

Monika Frommel

§ 218: Strafflos, aber rechtswidrig; zielorientiert, aber ergebnisoffen – Paradoxien der Übergangsregelungen des Bundesverfassungsgerichts

I. »Stolpersteine« auf dem Weg zu einer Beratungslösung

»Beratungslösung«, das meint die im § 218 – Kompromiß vorgeschlagene Fristenregelung mit strafbewehrter Zwangsberatung; eine deutsche Eigentümlichkeit also: weder klare Pro-Choice- noch Pro-Life-Regelung, sondern eine ausgeklügelte Variante eines Lebensschutzgesetzes, das der Schwangeren de facto die Entscheidung überläßt. Mit den Übergangsregelungen des BVerfG gilt seit dem 16. Juni 1993 ein besonders kompliziertes System von gesetzlichen und höchstrichterlichen Anordnungen. Das neue Abtreibungsrecht vereinigt gegensätzliche Prinzipien und regelt sehr heterogene Bereiche. Es enthält verfassungsrechtliche Bekenntnisse zum Lebensschutz, postuliert sehr weitgehende »grundsätzliche« Pflichten jeder Schwangeren, stellt den Ungehorsam gegen die staatliche Zwangsberatung unter Strafe und räumt der Rechtsaufsicht über die staatlichen Beratungsstellen derartig weitgehende Befugnisse ein, daß ein regional unterschiedliche Politisierung der Abtreibung unvermeidlich sein wird. Schließlich müssen alle Beratungsstellen bis zum 31. 12. 1994 ein staatliches Anerkennungsverfahren durchlaufen. Aber das neue Recht enthält auch das Prinzip der Letztverantwortung der Frau, sozialrechtliche Minimalgarantien und – allerdings fragmentarisch – Abwehrrechte der Schwangeren gegen eine zu weit gehende Einmischung in ihre Lebensplanung. Was allerdings zu weit geht und was im Interesse des »Lebensschutzes« noch als legitim gilt, wird erst in zähen Auseinandersetzungen auszuhandeln sein.

Blättert man in den diversen Stellungnahmen zum zweiten Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts¹, überwiegen ambivalente Kommentare: »Halb und halb«² oder »Halt auf halber Strecke«³. Die Beratungslösung sei zwar für verfassungsgemäß erklärt worden, aber die Mehrheit des Senats habe »Stolpersteine« rund um den Kern ihrer Regelung verlegt⁴. Zumindest auf den ersten Blick ist es verwunderlich, daß ausgerechnet einer der Prozeßvertreter der (im Ergebnis) unterlegenen Antragsteller aus Bayern das neue Recht uneingeschränkt positiv bewertet. Er deutet als »Sieg«, was eigentlich als Niederlage gesehen werden müßte. Aber offenbar kann er sicher sein, daß sich die Rhetorik der ersten Leitsätze für eine konservative Politik mit der Abtreibung gut mobilisieren läßt:

1 Etwa im Sonderheft 1/1993 (Juni 1993) der Kritischen Vierteljahresschrift: Das Urteil zu § 218 StGB – in Wortlaut und Kommentar. Die Dokumentation enthält zwanzig prägnante Stellungnahmen aus Politik und Wissenschaft. Vgl. ferner die Beiträge in: KJ 2/1992, S. 198 ff. (zur Vorgeschichte) und die Pressemitteilung des BMFJ »Information für Frauen in einem Schwangerschaftskonflikt« (vom Juni 1993).

2 Denninger, Fn. 1, S. 128.

3 Eser, Fn. 1, S. 132.

4 Hassemer, Fn. 1, S. 156.

»Das Urteil kann als eine Art großes Angebot zu einem Stück Befriedigung verstanden werden; es kann seiner spürbaren Intention nach zur Integration beitragen, diese freilich nicht ersetzen«⁵.

Enttäuscht äußern sich hingegen diejenigen, die das Grundrecht der Schwangeren, frei und ohne Beratungszwang zu entscheiden, nach dem Karlsruher Spruch nun doppelt entwertet sehen. Ihre Bereitschaft zu Kompromissen war bereits mit der Zwangsberatung im sog. Schwangeren- und Familienhilfegesetz strapaziert worden:

»Es ist alles gesagt, was für die Abschaffung des § 218 StGB spricht, in vielfältigen Argumenten, seit hundert Jahren von Männern und Frauen. Wozu also noch einen Kommentar, der nichts mehr zu ändern vermag? – Vielleicht, um dem Zynismus zu wehren oder dem Verstummen darüber, daß die alltägliche Praxis der Ungleichheit, Ungerechtigkeit und Bevormundung in den Geschlechterbeziehungen bleibt, risikoreicher und elender noch, insbesondere in Ostdeutschland«⁶.

Weder Empörung über das Urteil⁷ noch Hoffnung auf die emanzipatorische Kraft des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes, sondern ein eher resignierter Blick auf die nächste Runde der Implementation, gepaart mit einem gerüttelt Maß an Überdruß oder der Endlosschleife der immer wiederkehrenden Bekenntnisse, prägen meine Reaktion⁸. In der nächsten Etappe, der Implementation des Urteils, wird es – im Interesse der zwar begrenzt, aber garantierten Autonomie der Schwangeren – darauf ankommen, diese Elemente so sinnvoll wie möglich umzusetzen. Daher soll im folgenden nach pragmatischen Problemlösungen und verbleibenden Handlungsspielräumen gesucht und Sackgassen – nach Möglichkeit – vermieden werden⁹. Es werden daher weniger die theoretischen Grundlagen der Entscheidung des BVerfG kritisiert, als vielmehr Strategien und Gegenstrategien beschrieben. Auffallend ist nämlich, daß nicht nur das Urteil, sondern auch die Reaktionen der Betroffenen paradox sind. Dies soll insbesondere am Beispiel der gegenwärtigen Politik mit der Finanzierung strafloser Schwangerschaftsabbrüche gezeigt werden (vgl. III.: Ein dreistufiges Modell zur Finanzierung strafloser und rechtmäßig festgestellter Abbrüche statt der faktischen Abschaffung der Krankenkassenfinanzierung). Vorab ein kurzer Blick in die lösungsbedürftigen Probleme.

II. Überblick über die praktischen Konsequenzen der neuen Regelung

Die praktischen Folgen dieses Urteils samt seiner detaillierten Übergangsregelungen sind – je nachdem, ob wir es aus west- oder ostdeutscher Perspektive, aus ärztlicher Sicht oder mit Blick auf die Zwangsberatung und die damit verbundenen Zumutungen für die betroffenen Frauen betrachten – sehr verschieden. Das mit der Indikationenlösung verbundene strafrechtliche Risiko für abbrechende Ärzte und Ärztinnen ist überwunden¹⁰. Hierin liegt zweifellos ein Fortschritt. Eine Verbesserung

⁵ Lerche, Fn. 1, S. 165.

⁶ Ute Gerhard, Fn. 1, S. 147.

⁷ das vermutlich anders ausgefallen wäre, wenn die einzige Richterin dem abweichenden Votum des Richters Bockenforde zugestimmt hätte.

⁸ Frommel, Fn. 1, S. 142.

⁹ So auch der Kommentar von Schlink/Bernsmann, Fn. 1, S. 180.

¹⁰ Abbrechende ÄrztInnen müssen prüfen,

– daß die 12-Wochenfrist eingehalten ist und

– eine Beratungsbescheinigung vorliegt. Rückfragen an die Beratungsstelle sind untersagt, da ansonsten das Recht der Schwangeren auf Anonymität verletzt würde.

ergibt sich auch für die Gruppe der finanziell (relativ) gut gestellten Frauen, den sog. Selbstzahlerinnen. Sie müssen sich nicht mehr von einer dritten Person bescheinigen lassen, daß sie sich in einer rechtlich anerkannten Ausnahmesituation befinden. Aber Frauen, die es sich nicht leisten können, als Selbstzahlerinnen aufzutreten werden – im einzelnen noch heftig umstrittene – Probleme bekommen.

Erheblich gestiegen ist der Druck auf die Beratungsstellen. Da die inhaltlichen Anforderungen an die Zwangsberatung insgesamt höher geworden sind und alle Einrichtungen bis zum 31. 12. 1994 staatlich anerkannt werden müssen – die sog. »staatsfreie Beratung« des früher in Westdeutschland geltenden Rechts gibt es nicht mehr –, ist die Macht der staatlichen Aufsichtsbehörden (d. h. der jeweiligen Landesministerien für Gesundheit und Soziales) gewachsen. Einige Landesregierungen nutzen diese Möglichkeiten sehr geschickt und nehmen über die Rechtsaufsicht einen erheblichen Einfluß auf die Beratung anbietenden Verbände und freie Träger. Dies bedeutet aber: die Übergangsregelungen ermöglichen auch künftig eine regional und je nach Wahlausgang höchst unterschiedliche Politik mit der Abtreibung. Es ist also kein Ende der Glaubenskriege in Sicht.

Das Kreuz des Südens

Bayern etwa stellt extrem hohe Hürden auf und nutzt seine politischen Spielräume extensiv. Es nutzt dabei die Metapher von der »Zielorientierung« der Beratung ebenso wie die Formel vom »Schutz des ungeborenen Lebens« strategisch aus. So sollen etwa, um ein Beispiel zu nennen, BeraterInnen ab dem 1. Juli 1993 eine Erklärung abgeben, daß sie die »Gewähr« bieten, jederzeit im Sinne des Lebensschutzes zu beraten (sog. »kleiner Radikalenerlaß«). Es werden dem Gesundheitsamt und allen staatlich anerkannten Beratungsstellen Formblätter zugesandt, die von der beratenen Frau und der BeraterIn zu unterzeichnen sind. Sie bringen die Rechtsansicht der offiziellen bayerischen Interpreten zum Ausdruck, wonach ein Abbruch nur in extremen Ausnahmesituationen erlaubt sei. Allen Beratungsstellen wurde ferner eine »Kurzfassung der Anforderungen, die das Bundesverfassungsgericht an die Beratung stellt«, zugesandt. Diese klingt so, als habe das Karlsruher Gericht dem Normenkontrollantrag Bayerns stattgegeben und nicht – wie tatsächlich geschehen – verworfen. Die geforderte »Zielorientierung« der Beratung wird wie folgt umschrieben:

»Der Schwangeren muß im Rahmen der Beratung das Bewußtsein vermittelt werden, daß das Ungeborene in jedem Stadium der Schwangerschaft auch ihr gegenüber ein eigenes Recht auf Leben hat, und deshalb nach der Rechtsordnung ein Schwangerschaftsabbruch nur in Ausnahmesituationen in Betracht kommen kann . . . (es folgen Hinweise auf die medizinische und embryopathische Indikation) . . .«. Kein Satz zur unbestreitbaren Tatsache, daß seit dem 16. Juni 1993 – trotz aller Einschränkungen – die Fristenlösung gilt. Die Frau trifft – ohne Bevormundung – die Letztentscheidung. Der Vertrag zwischen ihr und dem abbrechenden Arzt bzw. der Ärztin ist rechtmäßig. Verschwiegen wird ferner, daß die Beratung zwar absolviert werden muß, aber die Frau entscheidet, wie weit sie sich auf das, was die Beratungsstelle ihr anbietet (bzw. anbieten muß), einlassen will. Denn wenn das Ergebnis der Entschei-

– Sie müssen eine zweite ärztliche Beratung vornehmen, bei der sie deutlich machen, daß nur Frauen, die wirklich innerlich dazu bereit sind, den Abbruch durchführen lassen sollen. Diese Beratungspflicht bedeutet aber lediglich, daß den abbruchswilligen Frauen zu erkennen gegeben werden muß, daß sie jederzeit die Durchführung des Abbruchs ablehnen können. Weitergehende Ausführungen im Urteil des BVerfG betreffen die ärztliche Standesehtik. Diese wird aber Schwangerschaftsabbrüche als ärztliche Gewissensentscheidung verstehen.

dung offen ist, dann kann der Frau keine Pflicht auferlegt werden, sich zu öffnen, wenn sie dies nicht will. Sie kann sprechen (nach Ansicht des BVerfG sollte sie es sogar), aber sie ist nicht mit strafrechtlichem Druck dazu zu zwingen, wie dies beim strafrechtlichen Indikationenmodell – zumindest in der Doktrin – noch der Fall war¹¹.

Der Kampf um juristische Definitionsmacht

Politische Interpretationen des Urteils wie diese aus Bayern oder – leicht abgeschwächt – aus Bonn, etwa die Pressemitteilung des BMFJ »Information für Frauen in einem Schwangerschaftskonflikt« vom Juni 1993 lassen schon ahnen, daß die Ende Mai 1993 ergangene Entscheidung die verfassungsrechtliche Doktrin von der »Schutzpflicht« des Staates langfristig eher festigen denn relativieren wird. Dabei ist diese – in meinen Augen einseitige – Umsetzung des Urteils juristisch alles andere als zwingend. Schließlich garantiert das Urteil auch das Prinzip der Letztverantwortung der Frau. Tenor und Gründe sind zumindest nicht eindeutig, sondern widersprüchlich und in großen Passagen paradox. Sie können also auf der Skala zwischen Autonomiekonzept und Lebensschutz in die eine oder andere Richtung geschoben werden.

Zu vermuten ist dennoch, daß es – aus politischen, nicht aus juristischen Gründen – nicht ohne weiteres ins offizielle juristische Bewußtsein dringen wird, daß der staatlichen Schutzpflicht gegenüber Embryo/Fötus keine inhaltsgleiche strafbewehrte Pflicht der Frau zum Austragen der Schwangerschaft mehr gegenübersteht, sondern »nur« noch eine verfassungsrechtliche, also im wesentlichen symbolische Deklaration ihrer »grundsätzlichen« Pflicht. Diese schlägt sich aber rechtlich nur noch im Gebot, eine staatlich anerkannte Beratungsstelle aufzusuchen, nieder.

Die staatliche Schutzpflicht und die Pflicht der Frau sind nicht deckungsgleich. Vielmehr begrenzt das Persönlichkeitsrecht der Frau den staatlichen Zugriff.

Es empfiehlt sich zur Lösung der zahlreichen Einzelprobleme, die sich praktisch stellen werden, folgende Strategie. Statt der schiefen Konstruktion einer angeblich korrespondierenden Schutzpflicht des Staates auf der einen und einer entsprechenden Handlungspflicht (besser: Duldungspflicht) der Frau auf der anderen Seite sollte das Bild eines Dreiecks gewählt werden. Der verfassungsrechtlich festgestellten Pflicht des Staates (Lebensschutz) steht zwar eine Pflicht der Schwangeren gegenüber. Diese beschränkt sich aber auf eine »grundsätzliche« Pflicht zum Austragen der Schwangerschaft. Diese Gebärpflicht ist vom BVerfG aber nur als Grundsatz, nicht als alle Einzelfälle bestimmendes Prinzip etabliert worden. Beides, die staatliche Schutzpflicht und die grundsätzliche Pflicht der Schwangeren ist begrenzt durch ihre Persönlichkeitsrechte. Deren Bedeutung kommt u. a. im Prinzip der Letztverantwortung zum Ausdruck, ferner werden sie dadurch aufgewertet, daß der Frau in der Beratung ausdrücklich das Recht auf Anonymität (als Folge ihres informationellen Selbstbestimmungsrechts) zugestanden wird. Der Gedanke, daß die Schutzpflicht des Staates und die Pflichten der Frau überhaupt nicht deckungsgleich sind, ist verallgemeinerbar. Jedem Zugriff auf ihre persönliche Daten, somit auch jeder Zwangskommunikation, die über eine formale Beratungspflicht hinausgeht, steht ein

¹¹ Der dogmatische Grund für diese restriktive Interpretation ist der, daß die Beratungspflicht ein echtes strafrechtliches Gebot ist. Positive Handlungspflichten im StGB sind atypisch (Ausnahme: § 323c – zumutbare Hilfeleistungspflicht), weil positive Gebote schwer abgrenzbar und damit einem liberalrechtsstaatlichen Strafrechtskonzept zuwider laufen. Greift die Gesetzgebung – wie in § 218a StGB n. F. – dennoch zu dieser Gesetzgebungstechnik, führt dies in Strafverfahren mit einer gewissen Zwangsläufigkeit zu einer restriktiven Auslegung des strafrechtlich relevanten Pflichtverstoßes.

starkes Recht der Schwangeren auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber. Ihre Handlungs- und Duldungspflichten sind begrenzt und desgleichen die staatlichen Befugnisse. Dies bedeutet, daß nicht alles, was eine Rechtsaufsichtsbehörde den ihr unterstellten Beratungsstellen zumutet, gegenüber der Schwangeren durchgesetzt werden kann. Sie kann sich vielmehr in jeder Phase der rechtlich relevanten Auseinandersetzungen auf ihre eigenen Rechte gegenüber jedem staatlichen Zugriff, also auch gegen Zumutungen in der Beratungssituation, berufen.

Denkt man den Katalog an Rechten der Schwangeren zu den Ausführungen des Gerichts über die Schutzpflicht des Staates hinzu, dann relativieren sich einige der bei erster Lektüre unfaßbar perfektionistischen Anforderungen an die Zwangsberatung. Es wird sich daher in der Zukunft zeigen, welche Lesart sich jeweils durchsetzen wird. Jedenfalls gibt es nicht schlicht »die Rechtslage« der sich alle Beratungsstellen anzupassen hätten. Der Inhalt des Urteils wird vielmehr in zähen Auseinandersetzungen erst festgelegt werden. Im folgenden soll dieser Gedanke an einem Beispiel, der Verweigerung des Beratungsscheins durch eine Beratungsstelle exemplarisch gezeigt werden.

Ein Beispiel: Die Verweigerung des Beratungsscheins wegen fehlender Kooperation durch die Schwangere

In der »Kurzfassung« des Bundesministerium für Frauen und Jugend¹² wird lakonisch festgestellt, daß die Beratung das Eintreten in eine Konfliktberatung umfasse, d. h. es werde »erwartet« (mit Hinweis auf das BVerfG), daß die Schwangere der sie beratenden Person die Tatsachen mitteile, deretwegen sie einen Abbruch der Schwangerschaft erwäge. Verzichtet wird auf eine genaue Klärung der Rechte und Pflichten der Beraterin auf der einen und der Schwangeren auf der anderen Seite. Aber wie soll eine »Erwartung« durchsetzbare Pflichten der Frau auslösen? Offenbar handelt es sich um nichts anderes als einen Hinweis auf Ideale des Beratungsmodells, die enttäuscht werden können und deren rechtliche Unverbindlichkeit die Formel von der »Ergebnisoffenheit« ja auch zum Ausdruck bringt.

Was passiert, wenn die Schwangere sich auf ihr Recht beruft, über persönliche Angelegenheiten zu schweigen? Kann der Beratungsschein verweigert werden? Folgt man der Logik dieser offiziellen Informationsschrift, dann suggerieren einige Formulierungen dieses widersinnige Ergebnis. Die Beratungsstelle habe der Schwangeren auf Antrag eine auf ihren Namen lautende und mit dem Datum des letzten Beratungsgesprächs versehene Bescheinigung auszustellen, wenn »die beratende Person die Beratung als abgeschlossen ansieht«. Kein klärendes Wort, ob denn die Definition: die Beratung ist abgeschlossen, im Ermessen der beratenden Person steht. Erwähnt wird lediglich die äußerste Grenze: »... allerdings, so stellt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klar, »darf ein Vorenthalten der Beratungsbescheinigung nicht dazu dienen, die zur Abtreibung entschlossene Frau zu veranlassen, den Abbruch bis zum Ende der Zwölf-Wochen-Frist hinauszuschieben«. Offenbar will das Bundesministerium für Frauen und Jugend nicht klarstellen, was geschehen soll, wenn eine Frau sich weigert, ihre Gründe zu nennen und über höchstpersönliche Angelegenheiten zu sprechen.

Bedeutet dies, daß die an sie gerichteten »Mindestanforderungen des Beratungsverfahrens« nicht erfüllt sind? Oder genügt die Frau ihrer Pflicht, wenn sie sich der Zwangskommunikation stellt, aber nicht kommuniziert. Kann oder muß dann die

¹² Vgl. Fn. 1.

Beratung als abgeschlossen angesehen werden? Eine Lösung ergibt sich zwangslos aus der oben dargelegten Prämisse. Eine Zwangskommunikation widerspricht dem Recht auf Letztentscheidung und dem informationellen Selbstbestimmungsrecht. Die Beratungsstelle muß eine zielorientierte Beratung anbieten, aber sie kann sie nicht gegen den Willen der Frau durchsetzen. Der Schein ist zu erteilen, wenn die Frau deutlich gemacht hat, daß sie sich keiner weiteren Kommunikation mehr stellen wird.

Mißverhältnis zwischen Bekenntnissen und praktischen Konsequenzen

Offenbar ist die zweite Abtreibungsentscheidung eher paradox als eindeutig rückschrittlich. Analysiert man Tenor und Gründe des Urteils, überrascht das Mißverhältnis zwischen grundsätzlichen Bekenntnissen und praktisch umsetzbaren Ergebnissen. Die insbesondere im dritten Leitsatz hochgehaltene »grundsätzliche Pflicht« der Schwangeren »zum Austragen des Kindes« klingt wie eine rhetorische Kunstfigur. Sie könnte praktisch wirksam werden, aber nur wenn sie in konkreten Auseinandersetzungen erfolgreich benutzt werden kann. Doch genau dies ist nur möglich, wenn die Betroffenen sich passiv oder ungeschickt verhalten. Ansonsten bleiben Bekenntnisse wie diese rein deklaratorisch. Auf der symbolischen Ebene ist allerdings unverkennbar, daß im Vergleich zu der Entscheidung des Jahres 1975 die grundsätzlichen Bekenntnisse eher noch stärker zur Geltung kommen. Wurde damals die Frage des rechtlichen Status des Embryos, also die Frage nach dessen Grundrechtsträgerschaft, noch explizit ausgeklammert, heißt es nun im ersten Leitsatz: »Die Rechtsordnung muß die rechtlichen Voraussetzungen seiner Entfaltung im Sinne eines eigenen Lebensrechts des Ungeborenen gewährleisten...«. Allerdings schweigt die Begründung über die Konsequenzen dieser nur an dieser Stelle verwandten Formulierung.

Ebenfalls über das erste Abtreibungsurteil hinaus weist ferner die Formel vom »Untermaßverbot«. Sie umschreibt den Maßstab der geforderten gesetzgeberischen Aktivitäten, um der verfassungsrechtlich gebotenen Schutzpflicht zu genügen. Das »Untermaßverbot« wird in dieser Entscheidung erstmals zum gleichgewichtigen, wenn nicht übergewichtigen Gegenprinzip zum Übermaßverbot¹³. Die Sprache signalisiert einen insgesamt eher illiberalen Perspektivenwechsel. Denn statt einen »übermäßig« freiheitsbeschränkenden Staat in seine Schranken zu weisen, wird nun von Verfassungen wegen zu effektiveren Kontrollmaßnahmen aufgefordert. So gesehen liegen die beiden Abtreibungs-Entscheidungen auf derselben ideologischen Linie. Zwar gibt es in der Begründung und im Ergebnis einige Unterschiede. Aber diese wirken sich nur dann positiv im Sinne der Stärkung des Autonomiegedankens aus, wenn es gelingt, die Spielräume des Urteils offensiv zu nutzen. Dies setzt aber voraus, daß die Wortspiele: straflos, aber rechtswidrig – praktisch relevant bei der Finanzierung – und die paradoxe Formel: zielorientiert, aber ergebnisoffen – wichtig bei der Ausübung der Rechtsaufsicht über die Beratungsstellen – in Richtung einer professionellen, nicht bevormundenden Beratung und der Letztverantwortung der Schwangeren interpretiert werden. Juristische Kunst macht dies möglich. Wird aber auf eine entsprechende juristische Interpretation verzichtet, dominieren bayerische Lesarten. Im folgenden soll daher ein weiteres ideologisch hoch umstrittenes Feld, die Finanzierung strafloser Abbrüche behandelt werden.

¹³ So Denninger, Fn. 1, S. 131.

III. Ein dreistufiges Modell zur Finanzierung strafloser und rechtmäßig festgestellter Abbrüche statt der faktischen Abschaffung der Krankenkassenfinanzierung

Strafrechtlich gesehen gilt seit dem 16. Juli 1993 eine Fristenregelung, in der Form der sog. Beratungslösung: Nichtig ist hingegen die Gleichung: beraten, also rechtmäßig. Für die Rechtmäßigkeit verlangt das Gericht mehr als nur die vorgeschriebene Beratung, ein Feststellungsverfahren. Es begründet dies mit dem Rechtsstaatsprinzip, was meint, daß ein Dritter und damit tendenziell ein Gericht überprüfen können muß, ob eine behauptete Indikation tatsächlich vorliegt, d. h. im Rahmen des zugestandenen (bisläng ärztlichen) Beurteilungsspielraums rechtmäßig festgestellt worden ist. Damit verlangt es nicht für das Strafrecht, aber für das Sozialversicherungsrecht nach wie vor eine Indikation. Ohne Indikation keine Krankenkassenfinanzierung, so die bittere Logik der Leitsätze 15 und 16 des Urteils. Diese soll aber nicht für die Gewährung von Sozialhilfe gelten. Hier könne bei wirtschaftlicher Bedürftigkeit nach § 37a BSHG, ohne Rückgriff auf Familienangehörige, ausnahmsweise Sozialhilfe in besonderen Lebenslagen gewährt werden. Keine Indikation sei ferner für die Lohnfortzahlung erforderlich. Beide Ausnahmen sollen verhindern, daß Frauen aus finanzieller Not oder aus Angst vor dem Bekanntwerden eines Abbruchs in die Illegalität abtauchen. Zur Verdeutlichung dieser auf den ersten Blick komplizierten und schwer verständlichen Differenzierungen soll der 16. Leitsatz zitiert werden:

»16. Das Grundgesetz läßt es nicht zu, für die Vornahme eines Schwangerschaftsabbruchs, dessen Rechtmäßigkeit nicht festgestellt wird, einen Anspruch auf Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zu gewähren. Die Gewährung von Sozialhilfe für nicht mit Strafe bedrohte Schwangerschaftsabbrüche nach der Beratungsregelung in Fällen wirtschaftlicher Bedürftigkeit ist demgegenüber ebensowenig verfassungsrechtlich zu beanstanden wie die Fortzahlung des Arbeitsentgelts«.

Als straflos, aber nicht rechtmäßig gelten also nur diejenigen Abbrüche, deren Rechtmäßigkeit nicht festgestellt ist. Rechtmäßig sind hingegen alle indizierten Abbrüche. Damit stellt sich die Frage, ob dies auch für die Notlagenindikation gilt? Das Gericht äußert sich hierzu nur ganz kurz, fast nebenbei¹⁴. Es spielt auf die Schwierigkeiten der – gerichtlich überprüfbaren – Feststellung an, die insbesondere in den Memminger Verfahren überdeutlich geworden sind, hält sie aber im Prinzip für möglich. Es sei also Sache der Gesetzgebung, ob und wie das geforderte Feststellungsverfahren ausgestaltet. Entscheidend sei nur, daß die Feststellung außerhalb der Beratung erfolgt, um das Beratungskonzept nicht mit Feststellungen zu belasten, die die Schwangere in eine Situation bringen, in der sie sich rechtfertigen müsse¹⁵.

Demgegenüber leugnet Lerche aus der Perspektive der unterlegenen bayerischen Antragsteller den Gestaltungsspielraum der Gesetzgebung und verschweigt die Möglichkeit, schon nach geltendem Recht die Rechtmäßigkeit notlagenindizierter Abbrüche festzustellen. Das Beratungskonzept sei nur um den Preis zu haben, »der einzelnen Frau nicht Klarheit darüber verschaffen zu können, ob der Abbruch, über den sie sich nach Abschluß des Beratungsverfahrens klarzuwerden hat, von der Rechtsordnung gebilligt wird oder nicht«¹⁶.

¹⁴ Urteil des BVerfG vom 28. Mai 1993 zum StfHG (– 2 BvF 2/90 – 2 BvF 4/92 – 2 BvF 5/92 –), D. III. 2. b, UA, S. 100 = KritV, Fn. 1, S. 56.

¹⁵ Vgl. hierzu Schlink/Bernsmann, Fn. 1, S. 182 f.

¹⁶ Lerche, Fn. 1, S. 166.

Wieso aber das Beratungskonzept zwingend zu einer Unklarheit über die Rechtslage führen muß, ist unerfindlich. Richtig ist vielmehr diese listige (und offenbar erfolgreiche) Interpretationen nur, wenn man sie wortwörtlich nimmt, etwa so wie Till Eulenspiegels Scherze. Natürlich beruht das Beratungskonzept des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes auf dem Verzicht, das »Unrecht« bzw. »Recht« eines Schwangerschaftsabbruchs in der vorgeschriebenen Beratung wertend festzustellen. Aber die Dichotomie: straflos, aber nicht (festgestellt) rechtmäßig, ist nicht der Preis, den die Beratungslösung fordert, sondern das Bundesverfassungsgericht 1993. Sie folgt nicht – schon gar nicht logisch zwingend – aus dem Begriff des Beratungskonzepts, um das Wortspiel begriffsjuristisch zu karikieren. Im Gegenteil: logisch nachvollziehbar und teleologisch sinnvoll wäre es gewesen, die Unterscheidung zwischen gerechtfertigtem und rechtswidrigem Abbruch – wie im SFHG ursprünglich vorgesehen – aufzugeben. Folgt man aber – notgedrungen – der Doktrin des Bundesverfassungsgerichts und verlangt erstens wegen des »grundsätzlichen« Verbots der Abtreibung und zweitens wegen des Rechtsstaatsprinzips ein tendenziell gerichtlich überprüfbares Feststellungsverfahren bezüglich einer schwer wiegenden, rechtfertigenden Ausnahmesituation, nichts anderes also als die vier Indikationen des Indikationenmodells, dann muß man die Begriffsjurisprudenz erheblich weiter treiben als in der eingangs zitierten Interpretation von Lerche. Wie dies aussehen kann, führt Böckenförde in seinem abweichenden Votum vor. Da Böckenförde die Mehrheitsmeinung trägt, kann er als Interpretationshilfe herangezogen werden.

Beratene, straflose und festgestellt rechtmäßige Schwangerschaftsabbrüche

Zu unterscheiden ist demnach zwischen »beratenen, straflosen« und »festgestellt rechtmäßigen« Abbrüchen. Die seit dem 30. Mai den Charakter eines geflügelten Wortes annehmende Umschreibung »rechtswidrig, aber straflos« ist also im Grunde falsch, da die ungeschiedene Masse der straflosen, weil »nur« beratenen Abbrüche über ihre Recht- bzw. fehlende Rechtmäßigkeit schweigt. Sie können also in jedem Einzelfall rechtmäßig sein und sind es wohl auch in ihrer Mehrzahl, läßt man, was das Urteil explizit offen läßt, die Notlagenindikation außerhalb des Beratungsverfahrens zu. Dann aber sind sie auch über das Sozialversicherungsrecht und nicht nur über die Sozialhilfe finanzierbar. Vorausgesetzt ist lediglich, daß dem Rechtsstaatsprinzip sein Tribut gezollt und eine der vier Indikationen tatsächlich ärztlich festgestellt wird. Die allgemeine Notlagenindikation muß also aus dem strafrechtlichen Kontext herausgelöst und ins Sozialversicherungsrecht transformiert werden.

Frommel/Tekkouck¹⁷ belegen im einzelnen, daß Worlaut und Sinnzusammenhang der Übergangsregelungen des BVerfG einer analogen Anwendung der strafrechtlich obsoleten Notlagenindikation im Sozialversicherungsrecht nicht entgegensteht. Das Schweigen des Bundesverfassungsgerichts über die Anwendbarkeit der Notlagenindikation auch nach dem 16. Juni 1993 besagt nicht, daß sie abgeschafft ist. Die vom Gericht erwähnte medizinische und embryopathische Indikation haben andere Fristen, sind also auch innerhalb einer Fristenlösung nach der 12. Woche zur Straflosigkeit unentbehrlich. Was die kriminologische Indikation betrifft, so hat das BVerfG deren Feststellungsverfahren – im Vergleich zu § 218a StGB a. F. – erheblich verschärft, mußte sich also dazu äußern, wohl um befürchteten Falschverdächtigungen zu begegnen. Die Weitergeltung des formlosen Feststellungsverfahrens der Not-

¹⁷ Frommel/Tekkouck, Gutachten zur Krankenkassenfinanzierung, erstellt für den Bundesverband Pro Familia, Cronstettenstraße 30, 60322 Frankfurt a. M., dort erhältlich.

lagenindikation beruht folglich nicht auf einer Anordnung des BVerfG, sondern auf dem Gewaltenteilungsprinzip. Mit dem Wegfall der von der Gesetzgebung vorgesehenen Gleichung: »beraten, also rechtmäßig«, entsteht eine von ihr nicht gewollte Gesetzeslücke, die durch analoge Anwendung des anerkannten Rechtfertigungsgrundes der allgemeinen Notlagenindikation geschlossen wird. Schließlich hat das BVerfG ausdrücklich – gegen die entgegenstehende Ansicht des bayerischen Normenkontrollantrags – festgestellt, daß »nicht rechtswidrig in diesem Sinne auch ein Schwangerschaftsabbruch bei – festgestelltem – Vorliegen der allgemeinen Notlagenindikation ist«¹⁸.

Wenn dem aber so ist, dann genügt die formlose ärztliche Feststellung einer Notlage den Anforderungen des Gerichts. Auch der Zusatz, eine rechtfertigende Ausnahme-situation bestünde nur bei Konflikten, die denen der medizinischen und embryopathischen Indikation entsprechen, bringt nichts Neues, da diese Gleichsetzung im alten westdeutschen Strafrecht ebenfalls enthalten war. Es gilt zivil-, sozialversicherungs- und strafrechtlich – so das Bundessozialgericht und der BGH – die Doktrin des ärztlichen Beurteilungsspielraums¹⁹. So gesehen bringt das Urteil keine Verschärfung an die Anforderungen einer Notlagenindikation zum Ausdruck. Wohl aber ist zu erwarten, daß die Anwendungspraxis sich verändern wird, wenn nicht mehr die Straflosigkeit, sondern nur noch die Krankenkassenfinanzierung von der Bejahung einer Notlage abhängt. Aber dies ist hinnehmbar, zumal künftig – im Streitfall – keine Strafgerichte, sondern Sozialgerichte zu entscheiden haben.

Dennoch ist in der Presse zu lesen, die Notlagenindikation existiere nicht mehr und die Krankenkassen müßten nicht mehr bezahlen²⁰. Aus diesem Grunde schrieb die saarländische Frauenministerin am 30. Juni 1993 an Bundesgesundheitsminister Seehofer:

»... mit einigem Befremden verfolge ich derzeit, daß sich sowohl innerhalb der Bundesregierung als auch innerhalb der Spitzenverbände der Krankenkassen eine Interpretation der bundesverfassungsgerichtlichen Entscheidung einzubürgern scheint, die Frauen nur noch bei medizinischer, embryopathischer oder kriminologischer Indikation Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung bei Schwangerschaftsabbrüchen einräumen will. Die vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich eingeräumte Möglichkeit, daß auch im Fall der sogenannten allgemeinen Notlagenindikation Kassenleistungen in Anspruch genommen werden können, wird zunehmend durch Verschweigen beseitigt«.

Empfohlen wird daher im Saarland ein dreistufiger Weg – ja nach objektiven Voraussetzungen und subjektiver Wahl der Frau. Zu unterscheiden sei zwischen Selbstzahlerinnen, Krankenkassenfinanzierung bei indizierten Abbrüchen (also insb. die sozialversicherungsrechtliche Nutzung der alten Notlagenindikation) und (erleichterter) Sozialhilfe.

18 S. 166 des UA – KritV, Fn. 1, S. 89. Dies übersieht M. Sommer in ihrer Auseinandersetzung mit dem Urteil und der hier vorgetragenen Auffassung, »Innovatives in Strafsachen: rechtswidrige, aber straflose Handlungen«, *ArbuR* 1993 S. 241 ff., 245.

19 Vgl. hierzu BGHZ 95, 199 (hM); erstaunlicherweise bestätigt der BGHSt trotz Verurteilung von Dr. Theissen, was zweifellos in sich widersprüchlich ist, die vom Landgericht Memmingen verworfene Lehre vom ärztlichen Beurteilungsspielraum, vgl. BGH, *Strafverteidiger* 1992, S. 106 ff., m. Anm. Frommel S. 115 f.; ferner *dies.* ausführlich zum Streitstand der Dogmatik der Notlagenindikation, in: *Strafverteidiger* 1992, S. 73 ff. = Anmerkung zum BayerOberst. LG, a. a. O., S. 68 ff. Die dogmatische Einordnung der Notlagenindikation ist mit dem neuen Recht nicht obsolet geworden, da bei fehlender Zwangsberatung in Strafverfahren nach wie vor zu Gunsten der Beschuldigten die rechtfertigende und damit die Strafbarkeit ausschließende Kraft aller Indikationen, also auch der Notlagenindikation, dargelegt und im einzelnen bewiesen werden muß.

20 Vgl. statt vieler ZEIT-Dossier: »Geld oder Leben« vom 16. Juli 1993.

Wie kommt es zu der durch Schweigen eingeschlichenen Auffassung, der Preis des Beratungsmodells (in der Gestalt der Übergangsregelungen) sei der Verzicht auf die Feststellung der Rechtmäßigkeit und damit des Anspruchs auf Krankenkassenfinanzierung? Paradoxe Weise führen zwei kontradiktorische Auffassungen zum gleichen Ergebnis. Dies soll im folgenden kurz erläutert werden.

Ein später Sieg der Gegner der allgemeinen Notlagenindikation?

In Bundesländern mit einer konservativen, das meint nicht an der Autonomie der Frau interessierten Politik wird betont, daß es nach dem Karlsruher Spruch im wesentlichen nur noch drei Ausnahmesituationen gebe, die einen Abbruch rechtfertigen könnten: nämlich die seit jeher unbestrittenen klassischen Indikationen, die medizinische, embryopathische und sog. kriminologische Indikation (bei Vergewaltigung). Nur in solchen Extremsituationen hätten, so liest man in amtlichen Verlautbarungen betroffene Frauen, Ärzte und Ärztinnen ein Recht zum Abbruch. Sie machen also die Formel von der prinzipiell zu vermutenden Rechtswidrigkeit stark und folgern aus ihren – schon früher vertretenen – Prämissen, daß die Mehrheit aller Abbrüche »rechtswidrig« seien und folglich – ausgenommen die genannten klassischen Indikationen des Reichsgerichts – die Krankenkassenfinanzierung entfalle. Neben dieser praktisch folgenreichen Konsequenz gibt es noch einen zweiten Strang, die Formel »rechtswidrig, aber strafflos« strategisch zu nutzen, und zwar über eine regionale Politisierung des Angebots an Abtreibungsmöglichkeiten: nur in den genannten Extremsituationen gebe es auch die legitime Möglichkeit, einen – ausnahmsweise rechtmäßigen – Schwangerschaftsabbruch in einer staatlichen Klinik durchführen zu lassen. Da insbesondere in den neuen Bundesländern von der seit 1. 8. 1992 bestehenden, erleichterten Zulassung ambulanter Einrichtungen (Art. 15 Nr. 1 SFHG), fast kein Gebrauch gemacht worden ist, wirkt sich diese juristisch falsche, aber strategisch erfolgreiche Politik dort folgenreich aus.

Ideologische Bedenken gegen die analoge Anwendung der Notlagenindikation im Sozialversicherungsrecht

Insbesondere SPD-regierte Länder versuchen, die Finanzierung strafloser Schwangerschaftsabbrüche über die Sozialhilfe (§ 37a BSHG – ohne Rückgriff auf Familienangehörige nach §§ 91 ff. BSHG) zu erleichtern. Sie schöpfen insofern die Vorgaben im Urteil so weit wie möglich aus²¹. Paradoxe Weise wird aber die verbleibende Möglichkeit, die Mehrzahl der Schwangerschaftsabbrüche einem Feststellungsverfahren zu unterziehen – etwa über die ärztliche Feststellung einer Notlage nach altem westdeutschen Recht – und diese nach wie vor über die Krankenkassen zu finanzieren, zwar bedacht, nicht umgesetzt.

Im Ergebnis bedeuten beide Strategien – und dies ist die fast tragische Paradoxie – einen erheblichen Rückschritt gegenüber der früheren Rechtslage. Die modifizierte Fristenlösung wollte ihrem Anspruch nach »mehr« gewähren als das frühere Indikationsmodell, sie könnte dies auch, aber sie wird – *von Gegnern wie Befürwortern* (!) – so umgesetzt, daß mittlerweile die überwiegende Zahl der Abbrüche nur noch über Sozialhilfe als finanzierbar gilt. Was den Gegnern der Notlagenindikation nie gelungen ist – die symbolische Abwertung aller nicht medizinisch, embryopathisch oder kriminologisch indizierten Abbrüche als »Unrecht«, wird ihnen nun faktisch – ver-

21 S. 162 UA.

mittelt über einen grandiosen Irrtum – von Anhängerinnen der Fristenlösung zugestanden. Offenbar hat sich die Rhetorik, den Kompromiß der Zwangsberatung als »autonomiegeprägtes Beratungskonzept« gegen die Fremdbestimmung einer Indikationsfeststellung zu verteidigen, verselbständigt; denn aus der Perspektive einer autonomiegeprägten Fristenlösung ist der strafbewehrte Zwang zur Beratung alles andere als eine autonomiegeprägte Lösung und der Verzicht der Krankenkassenfinanzierung ein zu hoher Preis. Auf der Skala zwischen »Lebensschutz« und »Entscheidungsfreiheit« ist der Verzicht auf die Rechtmäßigkeitsfeststellung (bei zugestandener Straflosigkeit) ein – in meinen Augen überflüssiges und schädliches – Zugeständnis an ein Lebensschutzkonzept, das mit einer symbolischen Unrechtszuschreibung und dem Verlust auf sozialversicherungsrechtlichen Rechtsanspruch einhergeht²².

Die Krankenkassenfinanzierung ist – schon nach geltendem Recht – möglich. Erforderlich ist aber, daß diese Option auch aktiv wahrgenommen wird, ansonsten pendelt sich das gesamte System der sozialrechtlichen Ansprüche auf die Minimalgarantie der Sozialhilfe ein. Sie ist auch auf offensive Weise begründbar: straflos und (bis auf wenige Ausnahmefälle) rechtmäßig, also nicht defensiv mit der vom BVerfG angebotenen Formel: »straflos, aber rechtswidrig«. Ein Rückfall in das Indikationenmodell ist – wegen des veränderten Kontextes – nicht zu befürchten. Beratung und Finanzierung erfolgen in völlig unterschiedlichen sozialen und rechtlichen Zusammenhängen. Die analoge Anwendung der Notlagenindikation im Sozialversicherungsrecht kompensiert lediglich die Tatsache, daß das Bundesverfassungsgericht den Weg zu einer klaren Fristenlösung verbaut hat. Im übrigen gibt es noch andere Problembereiche, in denen das SFHG zu einer analogen Anwendung der Notlagenindikation zwingt. In Strafverfahren wegen fehlender Sozialberatung wird es notwendig werden, zugunsten der Beschuldigten wie folgt zu argumentieren: Zwar habe sich die Frau bzw. der oder die abbrechende Ärztin tatbestandsmäßig verhalten, weil die Zwangsberatung nicht eingehalten worden sei, aber der Abbruch sei ausnahmsweise gerechtfertigt wegen einer feststellbaren Notlagenindikation (so etwa müßte im noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Federlin-Verfahren oder in vergleichbaren künftigen Fällen argumentiert werden. Tut man es nicht, begünstigt man reibungslose und schnelle Strafverfahren wegen Ungehorsams gegen ein formales Gebot).

Daher bietet sich in einer großen Zahl von Fällen – bis zur Neuregelung – das formlose (und außerhalb des strafrechtlichen Kontextes »ungefährliche«) Verfahren des früheren § 218a StGB an: eine ärztliche Feststellung, Welcher Arzt oder welche Ärztin – vorausgesetzt sie führt den Abbruch nicht durch – die Feststellung trifft, ist unerheblich, auch der Zeitpunkt ist variabel, da die Straflosigkeit des Abbruchs nicht mehr von einer Drittbeurteilung abhängt.

Eine sozialrechtliche Notlagenindikation kann, muß aber nicht in oder außerhalb der Beratungsstelle erfolgen. Dies alles sind reine Fragen der Praktikabilität. Es ist aber darauf zu achten, daß es zu keiner Vermengung der ergebnisoffenen Beratung und dem – unvermeidlich – ergebnisorientierten Feststellungsverfahren kommt. Zu empfehlen ist, die Indikation erst nach der Beratung oder auch nach dem Abbruch – lediglich zum Zwecke der Finanzierung – festzustellen. Die analoge Anwendung der ideologisch hochbesetzten Vorschrift des früheren § 218a StGB muß deutlich machen, daß es keine strafrechtlich relevante Notlagenindikation mehr gibt, sondern

22 Vgl. den Bericht von Karin Flothmann in der TAZ v. 5. 8. 1993 (S. 4): Abtreibung im Finanzierungsdiskredit und das Interview mit der SPD-Politikerin Wettig-Danielmeier in der TAZ v. 10. 8. 1993 (S. 4).

daß diese Bestimmung lediglich – mangels eines geregelten Verfahrens – analog im Sozialversicherungsrecht herangezogen wird. Wegen der von der Senatsmehrheit gesetzten Stolpersteine rund um die Beratungslösung ist eine ärztliche Feststellung zur Zeit unentbehrlich. Die Alternative ist nur das pauschale Verdikt: Abtreibung gleich strafloses »Unrecht«. Ohne die ärztliche Feststellung entsteht auch keine Zahlungspflicht der Krankenkassen. Hat sich aber eine Praxis der Nichtfinanzierung bzw. der unzureichenden und jederzeit rücknehmbaren Umleitung in die Sozialhilfe erst einmal eingespielt, wird es immer schwerer, den schon erreichten Rückschritt wieder zu revidieren. Es ist dann eine Frage der Zeit, bis die knappen Kassen der Sozialhilfe die kurzfristig geschaffenen Erleichterungen wieder zunichte machen. Schon jetzt bezahlen die meisten Sozialämter nicht die real entstandenen Kosten, sondern gehen von niedrigeren Gebühren aus, als ÄrztInnen sie berechnen.

Trotz des völlig veränderten Kontextes der strafrechtlichen Feststellung der Notlagenindikation nach altem Recht und der analogen Anwendung zur Sicherung des sozialversicherungsrechtlichen Anspruchs nach neuem Recht, scheint es für viele Gegner und Gegnerinnen des überwundenen Indikationenmodells schwierig zu sein, ihre grundsätzlichen und berechtigten Vorbehalte gegen die Anmaßung einer Drittbeurteilung zurückzustellen und pragmatische Lösungen zu akzeptieren. Befürchtet wird ein »Rückfall« ins Indikationenmodell. Nur so ist es zu verstehen, daß der auf den ersten Blick frappierende Ausweg aus dem Dilemma z. Zt. insbesondere für sozialdemokratische Politikerinnen verbaut ist. Aber ihre Furcht führt sie in eine neue, ausweglose Sackgasse. Sie unterstützen nämlich – ungewollt – die Strategie ihrer früheren Gegner und beteiligten sich dabei, deren Niederlage – ohne Not – in einen Sieg zu verwandeln: die Qualifizierung der überwiegenden Zahl (der früher notlagenindizierten) Abbrüche als »Unrecht« und die Verweigerung der Krankenkassenfinanzierung. Etwas überspitzt drückte diese Befürchtung ein Kommentator kurz nach der Urteilsverkündung aus:

»Die schnaubende Wut, mit der die Brandenburger Ministerin Regine Hildebrandt vor die Kamera trat, kaum daß sie drei Takte des Urteilstenors mißverstanden hatte, war bezeichnend für eine breite Reaktion: Man hat das Urteil nicht kapiert. Die Richter sind nicht unschuldig; sie haben es Bürgern wie Politikern schwergemacht: Statt im Namen des Volkes haben sie in grauenvollem Juristendeutsch geurteilt. Juristen, die sich nur Experten verständlich machen können, sind als Verfassungsrichter eigentlich untauglich. Daß es anders geht, haben die Richter Mahrenholz und Sommer gezeigt«²³.

Die Wut war und ist verständlich, aber sie kann dazu führen, Chancen zu verspielen, die in der ersten Phase der Umsetzung eines – zugegeben widersprüchlichen – Urteils bestanden haben.

23 Prantl, Schnaubende Wut, Süddeutsche Zeitung vom 1. 6. 1993.