

Kommentare

Monika Frommel

§ 218 – Die Würfel sind gefallen

»Allgemeines Landrecht im Zeitalter der Gleichstellung«

Schon im September 1993 war klar, daß sich die endlose Schleife der § 218-Debatte erneut drehen wird. Nun sind die Würfel gefallen. Es wird vorerst kein Änderungsgesetz zu § 218 geben, das die Elemente des zweiten Abtreibungsurteils¹ stärkt, die dem Anliegen des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes noch am nächsten kommen. Statt dessen versucht der Koalitionsentwurf, aus der (teilweisen) Niederlage einen Sieg zu machen. Leider bewahrheitet sich meine resignierte Prognose, daß eine, ursprünglich verständliche Wut dazu führen kann, »Chancen zu verspielen, die in der ersten Phase der Umsetzung eines – zugegeben widersprüchlichen – Urteils bestanden haben«². Schon jetzt müssen diejenigen, die die Fristenlösung verteidigen wollen, defensiv argumentieren und – so es noch möglich ist – verhindern, daß der Entwurf der Regierungskoalition Gesetz wird.

Ohne das Angebot der FDP hätte es keinen Koalitionsentwurf gegeben. Daher ist es sinnvoll, den Entwurf der FDP »Zur Änderung des Schwangeren- und Familienhilfegesetzes« (9. Sept. 1993) genauer anzusehen. Die Methode ist schlicht: Formelkompromisse, die das Bundesverfassungsgerichtsurteil enthält, werden geschlossen und damit Handlungsspielräume eingeengt. Die kluge Nutzung der paradoxen Formeln wird damit erschwert. Im folgenden soll dies an drei Beispielen gezeigt werden, der Bestrafung von Angehörigen im neu eingefügten § 219 StGB, den präzisierten Pflichten abbrechender Ärzte und Ärztinnen und dem praktisch folgenreichen Verzicht auf eine – wie auch immer im einzelnen ausgestaltete – Krankenkassenfinanzierung.

Die Bestrafung der Angehörigen im neu eingefügten § 219 StGB

§ 219 Abs. 1 lautet: »Wer aus verwerflichem Eigennutz auf eine Schwangere einwirkt, um sie zu einem Abbruch der Schwangerschaft zu bestimmen, wird im Fall des Abbruchs der Schwangerschaft mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.«

Abs. 2: »Wer seiner schwangeren Tochter oder einer von ihm schwangeren Frau in einer Notlage nicht Hilfe leistet, obwohl dies zur Abwendung eines Schwangerschaftsabbruchs erforderlich und den Umständen nach zuzumuten, insbesondere ohne Verletzung anderer wichtiger Pflichten oder eigener schutzwürdiger Interessen möglich ist, wird im Fall des Abbruchs der Schwangerschaft mit Freiheitsstrafe bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.«

¹ Frommel, § 218: straflos, aber rechtswidrig; zielorientiert, aber ergebnisoffen – Paradoxien der Übergangsregelungen des BVerfG, KJ 3/1993, S. 324 ff.

² Wie Fn. 1, S. 335.

Der geistige Horizont dieser Strafbestimmung entstammt dem 18. Jahrhundert: der »gute Monarch« betreibt Bevölkerungspolitik mit Mitteln des Strafrechts, aufgeklärt, aber im Kern absolutistisch. Mit Strafdrohung wird zur Solidarität mit der »Gebärflichtigen« gezwungen. Der jeweilige Inhalt der einzelnen Tatbestandsmerkmale ist unklar und auslegungsfähig. Was etwa meint »verwerflicher Eigennutz«? Trifft dies auch »Abtreibungsärzte«? Wann gehen »eigene schutzwürdige Interessen« vor. Offenbar orientiert sich der neu eingefügte § 219 StGB nicht an Rechten bzw. Rechtsgütern. Er verbietet nicht schädigende Handlungen, sondern er normiert positive Pflichten. Nicht die Verletzung der Rechte einer Schwangeren, etwa ihre Entschließungsfreiheit, ist Grund für den neuen § 219, sonst müßte er ein Spezialfall der Nötigung sein und § 240a StGB heißen. »Geschützt« wird auch nicht die Leibesfrucht, denn dann wäre die objektive Strafbarkeitsbedingung: »im Fall des Abbruchs der Schwangerschaft« sinnlos. Der Grund für die Unklarheiten liegt in der Regelungstechnik selbst. Positive Pflichten sind schwer abgrenzbar. Dies ist auch einer der vielen Gründe, weswegen derartige Pflichtdelikte in einem liberalen Strafrecht, nichts zu suchen haben. Gebote, die lediglich eine moralische Mißbilligung zum Ausdruck bringen, können (und sollen) gar nicht praktisch umgesetzt werden, es sei denn als Zufallsstrafrecht.

Ärztliche Pflichten – verkapptes Strafrecht gegen abbrechende ÄrztInnen

§ 11 Abs. 1 des FDP-Entwurfs enthält eine standesrechtliche Präzisierung der »ärztlichen Pflichten«, die zu verkapptem Strafrecht führen kann:

»Ein Arzt darf einen Schwangerschaftsabbruch nur dann vornehmen, wenn er sich zuvor

1. die Gründe für das Verlangen der Frau nach Abbruch der Schwangerschaft hat darlegen lassen,
2. in einem ärztlichen Aufklärungs- und Beratungsgespräch vergewissert hat, daß die Frau den Abbruch der Schwangerschaft in Kenntnis der Bedeutung des Eingriffs auch im Hinblick auf den von der Verfassung gebotenen Schutz des Lebens verlangt, und
3. in den Fällen des § 218a Abs. 1 und 3 des StGB aufgrund ärztlicher Untersuchung von der Dauer der Schwangerschaft überzeugt hat.«

Nr. 1 und 2 machen ein zweites, ausführliches »Beratungsgespräch« jenseits des ohnehin verbindlichen ärztlichen Gespräches zur Rechtpflicht für abbrechende Ärzte und Ärztinnen. Der Inhalt dieses Gesprächs wird nicht ihrem ärztlichen Ermessen überlassen, sondern im einzelnen gesetzlich festgelegt. Dies bedeutet, daß die Standespflicht von anklagewilligen Staatsanwälten ins Strafrecht transponiert und dort extensiv ausgelegt werden kann. Schon jetzt streiten sich Strafjuristen, wie weit die ärztliche Pflicht gehen soll. Die von der FDP gewählte Regelungstechnik erleichtert und ermutigt also eine Lesart des § 218a StGB, wonach bei einem Verstoß gegen eine extensiv ausgelegte ärztliche Pflicht die Straflosigkeit entfällt. Was also will die FDP: verschleiertes Strafrecht gegen Ärzte, die sich unliebsam machen, weil sie Abbrüche vornehmen? § 11 Abs. 1 des Entwurfes vergrößert die ohnehin bestehende Rechtsunsicherheit und unterläuft die Entkriminalisierung beratener Abbrüche.

Offenbar halten die FDP-Juristen in diesem Punkt eine Nachbesserung für erforderlich. Aber dies ist lediglich eine mögliche, keinesfalls eine zwingende und schon gar keine liberale Lesart des Urteils. Dort heißt es:

»Die Erfordernisse eines ärztlichen Gesprächs mit der Frau und einer Entscheidung des Arztes in ärztlicher Verantwortung stehen nicht in Widerspruch zur Konzeption einer Beratungsregelung; denn die Frau wird nicht dem Druck ausgesetzt, die

Gründe für ihren Abbruchwunsch durch einen Dritten überprüfen und bewerten zu lassen. Die Feststellung und Beurteilung einer Indikation wird vom Arzt gerade nicht verlangt, wenn er sich ein Bild darüber machen soll, ob er nach seinem ärztlichen Selbstverständnis seine Mitwirkung bei dem von der Frau gewünschten Abbruch verantworten kann.« (UA S. 123).

473

Man kann diese und die vorausgehenden Passagen als Aufforderung an die Gesetzgebung lesen, die ärztlichen Pflichten im einzelnen standesrechtlich festzulegen. Aber dann würde das ärztliche Berufsbild gesetzlich definiert werden. Dem widerspricht die Formulierung in den Gründen, daß »er«, der Arzt oder die Ärztin, ihre Mitwirkung verantworten können muß, eine im Grunde selbstverständliche Bezugnahme auf das jeweilige ärztliche Selbstverständnis und die Gewissensfreiheit (Art. 12 und Art. 4 GG) verweist. Daher sprechen aus liberaler Sicht die besseren Argumente dafür, die Formulierungen im BVerfG-Urteil als Umschreibung des von Ärzten und Ärztinnen eigenverantwortlich zu formulierenden beruflichen Selbstverständnisses zu lesen. Interpretiert man aber die Urteilsgründe so, dann besteht kein Regelungsbedarf.

Krankenkassenfinanzierung – Notwendigkeit einer Musterklage

Leitsatz 7 des zweiten Abtreibungsurteils lautet:

»Grundrechte der Frau tragen nicht so weit, daß die Rechtspflicht zum Austragen des Kindes – auch nur für eine bestimmte Zeit – generell aufgehoben wäre. Die Grundrechtspositionen der Frau führen allerdings dazu, daß es in Ausnahmefällen zulässig, in manchen dieser Fälle womöglich geboten ist, eine solche Rechtspflicht nicht aufzuerlegen. Es ist Sache des Gesetzgebers, solche Ausnahmetatbestände im einzelnen nach dem Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit zu bestimmen. Dafür müssen Belastungen gegeben sein, die ein solches Maß an Aufopferung eigener Lebenswerte verlangen, daß dies von der Frau nicht erwartet werden kann (Bestätigung von BVerfG 39, I (48 ff.)).«

Diese Ausnahmefälle haben rechtfertigenden Charakter und werden aus der Grundrechtsposition der Frau abgeleitet. Ihre Grundrechte gebieten es, rechtfertigende Ausnahmesituationen vorzusehen. Die Schwangere hat also einen Rechtsanspruch auf Feststellbarkeit der Rechtmäßigkeit. Die Rechtmäßigkeitsfeststellung muß unabhängig und neben der Beratungslösung möglich sein. Die Tatsache, daß das 1992 beschlossene Schwangeren- und Familienhilfegesetz keine Notlagenindikation enthielt, ist unbeachtlich. Es hatte auf die rechtfertigende Notlagen- bzw. kriminologische Indikation verzichtet, da es bis zur 12. Woche der Beratung rechtfertigende Wirkung zubilligte. Diese rechtfertigende Wirkung ist mit dem Spruch des BVerfG entfallen. Also gebietet die Grundrechtsposition der Frau (Leitsatz 7) – bis zur Neuregelung – die Anwendbarkeit der früheren Notlagenindikation. Festgestellt wird sie – wie bisher – im Rahmen des ärztlichen Beurteilungsspielraums³. Das vom BVerfG in seiner Anordnung erschwerte Feststellungsverfahren bei einer kriminologischen Indikation gilt nur für diese, da der Grund (die schutzwürdigen Interessen des eines Sexualdelikts Beschuldigten) nur bei ihr gegeben sind.

Folgt man dieser Rechtsansicht, dann gilt das Prinzip der Wahlfreiheit. Die Schwangere kann die Rechtmäßigkeit feststellen lassen oder nicht. Wählt sie den Weg der Drittbeurteilung, hat die Krankenkasse den Abbruch zu bezahlen. Geht sie lediglich

³ Zur Notlagenindikation vgl. Frommel, Anmerkung zum BayObstLG (Fall Federlin), Strafverteidiger 1992, S. 73 ff. (m.w.Nachw.) und dies., Anmerkung zu BGH I StR 120/90 (Fall Theissen), a.a.O., S. 114 ff.

zur Beratung, gilt die Sozialhilfe – oder besser die Bedürftigkeitsregelung. Nach dem Spruch des BVerfG hat lediglich das Saarland diese offensive Rechtsansicht vertreten. Die Bundesregierung schwieg zunächst zu dieser Frage. Die SPD-Politikerinnen debattierten, was nach ihrer Ansicht frauenpolitisch »richtig« ist. Sie überlegten nicht, was pragmatisch machbar ist, sondern träumten von einer optimalen Lösung. Die Folge ist ein fataler Rechtsverzicht, in diesem Falle durch Schweigen:

»Dem Ministerium für Frauen, Arbeit, Gesundheit und Soziales des Saarlandes habe ich zwischenzeitlich meine Ansicht übermittelt, daß es nach dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts keine allgemeine Notlagenindikation mehr gebe und daher auch unter den Voraussetzungen der früheren allgemeinen Notlagenindikation keine Kas senleistungen mehr in Anspruch genommen werden könnten.« (Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit an die verschiedenen Krankenkassenärztlichen Vereinigungen vom 7. 9. 1993)

Eine derartige Reaktion war zu erwarten. Werden Rechtsansprüche nicht sofort geltend gemacht, setzt sich eine Interpretation durch, die es schwer macht, die Ausgangssituation wieder herzustellen. Nun bleibt nur noch der Weg einer Musterklage. In einem geeigneten Fall legt eine Ärztin oder ein Arzt der Krankenkassenärztlichen Vereinigung ihre Rechnung vor und fügt eine ärztlich festgestellte Indikation bei. Weigert sich die Krankenkasse, zu bezahlen, muß vor dem Sozialgericht geklagt werden. Nach Rechtswegerschöpfung ist der 1. Senat des Bundesverfassungsgerichts zuständig, da die Grundrechtsposition der Frau eine angemessene Rechtfertigungs lösung gebietet. Ohne eine Musterklage⁴ werden Krankenkassen – selbst bei ärztlich festgestellter Rechtmäßigkeit⁵ eines Schwangerschaftsabbruchs – nicht bezahlen; nicht weil das BVerfG diese Möglichkeit nicht vorsieht, sondern weil eine offensive Nutzung bestehender Auslegungsspielräume versäumt wurde.

Verspielte Chancen

Der FDP-Entwurf ist nicht nur bei den Pflichtdelikten kritikwürdig, er verspielt auch bei der Finanzierung alle Chancen. Die Krankenkassen sollen offenbar nur bei den drei klassischen Indikationen bezahlen, nicht bei der allgemeinen Notlage. Sozialhilfe ist zu gewähren bei »nicht rechtswidrigem oder unter den Voraussetzungen des § 218a, Abs. 1 des StGB vorgenommenem Schwangerschaftsabbruch«. Diese auf den ersten Blick unverständliche Formulierung bedeutet, daß nach dem Willen der FDP auch dann, wenn eine Notlage festgestellt ist, keine Zahlungspflicht der Krankenkasse besteht.

Was hätte vorgeschlagen werden können? Eine Bedürftigkeitslösung soll den verbliebenen Spielraum ausschöpfen und einfach zu handhaben sein. Sie könnte mit einer Öffnungsklausel (hin zur Krankenkassenlösung) beginnen und etwa so lauten:

»Ist die Rechtmäßigkeit eines Schwangerschaftsabbruches nicht ärztlich festgestellt, liegen aber die Voraussetzungen für eine Straflosigkeit nach den Strafbestimmungen

⁴ Die Humanistische Union unterstützt eine solche Musterklage. Der Bundesverband von Pro Familia hat sich im September 1993 – nach heftiger Debatte – ebenfalls für diesen Weg ausgesprochen.

⁵ Die konstruktiven Wege sind

- a) eine Analogie zur früheren Notlagenindikation, um die Gesetzeslücke zu schließen, die durch die Ersetzung des Merkmals »rechtmäßig« durch das der »Straflosigkeit« in § 218a StGB entstanden ist, zu schließen oder
- b) eine konkretisierende Auslegung des Begriffs der Ausnahmelage in Leitsatz 7 der Entscheidung des BVerfG.

Beide Wege führen zum selben Ergebnis: bis zu einer Neuregelung gelten die früheren Grundsätze zur Feststellung einer Notlage.

vor, sind Leistungen zu gewähren, soweit diese unmittelbar den operativen Eingriff betreffen. Den Leistungsumfang im einzelnen regeln Richtlinien ...«

Regelungsbedürftig ist ferner der Personenkreis. Er ist möglichst weit zu fassen, da das BVerfG gewährleisten will, daß alle bedürftigen Personen ohne Rückgriff auf Angehörige unter die Sozialhilfeloösung fallen. Schließlich muß das Abrechnungsverfahren geregelt werden. Hierzu gibt es einen Vorschlag, der den Krankenkassen eine Vorleistungspflicht auferlegt (modifizierte Krakenkassenlösung). Er wurde von den Sozialministerien in den SPD-regierten Ländern ausgedacht, um die Abrechnung zu vereinfachen und ggf. eine Refinanzierung der Sozialhilfeleistungen bei Schwangerschaftsabbruch durch den Bund (nach dem Vorbild der Hessischen Landesregelung) zu ermöglichen⁶.

Es ist daher wichtig, im allgemeinen politischen und juristischen Bewußtsein den Gedanken bekannt zu machen, daß es die allgemeine Notlagenindikation oder einen Rechtfertigungsgrund der festgestellten Ausnahmesituation nach wie vor (als gelendes Recht) gibt. Straflose Schwangerschaftsabbrüche sind nicht pauschal als »rechtswidrig« einzustufen, sondern es obliegt der Frau, ob sie sich einem Feststellungsverfahren unterziehen will oder nicht. Das angemessene Prinzip ist also das der Wahlfreiheit der Frau. ÄrztInnen sollten psychosoziale Notlagen feststellen und sich – in einem geeigneten Fall – an Pro Familia oder die Humanistische Union wenden, wenn sie eine Musterklage erwägen. Zuständig ist in erster Instanz ein Sozialgericht. Das letzte Wort hätte im Falle des Unterliegens der erste Senat des BVerfG.

Sollten die Koalitionsverhandlungen scheitern, wird jedes fraktionsübergreifende Bündnis vor dem Problem stehen, daß ein ausgehandelter Kompromiß von Abtreibungsgegnern erneut vor den zweiten Senat des BVerfG gebracht wird. Daher erscheint es zunächst einmal sinnvoll zu sein, die Spielräume des geltenden Rechts auszunutzen und allenfalls Teilaopekte, wie etwa die Finanzierung, vorab zu regeln.

Lotte Incesu

Verspielte Chance. Die Arbeit der Gemeinsamen Verfassungskommission

Hochgesteckt waren die Erwartungen an die Verfassungsreform. Preuß¹ schrieb der Verfassunggebung die Rolle als »zentrales Element« eines »kollektiven Lernprozesses« zu. Hoffnungen wurden insbesondere an die Verfassunggebung als »Motor der Einheit«² und Chance zur Stärkung der Demokratie geknüpft. Die Vorstellung einer Verfassungsreform als Höhepunkt eines bewegenden Stückes deutscher Geschichte

⁶ So die Beschußvorlage der 70. Tagung des Arbeitskreises der Sozialministerien in sozialdemokratisch regierten Ländern (ASMK) am 13./14. 10. 1993 in Würzburg. Danach soll die Vorfinanzierung (strafloser Schwangerschaftsabbrüche) außerhalb der Sozialhilfe durch die Krankenkassen erfolgen. Die dadurch entstehenden Kosten für bedürftige Frauen (vereinfachte Bedürftigkeitsprüfung) nach der Sozialhilfeloösung sollen durch den Bund refinanziert werden. Bei selbstzahlenden Frauen kann die Krankenkasse unmittelbar Regreß nehmen.

¹ Preuß, Die Chance der Verfassunggebung, Aus Politik und Zeitgeschehen vom 29. 11. 1991, S. 12 ff., S. 13.

² Siehe Denkschrift zum Verfassungsentwurf des Kuratorium für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder, in Guggenberger u. a. (Hrsg.), »Eine Verfassung für Deutschland«, München/Wien 1991, S. 21 ff., 27.