und Islam. Bundeszentrale für Politische Bildung (2013), <https://www.bpb.de/themen/umwelt/bioethik/33736/bioethik-und-islam/>.

23 Schmidt-Salomon, Schwangerschaftsabbruch im liberalen Rechtsstaat.

24 Wenn Frauen gegen ihren Willen dazu gezwungen werden, eine Schwangerschaft auszutragen, handelt es sich durchaus um einen Akt der Körperverletzung, zumal 7 von 100.000 Frauen die Schwangerschaft in Deutschland nicht überleben, siehe hierzu: WHO et al.: Trends in maternal mortality: 2000 to 2017. Genf 2019.

25 Vgl. hierzu Hartmut Kreß, MedR 2023, 699, 701, <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00350-023-6552-3.pdf?pdf=button>, der in seiner (rechtsethischen) Betrachtung den Zeitpunkt der bewussten Schmerzempfindung in den Vordergrund rückt.

Falle eines nach dem ersten Trimester stattfindenden Schwangerschaftsabbruchs²⁶ durch geeignete Methoden Rechnung zu tragen.

FAZIT

Eine Regelung zum Schwangerschaftsabbruch außerhalb des Strafgesetzbuchs ist *verfassungsrechtlich zulässig, wenn nicht sogar verfassungsrechtlich geboten*. Die §§ 218 ff. StGB halten rechtslogische Inkonsistenzen und für Ärzte und Schwangere unzulässige Etikettierungen als „rechtswidrig“ Handelnde bereit; diese sollten beseitigt werden. Einzig der Schwangerschaftsabbruch gegen oder ohne den Willen der Frau sollte weiterhin unter Strafe gestellt werden – und zwar im Rahmen eines neu zu schaffenden § 226b StGB. An die Stelle der bisherigen Beratungspflicht sollte ein niedrigschwelliges Beratungsangebot treten, in dessen Rahmen darauf hingewiesen werden kann, dass Schwangerschaftsabbrüche in einem möglichst frühen Stadium erfolgen sollten, um entwickelten Föten Leid zu ersparen. Diese und andere Maßnahmen²⁷ halten wir nicht nur für rechtlich zwingend, sondern auch für praktisch erforderlich, um die immer schlechter werdende Versorgungslage für ungewollt Schwangere in Deutschland zu verbessern.

26 Vgl. Doctors for Choice Germany: Positionierung für eine gesetzliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs, August 2023.

27 Weitere sinnvolle Maßnahmen wären die Aufnahme des Schwangerschaftsabbruchs in die ärztliche Ausbildung, die Übernahme der Kosten eines Abbruchs durch die gesetzlichen Krankenkassen sowie die Aufhebung des kooperativen Verweigerungsrechts für (konfessionelle) Krankenhäuser im System der GKV, vgl. Deutscher Juristinnenbund e.V. (djb), Policy Paper „Schwangerschaftsabbruch“, S. 7 f.