

bände ist dieses negative Ergebnis insbesondere eine Folge der letzten Novelle des GenG von 1973.

Entgegen der allgemeinen Auffassung ist es somit nicht dringend erforderlich, eine neue Rechtsform speziell für alternative Betriebe zu entwickeln.<sup>62</sup> Vielmehr hat sich gezeigt, daß nicht nur die produktivgenossenschaftlich organisierten Betriebe, sondern auch die weiterentwickelten Betriebskonzeptionen ein passendes Rechtskleid im vorgegebenen Katalog des Gesellschaftsrechts finden können. Im Gegenteil steht bei einer neuentwickelten alternativen Rechtsform zu befürchten, daß sie die Vielfalt der Projekte einschränkt und damit diese nicht von unsachgerechten Zwängen befreit, sondern nur in ein neues Korsett zwingt.

## Peter Finger

### Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation in der Ehe

#### 1. Einleitung

1. Vor einigen Monaten sorgte ein Beschluß des AG Köln<sup>1</sup> in den Massenmedien für heftige Resonanz und für einige Aufregung im politischen Alltagsgeschäft. Auch das juristische Fachschrifttum spiegelte diese Beunruhigungen – mit den üblichen Filterungen und Abschwächungen – zunächst wider, wobei sich engagierte Kritik<sup>2</sup> an der vom AG Köln empfohlenen Linie und die tatkräftige Überzeugung, das Gericht habe zur allein richtigen Lösung gefunden<sup>3</sup>, ungefähr die Waage hielten. Inzwischen haben sich die Wellen eher wieder geglättet, ohne allerdings dauerhafte Spuren hinterlassen zu haben. In meinen Augen ist das besonders bedauerlich, ist doch für mich bisher der dem AG Köln unmittelbar vorliegende Konflikt im Ergebnis kaum zureichend und in der Sache jedenfalls nicht abschließend erfaßt und behandelt, vor allem aber sind die über diesen Konflikt hinausreichenden grundsätzlichen Dimensionen nicht erschlossen oder bewertet: Wie nämlich<sup>4</sup> in der Ehe (und in sonstigen Verbindungen) Absprachen über »Geschlechtsgemeinschaft«<sup>5</sup> und gelebte Sexualität, Familienplanung und Geburtenkontrolle, Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation zu treffen sind und wie Entscheidungen fallen – und durch wen –, wenn solche Absprachen fehlschlagen oder aus welchen Gründen immer gar nicht erst gesucht werden. Ein Punkt scheint mir dabei schon jetzt selbstverständlich zu sein: Vorschläge und Modelle, die sich auf verantwortete und praktizierte Partnerschaft der Ehegatten berufen – wie die des AG Köln –, müssen diese Partnerschaft auch tatsächlich einschließen und garantieren, sie dürfen den Begriff

62 So zuletzt Höland, KJ 1985, S. 1, 7f.

1 AG Köln, NJW 1985, 2201; vgl. ähnlich schon Entscheidung der Eur. Kommission für Menschenrechte, EuGRZ 1981, 20 und v. Hippel, JZ 1986, 53 (60).

2 Als Beispiel: Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175.

3 Als Beispiel: Roth-Stielow, NJW 1985, 2746.

4 Das soll nicht heißen, daß ich schon selbstverständlich von einer vorgeschriebenen Aufgabenverteilung ausgehe, vielmehr müssen Absprachen getroffen werden, wenn auch nicht mit rechtlicher Verbindlichkeit, vgl. dazu § 1353 BGB und gleich im folgenden.

5 Um dieses wenig schöne Wort nun auch einmal zu gebrauchen, vgl. RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 31.

nicht lediglich wie ein Transparent oder Bekenntnis vor sich hertragen. Umgekehrt darf ein Ansatz, der auf letzte Verbindlichkeiten bei den Absprachen der Gatten verzichtet und einen von ihnen bei Unstimmigkeiten entscheiden läßt – beim Schwangerschaftsabbruch: die Frau –, nicht gleich und von vornherein wegen »fehlender Partnerschaftlichkeit« und damit als gesetz- oder grundgesetzwidrig verworfen werden, wenn er mehr oder weniger offen resignativ nur seine Folgerungen aus den veränderten Verhältnissen zieht und auf diese Veränderungen zu reagieren versucht. Denn offensichtlich und mit Händen zu greifen ist doch: Kann ein Ehegatte bei Gericht seine Richtigkeitsvorstellungen gegen den Widerstand des anderen stets und ohne Gegeneinwände durchsetzen (in aller Regel: der Mann; kaum denkbar: die Frau), ist *ihm* die Verantwortung und Entscheidung<sup>6</sup> *allein* vorbehalten – ist das partnerschaftlich?

2a. AG Köln, NJW 1985, 2201, überträgt einem Ehemann und werdenden Vater im Wege der einstweiligen Anordnung eine »Angelegenheit der elterlichen Sorge« nach § 1628 BGB, gibt ihm damit Gelegenheit, die notwendigen Schritte einzuleiten und letztlich zu verhindern, daß seine Frau eine von ihr ungewollte Schwangerschaft gegen seinen Willen abbricht. Bemerkenswert sind schon die verfahrensrechtlichen Einzelheiten. Mit Schriftsatz vom 15. 3. 1984 wurde der Antrag des Antragstellers beim Vormundschaftsgericht nach § 1628 BGB anhängig, gleichzeitig wurde beim Landgericht im Wege der einstweiligen Verfügung beantragt, der Frau den beabsichtigten Schwangerschaftsabbruch zu untersagen und den Facharzt für Frauenheilkunde, den sie aufgesucht und der sich nach der vorangegangenen, gesetzlich vorgeschriebenen Beratung für einen Eingriff entschieden hatte, entsprechend zu informieren. Das angerufene Landgericht erteilte darauf Termin für Ende März 1984 an, obwohl sich die Frau bereits Mitte März in der 10. Schwangerschaftswoche befand, im übrigen informierte es den »für die Abtreibung ausersehenen Frauenarzt« (so wörtlich), der dann seine Mitwirkung aufkündigte; andererseits ließe, sich auch die Mutter selbst – das AG Köln teilt allerdings nicht mit, mit welchen Mitteln – von ihrem Vorhaben im weiteren Verlauf abbringen. Um die einstweilige Verfügung beim LG überhaupt beantragen zu können, mußte der Vater nach § 1628 BGB »für das Kind« vorgehen; noch am 15. 3. 1984 – NJW 1985, 2201 – gab das AG daher seinem Antrag statt. Lakonisch vermerkt die Red. der FamRZ<sup>7</sup> zum weiteren Geschehen: »Nachdem zwölf Wochen der Schwangerschaft abgelaufen waren, kam eine Unterbrechung nach § 218a Abs. II Nr. 3 und Abs. III StGB wegen der Gefahr einer Notlage nicht mehr in Betracht. Der Antrag auf Erlaß einer einstw. Verfügung wurde zurückgenommen<sup>8</sup>. Das Kind wurde inzwischen gesund geboren.«

b. Ob das AG Köln die Gewichte allerdings zutreffend verteilt, ist für mich eher zweifelhaft, um es einmal zurückhaltend zu formulieren. § 1628 BGB setzt voraus, daß sich Eltern in einer Angelegenheit der elterlichen Sorge nicht einigen können, folglich muß das Vormundschaftsgericht – auf Antrag des Vaters oder der Mutter – die Entscheidungsbefugnis in diesem Punkt einem Elternteil übertragen (nicht etwa: selbst Lösungen entwickeln), wenn die Sache wichtig ist, wobei Orientierungsmaßstab stets das Wohl des Kindes bleibt. Sicherlich war die Angelegenheit, die dem AG Köln zur Entscheidung vorlag, von großer Wichtigkeit, und ebenso sicher konnten sich die Eltern nicht (mehr) verständigen, doch ist § 1628 BGB eben lediglich angesprochen, wenn eine »Angelegenheit der elterlichen Sorge« betroffen ist. Nach § 1912 II BGB obliegt den Eltern zwar auch die Sorge für die Leibesfrucht, deshalb ist im Ergebnis für die Anwendbarkeit von § 1628 BGB nicht hinderlich, daß das Kind noch nicht geboren war. Eltern ist aber die Disposition über das Leben des Kindes ebenso entzogen wie die freie Bestimmung über die Austragung oder den

<sup>6</sup> Das ist der Kern von AG Köln, NJW 1985, 2201; dazu schon Finger, sozial-extra 1985, Heft 7/8, S. 13.

<sup>7</sup> FamRZ 1985, 519.

<sup>8</sup> Da sich die Angelegenheit eben schon tatsächlich erledigt hatte; das LG brauchte sich danach nicht mehr mit der schwierigen Suche nach einem Verfügungsanspruch zu beschäftigen – wäre § 1353 BGB tatsächlich eine tragfähige Grundlage? Welches Gericht ist dann zuständig? Dazu kritisch Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1100).

Abbruch der Schwangerschaft, im Grunde eine Selbstverständlichkeit<sup>9</sup>. Zivilrechtliche Vorschriften sind verdrängt von strafrechtlichen Sondervorschriften um § 218a StGB; für offenen Mißbrauch<sup>10</sup> mag man seltene »Ausnahmen« diskutieren (doch: was ist »offener Rechtsmißbrauch«?), doch ist dabei jedenfalls § 1666 BGB und die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts von Amts wegen berührt, eine Tätigkeit für die ein »Antrag« nach § 1628 BGB immerhin ein Anstoß sein mag. Im übrigen sind, einmal abgesehen von den verfahrensrechtlichen Zufälligkeiten, die im Ergebnis ohne Sachentscheidung schon *faits accomplis* schufen, die Folgerungen aus AG Köln fatal: Die in § 218a StGB der Mutter eingeräumte Befugnis, ihr Selbstbestimmungsrecht selbst dem Schutz des ungeborenen Lebens entgegenzusetzen, ist zivilrechtlich zumindest in Teilbereichen aufgehoben oder stark relativiert, statt dessen wird ihrem Ehemann, der ihren Entschluß zum Schwangerschaftsabbruch nicht mitträgt, ein vorrangiges Recht eingeräumt, das sich im Konfliktfall *stets* und *notwendig* durchsetzen wird – über § 1628 BGB kann er seine Frau zum Austragen der Schwangerschaft »zwingen«. § 218a StGB wäre dann für verheiratete Frauen, die ihren Ehemann nicht von der Richtigkeit ihrer Position überzeugen können, praktisch bedeutungslos, eine bereits auf den ersten Blick überraschende und wenig einsichtige Folge<sup>10a</sup>.

## II. Schwangerschaftsabbruch; Sterilisation – Statistik, strafrechtliche Rahmenbedingungen

1a. In der Bundesrepublik Deutschland wurden 1984 584 157 Kinder geboren, von ihnen trugen 54 795 eine ausländische Staatsangehörigkeit<sup>10b</sup>. Die Folgeprobleme dieses Geburtenverhaltens der einheimischen und der ausländischen Bevölkerung sind dabei bekannt, Lösungen haben wir bisher nicht einmal ansatzweise entwickeln oder gar realisieren können. Über die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche gibt es dagegen im wesentlichen Schätzungen; allerdings dürften diese Schätzungen der Wirklichkeit insgesamt recht nahekommen, da sie sich auf weitgehend gesicherte Zwischendaten berufen können. Nach einem Bericht des Dt. Ärzteblattes<sup>11</sup> sollen 1984 allein zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherungen etwa 200 000 Eingriffe vorgenommen und abgerechnet worden sein; hinzuzuzählen wären von vornherein die Schwangerschaftsabbrüche, deren Kosten Beamtinnen im Wege der Beihilfe bei ihrer Erstattungsstelle<sup>12</sup> geltend machen sowie die Eingriffe, für die die Ärzte aus welchen Gründen immer andere Abrechnungsmodalitäten wählen<sup>13</sup>, die sie an Privatpatientinnen vornehmen und denen sich deutsche Frauen im Ausland unterziehen<sup>14</sup>. Danach ist der Schluß, daß »minimal 260 000 deutsche Frauen jährlich einen Schwangerschaftsabbruch ausführen lassen,

<sup>9</sup> Vgl. dazu auch Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175 (2176); ähnlich Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1100).

<sup>10</sup> So Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175 (2177) und wohl auch v. Hippel, JZ 1986, 53 (58); im übrigen vgl. zu diesem Punkt unten III.3b.

<sup>10a</sup> Besonders plastisch äußert sich deshalb die taz vom 6. 6. 1985 S. 1: »Ihr Bauch gehört ihm«, vgl. dazu auch Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1097).

<sup>10b</sup> Stat. Jahrbuch Bundesrepublik Deutschland Tabelle S. 71.

<sup>11</sup> Für diese Angaben beziehe ich mich auf v. Hippel, JZ 1986, 53 (54 Fn. 23).

<sup>12</sup> In allen Bundesländern – außer Baden-Württemberg und inzwischen Bayern, dazu gleich – wird eine Beihilfe nach den beamtenrechtlichen Beihilfebestimmungen zum Schwangerschaftsabbruch einer Beamtin oder sonst Beihilfeberechtigten auch bei sozialer Indikation gewährt, dazu die Angaben bei v. Hippel, JZ 1986, 53 (54 Fn. 18); eine Ausnahme macht eben Baden-Württemberg, vgl. VGH Mannheim, NJW 1984, 1416 – diese Regelung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, so der VGH. Bayern hat die Beihilfe in solchen Situationen mit Wirkung ab 1. 10. 1985 abgeschafft, FAZ v. 27. 7. 1985, S. 1.

<sup>13</sup> Verschleierungsabsichten – so v. Hippel, JZ 1966, 53 (54 Fn. 23) – müssen dabei nicht prägend sein, eher schon »Diskretionsgründe«.

<sup>14</sup> Und leider gibt es wohl immer noch in nicht ganz unbeträchtlicher Zahl offen illegale Eingriffe mit ihren oft verhängnisvollen Folgen.

noch wahrscheinlicher jedoch... (eine) Anzahl zwischen 300 000 und 350 000<sup>15</sup>, nachvollziehbar. Zwar weist die offizielle Statistik lediglich 86 298 Eingriffe für 1984<sup>16</sup> (von ihnen 10 356 nach medizinischer, 1242 nach psychiatrischer, 1600 nach eugenischer, 93 nach kriminologischer Indikation und 71 904 wegen einer sonstigen schweren Notlage – 1103 unbekannt) aus, doch kommen offensichtlich die behandelnden Ärzte ihren Meldepflichten nicht nach, anders sind die Abweichungen nicht zu erklären<sup>17</sup>.

In den einzelnen Bundesländern ist die jeweilige »Abbruchspraxis« stark unterschiedlich. Manche Krankenhäuser weisen ihre angestellten Ärzte ausdrücklich an, keine Eingriffe bei »lediglich« sozialer Indikation auszuführen. Auch sonst wirken sich vielfältige Einflüsse offen oder versteckt und manchmal geradezu zynisch geprägt<sup>18</sup> und unmittelbar aus. Deshalb »lassen sich (inzwischen) innerhalb der Bundesrepublik regelrechte Abbruchwanderungen beobachten«<sup>19</sup>, eine Feststellung, die in der Sache wohl zutreffend ist, gleichwohl die Nöte der betroffenen Frauen nicht erfaßt, geschweige denn behebt. Dagegen »spielt der (früher sehr bedeutsame) Abtreibungstourismus in andere Länder heute nur noch eine relativ geringe Rolle«<sup>20</sup>.

b. Bekanntlich hat das BVerfG<sup>21</sup> die vom 5. Gesetz zur Reform des Strafrechts vom 18. 6. 1974<sup>22</sup> vorgesehene »Fristenlösung« beim Schwangerschaftsabbruch – Straffreiheit bei einem Abbruch während der ersten drei Monate der Schwangerschaft – als verfassungswidrig verworfen. Das Leben des ungeborenen Kindes, das sich im Mutterleib entwickle, stehe als selbständiges und unabgeleitetes Rechtsgut unter dem Schutz der Verfassung, der Staat habe deshalb die Pflicht, dieses werdende Leben zu schützen, auch und gerade gegenüber der Mutter und auch und gerade mit den Mitteln des Strafrechts<sup>23</sup>. Ob das BVerfG damit allerdings für den Konflikt der beteiligten Rechtspositionen – Selbstbestimmungsrecht der Frau, Lebensrecht der Leibesfrucht – die richtige Abwägung gefunden hat, soll hier ebenso wenig diskutiert werden wie sein vielleicht eigentümlicher Standpunkt, aus der besonderen Verletzlichkeit eines Gutes und aus der Tatsache, daß sonst berufene Hüter fehlten, sei eine unmittelbare Linie zu seinem strafrechtlich notwendigen und vom Gesetzgeber zu garantierenden Schutz zu ziehen<sup>24</sup>, wenn auch lediglich »als letztes Mittel«, falls eine Sicherstellung mit anderen und vorrangigen Mitteln versage<sup>25</sup>. Gleichzeitig hat das BVerfG aber erklärt, gegen eine Indikationenregelung keine durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken geltend machen zu wollen (medizinische, psychiatrische/eugenische, kriminologische und – mit Einschränkungen – soziale Indikation). Diese Hinweise wiederum nahm der Gesetzgeber zum Anlaß, §§ 218 ff. StGB mit (15.) StrafrechtsändG v. 28. 5. 1976<sup>26</sup> anzupassen; maßgeblich sind heute vor allem § 218a – der die Notlage der Schwangeren beschreibt –, § 218b – der die obligatorische Beratung regelt und organisatorische Vorgaben trifft, vgl. 218b II – und § 219

15 v. Hippel, JZ 1986, 53 (54 Fn. 23) unter Verweis auf die Schätzungen von Ketting/von Praag, Schwangerschaftsabbruch – Gesetz und Praxis im internationalen Vergleich, S. 134 f.

16 Stat. Jahrbuch Bundesrepublik Deutschland, Tabelle S. 388; Straftaten 1982: 113, 1983: 81, Tabelle S. 340.

17 Die Zahl der Schwangerschaftsabbrüche im Ausland, die von der deutschen Statistik von vornherein nicht erfaßt sind, ist nach allen Berichten in den letzten Jahren stark zurückgegangen, vgl. v. Hippel, JZ 1986, 53 (54) mit weiteren Nachweisen.

18 Frauen berichten von »Hinhaltepraktiken« in Beratungsstellen, Kliniken und Arztpraxen, die auf die gesetzlich vorgegebenen Fristen abzielen scheinen – vgl. auch AG Köln, NJW 1985, 2201.

19 v. Hippel, JZ 1986, 53 (54) mit Nachweisen.

20 v. Hippel, JZ 1986, 53 (54).

21 BVerfGE 39, 1.

22 BGBl. 1974, I 1297.

23 Dazu nur neuerdings wieder v. Hippel, JZ 1986, 53.

24 Zum zivilrechtlichen Schutz des Embryos im Mutterleib vgl. BGHZ 58, 48 und BGH, NJW 1985, 1930; umgekehrt zum Schadensersatz bei »mißglückter Abtreibung« neuerdings wieder BGH, JZ 1986, 137 und 140, dazu auch Stürner, JZ 1986, 122.

25 BVerfGE 39, 1 (44 f.). Zu den dissenting votes vgl. BVerfGE 39, 1 (69 f. und 95 f.).

26 BGBl. 1976, I 1213.

StGB, der zusätzlich die schriftliche Bestätigung eines Arztes verlangt, daß die Voraussetzungen für einen Schwangerschaftsabbruch vorliegen<sup>27</sup>. Seitdem sind die Auseinandersetzungen um »Indikationen-« und »Fristenlösung«, um die grundsätzliche Zulässigkeit des Schwangerschaftsabbruchs oder sein Verbot und um die »richtigen« gesetzlichen Regeln dabei nicht mehr abgerissen, auch und gerade nach der politischen »Wende« in Bonn. Vorwiegend werden inzwischen allerdings Nebenschauplätze vor allem von den Gegnern des »legalen Schwangerschaftsabbruchs« eröffnet, offensichtlich in der Erkenntnis, daß das BVerfG selbst die Gesetz gewordene Indikationenlösung in seiner Entscheidung in den wesentlichen Grundzügen schon vorgegeben hat, daher mit seinem völligen Umschwenken zumindest im Augenblick kaum zu rechnen ist. Die politischen Kräfteverhältnisse und die politische Situation insgesamt jedenfalls lassen Versuche, auf dieser Ebene Änderungen herbeizuführen, als wenig aussichtsreich erscheinen<sup>28</sup>.

So hat das BVerfG schon vor Jahren im unmittelbaren Anschluß an das Inkrafttreten des 15. StrafrechtsändG (1976) Verfassungsbeschwerden einzelner Bürger gegen die strafrechtliche Neuregelung des Schwangerschaftsabbruchs und die begleitenden sozialrechtlichen Maßnahmen im Vorprüfungsausschuß als nicht zulässig zurückgewiesen; jedenfalls fehle die unmittelbare Betroffenheit *durch* die Gesetze selbst, für allgemeine Angriffe nach Art der Popularklage seien die Beschwerdeführer aber nicht berufen<sup>29</sup>. Darauf legte das SG Dortmund<sup>30</sup> dem BVerfG ein bei ihm anhängiges Verfahren nach Art. 100 GG vor; eine pflichtversicherte Angestellte wollte ihre Krankenkasse zwingen, Leistungen aus dem allgemeinen Beitragsaufkommen und folglich auch aus ihren Beiträgen nur bei medizinischer, nicht aber bei sozialer Indikation zu gewähren. Wiederum verneinte das BVerfG die »Zulässigkeit« der Vorlage; der einzelne Bürger könne aus seinen Grundrechten – etwa aus Art. 4 GG – keinen Anspruch herleiten, die von ihm aufgetragenen Beiträge der gesetzlichen Krankenversicherung nur in einem ihm genehmen Rahmen, nicht in von ihm mit Entschiedenheit abgelehnter Form verwendet zu sehen, der Klage liege damit keine für ihn klagbare Forderung zugrunde, dann aber sei auch die Vorlage nach Art. 100 GG unzulässig<sup>31</sup>. Zur BR-Drucks. 398/85 hat schließlich das Land Rheinland-Pfalz den Entwurf einer Neuregelung der Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei nicht-rechtswidrigem Schwangerschaftsabbruch eingebracht; danach sollen die Krankenkassen in Zukunft nur noch leistungspflichtig sein, »wenn die Feststellung über das Vorliegen einer Indikation von einem Vertrauensarzt oder einem nach Landesrecht bestimmten, für diese Aufgabe besonders qualifizierten Arzt getroffen worden ist, dieser Arzt seine Entscheidung unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalles eingehend schriftlich begründet hat und der Arzt, der den Schwangerschaftsabbruch vornimmt, der Krankenkasse mitgeteilt hat, welcher Arzt die Indikation feststellt und welche Indikationsgründe er selbst bejaht hat«<sup>32</sup>, doch hat diese Gesetzesinitiative angesichts der ablehnenden Haltung der FDP von vornherein wohl kaum Durchsetzungschancen<sup>33</sup>. Schließlich wollte wohl das Land Rheinland-Pfalz gegen die Lösung in §§ 218 ff. StGB selbst im Wege des Normenkontrollverfahrens vorgehen, doch ist dazu die Landesregierung nicht mehr bereit, wie man hört<sup>34</sup>. Allerdings sind landesrechtliche Veränderungen zumindest für Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg geplant<sup>35</sup>.

27 Dieser Arzt darf nicht selbst den Eingriff vornehmen. Mit Gesetz vom 28. 8. 1975 wurde im übrigen den Mitgliedern einer gesetzlichen Krankenkasse ein Leistungsanspruch für die Kosten eines Schwangerschaftsabbruchs eingeräumt, der die Grenzen von §§ 218 ff. StGB beachtet; ähnliche Regelungen finden sich im Beihilferecht nahezu aller Bundesländer, vgl. dazu oben Fn. 12.

28 Vgl. dazu etwa den Gesetzesentwurf BT-Drucks. 10/941 – Änderungen für den Schwangerschaftsabbruch auf Krankenschein –, der selbst in der Unionsfraktion (aus der er kam) umstritten war; zu den politischen Durchsetzungschancen v. Hippel, JZ 1986, 53 (58 f.).

29 BVerfG, NJW 1977, 31; dazu auch Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1097) mit weiteren Nachweisen.

30 NJW 1985, 702.

31 BVerfG, NJW 1984, 1805. Das SG Dortmund hat darauf die Klage abgewiesen; gegen das klageabweisende Urteil hat die Klägerin Revision zum BSG eingelegt, vgl. allerdings auch BSG, NJW 1985, 2215.

32 Vgl. dazu v. Hippel, JZ 1986, 53 (58 Fn. 69).

33 Dazu FAZ v. 28. 8. 1985, S. 1; weitere Nachweise bei v. Hippel, JZ 1986, 53 (59). Zum weiteren Verlauf – Scheitern im Bundesrat – vgl. FR v. 21. 12. 1985, S. 1.

34 v. Hippel, JZ 1986, 53 (59).

35 v. Hippel, JZ 1986, 53 (59 Fn. 77). Bleiben »nur« die Möglichkeiten, die v. Hippel, JZ 1986, 53 (59/60) erwähnt:

2a. Verlässliche Angaben über die jährlich bei Männern und Frauen vorgenommenen (freiwilligen) Sterilisationen und die vorwiegend angewandten Praktiken kenne ich nicht; auch Schätzungen sind kaum möglich oder bleiben ohne hinreichende Verlässlichkeit, da nicht einmal überprüfbare oder aussagekräftige Zwischendaten gesammelt oder veröffentlicht werden, an die sich »Hochrechnungen« anschließen könnten. Die Behauptung jedenfalls, in »den USA (unterzögen) sich jedes Jahr rd. 500 000 Männer« der Vasektomie ist ebensowenig nachvollziehbar wie die statistische Quotierung, »nach Schätzungen von Fachleuten (seien dort) zwischen 1979 und 1980 47% aller Sterilisationen an Männern gemacht«<sup>36</sup> worden, einmal abgesehen von der Tatsache, daß aus dieser Zahlenverteilung für die Bundesrepublik wenig oder nichts folgt<sup>37</sup>.

b. Mit der Reform der §§ 218 ff. StGB durch das 5. StrafrechtsreformG sollte auch die Rechtslage bei der (freiwilligen) Sterilisation verändert und im wesentlichen umgestaltet werden. Vorgesehen waren:

§ 226b Voraussetzungen der Sterilisation

(1) Die von einem Arzt vorgenommene Sterilisation ist nicht als Körperverletzung strafbar, wenn die Person, an der die Sterilisation vorgenommen wird (Betroffener), in die Sterilisation einwilligt und mindestens fünfundzwanzig Jahre alt ist.

(2) Ist der Betroffene noch nicht fünfundzwanzig Jahre alt, so ist die von einem Arzt vorgenommene Sterilisation nicht als Körperverletzung strafbar, wenn der Betroffene in die Sterilisation einwilligt und

1. die Sterilisation einer Frau nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft angezeigt ist, um von ihr eine Gefahr für das Leben oder den Gesundheitszustand abzuwenden, 2. die betroffene Frau mindestens vier Kinder geboren hat,

3. nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft Grund für die Annahme besteht, daß unter der Nachkommenschaft des Betroffenen infolge einer Erbanlage eine nicht behebbare schwere Schädigung des Gesundheitszustandes auftreten würde, und der Betroffene mindestens achtzehn Jahre alt ist oder

4. der Betroffene mit einer Frau verheiratet ist, bei der die Voraussetzungen der Nummern 1, 2 oder 3 vorliegen.

§ 226b Abs. 3 StGB beschäftigten sich mit der Einwilligung im einzelnen, Abs. 6 statuierte besondere Aufklärungspflichten, Abs. 7 nahm eine Begriffsbeschreibung vor, § 226c StGB sah die Beratung durch eine besondere Beraterstelle und die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts für die Einwilligung durch Dritte in die Sterilisation vor, § 226d StGB enthielt die eigentliche Strafvorschrift<sup>38</sup>.

Aus welchen Gründen diese Gesetzespläne dann aber schnell aufgegeben und seitdem nicht ernsthaft weiterverfolgt wurden, ist für mich nicht nachvollziehbar. Vielleicht spielt immer noch die unglückselige Vorgeschichte ihre eigene Rolle; betroffen sind eben auch Bereiche, die zuvor vom Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses i. d. F. des Gesetzes vom 26. 6. 1935 geregelt waren<sup>39</sup>, im übrigen hat sich die Praxis wohl mit den bisherigen Vorschriften (oder ihrem Fehlen) eingerichtet. Jedenfalls sind §§ 226b ff. StGB schon in BT-Drucks. 7/1981 »zurückgestellt«<sup>40</sup>.

- Ein Vater erhebt Verfassungsbeschwerde, weil er nicht oder nicht ausreichend gehört wurde, dazu EuGRZ 1981, 20 (vgl. Fn. 1) und Bienwald FamRZ 1985, 1096 (1097/1098),
- eine Krankenkasse verweigert die Leistungen und »läßt« sich verklagen.

36 Beide Zahlen aus einem Bericht in FR v. 23. 11. 1985, Wochenendbeilage S. 5. Dieser Bericht beschäftigt sich im übrigen mit den Erfahrungen von 156 Männern, die 1984 von fünf Berliner Urologen »wegen einer Sterilisation beraten worden waren« – wie viele sich dann tatsächlich aber haben sterilisieren lassen, wird nicht gesagt (bezeichnend?). Wie hier in der Einschätzung zur tatsächlichen »Verbreitung« BT-Drucks. 6/3434, S. 38.

37 Zur tatsächlichen und rechtlichen Situation bei »Zwangssterilisationen« vgl. Mahnkopf/Spengler – Sadkowski, Recht und Psychiatrie 1984, 132 und (knapp) Horn, ZRP 1983, 265.

38 Vgl. dazu BT-Drucks. 6/3434 mit ausführlicher Begründung, S. 38 f.; vgl. auch Horn, ZRP 1983, 265.

39 BT-Drucks. 6/3434, S. 38.

40 Vgl. auch BT-Drucks. 7/375.

§ 112 Alternativ-Entwurf sah vor:

(2) Eine Sterilisation ist nicht rechtswidrig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der Kunst vornimmt, der Betroffene selbst eingewilligt hat und

1. sie der Verhütung einer körperlich oder geistig schwer geschädigten Nachkommenschaft dient oder

Maßgeblich ist daher § 223 StGB, nur am Rande auch § 226a StGB. Wie bei §§ 218 ff. StGB hat sich für die Sterilisation im wesentlichen eine Indikationenlösung durchgesetzt, die allerdings »offener« ist als die Lösung beim Schwangerschaftsabbruch. Anerkannt ist jedenfalls die Straffreiheit eines Eingriffs, wenn durch die Verhinderung künftiger Schwangerschaften Lebens- oder Gesundheitsgefahren von der Frau abgewendet werden sollen (medizinische Indikation); dabei muß sich die gesundheitliche Gefährdung nicht aus somatischen oder physischen Gründen ergeben, möglich ist vielmehr auch ihr Zusammenwirken mit sozialen Faktoren (medizinisch-soziale Indikation<sup>41</sup>). Für die »soziale Indikation« ist die Rechtslage wohl immer noch nicht eindeutig geklärt; doch sprechen die besseren Gründe für ihre Zulässigkeit, kann doch durch die Sterilisation ein Schwangerschaftsabbruch gerade vermieden werden, die präventive Maßnahme ist eben »das kleinere Übel«<sup>42</sup>. Schließlich ist auch die eugenische Indikation<sup>43</sup> anerkannt. Selbst die »Gefälligkeitssterilisation« wird von der überwiegenden strafrechtlichen Kommentarliteratur für »nicht strafbewehrt« gehalten, da »angesichts der Meinungsvielfalt gegenwärtig kaum ein so eindeutiges Sittenwidrigkeitsverdikt gefällt werden (kann), wie es für die Unbeachtlichkeit der Einwilligung nach § 226a erforderlich wäre.«<sup>44</sup>. Sicher ist allerdings von vornherein, daß sich Bewertungsunterschiede für Eingriffe beim Mann und Eingriffe bei der Frau verbieten<sup>45</sup>. Ohnehin ist das Bestrafungsrisiko angesichts der Rspr. des BGH »praktisch auszuschließen«<sup>46</sup>; bekanntlich hält der BGH seit St 20, 81 (Dohrn-Urteil<sup>46a</sup>) die freiwillige Sterilisation schon nicht (mehr) für tatbestandsmäßig, da eine besondere Strafdrohung nach der Aufhebung von § 226b a. F. StGB durch KRG Nr. 11 gerade fehle<sup>47/48</sup>. Schranken richtet für die Betroffenen im Augenblick wohl allein § 6 BerufsO für Ärzte auf; viele Ärzte scheinen sich im übrigen an die früheren Leitlinien aus den Entwürfen für das 5. StrafrechtsreformG zu halten<sup>49</sup>.

2. der Betroffene über fünfundzwanzig Jahre alt ist und vor dem Eingriff eine Beratungsstelle aufgesucht hat.

(3) Eine Zerstörung der Keimdrüsen ist nicht rechtswidrig, wenn ein Arzt sie nach den Regeln der ärztlichen Kunst vornimmt und der Betroffene das 25. Lebensjahr vollendet, selbst eingewilligt und vor dem Eingriff eine Beratungsstelle aufgesucht hat.

41 Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61.

42 Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61.

43 Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61 mit Nachweisen.

44 Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61 mit weiteren Nachweisen. Etwas anders teilt § 6 BerufsO für Ärzte die Indikationslagen auf: medizinische, eugenische und *schwerwiegende* soziale Indikation, doch ist das unerheblich, da für die Maßstäbe nach § 226a StGB nicht die ärztlichen Standesrichtlinien allein prägend sein können.

45 Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61 a. E.

46 So Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 62.

46a Vgl. auch BGH, NJW 1976, 1790.

47 Das kann aber doch nur bedeuten, daß nun wieder die allgemeinen strafrechtlichen Vorschriften zuständig sind, dazu LK/Hirsch, § 223 Rdnr. 31 und Schönke/Schröder/Eser, § 223 Rdnr. 61 und 62 jeweils mit Nachweisen.

48 Nur in Ausnahmesituationen greift für die freiwillige Sterilisation des Mannes das – nach dem Unfall mit Bartsch noch zusätzlich belastete – KastrationsG v. 5. 8. 1969, BGBl. 1969, I 1143 ein; doch muß sich die »Entmannung« eben gerade gegen die Auswirkungen eines »abnormen Geschlechtstriebes« richten, Einzelheiten bei LK/Hirsch, § 223 Rdnr. 32.

49 Eben BT-Drucks. 6/3434.



## 1. Übersicht

Nach § 1353 I 1 BGB wird »die Ehe auf Lebenszeit geschlossen«. Im übrigen sind sich die Ehegatten »zur ehelichen Lebensgemeinschaft verpflichtet«, § 1353 I 2 BGB. Ihre Aufgabenverteilung im Haushalt und bei der außerhäuslichen Erwerbstätigkeit regelt schließlich § 1356 BGB. § 1353 I 2 BGB wird dabei als »zwingendes Recht« bezeichnet<sup>50</sup>. Vereinbarungen, die den Ausschluß wesentlicher Bestandteile des ehelichen Lebens zum Gegenstand nähmen – Geschlechtsgemeinschaft; Haushaltsgemeinschaft etwa<sup>51</sup> –, seien unwirksam, da nichtig<sup>52</sup>. Doch erscheint mir diese Begründung zirkelschlüssig: Was nämlich zum Kernbestandteil des ehelichen Zusammenlebens zählt und ob nicht die Ehepartner selbst für ihre Verbindung die Inhalte regeln und festlegen, ist gerade noch zu klären; sonst werden wie häufig die abzuleitenden und offen zu erläuternden Folgen schon in die Voraussetzung verlegt. Im übrigen besteht weitgehende Einigkeit, daß § 1353 I 2 BGB Verpflichtungen der Eheleute mit rechtlicher und nicht lediglich sittlicher Qualität<sup>53</sup> beschreibt, die auch mit der Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens nach § 1353 II BGB »verfolgt« werden können, vgl. aber § 888 ZPO. Ein Herstellungsverlangen scheitert erst, wenn mißbräuchliche Ziele angestrebt sind oder wenn die Ehe ohnehin gescheitert ist, vgl. § 1353 II BGB.

Die eheliche Lebensgemeinschaft, die § 1353 I 2 BGB von den Gatten fordert, umfaßt – so jedenfalls die üblichen Vorstellungen – »die gesamten persönlichen wie vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten zueinander«<sup>54</sup>, das damit (auch) umschriebene »Wesen der Ehe besteht in der Begründung, Erhaltung und Entfaltung einer engen, grundsätzlich alle Lebensbereiche jedes<sup>55</sup> Ehegatten ergreifenden Lebensgemeinschaft der Ehepartner, also in der vollständigen auf Lebensdauer eingegangenen Verbundenheit der Ehegatten«<sup>56</sup>. Gegenseitige Rücksichtnahme und Selbstdisziplin, Verantwortung und Vertrauen seien bezeichnende Bestandteile; deshalb »berechtigten (selbst) erhebliche Charakterunterschiede (und) die Enttäuschung eines Ehegatten über die Wesensart des anderen (und) über sein Zurückbleiben hinter den eigenen Erwartungen ... nicht zu einer Abkehr von ihm«<sup>57</sup>. Zwar habe das 1. EheRG die Scheidungsvoraussetzungen mit der Einführung des Zerrüttungsprinzips in §§ 1565 I, 1566 BGB erleichtert, doch habe sich »dadurch (nichts) an dem Katalog ehelicher Pflichten und deren Intensität innerhalb der bestehenden Ehe geändert, mag es auch im Rahmen der Frage nach der Aufhebung der ehelichen Lebensgemeinschaft als Voraussetzung der Zerrüttung wesentlich auf die individuelle Lebensausgestaltung durch die Ehegatten ankommen«<sup>58</sup>. Unversöhnlich stehen sich nach wie vor folglich institutionell überhöhte und immer schon vorgeprägte Modelle und Erklärungsmuster<sup>59</sup> und Ansätze gegenüber, die auf die persönlichen Vereinbarungen und Kontakte der Partner selbst vertrauen und ihnen die Bestimmung des Inhalts ihrer Verbindung und ihrer Bedeutung im einzelnen in gegenseitig-

50 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2a.

51 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2a.

52 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2a.

53 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2a.

54 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b mit Nachweisen.

55 Nicht *beider* Ehegatten, ein für mich wichtiger Unterschied.

56 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b mit Nachweisen.

57 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b unter Bezug auf BGH, NJW 1971, 704.

58 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b.

59 AK-BGB/Lange-Klein, Vor §§ 1353 ff. Rdnr. 4 und 5.



ger Solidarität überlassen. Nüchtern deshalb Lange-Klein<sup>60</sup>: »Ehe kann danach definiert werden als die durch besondere Form begründete, auf Lebenszeit angelegte, von dem gemeinsamen Willen von Mann und Frau getragene und verwirklichte Lebensgemeinschaft, die entsprechend dem fortschreitenden Lebensalter, der persönlichen und sozialen Entwicklung der Partner sowie äußeren Einflüssen Veränderungen unterliegt«.

## 2. »Geschlechtsgemeinschaft«

§ 1353 I 2 BGB verpflichtet die Ehegatten – so jedenfalls die überwiegende Auffassung – weiterhin mit rechtlicher Verbindlichkeit zur »Geschlechtsgemeinschaft«<sup>61</sup>, wobei nach meiner Ansicht allerdings schon der gewählte Sprachstil unempfindlich bleibt für die Lebenswirklichkeit in ihrer Vielfalt. Das hat praktische Folgen von erheblicher Reichweite. Zur »Geschlechtsgemeinschaft« gehört – so Roth-Stielow<sup>62</sup> – »der Austausch von Zärtlichkeiten vor und nach dem eigentlichen Geschlechtsverkehr, die Stimulierung des Partners für die Vereinigung und die Ausübung in einer auch für den Partner annehmbaren Art«, wohlgemerkt: Damit werden Rechtspflichten beschrieben, nicht das tatsächliche Verhalten der Ehegatten, wie es vielleicht wünschenswert wäre (und auch dann halte ich den gestelzten Kanzleiton für wenig passend). Jedenfalls soll die Ehefrau – und damit ist der Kreis schnell wieder geschlossen; hauptsächlich über ihre Aktivitäten oder ihr Desinteresse wird nämlich im Anschluß an das allgemeine Grundbekenntnis aus § 1353 I 2 BGB räsontiert – den Geschlechtsverkehr nicht einfach über sich ergehen lassen<sup>63</sup>, sie hat sich vielmehr dem Mann »in ehelicher Zuneigung und Opferbereitschaft«<sup>64</sup> hinzugeben, ihr verbiete § 1353 I 2 BGB (damals noch a.F.) »zur Schau getragenen Widerwillen und Gleichgültigkeit bei der Erfüllung ehelicher Pflichten«. Für mich besteht kein Zweifel, daß die Ehefrau – in dem vom BGH entschiedenen Fall – mit ihren rüden Äußerungen und ihren in die Öffentlichkeit getragenen Anschuldigungen und Beleidigungen ihres Gatten ganz kräftig Achtungsgebote und die eheliche Zuneigung zu ihrem Partner verletzt hat, doch verliert die Sicht, die der BGH dann allein wählt, die Grobheit des Mannes schnell aus dem Blickfeld, der seine Frau immer wieder ohne Verständnis und Rücksicht zur »Ausübung« des offensichtlich verhassten Geschlechtsverkehrs zwingt und ihr Hingabe abverlangt<sup>65</sup>. Gesundheitliche Hindernisse sind – das fordert § 1353 I 2 BGB – zu beseitigen, wenn sie die »Geschlechtsgemeinschaft« stören oder beeinträchtigen<sup>66</sup>, wobei bei Operationen lediglich ihre »Gefahrlosigkeit« als Einschränkung<sup>67</sup> angebracht wird, religiös begründete Enthaltsamkeit gibt kein Verweigerungsrecht, das der andere Gatte beachten müßte<sup>68</sup>, allein »altersbedingte Reduktionen« sind unschädlich<sup>69</sup> – ein aufgelisteter Pflichtenkatalog, der die Rechte der Ehegatten selbst ebenso verkürzt wie das Rechtsinstitut »Ehe« insgesamt, zudem in bitterer Form achtlos bleibt für partnerchaftliches Zusammenleben und gemeinsames Streben nach Glück. Jedenfalls ha-

60 AK-BGB, Vor §§ 1353 ff. Rdnr. 6.

61 Dazu Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa und RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 31.

62 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 31.

63 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 31.

64 BGH, NJW 1967, 1078 (1079).

65 Vgl. auch Diederichsen, NJW 1977, 217 (218) und Wiethölter, Funkkolleg Rechtswissenschaft, S. 212.

66 Diederichsen, NJW 1977, 217 (218); vgl. auch Finger, Familienrecht, S. 111.

67 Vgl. die Nachweise bei Finger (Fn. 66), S. 111; ohne Einschränkungen Diederichsen, NJW 1977, 217 (218).

68 Mit Einschränkungen, vgl. Rolland, Kommentar zum 1. EheRG, § 1353 Rdnr. 8.

69 Rolland (Fn. 68), § 1353 Rdnr. 7.

ben sich die Positionen von Wacke und Lücke nicht oder zumindest nicht fraglos durchsetzen können. Wacke forderte schon 1977, der Staat solle endlich aufhören, Ehegatten für ihren Intimbereich Vorschriften zu machen<sup>69a</sup>, eheliche Verbundenheit schließe die Freiheit der persönlichen Entscheidung notwendig ein. Lücke<sup>69b</sup> erblickte gar einen Verstoß gegen die grundgesetzlich garantierte Würde des Menschen in der aus § 1353 I 2 BGB abgeleiteten »Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr«<sup>69c</sup>. Besonders ärgerlich sind die – zwangsläufigen? – Auswirkungen der zivilrechtlichen Aufgabenverteilung durch § 1353 I 2 BGB im Strafrecht, insbesondere bei § 240 StGB. Bekanntlich ist der erzwungene Beischlaf in der Ehe jedenfalls nicht nach § 177 StGB strafbar, eine Folge, die gerade in letzter Zeit wieder heftige Diskussionen ausgelöst hat<sup>70</sup>. Horn meinte noch die Strafbarkeit eines rabiaten Ehemannes aus § 223 StGB über § 32 StGB ausschließen zu können, der seine Ehefrau mit Schlägen zu »animieren«<sup>72</sup> versucht, ihre ehelichen Pflichten zu erfüllen, ein Gedanke, den bisher wohl niemand ernsthaft erwogen hat<sup>73</sup>. Schließlich verteidige er sich gegen einen gegenwärtigen (durch Unterlassen!), rechtswidrigen Angriff der Frau, die sich weigere, die eheliche Gemeinschaft herzustellen, »zu deren Vollzug... in der Regel die ständige Wiederholung der geschlechtlichen Vereinigung gehört«<sup>74</sup>.

### 3. Familienplanung

a. Grundsätzlich besteht nach § 1353 I 2 BGB – so wieder die überwiegende Auffassung – die Pflicht der Ehegatten »zur Erzeugung und zum Empfang von Kindern und deren Erziehung«<sup>75</sup>. Diese Pflicht wird nur begrenzt »durch eine etwa (vorhandene) und nicht behebbare Unfruchtbarkeit der beteiligten Frau, Beiwohnungs- oder Zeugungsunfähigkeit des Mannes, andere psychische oder physische Hindernisse oder solche triftigen Gründe, die wie z. B. hohes Alter, ... Leiden, sehr schwierige wirtschaftliche Verhältnisse oder Erziehungsunfähigkeit gegenüber Kindern gegen Nachwuchs in der Ehe sprechen«<sup>76</sup>. Maßnahmen der Familienplanung sollten nur nach entsprechender Vereinbarung der Ehepartner erfolgen<sup>77</sup>, doch besitzt eine solche Vereinbarung keine rechtliche Verbindlichkeit (obwohl sonst die rechtliche Verbindlichkeit im Rahmen von § 1353 BGB gerade betont wird), jeder Ehegatte kann sich daher jederzeit ohne Absprache mit dem anderen und folgenlos von ihr lösen<sup>78</sup>. »Denn die künstliche Verhinderung von Zeugung/Empfängnis oder Einschränkung des Gefühlserlebnisses durch Verhütungsmittel widerspricht der Natürlichkeit von Mann und Frau«<sup>78a</sup>. Ohne Erläuterung, ohne Absicherung – wie auch? – werden dabei Forderungen der katholischen Kirche und ähnlicher gesellschaftlicher Gruppen als »Natürlichkeiten« proklamiert und ohne Abstriche unmit-

69a FamRZ 1977, 505 (509).

69b AcP 178, 1 (6).

69c Vgl. auch Finger (Fn. 66), S. 111.

70 Über den Stand der Dinge berichtet Jutta Limbach, ZRP 1985, 289; vgl. auch die Zuschrift von Huff, ZRP 1986, 32.

72 Horn, ZRP 1985, 265 (266).

73 So Huff, ZRP 1986, 32; vgl. auch Westphal, ZRP 1985, 335.

74 Horn, ZRP 1985, 265 (266). Besonders peinlich ist auch der abschließende Hinweis auf die mögliche Strafbarkeit der Ehefrau aus § 240 StGB, die ihren Mann zu ehelichen Liebesdiensten anzuspornen versucht, 268.

75 So Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa.

76 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 35.

77 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa.

78 Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa und RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 34. Eingeschränkt Diederichsen NJW 1977, 217 (218) – es fehlt der Hinweis auf die Unverbindlichkeit der Absprachen.

78a RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 35.

telbar mit rechtlicher Wirkung ausgestattet: ein für eine säkularisierte und pluralistische Gesellschaft immerhin eigentümliches Verfahren. »Wünscht ein Ehegatte Kinder oder Geschlechtsverkehr ohne hindernde Verhütungsmittel, so muß der andere Ehegatte darauf eingehen«<sup>79</sup>. Schon tatsächlich habe ich Schwierigkeiten, mir vorzustellen, welche Folgen die Aufwertung des Ehelebens im innersten Kern zu einem rechtlich kontrollierten Bereich eigentlich haben könnte (einmal abgesehen von häßlichen Drängeleien eines Partners unter Berufung auf sein »Recht«, seine Ablehnung durch den anderen nach dem Muster BGH, NJW 1967, 1078); vor allem aber bleibt diese Sicht – ich wiederhole mich – blind für gelebte Partnerschaftlichkeit in der Ehe, die die Freiheit der Entscheidung gerade einschließt. »Die vom BGH (in NJW 1967, 1078) geforderte, von der Ehefrau beim Geschlechtsverkehr zur Befriedigung des Mannes zu spielende Zuneigung und Opferbereitschaft offenbart in erschreckender Weise, wie nach altem Recht die Konkretisierung der Pflicht zur ehelichen Lebensgemeinschaft, das Schuldprinzip im Scheidungsrecht und die Hemmungslosigkeit bei der Geltendmachung und Anerkennung von Rechten selbst im Intimbereich der Ehegatten ineinandergriffen«<sup>80</sup>. Ist es ein Zufall, daß diese harten Worte von der einzigen Frau stammen<sup>81</sup>, die in einem der großen Kommentare mitarbeitet? Und: War dieser ärgerliche Zusammenklang wirklich nur für das »alte Recht« typisch, sind nicht auch heute noch die gleichen Mißtöne vorherrschend?

b. Über einen »etwa gebotenen« (? P.F.) Schwangerschaftsabbruch bestimmt allein die Ehefrau, so daß die strafrechtliche Wertung aus § 218a StGB auch für die interne (zivilrechtliche) Aufgabenverteilung in der Ehe erhalten bleibt<sup>82</sup>. »Der Ehemann kann die Abtreibung niemals verlangen. Aber er kann einer Abtreibung aus dem in § 218a Abs. 2 Nr. 3 StGB genannten Grund widersprechen, wenn die dafür in Betracht kommenden Umstände diesen Eingriff auch gegen sein Kind nicht rechtfertigen«<sup>83</sup>. Diese Bemerkungen bleiben zunächst eher dunkel, da ohne weitere Hinweise nicht zu sehen ist, welche verfahrensrechtlichen Möglichkeiten dem Ehemann für seinen »Widerspruch« zur Wahl stehen. Zu denken wäre an § 1628 BGB<sup>84</sup> – damit wird der Kreis zu AG Köln, NJW 1985, 2201 wieder geschlossen – oder an eine frühzeitige Pflegerbestellung nach § 1912 BGB<sup>85</sup>. Doch kann das wohl nicht bedeuten, daß nun die endgültige Entscheidungsbefugnis über den Schwangerschaftsabbruch von der Ehefrau (vgl. § 218a StGB) auf den Ehemann (im Falle des § 1628 BGB) oder auf den Pfleger übergeht<sup>86</sup> (im Falle des § 1912 BGB). Nach meiner Ansicht führt aber auch schon die von Dagmar Coester-Waltjen<sup>87</sup> empfohlene »Zwischenlösung« gerade vor diesem Hintergrund und wegen ihrer »praktischen« Verwendbarkeit zu kaum akzeptablen Folgen; das zeigt die Verfahrensgestaltung in AG Köln, NJW 1985, 2201 mit unschöner Deutlichkeit. Soll das Vormundschaftsgericht von Amts wegen – also auch auf Anregung jedes bereiten Dritten? – oder auf Antrag des übergangenen Vaters tätig werden (wohl nach § 1666 BGB) und aus seiner eigenen fachlichen Kompetenz selbständig überprüfen, ob die »abbruchswillige« Ehefrau tatsächlich eine in § 218a StGB beschriebene Indika-

79 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 34.

80 AK-BGB/Lange-Klein, § 1353 Rdnr. 7.

81 Dazu Huff, ZRP 1986, 32.

82 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 36 und Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa.

83 RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 36.

84 Dazu Roth-Stielow, NJW 1985, 2746.

85 So Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa und (Verweisung dort) § 1626 Anm. 2. Palandt/Diederichsen, § 1626 Anm. 2 hält selbst § 1628 BGB nicht für einschlägig, da »Angelegenheiten der elterlichen Sorge die Geburt des Kindes voraussetzen«.

86 Und im praktischen Ergebnis wohl keine Unterschiede brächte – wie soll denn der Pfleger auch sonst tätig werden, wenn er schon mit diesen Aufgaben betraut ist?

87 NJW 1985, 2175 (2176).

tionslage für sich »in Anspruch nehmen kann«, wird die Wertung in § 218a StGB umgestoßen: Nicht mehr die Schwangere, die sich auf die in § 218a StGB vorgesehene Beratung eingelassen und Unterstützung zweier Ärzte gefunden hat, bestimmt über die Schwangerschaft und ihren Abbruch, sondern der Ehemann oder das Vormundschaftsgericht, endgültig und unwiderruflich. Muß das Gericht »in die Beurteilung der Sachlage eintreten«<sup>88</sup> – und das muß es ja wohl, um sich eine vernünftige Entscheidungsgrundlage zu verschaffen –, braucht es Zeit, Zeit hat aber auch der »unterlegene Verfahrensbeteiligte«, der Rechtsmittel gegen einen ihm mißliebigen Beschluß einlegen und die Sache dem Instanzgericht unterbreiten kann. Die Fristen aus § 218a III StGB werden dann regelmäßig verstrichen sein<sup>89</sup>. Bienwald empfiehlt daher »wenigstens« eine gesetzlich verbriefte Beteiligung des Mannes und künftigen Vaters an der vorgeschriebenen Beratung nach § 218a StGB<sup>90</sup>. Doch sprechen die überzeugenderen Gründe – vielleicht nicht unbedingt die besseren – gegen eine solche Lösung. In einer intakten Ehe werden die Ehegatten ohnehin eine so wichtige Frage wie die Geburt eines weiteren Kindes oder den Entschluß zum Abbruch der eingetretenen Schwangerschaft miteinander bereden, gemeinsam Verantwortung übernehmen und so zu einer von ihnen beiden getragenen Entscheidung finden; dann aber ist die »zwangswise« vorgesehene Beteiligung des Mannes an den Beratungsgesprächen »überflüssig«, im übrigen hindert niemand die Ehefrau, ihren Gatten in die Beratung einzubeziehen (umgekehrt: daß genau dies so gut wie nie geschieht, läßt Rückschlüsse zu<sup>90a</sup>). Können sich die Ehegatten dagegen nicht verständigen, kann selbstverständlich wiederum der Mann an den Beratungsgesprächen teilnehmen, wenn seine Frau einverstanden ist. Im übrigen ist nicht zu sehen, was er konkret gegen den Widerstand der Frau bei der Beratung »vorbringen« könnte, um ein anderes und für ihn »günstigeres« Ergebnis zu erreichen. Der Mann kann nun einmal »die Frau nicht zum Austragen des Kindes zwingen«<sup>91</sup>, aus dieser grundsätzlichen Erkenntnis müssen dann aber auch und vorbehaltlos die notwendigen Folgerungen gezogen werden. Sicherlich müssen sich die Ehegatten zunächst über § 1353 I 2 BGB zu verständigen versuchen, doch wenn eine solche Verständigung scheitert – oder von vornherein abgelehnt wird –, bestimmt die Ehefrau über den Schwangerschaftsabbruch, das ergibt sich aus § 218a StGB; im übrigen kann nicht nachdrücklich genug betont werden, daß nicht die ihr nach dieser Vorschrift vorbehaltene Entscheidung durch die alleinige Entscheidung des Mannes nur abgelöst werden darf<sup>92</sup> (und dazu gelangt man zwangsläufig, wenn sich der Mann mit Hilfe gerichtlicher Verfahren »gegen« seine Frau insoweit »zur Wehr« setzen kann).

c. Auch § 1353 I 2 BGB gibt nach inzwischen wohl einhelliger Auffassung einem Ehegatten keine unmittelbaren Mitwirkungs- oder Mitentscheidungsbefugnisse bei einer vom anderen Gatten geplanten Sterilisation<sup>93</sup>. Von Ärzten manchmal immer

88 So Dagmar Coester-Waltjen, NJW 1985, 2175 (2176).

89 Vgl. dazu die Bemerkung der Red. der FamRZ zu AG Köln, NJW 1985, 2201 (= FamRZ 1985, 519).

90 Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1101/1102).

90a Umgekehrt wäre aber auch der Hinweis »auf die Praxis« für mich kein durchschlagender Gesichtspunkt gegen die Beteiligung des Mannes; aus der Tatsache, daß die meisten Männer desinteressiert sind oder ihre Frauen sogar zum Schwangerschaftsabbruch drängen (Belege?), kann man ja wohl nicht ernsthaft schließen, noch engagierte oder interessierte Männer könnten an den Gesprächen nicht teilnehmen.

91 So Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1101).

92 So im Ergebnis auch Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1101) mit vielen weiteren Nachweisen; Jagert, FamRZ 1985, 1173. Vgl. auch MünchKomm/Wacke, § 1353 Rdnr. 34 (Ehewidrig ist ein Schwangerschaftsabbruch ohne Indikationslage – also nicht ein solcher nach § 218a StGB? Wer entscheidet im übrigen, ob eine Indikationslage vorliegt, wenn die Schwangere den Weg nach § 218a StGB gegangen ist?); entschieden AK-BGB/Lange-Klein, § 1353 Rdnr. 8.

93 Vgl. Palandt/Diederichsen, § 1353 Anm. 2b aa unter Hinweis auf BGH, NJW 1976, 1790. Einschränkung aber RGRK/Roth-Stielow, § 1353 Rdnr. 37: Die Zustimmung des anderen Partners ist nur bei medizin-

noch verlangte Einwilligungserklärungen des Ehemannes sind jedenfalls »unzulässige Eingriffe in die Persönlichkeitssphäre«<sup>94</sup> der Frau, da allein ihre körperliche Integrität und damit ihr Selbstbestimmungsrecht aus Art. 2 GG betroffen ist, während der Mann nicht einmal – wie bei der Schwangerschaft – als »Mitverursacher« seinen eigenen Anteil hat<sup>95</sup>. Über diese Sicht mag man streiten; andererseits ist für mich selbstverständlich, daß die Eheleute in einer so weitreichenden Frage wie der Sterilisation des einen oder anderen Partners zusammenwirken sollten, um gemeinsame Ergebnisse zu finden, zu tragen und auch zu verantworten<sup>96</sup>. Diese »Pflichten« mag man durchaus und äußerlich § 1353 I 2 BGB zuordnen, doch haben sie keinen »Rechtscharakter« mit Verbindlichkeit und bleiben deshalb auch ohne Außenwirkung. Eine Herstellungsklage – einmal unabhängig von ihrer fehlenden Vollstreckbarkeit, vgl. § 888 ZPO – mit dem Ziel, die vom anderen Teil beabsichtigte Sterilisation zu »unterbinden«, wäre danach in meinen Augen nicht nur »eine peinliche und ärgerliche Geschmacklosigkeit«<sup>97</sup>.

Sollten später einmal §§ 226b StGB geändert und besondere Beratungseinrichtungen geschaffen werden, in denen Fragen der Sterilisation mit den Betroffenen erörtert werden sollen, steht einer – freiwilligen – Beteiligung des anderen Ehegatten nichts im Wege.

#### IV. Zusammenfassung

Schwangerschaftsabbruch und Sterilisation sind auch in der Ehe ohne unmittelbare Mitwirkungs- und Mitentscheidungsrechte des anderen Ehegatten »zulässig«. Selbstverständlich können sich aber Eheleute entschließen, Beratungseinrichtungen gemeinsam aufzusuchen und Beratungsgespräche dort gemeinsam zu führen. Zwang in dieser Richtung scheidet allerdings aus. Intern sollten sich die Gatten verständigen, da sie nur so wirklich verantwortete Lösungen entwickeln können (und in funktionierender Ehe wird es dabei wenig Schwierigkeiten geben). Solche »Verständigungspflichten« mag man § 1353 I 2 BGB zuordnen, Verbindlichkeit und Rechtscharakter mit Durchsetzbarkeit haben sie aber nicht, deshalb wäre auch eine Herstellungsklage unzulässig, die einer der Gatten anhängig machen will, um seine Vorstellungen durchzusetzen. Ganz verfehlt wäre jedenfalls, nach § 218a StGB nun einmal der Frau überlassene Bestimmungsbefugnisse zivilrechtlich zu relativieren und dem Mann offen die Entscheidung zu übertragen, wobei §§ 1628 oder 1912 BGB diskutiert werden. Sind ihm »sonstige« gerichtliche Verfahren (etwa nach Art von § 1666 BGB) eröffnet, lassen sich diese Verfahren passend verwenden, § 218a III StGB. Die strafrechtliche Wertung ist endgültig, sie darf nicht auf Umwegen unterlaufen und praktisch in ihr Gegenteil verkehrt werden. Jede Lösung – und das muß man klar sehen –, die den Mann unmittelbar oder mittelbar an der Entscheidung der Frau »beteiligt«, hebt ihre freie Bestimmung gerade auf und ersetzt sie im Ergebnis durch die Bestimmung des Mannes, eine schon auf den ersten Blick wenig überzeugende Folge.

scher Indikation entbehrlich, doch ist unklar, ob diese Forderung für das Innen- oder auch für das Außenverhältnis gelten soll und welche Folgen das Fehlen der Zustimmung haben könnte.

94 AK-BGB/Lange-Klein, § 1353 Rdnr. 8.

95 So Bienwald, FamRZ 1985, 1096 (1098 Fn. 25).

96 MünchKomm/Wacke, § 1353 Rdnr. 34 hält deshalb die Sterilisation ohne Zustimmung des anderen Gatten für »ehewidrig«.

97 So MünchKomm/Wacke, § 1353 Rdnr. 33 für die Rechtspflicht zum Geschlechtsverkehr.